

## Werk

**Titel:** Archiv für civilistische Praxis

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1825

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1825\\_0008|log16](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1825_0008|log16)

## Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

A r c h i v  
für die  
civilistische Praxis.

---

VIII.

Das gemeinrechtliche Erziehungsrecht.

Von Herrn Professor Burchar di in Kiel.

---

Die Ueberschrift dieses Aufsatzes, die, wenn sie auch auf den ersten Blick etwas befremdend erscheinen mag, sich doch eben so gut rechtfertigen läßt, als die jedem Juristen geläufigen Ausdrücke: Ehe recht, Güter recht, Erb recht u. d. m., ist deshalb so allgemein gefaßt worden, damit jedwede Bestimmung des gemeinen Rechts über die Kindererziehung darunter begriffen werden könnte; indessen hoffe ich, daß niemand darum die Nachweisung einer gesetzlichen Pädagogik, die nicht weniger undenkbar ist, als eine genaue gesetzliche Festsetzung sämtlicher ehelichen Pflichten, von mir erwarten werde. Was sich hierhergehöriges in unsern Quellen findet, betrifft — wie es auch in der Natur der Sache liegt — im Wesentlichen nur das Recht und die Pflicht, die Erziehung von Kindern zu leiten, und dieselben deshalb bey sich zu haben. Eine Zusammenstellung dieser Grundsätze und Normen gehört nun zwar nicht zu den sehr schwierigen Unternehmungen, aber doch auch nicht gerade zu den geringfügigen oder unpraktischen, und eine solche Erörterung dürfte sich daher wohl für dies Archiv eignen; um so mehr, da es nicht nur an einer vollständigen Entwicklung jener Bestimmungen noch immer fehlt, sondern da auch über mehrere derselben bis auf die neuere Zeit

einige, der Aufmerksamkeit keineswegs unwürdige, Irrthümer geherrscht haben.

Den Stoff für die folgende Ausführung liefert ausschließlich das römische Recht, indem in den andern Quellen des gemeinen Rechts, kaum ein Paar untergeordnete Verfügungen vorkommen, welche hier berücksichtigt zu werden verdienen; aber was das römische Recht hier bietet, ist auch beynahe durchgehends noch immer anwendbar, weil auffallend genug dem eigenthümlichen Wesen der römischen Familienverbindung, ein geringerer Einfluß auf die Erziehung der Familienglieder eingeräumt ist, als auf die Erhaltung und Vermehrung des Vermögens, weshalb denn die große Abweichung unseres heutigen Familienrechts von dem römischen, in Rücksicht des Erziehungsrechts nicht von bedeutenden Folgen hat seyn können.

---

Daß den Eltern vorzugsweise die Erziehung ihrer Kinder gebühre, dieß ist ein so natürlicher Satz, daß die Römer ihn geradezu auf die Seite der menschlichen Natur, welche wir mit den Thieren gemein haben, auf das jus naturale, den Naturtrieb, zurückführen <sup>1)</sup>. Allein die altpatriarchalische Construction der römischen Familienverbindung hat bewirkt, daß bey ehelichen Kindern in der Regel dieß natürliche Erziehungsverhältniß, mit Ausschließung der Mutter, allein auf den Vater übertragen, und bey diesem zu der exorbitanten väterlichen Gewalt erweitert worden ist, welche früher unbedingt das jus vitae et necis enthielt <sup>2)</sup>, bis endlich Alexander der Sever dieselbe in dieser Beziehung auf ein freylich noch

---

1) l. 1. §. 3. D. de J. et J. (1, 1) pr. J. de jur. nat. gent. et civ. (1, 2).

2) Dion. Hal. Antiq. Rom. II. c. 26, Cicero pro domo c. 29, l. 2. C. Th. de liberali causa (4, 8) l. 10. C. de patria potest. (8, 47). Collat. IV. §. 8.

immer sehr ausgedehntes Züchtigungsrecht beschränkte 3). Der Vater hat also allein die Leitung der Erziehung der in seiner Gewalt befindlichen Kinder, und er hat theils deshalb, theils aber auch freylich der andern, in seiner patria potestas liegenden Befugnisse wegen, ein Recht darauf, die Kinder bey sich zu haben, ein Recht, zu dessen Geltendmachung ihm Selbsthülfe gegen die Kinder 4) und gegen Dritte, ja sogar gegen die Mutter, wenn diese etwa getrennt von ihm lebt, das *interdictum de liberis exhibendis item ducendis* zu steht 5). Es bedarf übrigens kaum der Erwähnung, daß die Mutter bey den Römern so gut wie bey uns, faktisch einen großen Einfluß auf die Erziehung ihrer, der väterlichen Gewalt unterworfenen Kinder geübt haben wird; aber gesetzlich hat sie nach römischen Grundsätzen in der Regel darüber nicht mehr zu sagen, als ihr der *paterfamilias* gestatten will, und darin ist auch nichts durch spätere Quellen des gemeinen Rechts geändert worden 6). Eben so versteht es sich von selbst, daß wenn nicht der Vater, sondern der Großvater, oder gar der Uelternvater die patria potestas hat, was freylich der heutigen Grundsätze über die separirte Deconomie wegen, bey uns selten der Fall seyn kann, nur diesem Haupt der Familie rechtlich die Leitung der Erziehung seiner Enkel und Urenkel

3) l. 3. C. eod. Eigentlich setzte II. Sever wohl nur gesetzlich fest, was schon in der Observanz begründet war; man vergleiche l. 2. D. ad leg. Cornel. de sicar. (48, 8) l. 11. D. de lib. et posth. (28, 2).

4) Nur muß der *filius familias* nicht die patria potestas selbst bestreiten; l. 3. §. 3. verglichen mit l. 5. D. de liberis exhib. (43, 30).

5) l. 1. l. 3. D. eod.

6) Es ist in der That unerklärlich, wie in dem Wiesischen Handbuch des Kirchenrechts, Thl. 4, S. 180, gesagt werden kann, „daß das angeblich schwächere Erziehungsrecht der Mutter nach allgemeinen Grundsätzen keineswegs erwiesen sey.“ Wie, wann und wodurch, muß man hier fragen, hat die Mutter gleiches Recht mit dem Vater in Rücksicht der Erziehung erhalten?

#### 164 Burchardi, gemeinrechtliches Erziehungsrecht.

zukommt; so wie auch, daß das Erziehungsrecht des paterfamilias sich auch über solche Kinder erstreckt, welche nur durch Adoption, Arrogation oder Legitimation in das Verhältniß ehelicher Descendenten zu ihm getreten sind. Alles dieses hängt zu offenbar mit dem Grund, Zweck und Wesen der väterlichen Gewalt zusammen, als daß es eines umständlichen Beweises bedürfte.

Die Regel, daß lediglich der paterfamilias der gesetzliche Erzieher seiner filii- und filiaefamilias aller Grade und Arten sey, leidet indessen mehrere wichtige Ausnahmen. Bevor wir jedoch zur Entwicklung dieser Ausnahmen übergehen, wird es zweckmäßig seyn, zuvörderst die Grundsätze über die Berechtigung zur Erziehung solcher Kinder, welche sui juris (Pupillen) sind, zu erörtern, weil wir in dieser Beziehung mehrere Bestimmungen finden, welche unstreitig wenigstens zum Theil auch für jene Ausnahmen gelten, aber nicht ausdrücklich auch dafür aufgestellt sind.

Bekanntlich gründete man ehemals auf ein fast handgreifliches Mißverständniß des römischen Satzes „tutor personae datur non rei vel causae“<sup>7)</sup> die Behauptung, daß die Erziehung eines Pupillen dem Tutor desselben zustehet. Wie unnatürlich es auch jedem vorkommen muß, daß der Tutor die leibliche Mutter von der Erziehung ausschließen sollte, und wie gefährlich auch ein solches Erziehungsrecht des Tutors oft dem Leben des Mündels werden könnte, da dessen nächster Erbe auch sein gewöhnlichster Tutor ist, der zwar ein großes Interesse an der Erhaltung des Vermögens<sup>8)</sup>, aber auch zu

7) l. 12 — 14. D. de testam. tut. (26, 2).

8) l. 1. pr. D. de legit. tutor. (26, 4). „Legitimae tutelae Lege XII. Tabularum agnatis delatae sunt, et consanguineis, item patronis, id est his qui ad legitimam hereditatem admitti possint. Hoc summa providentia: ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur.“

gleich an dem Tode des Mündels hat <sup>9)</sup>, so hat sich dessenungeachtet jener, selbst in das österreichische Gesetzbuch übergegangene Irrthum, Jahrhunderte lang erhalten, bis endlich v. Savigny <sup>10)</sup> zuerst auf die Falschheit dieser Ansicht aufmerksam gemacht, und demnächst v. Löhr <sup>11)</sup> den Ungrund derselben aus den Quellen umständlich nachgewiesen hat. Ein Verbot, dem Tutor die Erziehung zu überlassen, findet sich zwar nicht, auch läßt sich wohl nicht annehmen, daß er geradezu ausgeschlossen sey, zum wenigsten nicht in einigen Fällen, die unten näher angegeben und untersucht werden sollen; allein es ist so bestimmt und allgemein im römischen Recht ausgesprochen, daß die Obrigkeit (die obervormundschaftliche Behörde) den Erzieher des Pupillen zu erwählen habe, daß man wirklich nicht begreift, wie dies so lange hat übersehen werden können. Während also bey Kindern in väterlicher Gewalt der Hausvater der gesetzliche Erzieher ist, hat dagegen bey Pupillen die Obervormundschaft die Vorsorge für die Erziehung, aber freylich mit einer wesentlichen Abweichung, indem die Obrigkeit natürlich nicht wie der Vater selbst unmittelbar die Ausbildung leiten, sondern nur den Erzieher bestimmen und über dessen Verfahren bey der Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts wachen soll <sup>12)</sup>, wobey ihr jedoch allerdings auch die Festsetzung der ganzen Art und Weise der Erziehung, so wie der darauf zu verwendenden Kosten zu

9) l. 2. C. ubi pupilli (5, 49). „Utrum nepos tuus ex filia apud te, an apud patrum suum morari debeat, ex singulorum affectione, et qui magis ad suspicionem ex spe successio- nis prior sit, aestimabitur.“

10) v. Savigny. Ueber den Verfall unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswiss. S. 103 u. f.

11) v. Löhr. Ueber die röm. Begriffe von Tutel und Curatel; in seinem und v. Grollmanns Mag. für Rechtswiss. und Gesetzgebung, Bd. 3, No. 1.

12) l. 1. pr. §. 1. C. 5. D. ubi pupillus educari vel morari debeat. (27, 2).

kommt<sup>13)</sup>. Dies sind die einfachen Grundregeln, welche vermuthlich so alt sind als der römische Staat selbst. Zwar ist es bekannt, daß die öffentlichen Behörden in Rom sich ursprünglich wenig oder gar nicht um die Vormundschaften bekümmerten; allein wenn wir nur festhalten, daß die Vormundschaft, ihrem Zweck zufolge, niemals die Erziehung, sondern lediglich nur die Verwaltung des Vermögens und die Vornahme rechtlicher Geschäfte betrifft, so dürfen wir wohl nicht von dem alten, in Beziehung auf die Tutel ausgesprochenen Grundsatz: „rei publicae nihil interest, res pupilli salvae esse“, den Schluß ableiten, daß der Staat in der ältesten Zeit sich auch gar nicht um das persönliche Wohl der heranwachsenden Generation bekümmert habe. Die Vermögensadministration ward anfänglich als eine bloße Familienangelegenheit betrachtet; hingegen das Leben und die Ausbildung der noch unmiündigen Staatsbürger galt gewiß von jeher als ein Gegenstand von allgemeinem Interesse, wenn es gleich lange keine öffentlichen Lehr- und Erziehungsanstalten in Rom gab.

Die Anordnungen der obervormundschaftlichen Behörde über die Erziehung der Pupillen, sind inzwischen noch einigen hier anzugebenden gesetzlichen Beschränkungen unterworfen.

I. Wenn der Pupill nur durch den Tod seines Vaters *sui juris* geworden ist, so kann seyn, daß der verstorbene *paterfamilias* in einem gültigen Testament Verfügungen über die Erziehung seines Kindes getroffen hat<sup>14)</sup>. Dergleichen letztwillige Dispositionen sind nun allerdings nicht unbedingt

13) l. 2. l. 3. D. eod.

14) l. 1. §. 1 u. 3. l. 2. §. 3. D. ubi pupillus (27, 2). l. 1. §. 10. D. de inspic. ventre (25, 4). Der Vater kann sogar der Mutter das Recht vermachen, zu bestimmen, wo das Kind erzogen werden soll; l. 7. pr. D. de amnis legatis (33, 1), was ein Analogon des Vermächtnisses der *tutoris optio*, und vielleicht daraus hervorgegangen ist.

bindend; denn es kann nicht nur die Obrigkeit davon abgehen, wenn sie dieselben unweckmäßig findet <sup>15)</sup>, sondern es kann selbst der Vormund sich einseitig, wenigstens über die, die Kosten der Erziehung betreffenden Bestimmungen, soferne diese nicht wohl ausführbar sind, hinwegsetzen <sup>16)</sup>; im Ganzen sind aber doch solche väterliche Wünsche und Befehle so viel möglich heilig zu halten und zu befolgen; nur muß freylich der Vater bey seinem Tode auch selbst noch die Erziehung gehabt haben, welches — wie schon oben angedeutet worden — nicht immer der Fall ist; man kann nämlich doch nicht füglich annehmen, daß derjenige, dem die Erziehung bey seinem Leben genommen war, nichts desto weniger nach seinem Tode einen rechtlichen Einfluß darauf äußern dürfe, wiewohl ausdrückliche Erklärungen darüber fehlen.

II. Auch wenn nicht auf die angegebene Weise die Person des Erziehers und das Verfahren bey der Erziehung bestimmt worden ist, hat dennoch die Obrigkeit nicht ganz freye Hand.

1) Hat nämlich der Pupill eine zur Beforgung der Erziehung fähige Mutter, so soll derselbe zunächst dieser anvertraut werden, jedoch nur, bis etwa die Mutter wieder heirathet; denn bey einem Stiefvater sollen die Kinder durchaus nicht seyn <sup>17)</sup>. Hier stoßen wir nun aber auf einen Fall, in welchem die Frage entsteht, ob Erziehungsrecht und Tutel in einem Subject vereinbar sind, indem ja bekanntlich *Ju stis niana* die Mutter für die ordentliche gesetzliche Vormünderin ihrer nicht in väterlicher Gewalt stehenden Kinder erklärt, und

15) l. 1. §. 1. D. ubi pupillus (27, 2). l. 7. in fin. D. de annuis legatis (33, 1).

16) l. 2. §. 3. D. ubi pupillus (27, 2).

17) l. 1. C. ubi pupilli (5, 49). Nov. 22. c. 38. Früher scheint die Wiederverheirathung der Mutter keinen Einfluß auf die Erziehung gehabt zu haben, wenigstens kommt bey Livius XXXIX. c. 9. ein Beyspiel der Erziehung eines Kindes durch die Mutter und den Stiefvater vor, was aber auch ein böses Ende nahm.



dadurch zur Regel erhoben hat <sup>18)</sup>, was früher nur durch specielle kaiserliche Concession eintreten konnte <sup>19)</sup>. Wäre nun ein wirkliches Verbot vorhanden, dem Tutor nicht die Erziehung zu überlassen, dann müßte allerdings behauptet werden, daß Justinian durch Uebertragung der Vormundschaft auf die Mutter, dieser indirekt dadurch ihr früheres Erziehungsrecht genommen habe; allein weil es kein solches Verbot giebt, so ist auch keine Nothwendigkeit für eine solche Schlussfolge vorhanden; auch hieße es wohl, die Unglücklichkeit und das juristische Mißtrauen zu weit treiben, wenn man sogar bey der Mutter, der Erbschaft wegen, Gefahr für das Leben der Kinder argwöhnen wollte <sup>20)</sup>. Als eine äussere Bestätigung für die Richtigkeit dieser Ansicht kann auch noch dies angeführt werden, daß die Mutter auch die Vormundschaft nur so lange behalten soll, als sie unverheirathet bleibt, daß also in dieser Beziehung Erziehungsrecht und Tutel parallel gehen. Wenn übrigens ein zu erziehendes Kind ein Adoptivkind eines Verstorbenen ist, so ist es nicht die Frau des verstorbenen Adoptivvaters, sondern die leibliche Mutter des Kindes, welcher die Erziehung desselben gebührt, weil in Rücksicht des mütterlichen Verhältnisses durch Adoption nichts geändert wird <sup>21)</sup>. In dessen muß natürlich auch in diesem Fall die Mutter nicht wieder geheirathet haben; hingegen würde es an sich nicht schaden, daß sie noch mit dem leiblichen Vater des Kindes in der Ehe lebt, denn sie soll nur *feinam vitium liberis indu-*

18) Nov. 118. c. 5.

19) Tit. C. quando mul. tut. off. fungi pot. (5, 35).

20) Es kann jedoch nicht geläugnet werden, daß in l. 2. C. ubi pupilli (5, 49) wenigstens die Großmutter nicht als ganz unverdächtig angesehen wird.

21) l. 10. §. 1. C. de adoption. (8, 48). „..... Quis enim materna jura posset abolere, cum videbatur (adoptatum) et ex jure antiquo patrem quidem habere adoptivum, matrem autem eam, quam natura cognoscit.“

cere<sup>22)</sup>, was doch nicht auch auf den leiblichen Vater bezogen werden kann; allein dieser letztere Fall kann, meiner Meinung nach, eigentlich gar nicht zur Sprache kommen, weil, wie ich glaube, der leibliche Vater, wenn er noch lebt, sogar den Vorzug vor der Mutter in Ansehung der Erziehung hat. Blutsverwandte, Cognat des Kindes, bleibt der leibliche Vater ja auch nach der Adoption so gut wie die Mutter; als Cognat ist er nun aber auch dem Grad nach eben so nahe als diese, und unter gleichen Umständen geht bekanntlich in der Regel das männliche Geschlecht dem weiblichen vor, soferne nicht von bloßen Privatangelegenheiten, wohin die Erziehung keineswegs gehört, die Rede ist. So wie also der leibliche Vater eines durch Tod des Adoptivvaters sui juris gewordenen Adoptivkindes, die Mutter von der Tutel über das Kind ausschließt<sup>23)</sup>, obgleich Justinian in Nov. 118. c. 5. diesen speciellen Fall gar nicht ausdrücklich berücksichtigt hat, so schließt er sie auch von der Erziehung aus, und wir finden demnach hier wieder in einer andern Anwendung, Tutel und Erziehungsrecht in einer Person vereinigt. Es kommt dies aber noch in einer dritten Anwendung vor, in welcher auch die Mutter nicht zunächst zur Erziehung berechtigt ist, nämlich wenn — was freylich bey uns selten geschehen wird — ein Vater sein noch unmündiges Kind emancipirt hat. Bekanntlich war nach älterem römischen Recht, der Vater Patron des emancipirten Kindes, und hatte als solcher theils ein besonderes Erbrecht<sup>24)</sup>, theils die Tutel über das Kind, wenn es noch unmündig war<sup>25)</sup>. Nach dem allgemeinen

22) l. 1. C. ubi pupilli (5, 49).

23) Thibaut, Pandektensystem, S. 505, scheint hier geneigt, Concurrenten der Eltern anzunehmen; allein dazu dürfte doch wohl hier nicht mehr Grund vorhanden seyn, als bey der Emancipation, bey welcher entschieden der Vater die Mutter von der Tutel ausschließt.

24) Tit. D. si a parente quis manumissus sit (37, 12).

25) Tit. J. de legitima parentum tutela (1, 18).

170 Burchardt, gemeinrechtliches Erziehungsrecht.

Princip, daß die bloße Aenderung einer Regel nicht auch an sich schon die von dieser Regel geltenden Ausnahmen aufhebt<sup>26)</sup>, ist durch die Nov. 118. dem Vater von jenem Patronat nur das bevorzugte Erbrecht entzogen, da nur dies mit der Novelle unvereinbar ist, keineswegs aber der besondere Anspruch auf die Tutel, indem der Vater ja auch nach den Grundsätzen der Novelle zunächst zur Vormundschaft berufen ist, auch die Zulassung der Mutter oder Großmutter zur Tutel sichtbar auf den Fall beschränkt wird, wenn der Vater gestorben ist, da es heißt, daß Mutter und Großmutter zwar den Seitenverwandten vorgehen, aber den vom verstorbenen Vater ernannten Vormündern weichen sollen<sup>27)</sup>. Es wäre doch in der That seltsam, wenn ein testamentarischer Tutor, den freylich nur ein paterfamilias erneuern kann, mehr Recht haben sollte, als der Vater selbst, der sein Kind emancipirt hat. Um dies zugeben zu können, müßte auch behauptet werden, daß die Emancipation nach Justinianischem Recht, Vater und Kind einander mehr entfremde, als nach älterem Recht, während doch in der Gesetzgebung der spätern römischen Kaiser das Bestreben zu Tage liegt, den Einfluß der Emancipation und Adoption als juristisches Auflösungsmittel der natürlichen Familienbände, zu vermindern. Noch unnatürlicher wäre es aber, dem Vater wegen der Emancipation die Erziehung seines Kindes abzusprechen zum Besten der Mutter, die doch nicht näher mit dem Kinde verwandt ist, als der Vater, und hier kommen also wieder Tutel und Erziehungsrecht bey einem Subject zusammen. Es versteht sich jedoch von selbst, daß dies nur dann gilt, wenn der Vater nicht zur Strafe zur Emancipation gezwungen worden ist, was nach römischer Theorie vom Regenten geschehen kann<sup>28)</sup>; und noch weniger kann dem Vater Tutel und Erziehung zugesprochen werden, wenn er gar

26) Zhibaut, Civil. Abhandlungen, No. 7. S. 108 u. f.

27) Nov. 118. c. 5.

28) l. 5. D. si a parente quis manumissus sit. (37, 12).

ipso jure zur Strafe die väterliche Gewalt verloren hat, z. B. wegen Preisgebung oder Aussetzung der Kinder <sup>29)</sup>. Dies liegt in der Natur der Sache, namentlich bey ausgefetzten Kindern <sup>30)</sup>. In Ansehung der letztern gebührt dem, der sie aufgenommen hat, die Erziehung, wenn er die Kinder behalten will, sonst muß von Staatswegen für sie gesorgt werden; auch gab es schon bey den Römern unter den Kaisern eigene Waisens-, Erziehungs- und Findelhäuser, orphanotrophia und brephotrophia, namentlich für die Aufnahme und Erziehung von Findelkindern bestimmt, und denen die Privilegien der pia corpora ertheilt waren <sup>31)</sup>. Es kann indessen keinen Zweifel leiden, daß die unschuldige Mutter die Erziehung ihrer, zur Strafe des Vaters sui juris gewordenen Kinder verlangen könne. In Rücksicht der ausgefetzten Kinder scheint zwar dem entgegen zu stehen, daß nach Justinians Bestimmung niemand mit dem Beweise gehört werden soll: ein Findelkind sey sein Kind, so ferne er zugleich gestützt auf diesen Beweis, Rechte an dem Kinde geltend machen will <sup>32)</sup>; aber diese Bestimmung ist ganz unstreitig nur gegen den Aussetzer selbst gerichtet; denn dafür sprechen einertheils die von Justinian gebrauchten Ausdrücke, anderentheils das anerkannte

29) l. 12. C. de episc. audient. (1, 4). l. 2. l. 3. C. de infant. expos. (8, 52) cap. un. X. de infant. et languid. expos. (5, 11).

30) Nov. 153. Die Geschichte der Bestimmungen über die Kinder-aussetzung hat J. H. Boehmer mit seiner gewohnten Gelehrsamkeit erörtert im. J. E. P. lib. V. tit. 9.

31) l. 35. C. de episc. et cler. (1, 3). Nov. 111. c. 1. Schon Trajan, der ja auch durch seinen Fond zur Unterstützung armer Eltern bey der Erziehung ihrer Kinder berühmt ist, soll Tausende von Findelkindern auf öffentliche Kosten haben erziehen lassen. Plin. Sec. Panegy. c. 36. Diese Kinder wurden nach ihrem Wohlthäter (Ulpianus Trajanus) Ulpiani genannt. Spanhem. de usu et praestant. numismat. T. I. p. 543.

32) Nov. 153.

Prinzip, daß die Kinderaussetzung nicht den Rechten unschuldiger Dritter an den ausgesetzten Kindern Abbruch thue<sup>33)</sup>.

Eine Frage, die hier endlich noch zu berühren ist; obschon sie erst in der Folge beantwortet werden kann, ist die, ob bey einem Pupillen, welcher bevor, oder nachdem er sui juris geworden, von einem Frauenzimmer adoptirt worden ist, die leibliche oder die Adoptiv-Mutter das nächste Recht auf die Erziehung hat. Es muß die Erörterung dieses Punktes hier deshalb ausgesetzt werden, weil dieselbe abhängig ist von der in anderer Verbindung zu untersuchenden Frage, wer überhaupt die Erziehung der von Weibern adoptirten Kinder habe.

2) Wenn gar keine, oder doch keine solche Mutter vor-Handen ist, der die Erziehung anvertraut werden kann, auch keiner von den besondern Fällen eintritt, in welchen dem leiblichen Vater des Pupillen, sogar mit Ausschließung der Mutter, die Erziehung zusteht, alsdann soll die Obrigkeit doch zunächst noch unter den Verwandten des Pupillen den Erzieher auswählen, wenn sich fähige Personen unter diesen Verwandten finden<sup>34)</sup>. Daß dabey, unter Voraussetzung gleicher Fähigkeit, dem näheren Verwandten der Vorzug vor dem entfernteren gebühre, versteht sich wohl auch ohne gesetzliche Belege von selbst; aber daß gerade der Großmutter vor allen andern Verwandten ein Recht auf die Erziehung zustehe, wie Einige behauptet haben, dieß läßt sich schwerlich durchführen, weil die Ordnung der Delation der Tutel keinen Schluß auf die Delation des Erziehungsrechts begründet; auch wird ausdrücklich bemerkt, daß zwischen der Großmutter und dem Oheim nur die größere, persönliche Fähigkeit zur Erziehung entscheide<sup>35)</sup>.

Wenn nun übrigens nicht einmal unter den Verwandten des Pupillen jemand für die Leitung der Erziehung desselben

33) l. 29. D. de manumiss. testam. (40, 4).

34) l. 1. §. 2. D. ubi pupillus (27, 2). l. 2. C. ubi pupilli (5, 49).

35) l. 2. C. cit.

geeignet ist, dann bleibt freylich nichts anderes übrig, als irgend einer fremden Person die Erziehung zu übertragen, was bey es kaum bemerkt zu werden verdient, daß nur eine ehrbare und unbescholtene Person, bey welcher die Sittlichkeit des zu erziehenden Kindes nicht gefährdet ist, gewählt werden darf<sup>36)</sup>.

Ob bey der Wahl von Verwandten oder Anderer zu Erziehern auf das Geschlecht zu sehen sey, darüber gibt es keine allgemeine Bestimmung, wenn man nicht einen, nur für einen ganz speciellen Fall aufgestellten Grundsatz generalisiren will. Es soll nämlich, wenn zwischen Zweyen über die väterliche Gewalt über ein Kind gestritten wird, unter gewissen, in der Folge näher charakterisirenden Umständen, das streitige Kind während des Processus nicht bey dem Beklagten bleiben, sondern sequestrirt und einem Dritten anvertraut werden, und in dieser Beziehung ist nun angeordnet, daß Kinder weiblichen Geschlechts immer, Kinder männlichen Geschlechts aber, wenn sie nicht das Alter der praetextati, d. h. das 17te Jahr überschritten haben, einer materfamilias übergeben werden sollen<sup>37)</sup>. Gegen die Ausdehnung dieser Bestimmung läßt sich aber mit Grund einwenden, daß dieselbe keineswegs eine allgemeine, nur zufällig bloß in einer einzelnen Anwendung vorkommende Regel seyn könne, da es ausdrücklich als zulässig angegeben wird, ein Kind seinem Oheim zur Erziehung zu überlassen<sup>38)</sup>, und es würde offenbar die allerwillkürlichste Deutung seyn, hier an einen mehr als siebenzehnjährigen Jüngling zu denken. Am natürlichsten bleibt es freylich immer, wenn Mädchen von Frauenzimmern, Knaben von Männern erzogen werden, ausgenommen allenfalls, wenn Knaben noch ganz klein sind, wo sie auch am besten in weiblichen Händen aufgehoben seyn mögen; allein gesetzlich hat die Obrigkeit in

36) l. 5. D. ubi pupillus (27, 2). l. 3. §. 6. D. de lib. exhib. (43, 30).

37) l. 3. §. 6. D. de lib. exhib. (43, 30). B. Brisson. de V. S. voce: „Praetextatus“.

38) l. 2. C. ubi pupilli (5, 49).

#### 174 Burchardi, gemeinrechtliches Erziehungsrecht.

dieser Rücksicht freye Wahl, und eben so wenig kann wohl der Obrigkeit das Recht bestritten werden, selbst dem Vormunde die Erziehung zu überlassen, wenn keine näher berechtigten Personen vorhanden sind, weil — wie schon bemerkt worden — kein ausdrückliches Verbot dem Vormunde entgegen steht.

3) Bey der Festsetzung der Alimente und sonstigen Erziehungskosten der Pupillen, soll sich die Obrigkeit, wie es in der Natur der Sache liegt, zuvor genau vom Vermögensstande derselben unterrichten, und dabey die Vormünder zu Rathe ziehen <sup>39</sup>). Dann soll auch nicht mehr zu diesen Kosten ausgesetzt werden, als eine standesmäßige und in allen Beziehungen angemessene Unterhaltung und Ausbildung des Pupillen erfordert, wenn auch das vorhandene Vermögen einen größern Aufwand gestattet <sup>40</sup>). Um so mehr ist also darauf zu sehen, daß jene Kosten nicht gar den Ertrag des Vermögens übersteigen, also dieses selbst vermindern; jedoch hat eine dem Stande, den Anlagen und dem Ganzen der Verhältnisse des Pupillen entsprechende Sustentation und Bildung desselben, den Vorzug vor der Erhaltung des Vermögens, und es soll deshalb das zu jenem Zweck Erforderliche verwendet werden, wenn auch das Vermögen darüber aufgeht <sup>41</sup>).

4) Wenn die Obrigkeit zu viel oder zu wenig für Unterhalt und Erziehung des Mündels ausgesetzt hat, so kann der Vormund einseitig davon abgehen <sup>42</sup>), und ihm ist sogar die alleinige Bestimmung jener Kosten zu überlassen, wenn Offenbarung der Vermögensverhältnisse des Pupillen, diesem nachtheilig seyn könnte <sup>43</sup>).

39) l. 2. pr. l. 3. pr. §. 2 u. 4. D. ubi pupillus (27, 2).

40) l. 3. §. 1. u. 3. D. eod.

41) l. 3. §. 3. D. eod. l. 12. §. 3. D. de admin. et peric. tutor. (26, 7). l. 3. pr. §. 1. D. de contr. tut. et utili act. (27, 4).

l. 2. C. de aliment. pupillo praest. (5, 50).

42) l. 2. §. 3. l. 3. §. 6. D. ubi pupillus (27, 2).

43) l. 2. C. de alim. pupillo praest. (5, 50).

Nunmehr können wir uns zu der oben ausgefetzten Erörterung der Ausnahmen von der allgemeinen Regel, daß dem paterfamilias die Erziehung seiner filii- und filiaefamilias zukomme, wenden. Dieser Ausnahmen gibt es vier.

I. Dem Vater kann die Erziehung seiner Kinder genommen werden, wenn er sich durch schlechtes Betragen (*turpitude*) derselben unwürdig gemacht hat<sup>44)</sup>, und Gleiches muß unstreitig Statt finden, wenn derselbe durch Wahrsinn, Krankheit, oder sonstige Umstände, gänzlich außer Stande ist, die Erziehung zu leiten; doch gehört die Prodigalitätsklärung an sich nicht auch zu den Unfähigkeitsgründen, weil diese sich eigentlich nur auf die Vermögensverwaltung und die damit in Verbindung stehenden Rechtsgeschäfte bezieht; gewöhnlich wird indessen wohl die Untauglichkeit zur Vermögensverwaltung auch mit Untauglichkeit zur Kindererziehung verbunden seyn. Ausdrücklich ist nun zwar nur gesagt, daß die Mutter in dergleichen Fällen berechtigt sey, die Erziehung zu verlangen<sup>45)</sup>; allein wir irren gewiß nicht, wenn wir hier für den Fall, da Kinder factisch der väterlichen Erziehung entbehren, die Grundsätze zur Anwendung bringen, welche wir oben in Ansehung der Pupillen kennen gelernt haben, so

44) l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de liberis exhib. (43, 30) verglichen mit l. 17. §. 13 u. 14. D. de injuriis (47, 10). l. 22. §. 6. D. soluto matr. (24, 3). l. 13. §. 2. C. de sentent. passis et restitutis (9, 51).

45) l. 1. §. 3. D. de lib. exhib. (43, 30). „Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis, quam apud patrem, morari filium debere, ex justissima scilicet causa, et Divus Pius decrevit, et a Marco et a Severo saepe rescriptum est: aequè subveniendum ei erit per exceptionem.“ l. 3. §. 5. D. eod. „Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse: tamen causa cognita, mater in retinendo eo potior erit, idque decretis Divi Pii quibusdam continetur; obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriae potestatis apud eam filius moretur.“



weit wenigstens, als nicht aus der Verschiedenheit des Verhältnisses eine nothwendige Abweichung hervorgeht. Wer zwar die väterliche Gewalt als ein bloßes Privatrecht, und die Kinder als wahre, im Eigenthum stehende Sachen ihres Vaters betrachtet <sup>46)</sup>, der muß consequent behaupten, daß, wenn nicht die Mutter sich der Kinder annimmt, oder annehmen kann, letztere ohne Erbarmen verderben und verkümmern müssen, weil wir nicht wie in England Gesetze haben, welche der Obrigkeit einzuschreiten gestatten, wenn ein Herr seine Ehre schlecht behandelt; aber wer sich davon überzeugt hat, daß die väterliche Gewalt, selbst nach älterem römischem Recht, geschweige denn nach neuerem, oder gar nach heutigem Recht, ihrer Grundlage und ihrer Bestimmung zufolge, nichts anderes sey, als ein von der Natur und von der bürgerlichen Gesellschaft, auch um der Kinder und des allgemeinen Bestens willen, in die Hand des Vaters gelegtes Erziehungsverhältniß, der wird unstreitig kein Bedenken tragen, mit Thibaut <sup>47)</sup> zu behaupten, daß der paterfamilias in Ansehung der Erziehung seiner Kinder, der Polizeygewalt der Obrigkeit unterworfen sey, und es demnach nur einer zufälligen Mangelhaftigkeit unserer Quellen zuzuschreiben, wenn nirgends mit dürren Worten darin ausgesprochen ist, daß nicht bloß die Mutter, unter welcher auch hier natürlich in Beziehung auf Adoptivkinder, nicht die Frau des Adoptivvaters, sondern die leibliche Mutter der Kinder verstanden werden muß, befugt seyn soll, die Untauglichkeit des paterfamilias zur Leitung der Erziehung zu ergänzen, so wie die Kinder von dem ihnen

46) Die Vertheidiger dieser Ansicht müssen eigentlich die alten Römer für Kanibalen erklären, weil dieselben das jus vitae et necis als das Wesen der patria potestas angaben. Ich sehe aber nicht ein, welche utilitas privata aus dem Tödtungsrecht gezogen werden konnte, wenn man die Kinder nicht verzehrte. Das Wesen des Eigenthums wird nirgends in die Vernichtungs- und Zerstörungsbefugniß gesetzt.

47) Pandektensystem, S. 354.

verderblichen Vater zu trennen. Auch der Obrigkeit müssen wir das Recht einräumen, nöthigenfalls einzuschreiten, und den Verwandten oder auch fremden Personen die Verpflegung und Ausbildung der verwahrlosten Kinder zu übertragen, um auf diese Weise den Mangel der väterlichen Vorsorge zu suppliren, so wie sie auch bey den Ehen der Kinder die väterliche Einwilligung ersetzt, wenn der Vater wahnsinnig oder abwesend ist, oder aus bloßem Eigensinn seinen Consens verweigert<sup>48)</sup>; sonst müßte man es ruhig geschehen lassen, wenn ein niederträchtiger Mensch absichtlich und ungescheut seine Nachkommen zu verschmißten und vermessenem Feinden der bürgerlichen Gesellschaft heranbildete. Wird doch sogar für das Vermögen des furiosus, prodigus, aegrotus und absens von Staatswegen gesorgt; wie sollten also seine Kinder weniger Aufmerksamkeit verdienen? Aus diesen Gründen dürfte wohl zur Genüge erhellen, daß wir nicht, gestützt auf eine falsche Analogie von den Grundsätzen über die Behandlung unseres Eigenthums, der Obrigkeit auch alle Einmischung in die Kindererziehung zu versagen berechtigt sind. Es sind hier aber noch ein Paar besondere Fälle zu berücksichtigen, in welchen nicht einmal die Mutter zunächst zur Ausschließung des untüchtigen Vaters von der Erziehung befugt ist.

1. Der paterfamilias eines zu erziehenden Kindes kann der Groß- oder gar Uelternvater desselben seyn. So ferne nun ein näherer Abscendent des Kindes noch lebt, der Vater oder Großvater, so geht hier, im Fall der Unfähigkeit des paterfamilias, das Erziehungsrecht vor Allem auf den nächstfolgenden Abscendenten über, vorausgesetzt, daß dieser die nöthigen Eigenschaften besitzt. Dies kann zuvörderst als ausgemacht angesehen werden, wenn dieser nähere Abscendent auch in der Gewalt des paterfamilias steht, indem in ver-

48) l. 9. l. 10. l. 11. l. 19. D. de ritu nupt. (23, 2.) l. 25. C. de nuptiis (5, 4).

schiedenen Anwendungen das Princip anerkannt ist, daß zum Besten des Enkels der Vater den Großvater, dessen Gewalt sie beide unterworfen sind, vertreten könne, wenn der Großvater unfähig, oder auf andere Weise gehindert ist, für den Enkel zu sorgen<sup>49)</sup>. Ist nun aber gleich dies Princip nicht auch alsdann anwendbar, wenn der in der Mitte stehende Ascendent aus der väterlichen Gewalt herausgetreten ist, durch Emancipation oder Adoption, denn auf beiden Wegen kann ja Jemand aus der Familie seines bisherigen paterfamilias ausscheiden, ohne daß seine schon vorhandenen Kinder ihm folgen<sup>50)</sup>, so muß dennoch unter den erwähnten Umständen ihm das Erziehungsrecht vor der Mutter zugesprochen werden, weil er in gleichem Verwandtschaftsverhältniß, wie diese, zu seinen Kindern steht, und dabey dann den Vorrang des Ges

49) l. 17. §. 18. D. de injuriis (47, 10) „Quod deinde ait: *qui injuriam accepit*, interdum ita accipiendum est, ut patri ejus competat actio; ut puta nepoti facta injuria est, pater praesens est, avus abest: scribit Julianus, patri potius dandam injuriarum actionem, quam ipsi nepoti; *ad cujus, inquit, officium pertinet, etiam vivente avo filium suum in omnibus tueri.*“ §. 20. eod. „Idem ait, et si nepoti facta sit injuria, et nemo sit, qui avi nomine agat, permittendum esse patri experiri, et is procuratorem dabit: omnibus enim qui suo nomine actionem habent, procuratoris dandi esse potestatem; intelligi autem filium, inquit, familias suo nomine agere, cum patre cessante Praetor ei agere permittat.“

l. 9. pr. D. de ritu nuptiar. (23, 2) „Si nepos uxorem velit ducere, avo furente, omni modo patris auctoritas erit necessaria; sed si pater furit, avus sapiat, sufficit avi voluntas.“

50) l. 40. pr. D. de adoption. (1, 7) Tit. D. de conjungend. cum emancipato liberis (37, 8). Was die Emancipation betrifft, so ist hier nur an die Römische zu denken, denn bey der unpassend sogenannten emancipatio juris Germanici durch Oeconomia separata folgen die Kinder den Eltern, bleiben also nicht in der Gewalt des Großvaters.

schlechts für sich hat. Es scheint freylich, als wenn diese Frage gar nicht erheblich seyn könne, weil doch in der Regel Mutter und Vater beyammen leben, allein es ist doch wichtig, bestimmte Grundsätze über die Entscheidung desfalls zu haben, wenn Mutter und Vater über die Art und Weise der Erziehung nicht einerley Meinung sind; hier muß nun der Wille des Vaters vorgehen. Dann ist ja auch, wenn Jemand ein Kind als Enkel adoptirt hat, die leibliche Mutter des Kindes keineswegs die Frau des Sohnes des Adoptivgroßvaters, und in diesem Falle kommt es also gar darauf an, zu bestimmen, wo überhaupt das Kind seyn soll. Der Vollständigkeit wegen ist hier noch zu bemerken, daß diese Grundsätze wieder ein Paar Ausnahmen leiden können; nämlich

- A. Wenn Jemand wider den Willen seines Sohnes ein Kind als Enkel adoptirt hat. Ein solcher Enkel geht den Sohn gar nichts an <sup>51)</sup>, und die Erziehung desselben muß deshalb, bei eingetretener Unfähigkeit des paterfamilias, nicht an dessen Sohn, sondern an die leibliche Mutter des Kindes kommen.
- B. Wenn Jemand ein Kind zwar mit Genehmigung seines Sohnes als Enkel adoptirt hat, aber darauf der Sohn emancipirt, oder von einem Anderen adoptirt worden ist. Hier ist bekanntlich wieder alle Verbindung zwischen dem Sohn und dem Enkel aufgelöst, und es kann daher ersterer nie auf die Erziehung des letzteren Anspruch machen.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß weder die Mutter, noch sonst Jemand durch Unfähigkeit des paterfamilias ipso jure berechtigt wird, denselben von der Erziehung auszuschließen; es ist dazu natürlich immer eine obrigkeitliche Entscheidung erforderlich, doch kann diese auch excipiendo erwirkt werden <sup>52)</sup>.

<sup>51)</sup> l. 11. verglichen mit l. 6. und 10. D. de adoption. (1, 7)

<sup>52)</sup> l. 1. §. 3. l. 3. §. 5. D. de liberis exhibendis (43, 30).

2. Zufolge des oben geführten Beweises, daß in Ansehung der von einem Andern adoptirten Kinder der leibliche Vater noch vor der leiblichen Mutter zur Erziehung befugt sey, müssen wir auch hier, wenn der Adoptivvater zur Leitung der Erziehung untauglich geworden ist, dem leiblichen Vater ein näheres Recht, als der Mutter, zuerkennen, die Erziehung zu verlangen.

3. Wenn die väterliche Gewalt über ein Kind zwischen Zweyen streitig ist, dann hat turpitude des Klägers zur Folge, daß, im Fall der Unmündigkeit des Kindes, der Proceß bis zur Mündigkeit desselben ausgesetzt werden soll, und bis dahin soll das Kind bey dem Beklagten bleiben, und von ihm erzogen werden, so ferne er eine persona honesta ist; ist aber auch der Beklagte eine persona turpis, dann soll das Kind einer matrona, einer unbescholtenen materfamilias übergeben werden, wenn es nicht schon ein juvenis praetextatus ist<sup>53</sup>). Auf die Mutter oder sonstige Verwandte ist dabey gar keine Rücksicht genommen, vermuthlich, weil in diesem Falle ja auch die anderweitige Verwandtschaft in der Regel als zweifelhaft zu betrachten ist.

II. Ganz abweichende Normen gelten, wenn die Ehe geschieden worden ist. Hat nämlich ein Theil allein durch sein Betragen zu der Scheidung Anlaß gegeben, gleich viel übrigens, wer diese gefordert haben mag, dann sollen die Kinder von dem unschuldigen Theil erzogen werden, aber der schuldige soll die Kosten tragen, so weit er kann. Jedoch ist dies keine unbedingte Regel, denn die Obrigkeit kann auch dem schuldigen Theil die Erziehung übertragen, so ferne sie diesen für fähiger hält<sup>54</sup>). Sind beide Theile gleich schuldig oder un-

53) l. 3. §. 4. und 6. D. de lib. exhib. (43, 30) verglichen mit l. 46. §. 1. D. de V. S. (50, 16) l. 41. §. 1. D. de ritu nuptiar. (23, 2)

54) Nov. 117. c. 7. Gewöhnlich wird behauptet, Justinian habe bestimmt, daß der schuldige Theil immer ins Kloster gesteckt wer-

schuldig, was allerdings nach den heutigen Grundsätzen über Ehescheidung nicht leicht vorkommen kann, und es ist auch kein Theil minder fähig, die Erziehung zu besorgen, als der andere, dann hängt es ganz von der Obrigkeit ab, welchem Ehegatten sie die Erziehung lassen will; auch kann sie die Kinder theilen, was am liebsten nach dem Geschlecht geschehen soll, so daß der Mann die Söhne, die Frau die Töchter erhält<sup>55</sup>). Unsere heutige Praxis theilt aber bekanntlich oft die Kinder auch dann, wenn Ein Ehegatte allein die Scheidung verschuldet hat.

Scheidung kann also auch zur Folge haben, daß die Erziehung dem paterfamilias genommen, und der Mutter überlassen wird, so lange die letztere nicht wieder geheiratet hat<sup>56</sup>), und diese Grundsätze können und müssen consequent auch auf die katholische separatio quoad thorum et mensam angewendet werden. In Beziehung auf die hier entwickelten Regeln sind jedoch einige natürliche Beschränkungen nicht zu übersehen.

1. Ist der geschiedene Ehemann nicht selbst der paterfamilias seiner Kinder, weil er auch noch in väterlicher Gewalt steht, dann können die obigen Grundsätze wohl nicht auch gegen seinen Vater zur Anwendung gebracht werden, so daß auch dieser um seines Sohnes willen und durch dessen Verschulden die Erziehung seiner Enkel verliere. Dies folgt aus

---

den solle. Dann stünde Justinian in Widerspruch mit sich selbst, weil der ins Kloster eingesperrte Ehegatte doch nicht die Erziehung der Kinder haben könnte. Aber, abgesehen davon, daß jene Strafbestimmung niemals in Deutschland zur Anwendung gekommen ist, so ist dieselbe überhaupt nur für den Fall aufgestellt, wenn keine Kinder aus der Ehe entsprungen sind. Nov. 117. c. 13. und Nov. 127. c. 4.

55) l. un. C. divort. facto apud quem liberi morari vel educari debeant (5, 24).

56) Nov. 22. c. 38. l. 1. C. ubi pupilli (5, 49). l. 2. C. quando mul. tut. off. fung. pot. (5, 35) Nov. 94. c. 2.

dem allgemeinen Princip, »ut inter alios acta vel iudicata aliis non noceant«<sup>57)</sup>. Es läßt sich dawider auch nicht einwenden, daß nach Justinians Vorschrift kein Ehegatte sich ohne Genehmigung seines Vaters soll scheiden dürfen, letzterer mag noch die potestas haben oder nicht<sup>58)</sup>, so daß also der Vater es sich selbst bezumessen hat, wenn er die Scheidung hat geschehen lassen; denn diese Verfügung betrifft nur den Vater desjenigen Ehegatten, der Scheidung verlangt, nicht desjenigen, der durch sein Verhalten zur Scheidung Anlaß gegeben hat.

2. Wenn ein Ehemann Adoptivkinder hat, so können diese natürlich nicht der geschiedenen Frau desselben zur Erziehung übergeben werden, wenn auch dieser nach den obigen Regeln die Erziehung zuläße, weil ja Adoptivkinder die Ehefrau des Adoptivvaters nichts angehen. Die obigen Grundsätze betreffen also nur die leiblichen Kinder der geschiedenen Eheleute, und überhaupt nur die gemeinschaftlichen Kinder, nicht die, welche ein Ehegatte allein hat.

III. Bekanntlich ist es im Römischen Rechte dem paterfamilias gestattet, seine filifamilias in seinem Testamente für Verschwender zu erklären, was der gerichtlichen Prodigalitätsberklärung an Wirkungen gleich steht<sup>59)</sup>. Hat nun ein Testator seinen Sohn pro prodigo erklärt, so muß ihm ohne Zweifel auch das Recht eingeräumt werden, diesem Sohne die Erziehung seiner, nach dem Tode des Testators in seine Gewalt kommenden Kinder zu nehmen, da er sogar dem Sohn gültig auflegen kann, sie zu emancipiren<sup>60)</sup>. Von selbst aber verliert der Sohn durch die Prodigalitätsberklärung die Erziehung nicht.

57) Tit. C. ut inter alios acta vel iud. aliis non noc. (7, 60).

58) Nov. 22. c. 19.

59) l. 16. §. 1—3. D. de curatore furioso (27, 10).

60) l. 16. §. 2. D. eod.

IV. Bey der adoptio minus plena und der Adoption durch ein Frauenzimmer behält zwar der leibliche Vater die potestas über das Kind, allein da, wie die bisherige Ausführung zeigt, die Erziehung sehr wohl von der potestas getrennt seyn kann, so kann gewiß mit Fug die Frage aufgeworfen werden, ob doch nicht auch bey jenen unvollkommenen Adoptionen der Adoptivvater oder die Adoptivmutter ein Recht auf die Erziehung des adoptirten Kindes habe, vor dem paterfamilias desselben? Die Stellen freylich, welche sich auf diese unvollkommenen Adoptionen beziehen <sup>61)</sup>, sprechen nicht für die Bejahung dieser Frage, da sie das Princip aufstellen, daß der leibliche Vater durch dergleichen Adoptionen gar nichts von seinen Rechten einbüßen solle. Indessen dürfte es keine ganz willkürliche Deutung seyn, diesen Satz nur von den nutzbaren Befugnissen der patria potestas zu verstehen, namentlich dem Recht, durch die Kinder zu erwerben, wenigstens den Ususfructus an ihrem Erwerbe zu erlangen u. d. m., hingegen von dem Erziehungsrecht hier ganz zu abstrahiren, da ausdrücklich bemerkt wird, daß es eigentlich gar keine deminutio patriae potestatis sey, wenn dem Vater die factische Erziehung seiner Kinder genommen werde <sup>62)</sup>. Bey dem umfassenden Umfange der väterlichen Gewalt trat — wie aus jener Bemerkung hervorgeht — am Ende das, was eigentlich die Grundlage dieser Gewalt war, das Erziehungsverhältniß den Römern in den Hintergrund, so daß man annahm, die Erziehung könne, dem Wesen der väterlichen Gewalt unbeschadet, dem paterfamilias fehlen. Halten wir dies im Auge, dann scheint mir keine Nothwendigkeit obzuwalten,

61) Man vergleiche über die adoptio minus plena l. 10. C. de adopt. (8, 48) §. 2. J. eod. (1, 11) §. 8. J. quib. mod. jus patr. pot. solv. (1, 12) §. 14. J. [de hered. quae ab intest. (3, 1) und über die Adoption durch ein Frauenzimmer: l. 5. C. de adopt. §. 10. J. eod.

62) l. 3. §. 5. D. de lib. exhib. (43, 30)



dem leiblichen Vater das Erziehungsrecht in Rücksicht seines Kindes einzuräumen, wenn er das Kind durch Andere, sey es auch nur auf unvollkommene Weise, hat adoptiren lassen. Dagegen spricht nun, meines Bedünkens, auf der anderen Seite die Natur der Sache dringend dafür, daß man selbst bey den unvollkommenen Adoptionen den Adoptiveltern das Recht zugestehen müsse, die Kinder bey sich zu heben, und ihre Bildung zu leiten; denn dergleichen Adoptionen wären doch unläugbar etwas ganz Ueberflüssiges, fast eine bloße Spielerey, die unmöglich ein *solatium liberorum amissorum* genannt werden könnte, wenn sie weiter nichts als ein Erbrecht der Adoptivkinder bewirkten, welches sich ja eben so leicht durch ein Testament hervorbringen ließe<sup>63</sup>). Daß Kinder haben und Erziehen ist, meiner Meinung nach, gerade der eigentliche, in unseren Quellen stillschweigend vorausgesetzte Zweck dieser Adoptionen, und das den Kindern gesetzlich dafür ertheilte Erbrecht nur ein Aequivalent für diesen Genuß. Inzwischen wage ich doch auch nicht, dem leiblichen Vater, da er doch nun einmal noch die *patria potestas* behält, allen Einfluß auf die Erziehung abzusprechen, worüber weiterhin noch besonders die Rede seyn wird.

Dies sind nun aber auch die einzigen Fälle, in welchen ein Recht angenommen werden kann, dem *paterfamilias* die Erziehung seiner Kinder vorzuenthalten. Man könnte freylich noch die Frage aufwerfen, ob nicht der Vater sich vertragsmäßig seines Erziehungsrechts gegen einen Andern, auf eine für ihn durchaus bindende Weise, begeben könne? Allein ich glaube, daß diese Frage, wenigstens nach Römischen Grundsätzen, unbedingt zu verneinen sey. Einen solchen Vertrag hätten die Römer ganz gewiß als ein *pactum contra jus publicum* verworfen, indem man nach Römischer Theorie

63) Nur zur Umgehung der Bestimmungen der Nov. 115. über die Enterbung, könnte es eigentlich ein Interesse haben, das Testiren durch eine Adoption zu vermeiden.

durch Privatverträge nichts von seiner väterlichen Gewalt unwiderruflich aufgeben kann. Man verstehe dies nicht so, als bestritte ich dem Vater ganz die Befugniß, auch nur de facto einem Andern die Erziehung zu übertragen oder zu überlassen; daß er dies dürfe, leidet keinen Zweifel, allein nichts hindert ihn, jeden Augenblick seine Kinder wieder zurückzunehmen, ob schon er Entschädigung kann leisten müssen, wenn Kostgeld oder ein Honorar versprochen war. Gegen das *interdictum de libero homine exhibendo* kann man sich allerdings durch die Einrede schützen, daß man die Person, deren Exhibition verlangt wird, als *alumnus* bey sich habe <sup>64</sup>); aber daß man dies auch gegen das *interdictum de liberis exhibendis* thun, findet sich nicht.

Kürzer und leichter, als das Recht auf die Erziehung, läßt sich die Verpflichtung dazu abhandeln. In der allgemeinen Verbindlichkeit des *paterfamilias*, für seine *filiifamilias* zu sorgen <sup>65</sup>), liegt begreiflicherweise auch die Pflicht desselben, die Kinder entweder bey sich zu haben, oder sie Andern zur Erziehung anzuvertrauen. In den Fällen zwar, da der Vater seinen Kindern, wegen schlechten Betragens derselben gegen ihn, die *Alimente* verweigern kann <sup>66</sup>); kann er freylich wohl auch nicht genöthigt werden, sich in anderer Rücksicht der Kinder anzunehmen, wenn gleich seine *patria potestas* darum nicht erlischt, auch nicht zu seinem Vortheil, was in Ansehung der Verpflichtung durch die *filiifamilias*, namentlich durch ihre *Delicte*, wichtig ist; allein das Recht, die Kinder wegen schlechten Betragens sich selbst zu überlassen, kann überhaupt wohl nur bey erwachsenen *filiifamilias*, nicht bey unmündigen, noch des Beystandes und der Zucht bedürftigen

64) l. 3. §. 4. D. de lib. hom. exhib. (43, 29)

65) l. 4. l. 5. §. 11. und 12. D. de agnosc. et al. lib. (25, 3)  
l. 4. C. de alend. lib. ac parent. (5, 25) l. 9. C. de patria potest. (8, 47)

66) l. 5. §. 11. D. de agnosc. et al. lib. (25, 3)

Kindern, zugestanden werden, also auf die Erziehungspflicht keinen Einfluß äußern.

Wem von der Obrigkeit die Erziehung übertragen wird, der muß dieselbe annehmen, nach Bestimmung von Alexander Sever <sup>67)</sup>. Früher galt dies nicht unbedingt <sup>68)</sup>. Hingegen braucht Niemand die ihm vom Vater eines Kindes testamentarisch aufgetragene Erziehung zu übernehmen, nur verliert er freylich im Weigerungsfall Alles, was ihm der Testator als Belohnung für die Erziehung durch Erbeinsetzung oder Vermächtniß zugewendet hat <sup>69)</sup>.

Zum Beschluß ist hier endlich noch ein Blick auf das rechtliche Verhältniß des Erziehers zu werfen. Leider enthalten unsere Quellen über diesen Punkt fast gar nichts, indessen lassen sich die hier aufzuwerfenden Fragen theils aus dem Bissherigen, theils aus anderen anerkannten Grundsätzen, mit ziemlicher Bestimmtheit beantworten. Diese Fragen sind aber namentlich: in wie ferne hängt es vom Erzieher ab, für welchen Stand und in welcher Religion das Kind erzogen werden soll; in welchem Grade steht dem Erzieher ein Zwangs- und Züchtigungsrecht gegen das Kind zu; und welche rechtlichen Mittel hat der Erzieher theils gegen das Kind selbst, theils gegen Dritte, um zu erzwingen, daß das Kind bey ihm sey? Auf mehr kann hier wohl nicht Rücksicht genommen werden; besonders kann das eigentliche Verfahren bei der Erziehung, das rein Factische derselben, kein Gegenstand rechtlicher Normen seyn, sondern gehört in das Gebiet der Pädagogik.

Am leichtesten läßt sich nun das rechtliche Verhältniß des paterfamilias als Erziehers entwickeln. Die Mittel, die ihm zu Gebote stehen, um das persönliche Beyihmseyn der Kinder zu bewirken, sind bekannt, auch schon oben beyläufig berührt worden. Die Gränzen seines Züchtigungsrechts sind gesetzlich

67) l. 1. C. ubi pupilli (5, 49).

68) l. 1. §. 2. D. ubi pupillus (27, 2).

69) l. 1. §. 3. D. eod. l. 7. in fin. D. de annuis legatis (33, 1).

bestimmt, wobey freylich der Unterschied zwischen einer mäßigen häuslichen Züchtigung und einer härteren Bestrafung, welche letztere nur von der Obrigkeit auf Verlangen des Vaters soll erfolgen dürfen, dem vernünftigen Ermessen in concreto überlassen bleiben muß <sup>70</sup>). Aus der Natur der väterlichen Gewalt ergiebt sich auch, daß es lediglich vom Vater abhängt, ob er seinem Kinde eine gelehrte oder nicht gelehrte Bildung geben will oder will geben lassen, und überhaupt, für welchen Stand das Kind durch die Erziehung vorbereitet werden soll, so ferne dies nur kein schimpflicher Stand ist. Eben so scheint es mir keinem Zweifel unterworfen seyn zu können, daß es dem Vater gemeinrechtlich <sup>71</sup>) frey stehen müsse, seine Kinder wenigstens bis zu den Discretionsjahren ganz nach seinem Belieben in einer der drey, durch den westphälischen Frieden für Deutschland einander gleich gestellten, christlichen Con- fessionen unterrichten und dafür erziehen zu lassen. In An- sehung einer anderen Religion kann ihm diese Freyheit wohl nur eingeräumt werden, wenn er selbst dazu gehört, und diese Religion zugleich eine tolerirte ist, wie die mosaische, und Gleiches muß in Bezug auf die beschränkten christlichen Secten, der Mennoniten, Quäker u. s. w. gelten. Auf die Religion der Mutter kann es, meines Erachtens, selbst was die Töchter betrifft, nicht ankommen, weil das gleiche Erziehungsrecht der Mutter, worauf man hier eine Berücksichtigung der müt- terlichen Religion gestützt hat, durchaus ungegründet ist. Ueberhaupt scheint mir in den zahlreichen älteren und neueren Schriften über diesen Gegenstand, welche ich zu vergleichen Gelegenheit gehabt habe, deren nähere Würdigung aber hier zu weit führen würde, der Gesichtspunkt der väterlichen Ge- walt fast ganz aus dem Auge gesetzt zu seyn. Zu eng dürfte es aber auch seyn, wenn mehrere derjenigen, welche allerdings

70) l. 3. C. de patria potestate (8, 47).

71) Partikularrechte machen hier natürlich, so wie auch Ansehung der Wahl des Standes der Kinder, oft Ausnahmen.

die väterliche Gewalt als das entscheidende Moment gelten lassen, dem Vater doch nur erlauben wollen, seine Kinder alle in seiner Religion zu erziehen; ich sehe in der That nicht ein, nach welchen Gesetzen man gemeinrechtlich einem protestantischen Vater das Recht streitig machen könnte, seine Kinder katholisch, oder einem katholischen Vater, seine Kinder lutherisch oder reformirt erziehen zu lassen. In wie ferne übrigens Verträge, namentlich Ehepacten, die gesetzlichen Befugnisse des paterfamilias in Rücksicht der Erziehung beschränken können, läßt sich — wenn man auf unsere Praxis sieht — unmöglich bestimmen. Im Römischen Recht erscheint die Lehre von der väterlichen Gewalt durchaus als absoluter Natur, und kann also nicht auf eine für den paterfamilias bindende Weise durch Privatverträge modificirt werden. Da aber unsere Praxis sich nicht streng an die Römischen Grundsätze über die *pacta contra leges et jus publicum* hält, die Gränzen des Abweichens von diesen Grundsätzen jedoch völlig unbestimmt und schwankend sind, so müssen wir hier gänzlich darauf verzichten, feste Principien aufzustellen. Daß es dem Vater frey stehe, die Erziehung seiner Kinder Andern zu überlassen, ist schon oben bemerkt worden. Die Befugnisse eines solchen, vom Vater bestellten Erziehers sind aber ganz vom Willen des Vaters abhängig, auch kann derselbe natürlich nicht selbst die Kinder von Dritten einklagen, sondern dies nur durch den Vater thun lassen. Daß die Befugnisse dieses Erziehers nicht größer seyn können, als die des Vaters selbst, liegt in der Natur der Sache, und seine schlechte und verkehrte Erziehung berechtigt daher die Polizegewalt eben so gut, einzuschreiten, als wenn der paterfamilias sich ein gänzlich unangemessenes Benehmen zu Schulden kommen läßt.

Wesentlich verschieden von dem Verhältniß des Vaters ist das Verhältniß des Erziehers eines Pupillen. Diesem, selbst wenn es die Mutter ist, steht eigentlich nur das Factische der Erziehung zu. Ob er ein Züchtigungsrecht habe, ob er befugt sey, den Pupillen von Dritten einzuklagen, darüber findet sich

zwar gar nichts, und in Rücksicht sonstiger, die Erziehung betreffender Punkte haben wir nur die schon oben erwähnte Vorschrift, daß die Obrigkeit die Erziehungskosten zu bestimmen habe; aber eben dies letztere zeigt deutlich genug, daß der Erzieher eines Pupillen keineswegs die Stelle des paterfamilias einnehme, wofür auch dies spricht, daß der Vater ja testamentarisch Verfügungen über die künftige Erziehung seiner Kinder treffen kann. Die obervormundschaftliche Behörde hat hier, so weit, als nicht schon testamentarisch durch den verstorbenen paterfamilias die Erziehung zweckmäßig normirt ist, die Entscheidung über die dabey vorkommenden rechtlichen Fragen; namentlich ist es von ihrem Ermessen abhängig, ob der Pupill für das Leben in den höheren oder in den niederen Ständen erzogen werden soll, so ferne er nicht schon durch Geburt zu den höheren Klassen der bürgerlichen Gesellschaft gehört. In Betreff der Religion kann jedoch wohl nicht der Obrigkeit die Freiheit des paterfamilias zugestanden werden, sondern da scheint es mir nach dem bekannten Grundsatz gehen zu müssen: *interveniente connubio liberi patrem, non interveniente connubio matrem sequuntur*. Eheliche Kinder sind also in der Religion des Vaters zu erziehen, von der ja auch zu vermuthen ist, daß der Vater selbst diese gewählt haben würde; uneheliche Kinder dagegen in der Religion der Mutter, mag übrigens die Mutter selbst die Erziehung haben, oder ein Anderer; und so wird es auch, so weit ich habe in Erfahrung bringen können, im Ganzen überall in der Praxis gehalten. Unter diesen Umständen erhellt nun von selbst, daß es dem Geiste unseres gemeinen Rechts keineswegs gemäß seyn dürfte, wenn man dem bloß factischen Erzieher eines Pupillen ein Züchtigungsrecht in dem Maasse, wie es der Vater hat, beylegen wollte; nur in einem höchst beschränkten Umfange kann ihm gestattet werden, ein solches einseitig, ohne Concurrenz der Obrigkeit, auszuüben. Ebenfalls kann auch dieser Erzieher nicht befugt seyn, so wie der Vater, das Kind von jedem Dritten einzuklagen, sondern er

kann sich nur an die Obrigkeit mit der Bitte wenden, daß diese ihm *ex officio* das Kind wieder verschaffe <sup>72)</sup>.

Was endlich den Fall betrifft, wenn dem *paterfamilias* die Erziehung seiner Kinder genommen ist, so kommt es darauf an, von welchem Gesichtspunkt man hier ausgeht. Betrachtet man das Erziehungsrecht des *paterfamilias* als völlig übergegangen auf den jetzigen Erzieher, so muß man dem letzteren auch alle Rechte des Vaters in Rücksicht der Erziehung zugestehen. Nichtiger möchte es aber doch seyn, sich den Erzieher hier nur in dem Verhältniß des Erziehers eines Pupillen zu denken. Dies halte ich deshalb für richtig, weil ja keine *deminutio patriae potestatis* darin liegen soll, wenn dem Vater die Erziehung genommen wird. Nur also das Factische der Erziehung wird dem *paterfamilias* entzogen, hingegen das, was bey der Erziehung einer rechtlichen Bestimmung unterworfen ist, bleibt seiner Entscheidung überlassen, so weit, als dies den Umständen nach möglich ist, und so weit es nicht angeht, vertritt ihn die Obrigkeit, gerade wie bey Pupillen. In diesem Sinn ist es zu verstehen, wenn oben gesagt worden, daß bey den unvollkommenen Adoptionen der leibliche Vater keineswegs allen Einfluß auf die Erziehung der Kinder verliere, wenn er gleich nicht berechtigt ist, unmittelbar selbst die Erziehung zu leiten.

Allerley untergeordnete Fragen, die noch zur Sprache gebracht werden könnten, glaube ich hier übergehen zu müssen, weil meine Abhandlung, ungeachtet alles Bestrebens nach möglichster Kürze — eine Rücksicht, aus welcher auch die Ausstattung mit einem gelehrten litterarischen Apparat absichtlich vermieden ist — eine Ausdehnung erhalten hat, die fast die Gränzen eines Aufsatzes für eine Zeitschrift überschreitet.

---

72) Die l. 1. §. 2. D. de rei vind. (6, 1), aus welcher man ein allgemeines Recht derjenigen, die befugt sind, Kinder bey sich zu haben, zur Einflagung dieser Kinder hat ableiten wollen, bezieht sich sichtbar nur auf den *paterfamilias*.

## IX.

Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabey  
auch über den Gang der Rechtsbildung und die  
Befugnisse der Gerichte.

Von Herrn Dr. Jordan, ord. Prof. der Rechte zu Marburg.

## §. 1.

## V o r b e m e r k u n g.

Groß ist bekanntlich das Ansehen, dessen sich die Praxis oder der Gerichtsgebrauch in allen Theilen des gemeinen Rechts zu erfreuen hat. Alle Schriften über das gemeine deutsche Recht, so wie die tägliche Erfahrung bey den Gerichten, gewähren die sprechendsten Belege hierfür. Der Grund dieses Ansehens, welchen man in neuester Zeit <sup>1)</sup> sogar in einer, den Gerichten zustehenden — wenigstens negativen — Gesetzgebungsgewalt finden will, liegt tiefer in der Natur der Sache selbst. Der Gang der Rechtsbildung und die aus diesem, so wie aus der natürlichen Beschaffenheit der Gesetze und des Rechtsbedürfnisses fließenden Befugnisse des Richteramtes geben die besten Aufschlüsse über jenen Grund, so wie über das Wesen, den Begriff und die rechtliche Bedeutsamkeit des Gerichtsgebrauches selbst. Hierüber nun einige Bemerkungen mitzutheilen, dürfte um so weniger überflüssig seyn, als man gerade jetzt in Deutschland, nach erkämpfter äußerer Ruhe, alles Ernstes bemüht ist, auch den innern rechtlichen Zustand durch zeitgemäße Reformen in der

1) M. f. z. B. Gerstäcker im neuen Arch. des Criminalr. VI. Bd. No. 19. S. 463 u. folg.



Gesetzgebung, wobey der vorliegende Gegenstand nicht unbeachtet bleiben darf, zu regeln und zu befestigen; sey es auch nur zu dem Zwecke, um tiefere Forschungen, als sie der Verf. der folgenden Bemerkungen zu geben im Stande ist, dadurch zu veranlassen.

## §. 2.

### Allgemeine Bemerkungen über den Gang der Rechtsbildung.

Das Recht, als Norm für den äußeren gegenseitigen Verkehr der Menschen, und so als Mittel zur Begründung und Erhaltung eines geordneten Friedenszustandes unter sich, ist das Erzeugniß des Bedürfnisses, und daher so alt, als dieses. Das älteste Recht eines Volkes beruht deshalb immer auf Gewohnheit, die sich aus dem Bedürfnisse hervor-, und diesem angemessen ausbildet, und sich allmählig nach der Zunahme des Bedürfnisses und der geistigen Ausbildung erweitert und vervollständigt. Das Recht wird dadurch ein treues Gebilde des Stoffes, für den es Form und Regel seyn soll; es wird kenntliches Gepräge des Volkes, bey welchem es entstand, und welches in demselben die eigenen Rechtsansichten ausdrückt. Denn das Recht ist ursprünglich immer eine Angelegenheit des gesammten Volkes, der ganzen Gemeine, für das oder die es bindende Norm seyn soll. Mit der Fortschreitung der Cultur, welche die Staaten aus natürlichen Erzeugnissen des Bedürfnisses nach und nach in Kunstgebilde umgestaltet, bildet sich auch diese natürliche Rechtsgestaltung allmählig in eine künstliche um. Das Recht wird jetzt allmählig von einer eigenen gesetzgebenden Gewalt zum Voraus bestimmt, während zuvor für neue Fälle die passenden Normen erst nach ihrem Eintreten aufgesucht und bestimmt wurden; es werden eigene Behörden aufgestellt, die sich mit dem Rechtssprechen, was zuvor von Allen, oder von aus Allen für einzelne Fälle ausgewählten Urtheilern geschah, ausschließlich beschäftigen; das Recht wird complicirt, und der Gegenstand eines eigenen

Studiums und so einer eigenen Kaste, während es zuvor einfach, von Allen gekannt, einer wissenschaftlichen Behandlung unbedürftig und so Gegenstand des ganzen Volkes war. Dies ist der historische Gang, den die Rechtsbildung ohne wesentliche Unterschiede bey allen Völkern nahm, welche sich aus der Nothheit entwickelt haben. Man kann hierbey die zwey Quellen des Rechts, die Vernunft und Erfahrung, welche sich im künstlichen Rechtsgange als Philosophie und Geschichte, als Wissenschaft und Praxis nach den kunstgemäßen Bezeichnungen darstellen, durchaus nicht verkennen. Die Erfahrung liefert den Stoff, und die Vernunft, nach ihrer jedesmaligen Ausbildung bey der vorzüglicheren Mehrheit des Volkes, die rechtliche Form (die Rechtsansicht), welche der Verstand auf eine, dem Stoffe entsprechende Weise als wirkliche Norm ausspricht, so daß der Verstand aus den beiden Quellen des Rechts, aus der Erfahrung und Vernunft, das geltende Gesetz schafft. Für diese Thätigkeit des Verstandes hat man die technische Benennung der Gesetzgebungs-politik in den späteren Zeiten erfunden. Dem Wesen nach darf die künstliche Rechtsbildung von der natürlichen und ursprünglichen nicht abweichen. Philosophie, Geschichte und Politik müssen bey dieser einander die Hand bieten. Ohne Philosophie würde das Gesetz der rechtlichen Grundlage, ohne Geschichte des Stoffes, und ohne Politik der Zweckmäßigkeit entbehren. Aus der Philosophie muß der Gesetzgeber die jedesmal herrschenden Begriffe und Ansichten des Volkes über Recht und Unrecht, aus der Geschichte die Gegenstände, welche des Gesetzes bedürfen, und aus der Politik die beste Art und Weise schöpfen, die Gesetze den vorhandenen Rechtsansichten und Gegenständen anzupassen. Nur auf diese Weise werden die Gesetze dem Zwecke ihres Daseyns entsprechen, eine allseitige und dauerhafte Ordnung begründen, und einer Achtung genießen, welche ihre Beobachtung besser und fester gewährt, als aller äußere Zwang. Die Gesetze, wenn sie auf Gediegenheit, Güte und Zweckmäßigkeit Anspruch

machen wollen, dürfen niemals mit den herrschenden Rechtsansichten und den äußeren Verhältnissen des Volkes im Widerspruche stehen, sondern müssen der Wissenschaft und dem Leben gleichmäßig Genüge leisten. Damit aber die Gesetze den jedesmaligen Rechtsansichten und Verhältnissen, mit Einem Worte, dem Bedürfnisse des Volkes entsprechend abgefaßt werden und bleiben können, sind, da einmal die Rechtsansichten eines Volkes mit den Fortschritten der Cultur sich immer mehr veredeln, und dann auch die äußeren Verhältnisse desselben fast in demselben Maße sich verändern und erweitern, vorzüglich zwey Dinge nöthig: einmal, daß die gesetzgebende Gewalt die Rechtsansichten und Verhältnisse des Volkes genau kenne und in dieser Kenntniß fortwährend bleibe, und dann, daß die Gesetze von Zeit zu Zeit auf eine der Veränderung des Bedürfnisses angemessene Weise reformirt werden. Beides ist nur dadurch möglich, daß entweder das Volk selbst an der Gesetzgebung Antheil habe, oder daß diejenige Klasse von Staatsbürgern, welche im künstlichen Staatsleben sich mit dem Rechte, nämlich mit der Gesetzeserklärung und Anwendung, beschäftigen, d. i. die theoretischen und practischen Rechtsgelehrten, und ihre Producte, bey der Gesetzgebung zu Rathe gezogen, und alle sich etwa gebildet habenden Gewohnheiten berücksichtigt werden. Werden diese Elemente genau mit den bestehenden geschriebenen Gesetzen verglichen, so wird sich die Nothwendigkeit und die Art der Gesetzesreformation leicht erkennen lassen. Nur so werden die Gesetze dem Zwecke ihres Daseyns entsprechen, und eine passende Form des vorhandenen Stoffes seyn, da sie aus dem Volksgeiste und Leben geschöpft sind, und nach diesem und jenem sich fortbilden. Wie bey allen Dingen die Form das Erzeugniß des Wesens seyn muß, wenn jene Zweckmäßigkeit ansprechen will, so muß dieses auch bey den Gesetzen der Fall seyn. Diese können jedoch niemals in einer solchen Vollständigkeit, daß sie alle möglichen Fälle, die im wirklichen Leben sich ereignen können, mit gleicher Umsicht erschöpften, und in einer solchen

Deutlichkeit gegeben werden, daß über ihren wahren Sinn gar kein Zweifel entstehen könnte. Denn es übersteigt die menschlichen Geisteskräfte, voraus zu bestimmen, was sich in rechtlicher Hinsicht im Leben möglicher Weise künftig ereignen werde, und sich mit Worten so auszudrücken, daß jedem Doppelpsinne, jeder Mißdeutung, jeder Unverständlichkeit für immer vorgebeugt wäre. Vielmehr kann die Gesetzgebung, da sie nur aus dem Vorhandenen und daraus, was sich aus der Vergleichung des Vergangenen mit dem Gegenwärtigen als wahrscheinliches Künftiges voraussehen läßt — und wie trüglisch ist nicht dieses? — schöpfen kann, nicht anders als mangelhaft ausfallen, wozu noch die Armut der Sprache kommt, welche diese Mangelhaftigkeit vermehrt; sie kann nicht sogleich, wenn sich bey irgend einem neuen, oder wenigstens mit neuen Modificationen begleiteten, Falle ein wirklicher Mangel der Gesetze zeigt, eine neue Norm schaffen, die auch auf den sie veranlaßt habenden Fall angewendet werden könnte, da Gesetze keine zurückwirkende Kraft haben. Die Gesetze haben keine organisirende Kraft in sich, durch welche sie sich allmählig, nach Maßgabe des eintretenden Bedürfnisses, von selbst fortbilden könnten. Das Gesetz ist an sich etwas Todtes, während das äußere Leben in fortwährender Lebendigkeit sich stets neu gestaltet, und durch die eigene innere Kraft besteht und wirkt. Es müssen daher Elemente im Staatsleben bestehen, welche der Mangelhaftigkeit, Dunkelheit und Starrheit der Gesetze abhelfen, jeden entstehenden Widerstreit zwischen Gesetz und Leben ausgleichen, jenes diesem fortwährend anpassen; also sorgen, daß der lebendige Stoff niemals der zweckmäßigen Form entbehre und in Verwirrung gerathe; welche mithin den Gesetzen Leben dadurch, daß sie aus und nach jenen für alle möglichen Rechtsfälle Entscheidungsnormen auffinden, und jene nach dem Leben modificiren, und dem Leben Gesetzmäßigkeit dadurch gewähren, daß kein vorkommender Rechtsfall unentschieden bleibt; auf diese Weise von einer Periode der Gesetzesreformation bis zur andern im Geiste der

Gesetze fortwirken, die Gesetze nach dem Leben und dieses nach jenem gestalten, und so der Gesetzgebung zugleich nachhelfen und vorarbeiten.

Diese Elemente sind: 1) das Volk selbst, welches durch Autonomie und Gewohnheit, 2) die Gerichte, welche durch Gerichtsgebrauch, und 3) die Rechtsgelehrten, welche durch Wissenschaft wirksam sind. Alle drey Elemente werden zwar durch die Gesetze geleitet und beschränkt, in so fern ihr Streben nicht gegen die Gesetze gerichtet, sondern nur diesen angemessen seyn darf; aber sie leiten hinwiederum auch die Gesetzgebung, in so fern diese nur aus ihnen die Rechtsansichten und practischen Verhältnisse des Volkes erkennen kann. Alle drey stehen daher mit der Gesetzgebung, aber auch unter sich selbst, in einer beständigen Wechselwirkung. Das Volk — natürlich mit Ausschluß der Klasse der Rechtsgelehrten ex professo — bildet für neue, im Gesetze nicht berücksichtigte, oder dunkel bestimmte Rechtsverhältnisse Gewohnheiten, durch die es auch das bestehende Recht, in so fern es dunkel, unzweckmäßig u. s. w. ist, gestaltet, oder schafft vermöge der Autonomie, die ihm immer wenigstens in so weit zusteht, als kein ausdrückliches gesetzliches Verbot im Wege steht, durch ausdrückliche Willenserklärung neue Normen (Statute). Die Rechtsgelehrten, mit Ausschluß der Richter, erklären Gesetze und Gewohnheiten, entwickeln den vollständigen Sinn und Inhalt derselben; suchen deren Principien, Gründe und Zwecke auf, prüfen ihre rechtliche Haltbarkeit und Anwendbarkeit; stellen, dadurch veranlaßt, eigene Ansichten hierüber und darüber, was überhaupt Rechts sey, wie die Gesetze in rechtlicher und politischer Hinsicht beschaffen seyn sollen, in Systemen oder bey andern Gelegenheiten auf, welche (Ansichten), wenn sie Beyfall finden, ganz oder theilweise oder mit Modificationen allmählig allgemein, und so Volksansichten werden; cultiviren auf diese Weise vorzüglich die rechtliche und politische Seite der Gesetze, und wirken so für die Gesetzgebung, Wissenschaft und Anwen-

ding (Praxis) gleich wohlthätig. Sie thun dieses bald durch Gutachten (respondendo), bald durch rechtliche Beystandsleistung (agendo vel defendendo), bald durch Unterricht (docendo), und bald durch Schriften (libris). Die Gerichte endlich benutzen die Resultate der Doctrin; erklären, erläutern, ergänzen und modificiren die Gesetze gleichfalls zum Zwecke unmittelbarer Anwendung; liefern durch die Entscheidungen der verschiedenen Fälle Stoff für die Doctrin und Legislation; passen beide der Wirklichkeit an u. s. w. Besonders wirken Doctrin und Praxis, wenn sie in freundlicher Stellung zu einander bleiben, vortheilhaft auf einander, und so gemeinschaftlich auf die Rechtsbildung ein. Ohne Praxis würde die Doctrin nur zu leicht unpractisch und so unbrauchbar, und jene ohne diese nur zu leicht unwissenschaftlich und so Willkühr und Schlendrian; diese erhält durch jene neues, frisches Leben, jene durch diese neuen practischen Stoff, und die Rechtsbildung durch beide Lebendigkeit, Gründlichkeit und Allseitigkeit.

## §. 3.

Bestätigung der allgemeinen Bemerkungen aus dem Gange der römischen und deutschen Rechtsbildung.

Diese allgemeinen Ansichten werden auch durch die Geschichte des Ganges der Rechtsbildung bey den Römern und Deutschen bestätigt.

I. Wenn auch den ältesten Rechtszustand der Römer ein bis jetzt noch nicht völlig aufgehelltes Dunkel umhüllt, so ist doch so viel außer Zweifel, daß auch zu der Zeit, als die Römer bereits ein jus scriptum verschiedener Art hatten <sup>2)</sup>,

2) Vergl. Hugo, Rechtsgesch. Ausg. v. 1818. §. 59. §. 166. u. folg. Die Titel 3. u. 4. des I. B. der Dig., die Titel 14. u. 16 des I. B. des Cod. und Tit. 2. des I. B. des Inst. Heineccii Antiquitatt. Romm. ed. Haubold. Francoe. 1822. pag. 33. folg.

ein großer, ja der bey weitem größere Theil des Rechts noch Gewohnheitsrecht im weiteren Sinne (*jus non scriptum*) war <sup>3)</sup>, welches theils in den *moribus majorum*, theils in den *edictis magistratum* und theils in der *auctoritate jurisperitorum* bestand <sup>4)</sup>, so daß wir bey den Römern die drey bildenden Elemente des Rechts: das Volk — in so weit ihm nicht in seiner Gesamtheit die gesetzgebende Gewalt selbstzustand — die Gerichte (*Obrikeiten*) und die Rechtsgelehrten wirklich antreffen <sup>5)</sup>. Vorzüglich waren es die Prätores und Rechtsgelehrten, welche gleichsam Hand in Hand des Rechts gemeinschaftlich pflegten und es fortbildeten. Jene suchten insbesondere das strenge gesetzliche Recht (*jus civile* im Gegensatz des *jus honorarium*) den wirklichen Rechtsverhältnissen anzupassen, indem sie es nach den Grundsätzen der *aequitas* milderten, ergänzten und erweiterten, auf diese Weise in mancher Beziehung wohlthätig wirkten, und den Vorwurf, welchen man ihnen machte <sup>6)</sup>, wohl nicht verdienen <sup>7)</sup>. Der Prätor konnte sich, nach seinem Standpunkte in dem damaligen römischen Staatsorganismus, Manches erlauben, was freylich bey unseren *Obrikeiten* sehr auffallen und nicht angehen würde. Wenn die Gesetze noch roh und im hohen Grade mangelhaft sind, so muß man den Gerichtsbehörden größere Befugnisse einräumen, soll anders nicht, anstatt der Gerechtigkeit, die Ungerechtigkeit walten, abgesehen davon, daß es nicht wohl zu begreifen seyn würde, wie es

3) Maceldy, *Lehrb. der Instit.* 1. Ausg. §. 21. folg.

4) Heinecc. l. c. p. 43. folg. Maceldy, l. c. Ob auch die *auctoritas rerum judicatarum* hieher gehöre, ist wohl nicht ausgemacht.

5) Vergl. Rosshirt, *Grundl. des Röm. Rechts.* Heidelb. 1824. S. 20. lit. c.

6) G. B. Heinecc. l. c. Lib. I. Tit. II. §. 24. p. 49.

7) M. f. Hugo, l. c. §. 179. S. 279. folg. R. S. Zacharia, *die Wiss. der Gesetzgeb.* Leipz. 1806. S. 100.

möglich wäre, alle vorkommenden Fälle nach solchen Gesetzen richtig zu entscheiden, wenn dem entscheidenden Richter die Hände so sehr gebunden wären. Aus diesem Grunde hatten alle höheren magistratus der Römer überhaupt größere Befugnisse, und namentlich die Befugniß, innerhalb ihres Wirkungskreises Verordnungen zu erlassen, wenn es an passenden Normen fehlte. Bey weitem am größten war die Wirksamkeit der Rechtsgelehrten. Das ganze von selbst entstandene Recht, welches vorzugsweise das jus civile <sup>8)</sup> hieß, wurde größtentheils von den Rechtsgelehrten ausgebildet <sup>9)</sup>, so daß die Behauptung <sup>10)</sup>, bey den Römern finde man die Aufgabe gelöst, die Jurisprudenz an die Stelle der Gesetzgebung zu setzen, kaum an Uebertreibung gränzt, da die eigentlichen Gesetze sehr unbedeutend waren, und die Edicte der Prätores, so wie nachher die kaiserlichen Constitutionen, meistens nur in wissenschaftlichen Entscheidungen bestanden; was freylich nur in Ansehung des Privatrechts vorzüglich gilt. Sind ja selbst in Justinian's Rechtsammlung die Auszüge aus den Schriften der Rechtsgelehrten der bey weitem reichhaltigste und wichtigste Theil, so daß der hohe Werth, den man dem römischen Rechte noch heutzutage beylegt, ihm vorzüglich nur jener Auszüge wegen gebührt. Die Wirksamkeit der Juristen ist darum von so großem Werthe, weil sie sich nicht mit speculativen, für das wirkliche Leben oft nutzlosen Theorien befaßten, sondern ihre ganze Thätigkeit für die wirkliche Anwendung (Praxis) berechnete war, indem sich bey den Römern überhaupt nie die Theorie von der Praxis getrennt hatte, und nie eine eigene Rechtsphilosophie in unserem Sinne von dem positiven d. i. wirklich geltenden Rechte genau unterschieden wurde. Analyse der Gesetze und des practischen Lebens war das Haupt-

8) l. 2. §. 6. u. 12. D. de O. J. (1, 2.) Maceldey, l. c. §. 29. Cf. Heinecc. l. c. §. 59.

9) Vergl. Hugo, l. c. §. 180.

10) K. S. Zacharia, l. c. §. 98.



Bestreben der Juristen, indem sie in ihren Interpretationen, worunter man wohl nicht bloß Gesetzeauslegungen im heutigen Sinne <sup>11)</sup>, sondern vorzüglich auch das, was wir Analogie nennen, zu begreifen hat, und Responsen u. s. w. nicht nur die dunkelen Gesetze erklärten, sondern auch und besonders das unvollständige Recht ergänzten <sup>12)</sup>, so daß sie mit Recht *auctores* und *conditores juris* genannt werden konnten <sup>13)</sup>. Sie arbeiteten daher recht eigentlich für die Praxis, welche die übereinstimmenden Meinungen aller *de jure* respondirenden Juristen wie Gesetze respectirte <sup>14)</sup>, und dieselben in zweifelhaften Fällen um Rechtsbelehrung anging <sup>15)</sup>. Vortheilhaft für die Rechtsbildung war es aber nicht, daß es später den Richtern zur Pflicht gemacht wurde, von den Gutachten der nun privilegirten Rechtsrespondenten nicht abzugehen <sup>16)</sup>; und noch mehr zu tadeln ist Justinian's Beschränkung <sup>17)</sup> der Wirksamkeit der Rechtsgelehrten; denn da er durch sein Machtsgebot die Elemente der Rechtsbildung unthätig machte, mußte auch das Recht selbst erstarren, und, nun entzogen der Pflege der freien Geistesrthätigkeit, ohne weitere selbstständige Fortbildung bleiben. Die Bruchstücke in den Pandecten sind traurige Ueberreste besserer Zeit, gleichsam die sprechenden Zeugen der politischen und geistigen Abnahme der damaligen Zeit, die sich keine Kraft zutraute, in der betretenen Bahn der Rechts-

11) Cf. Hugo, l. c. S. 286.

12) M. f. bes. Heinecc. l. c. S. 54. folg.

13) §. 3 in l. 3. D. si pars hered. pet. (5, 4.) l. 39. D. de act. emt. (19, 1.) l. 17. D. de jure patr. (37, 14.) l. 23. C. de procurat. (2, 13)

14) Gajus l. 1. c. 7.

15) l. 2. §. 47. D. de O. J. (1, 2.) Gellius Noct. Att. XII. 13. Car. Sigon. de antiquo jure civ. Rom. II. 18.

16) §. 8. Inst. de jure n., g. et civ. (1, 2.) l. 2. §. ult. D. de O. J.

17) §. 2. et seq. Const. de concept. Dig.

bildung der Vorfahren selbstthätig vorwärts zu schreiten; gleichsam die Grabchriften hingeschwundener kräftigerer Jahrhunderte. Es ist der klarste Beweis der Schwäche eines Volkes, wenn es aus dem Grabe der Vergangenheit die Gesezesrümmern zusammenliest, um sich aus denselben eine Gesezgebung für die Gegenwart, eine Krücke für die geistlahme Zeit, mosaikartig zusammenzufügen <sup>18)</sup>. Jetzt war es, besonders bey der großen Masse von Gesezen, nicht mehr wohl möglich, daß die Jurisprudenz gedeihen konnte, die vielmehr, so wie die Pflege des Rechts durch Herkommen und Praxis, unter jener Masse erliegen mußte. Denn je mehr sich die positiven Geseze anhäufen, und je weniger sie den genannten bildenden Elementen Spielraum gestatten, desto mehr muß die eigentliche Jurisprudenz abnehmen, und das Recht in starren Formalismus, der den Geist tödtet, übergehen. Genug, seit der Zeit, wo die Gesezgebung ganz in den Händen der Imperatoren lag, wo gewissermaßen es im römischen Staate wieder so wurde, wie es nach der Sage in Roms ältesten Zeiten war <sup>19)</sup>, und die bildenden Elemente des Rechts immer mehr gelähmt wurden, ging es mit der römischen Rechtsbildung nicht mehr vorwärts, und zehrte man nur an dem geistigen Marke der Vorfahren.

II. In Deutschland war es ursprünglich ebenfalls das aus dem Leben hervorgegangene Bedürfnis, welches dem Rechte Daseyn, Gestalt und Richtung gab. Schon zur Zeit der ältesten Volksgeseze, deren schriftliche Abfassung nämlich durch verschiedene äußere Umstände veranlaßt wurde <sup>20)</sup>, waren die drey bildenden Elemente des Rechts, wenn auch noch nicht kastenmäßig getrennt, doch wenigstens im Reime

18) M. s. über den Werth des Röm. Rechts: M. F. J. Thibaut, über die Nothwendigkeit eines allgem. bürgerl. Rechts für Deutschland. Heidelb. 1814.

19) Tacit. Annal. III. 26. 1. 2. §. 2. D. de O. J. (1, 2.)

20) M. s. Fr. Eichorn, Deutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 30.

vorhanden und wirksam: das Volk nämlich, die Gerichte und die Rechtsverständigen. Das Volk, in so fern es nicht in seiner Totalität als gesetzgebend thätig war, wirkte durch die Fortbildung des Gewohnheitsrechtes, das neben den geschriebenen Gesetzen, welche selbst größtentheils nur aufgezeichnete Gewohnheiten waren, noch fortbestand, da einmal nicht alle Gewohnheiten in die Volksgesetze aufgenommen worden sind <sup>21)</sup>, und diese selbst einer Ergänzung und weiteren Ausbildung bedurften. Die Gerichte, wenn man von dem vorsitzenden und leitenden Richter absieht, der auf das eigentliche (materielle) Rechtssprechen gar keinen Einfluß hatte <sup>22)</sup>, wurden zwar ebenfalls aus dem Volke besetzt, indem (wenigstens vor Karl dem Großen) entweder sämmtliche in den Gerichtstagen Urwesende, oder einige ausgewählte Standesgenossen der Partheyen als Schöffen das Urtheil fanden <sup>23)</sup>; es waren aber die Urtheiler in dieser ihrer Eigenschaft doch anders für die Rechtsausbildung thätig, als sonst, und daher in dieser Rücksicht vom Volke zu trennen. Wie umfassend die Wirksamkeit der Gerichte in Bezug auf die Rechtsbildung war, und daß sie bey der Mangelhaftigkeit der Gesetze und der Zunahme des rechtlichen Verkehrs fast allein das Recht fortbildeten und ergänzten, ist zu bekannt, als daß es hier eines Beweises bedürfte. Für die Rechtsverständigen dieser Zeit, welche in zweifelhaften Fällen, wenn nämlich die Urtheiler selbst kein Recht finden konnten, Rechtsbelehrung erteilten, sind die Sachmänner (Sagibarones) der Salter zu halten, wie Maurer <sup>24)</sup> mit stiegenden Gründen gezeigt hat. Daß solche

21) Biener, Commentar, de origine et progressu legum jurisque Germanic. P. I. §. 11. und die dort in Not. 5. Angeführten.

22) G. L. Maurer, Gesch. des öff. mündl. Gerichtsverf. Heidelb. 1824. §. 7.

23) Maurer, a. a. D. §. 8.

24) a. a. D. §. 10.

Sachmänner auch bey andern Völkern wahrscheinlich vorhanden waren, z. B. in Baiern (judex genannt) <sup>25)</sup>, ist wohl kaum zu bezweifeln, da das Bedürfniß der Rechtsbelehrung auch bey andern Völkerstämmen eintrat, und diese später, nur in einer andern Form <sup>26)</sup>, so allgemein vorkam, daß man das frühere allgemeine Daseyn dieser Sitte kaum bezweifeln kann. Auch die ziemlich allgemein gestattete Zulässigkeit von Rednern und Gemalthabern <sup>27)</sup>, so wie die Formelbücher <sup>28)</sup>, setzen die Existenz von Personen, welche sich vorzugsweise mit dem Rechte beschäftigten, völlig außer Zweifel. Diese drey Elemente blieben in beständiger Wechselwirkung bis zu uns herab. Nur war im Mittelalter, bevor sich das römische Recht in Deutschland befestigt hatte, die Wirksamkeit der Gerichte vorherrschend. Zwar hat um jene Zeit auch das Volk noch durch autonomische Normen, z. B. Statuten, Dienstverträge u. s. w., zur Erweiterung des Rechtes beygetragen; aber vorzüglich waren es die Gerichte, welche seit dem zehnten und elften Jahrhundert, wo die geschriebenen Volksgesetze in ihrer Eigenschaft als geschriebenes Recht allmählig in Vergessenheit kamen, und das Recht wieder anfangs als ungeschriebenes fortzubestehen <sup>29)</sup>, sich der Rechtsbildung völlig bemächtigten, indem jetzt die allgemeine Meinung in das Richteramt die Befugniß und die Verbindlichkeit setzte, das Recht zu ergänzen und der Zeit anzupassen <sup>30)</sup>, auch die oberste Staatsgewalt nur in außerordentlichen Fällen, wenn sie von den Partheyen besonders angegangen wurde, ein-

25) Lex Baju. tit. 2. c. 15. §. 2. c. 16. 18. 19. Maurer, a. a. D. S. 22.

26) Maurer, a. a. D. S. 160.

27) Maurer, a. a. D. S. 13.

28) Mittermaier, Grundf. des gemeinen deutschen Privatrechts. Landsh. 1821. S. 19. und dort Not. 5.

29) Eichhorn, a. a. D. S. 257.

30) Eichhorn, a. a. D. S. 258.

Schritt, was sie, nach dem von Willms hind<sup>31)</sup>-erzählten Beispiele zu urtheilen, nur selten zu thun wagte. Auch die Rechtsbelehrungen, wenn ein Gericht kein Urtheil finden konnte, und nicht auf einen Dritten compromittirt wurde<sup>32)</sup>, geschahen von anderen angeseheneren Gerichten (Oberhöfen)<sup>33)</sup>, deren wichtigere Aussprüche um diese Zeit allein gesammelt wurden (Weisthümer)<sup>34)</sup>. Am unerheblichsten waren um jene Zeit die Früchte der Rechtsgelehrten, welche erst dann, als das Studium des römischen Rechts neu aufzuleben begonnen hatte, wichtig zu werden anfangen. Seit dem völligen Siege des fremden Rechts<sup>35)</sup> arbeiteten die Doctrin, welche nun begründet wurde, und die Praxis einander recht eigentlich in die Hände. Zwar wurde seitdem die Schöffenverfassung völlig verdrängt, und traten, bei der immer mehr sich ausbildenden Landeshoheit, an die Stelle der Oberhöfe die neu entstandenen Hofgerichte<sup>36)</sup>, indem jetzt zum Rechtsprechen ein vorausgegangenes besonderes Rechtsstudium erforderlich ward, mithin die unstudirten Schöffen von selbst wegfallen mußten<sup>37)</sup>; aber darum hörten die Rechtsbelehrungen nicht auf, welche jetzt nur von den höheren Reichs- und Landesgerichten, den Juristenfacultäten der allenthalben aufblühenden Universitäten und den Schöppenstühlen ausgingen. Die Doctrin und Praxis hatten jetzt, bey dem

31) In Annal. Corbej. Lib. II. bey Meibom. Tom. I. p. 644.

32) Maurer, a. a. D. §. 158.

33) Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatrecht. Göt. 1823. S. 5. Mittermaier, l. c. §. 2. u. 21, auch §. 24.

34) Eichhorn, l. c. Mittermaier, l. c. Kunde, Grundf. des gem. deutschen Private. §. 36. u. folg.

35) Eichhorn, Rechtsgesch. §. 269. 440. folg.

36) Mittermaier, a. a. D. §. 3.

37) S. Mittermaier, der gem. deutsche bürg. Proc. in Vergleich. mit dem Preuß. zc. II. Bepr. No. 1. S. 4. folg.

Bestehen des fremden Rechtes und der deutschen Rechtsinstitute, deren Sammlung vorzüglich durch jenes veranlaßt worden war <sup>38)</sup>, zwar nicht mehr das Recht selbst zu schaffen, wohl aber das fremde und einheimische Recht gehörig zu erklären, die Anwendbarkeit des ersteren auf die einheimischen Rechtsverhältnisse zu bestimmen, das Anwendbare von dem Unanwendbaren sorgfältig auszulesen, den zwischen beiden Rechtsquellen entstandenen Streit auszugleichen, die Lücken, an denen es natürlich auch jetzt noch nicht fehlen konnte, durch Auslegung und Analogie zu ergänzen; kurz, aus der großen Masse von Rechtsmaterialien ein für die deutschen Ansichten und Verhältnisse passendes Gebäude aufzuführen — eine Arbeit, die nicht wohl ein Gesetzgeber, sondern nur die Wissenschaft und das Leben durch harmonisches Zusammenwirken allmählig zum gewünschten Ziele führen konnten. Mit welchem Aufwande von Scharfsinn, Fleiß, Beharrlichkeit und Kraft, mit welcher Umsicht und mit welchem Erfolge an diesem großen Werke seit Jahrhunderten die Doctrin und Praxis gearbeitet haben, zeigt die heutige Gestalt des gemeinen Rechts, die es nur ihnen verdankt, und zeigen die vielen Particulargesetze in allen Zweigen des Rechts, welche hauptsächlich aus dem jedesmaligen Zustande der Doctrin und Praxis des gemeinen Rechts hervorgegangen sind. Die Arbeiten der Doctrin sind zu einer solchen Masse angewachsen, daß es, um das viele Treffliche, was selbst in den schon fast vergessenen Werken früherer Zeiten sich vorfindet, von dem gänzlichen Untergange zu retten, fast nothwendig zu werden scheint, eine ähnliche Sammlung, wie die Pandecten sind, aus den Bearbeitungen der verschiedenen Jahrhunderte zu veranstalten. Wenn auch die Doctrin und Praxis niemals frey waren von den Gebrechen ihrer jedesmaligen Zeit, jene nur zu oft in nutzlosen Spitzfindigkeiten sich gefiel, oder in leere, das Leben verschmähende Speculationen ausartete, und diese nur zu oft in

---

38) Eichhorn, a. a. O. S. 277. u. folg.

Mißbrauch und vernunftwidrigen Schlendrian auswuchs, so konnten doch solche Ausgeburten der Zeit diese nie lange überleben, und, bey dem natürlichen Rechtsinne der Deutschen und dem redlichen Streben der helleren Köpfe, nie das Bürgerrecht lange behaupten. Mit der Zeit, die sie geboren hatte, gingen sie unter, und nur das Bessere, welches von der Majorität der stimmfähigen Bürger in der deutschen Juristenrepublik als solches gutgeheißen, und so communis doctorum oder judiciorum opinio wurde, überlebte stets die Zeit seiner Entstehung. Auf diese Weise bekam das gemeine Recht durch die beständige Wechselwirkung zwischen Doctrin und Praxis, indem jene auf diese dadurch wirkte, daß nicht nur die künftigen Richter und Rechtsbeystände auf den Universitäten ihre Rechtsbildung erhielten, und die Ansichten, welche sie dort sich eigen gemacht haben, in das practische Leben mitnahmen, sondern auch die verschiedenen Schriften der Rechtsgelehrten, so wie die in den Gutachten und Urtheilen der Juristenfacultäten niedergelegten Meinungen und Ansichten, bey der Ausübung der Rechtspflege benutzten, und hinwieder die Praxis dadurch einflußreich auf die Doctrin wurde, daß diese aus jener die Berichtigung, Erweiterung, Ergänzung oder doch Bestätigung mancher Lehren, Ansichten und Meinungen schöpfte, in allen seinen Theilen eine Gediegenheit, Vollständigkeit, Umseitigkeit und Gründlichkeit, wie wohl kein anderes positives Recht, da keinem anderen eine solche Pflege und Bearbeitung zu Theil ward, wie unserem gemeinen Rechte.

#### §. 4.

##### Allgemeine Folgerungen aus dem Gange der Rechtsbildung für die Praxis.

Aus den gemachten Bemerkungen über den Gang, welchen die Rechtsbildung in der Regel zu nehmen pflegt und nehmen muß, wenn das Recht passende und so wirksame Form für das Staatsleben werden soll, ergeben sich manche interessante

Folgerungen für die Praxis, von denen wir hier nur einige ausheben wollen.

1) Der Wirkungskreis der Praxis läßt sich nicht absolut, sondern nur relativ, d. h. beziehungsweise, auf eine bestimmte Gesetzgebung bemessen. Denn

2) je unvollkommener eine Gesetzgebung ist, je weniger diese mit der Zeit vorwärts schreitet u. s. w., desto größer wird die Wirksamkeit der Praxis seyn müssen, um die Lücken, welche sich in einem solchen Falle in den Gesetzen vorfinden, auszufüllen, überhaupt, um die Gesetze mit dem wirklichen Leben in Einklang zu bringen und zu erhalten. Dagegen wird sich

3) der Wirkungskreis der Praxis in dem Maße verengen, als die Gesetzgebung an Vollständigkeit und Klarheit zunimmt, und sich nach den rechtlichen und historischen Verhältnissen des Volkes von Zeit zu Zeit reformirt, weil in demselben Grade, als die Zweckmäßigkeit der Gesetze steigt, sich die Kluft zwischen den Gesetzen und dem Leben verkleinert, also die Nothwendigkeit der Vermittelung zwischen beiden abnimmt. Darum wird es

4) in einem Staate mit repräsentativer Verfassung, nach welcher den Volksrepräsentanten ein Antheil an der Gesetzgebung eingeräumt ist, in der Regel eher thunlich seyn, der Praxis bestimmte Schranken hinsichtlich ihrer Wirksamkeit vorzuzeichnen, weil es sich nach einer solchen Staatsverfassung vermuthen läßt, daß die Gesetze mit größerer Umsicht und vollständigerer Berücksichtigung der jedesmaligen Ansichten der besseren Mehrheit des Volkes und der bestehenden historischen Verhältnisse abgefaßt werden, als in einem Staate, wo das Volk an der Gesetzgebung gar keinen Antheil hat. Da es aber

5) geradezu für eine Unmöglichkeit erklärt werden muß, solche Gesetze zu geben, welche für alle möglicher Weise vorkommenden Fälle völlig klare Bestimmungen enthalten, so gehört es zu den Ungereimtheiten, wenn man der Praxis



ganz und gar alle Wirksamkeit untersagen, d. h. vorschreiben will, daß die Gerichte beym Rechtssprechen niemals von dem Buchstaben des Gesetzes abgehen sollen; denn sie würden, wenn man dieses im Ernste vorschreiben wollte, nur zu oft in die Lage kommen, entweder gar nicht entscheiden zu können, oder doch wenigstens gegen alle Billigkeit, welche stets als die Seele menschlicher Gerechtigkeit zu betrachten ist, entscheiden zu müssen, abgesehen davon, daß selbst in den Worten der Gesetze niemals alle Doppelsinnigkeit und Dunkelheit durchaus vermieden werden kann. So vollkommen daher auch eine Gesetzgebung relativ seyn mag, so muß doch immer den Gerichten einiges Vermittlungsrecht zwischen den Gesetzen und dem wirklichen Leben überlassen bleiben. Dabey kann es auch, um die Gerechtigkeit im Staate wahrhaft zu befördern,

6) nicht so fast darauf ankommen, daß man den Umfang der richterlichen Thätigkeit möglichst beschränkt, als vielmehr darauf, daß man die Gerichte mit redlichen und einsichtsvollen, überhaupt tüchtigen Subjecten besetzt; denn einem schlechten Richter wird auch eine noch so große Beschränkung seiner Willkühr kein Hinderniß seyn, Ungerechtigkeiten zu begehen, während daß eine solche für den gewissenhaften und wahrhaft gebildeten Richter unnötig, ja sogar schädlich ist, weil sie ihn nur zu leicht in die Lage versetzt, gegen seine innere Ueberzeugung entscheiden zu müssen, und so oft nur hindern wird, wahrhaft gerecht zu seyn. Unmöglich kann aber eine Rechtspflege gut und sohin auch in politischer Hinsicht zweckmäßig genannt werden, nach welcher Entscheidungen erfolgen, die mit der allgemeinen Ansicht der besseren Mehrheit des Volkes von Recht und Unrecht im Widerspruche oder auch nur nicht im Einklange stehen. Die Achtung der Gesetze, mithin auch des Gesetzgebers, muß da schwinden, das lebendige Gefühl von Recht und Unrecht durch die häufig oder gar in der Regel erfolgenden Verletzungen desselben allmählig erkalten, an dessen Stelle Gleichgültigkeit und auf diese Weise Verschlechterung des moralischen Charakters des Volkes mit allen Folgen eintreten.

Sieht sich dagegen der Richter durch Zutrauen auf seine Gewissenhaftigkeit und Einsichten vermittelt Gestattung einer freyeren Beurtheilung der Gesetze geehrt, so wird er dadurch aufgemuntert werden, alle Kräfte anzuwenden, um dem ihm geschenkten Zutrauen auf alle mögliche Weise zu entsprechen; er wird bey dem Rechtsprechen um so gewissenhafter und umsichtiger zu Werke gehen, als das auszusprechende Urtheil in gewisser Hinsicht als seine Ansicht erscheint, mit der er vor seinem Gewissen bestehen soll, als er daher die Schuld einer etwa harten Entscheidung nicht auf den Gesetzgeber schieben kann, sondern diese vorzüglich auf ihn selbst fällt, und aus diesem Grunde seine eigene persönliche Achtung von der Beschaffenheit seiner Urtheile abhängt. Die Achtung, welche der Staat seinen Beamten schenkt, erzeugt bey diesen Selbstachtung, die das Gefühl der eigenen moralischen Würde erweckt und belebt, vom Schlechten abhält, zum Guten ermuntert und so zur Selbstveredlung führt, welche eine redliche Pflichterfüllung sicherer und dauerhafter gewährt, als alle Kontrolle und positiven Schranken.

7) Eine Gesetzgebung, welche, ungeachtet sie die Mängel der bestehenden Gesetze kennt, dennoch keine zeitgemäße Reform vornimmt, räumt den Gerichten stillschweigend die Befugniß ein, die Gesetze, mit Berücksichtigung der Grundprincipien, Rechtsgründe und Zwecke derselben, den herrschenden Ansichten und Verhältnissen des Volkes möglichst anzupassen, und durch die eigene Jurisprudenz zu ergänzen. Denn es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber das seinen Pflichten Entsprechende wolle; zu seinen Pflichten gehört nun auch die Begründung der äußeren Gerechtigkeit im Staate durch zweckmäßige Gesetze; die Gesetze vermögen aber nur dann jene zu begründen, und sind daher nur dann zweckmäßig, wenn sie dem vorhandenen Stoffe, den sie als Form nach rechtlichen Grundsätzen regeln sollen, entsprechen, d. h. wenn sie den herrschenden Ansichten der besseren Mehrheit des Volkes von Recht und Unrecht eben so, als den vorhandenen historischen

Verhältnissen desselben genügen. Es ist deshalb anzunehmen, es sey der höchste Wille des Gesetzgebers, daß die bestehenden Gesetze mit dem gedachten Stoffe möglichst in Einklang gebracht werden, damit die äußere Gerechtigkeit in der That bestehe, daß folglich jenes von den Gerichten geschehe, da die Mangelhaftigkeit und Zweckwidrigkeit des Gesetzes erst bey dessen wirklicher Anwendung fühlbar wird. Jedem Einwande steht das Dilemm entgegen: Entweder ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber wolle, daß Recht und Gerechtigkeit, und das durch der Staat bestehe; oder es ist das Gegentheil zu vermuthen. Da man rechtlicher Weise nur jenes vermuthen darf, so ergibt sich das Uebrige von selbst.

3) Die Praxis darf die Doctrin niemals unberücksichtigt lassen, weil sie vorzüglich aus dieser entnehmen kann, welche Rechtsansichten jedesmal herrschend sind; wie nach denselben dieses oder jenes Gesetz ausgelegt; welcher Rechtsgrund und Zweck ihm untergelegt, und wie dieser oder jener Mangel in den Gesetzen durch Analogie u. s. w. gehoben wird, ohne daß sie aber an die Doctrin, wie an ein Gesetz, gebunden wäre. Dagegen hat sie die eigentlichen Rechtsgewohnheiten natürlich eben so wie die Gesetze, vielmehr wie Vertragsrechte, zu behandeln.

#### §. 5.

##### Ueber die Befugnisse der Gerichte.

I. Es würde sich zwar schon aus dem Bisherigen ergeben, was der Gerichtsgebrauch oder die Praxis eigentlich sey. Um jedoch den Begriff des Gerichtsgebrauches genauer bestimmen zu können, scheint es nöthig zu seyn, über die Befugnisse der Gerichte überhaupt Einiges voranzuschicken, da sich jener nur aus diesen erklären läßt.

Die Bestimmung der Gerichte, als rechtsprechender Behörden (von den übrigen Geschäften, welche denselben in den wirklichen Staaten sonst noch aus politischen oder finanziellen

Gründen — ungewöhnlich genug <sup>39)</sup> — oft zugetheilt sind, wird hier billig abgesehen, da sie in Ansehung solcher Geschäfte nicht mehr als eigentliche Gerichte erscheinen), ist das Rechtsprechen (jus reddere, wie Ulpian <sup>40)</sup> und Pomponius <sup>41)</sup> sich ausdrücken), d. i. das Anwenden der gültigen Rechtsnormen auf wirklich vorkommende Rechtsfälle. Hierin liegen, da jeder Rechtsfall eine doppelte, eine factische und rechtliche Seite hat, folgende Befugnisse (wobey es sich von selbst versteht, daß diese nicht privatrechtlicher Natur sind, wornach ihre Ausübung nur von der Willkühr des Befugten abhängen würde, sondern nur in so fern Befugnisse oder Rechte heißen, als sie den Gerichten ausschließlich zustehen; in so fern aber, als die Ausübung derselben zugleich Rechtspflicht für die Gerichtsbehörden ist, nur uneigentlich und in dem Sinne Befugnisse genannt werden, welcher dem Ausdrucke: Befugniß oder Recht in öffentlichen Verhältnissen meistens unterliegt):

1) die Befugniß, das Thatsächliche des Rechtsfalles, so weit es von rechtlichem Einflusse ist, nach den hierfür bestehenden rechtsgültigen Normen zum Zwecke der Subsumtion desselben unter das Gesetz und in so weit es dieser Zweck erfordert, auszumitteln;

2) die Befugniß, das ausgemittelte Factische des Rechtsfalles unter die gültige, hierfür anwendbare Rechtsnorm zu subsumiren, d. h. zu prüfen, ob und in wie fern die factischen Merkmale des concreten Falles mit den gesetzlich vorausgesetzten Merkmalen identisch seyen oder nicht, und so vermittelst eines Schlusses das Urtheil selbst zu fällen; und

3) die Befugniß, das gefällte Urtheil, nöthigen Falles,

39) M. f. Mittermaier der gem. d. bürgerl. Proc. 2c. II. Bente. S. II. S. 38 u. folg.

40) l. 12. D. de just. et jure (1, 1.).

41) l. 2. §. 10. D. de O. J. (1, 2)

nach Vorschrift der Gesetze zu vollziehen, d. i. den Inhalt desselben in der Wirklichkeit gesetzlich zu realisiren.

Demnach erscheinen die Proceßleitung, die Urtheiltsfällung und Vollstreckung als die Hauptbefugnisse der Gerichte. Zwar hat man behauptet, daß die Vollstreckung nicht wesentlich in der Richter Gewalt liege, wenigstens von derselben getrennt seyn könne, wie dieses z. B. in Frankreich wirklich der Fall sey. Allein da die Urtheiltsfällung nur der Vollziehung wegen geschieht, wenigstens ohne diese keinen Zweck hätte; die Vollziehung aber nicht nur richtige Beurtheilung des Inhalts des Urtheils voraussetzt, sondern auch selbst an die Rechtsgesetze gebunden ist, d. i. rechtlich geschehen muß, weil das Recht lediglich für das äußere Leben bestimmt ist, mithin, wenn der Gerechtigkeit vollständig Genüge geschehen soll, auch das Verwirklichen des gesunden Rechts derselben entsprechen muß: so kann, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Vollstreckung der Urtheile nur den Gerichten, als ein wesentlicher, jedoch im Civilproceße nur als ein relativ wesentlicher (in so fern der Besiegte auch freywillig dem Urtheile nachkommen kann) Theil des Verfahrens zustehen. Wenigstens ist ohne Vollziehung das Geschäft der Ausgleichung der Rechtsstörung oder Verletzung nicht beendet, da diese in der äußeren Welt als Thatsache erscheint, mithin auch dort factisch wieder gehoben werden muß. Man wende hiergegen nicht ein, daß die Urtheilsvollstreckung zuletzt nur ein Befehlen, also ein Act der regierenden Gewalt sey; denn auch zu dem übrigen processualischen Verfahren ist den Gerichten eine befehlende Gewalt unentbehrlich, ohne daß man deshalb behaupten wird, daß das der Urtheiltsfällung vorangehende Verfahren nicht in dem Richteramt enthalten sey. Es kommt allerdings ein Befehlen vor, aber ein Befehlen nach den Rechtsgesetzen und vermitteltst dieser. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die Vollstreckung nicht einem anderen Gerichte, als dem, welches das Urtheil gefällt hat, überlassen werden könne und dürfe, da ja auch die Ausmittlung des

Thatsächlichlichen von einem anderen, als dem urtheilenden oder erkennenden Gerichte geschehen kann; sondern nur behauptet, daß auch die Vollstreckung der Urtheile, wenn sie nothwendig wird, rechtlich nur durch die Gerichte geschehen dürfe.

Da die Ausmittlung der Thatsachen eines Rechtsfalles sowohl, als die Vollstreckung der Urtheile nach den bestehenden gültigen Rechtsgesetzen geschehen soll, und die Urtheilsfällung selbst in der Subsumtion des Thatsächlichlichen unter eine gültige anwendbare Rechtsnorm besteht; da mithin die Anwendung des Gesetzes durch dessen Kenntniß bedingt ist: so muß den Gerichten auch noch 4) die Befugniß, die in jedem Falle anwendbaren Rechtsnormen aufzusuchen, und ihren Inhalt auszumitteln, als Hülfsbefugniß zustehen. Hier beginnt eigentlich das Schwierige, das Feld des Streitigen und zugleich das Gebiet des Gerichtsgebrauches. Diese Befugniß umfaßt das Gebiet der Interpretation in dem Sinne, in welchem es einst bey den römischen Juristen, nach der obigen Bemerkung, gebräuchlich war <sup>42)</sup>. Zergliedert man nun diese Befugniß, so ist darin enthalten

- a) die Befugniß, die in concreto anwendbaren, sowohl
  - α) auf das Verfahren, die Urtheilsvollstreckung mitbegriffen, d. i. formellen, als
  - β) auf die Urtheilsfällung selbst bezüglichen, d. i. materiellen, Rechtsnormen aufzusuchen, und ihre Anwendbarkeit insbesondere zu prüfen, d. h. zu untersuchen, ob die aufgefundenen Rechtsnormen überhaupt gültig, und, wenn dieses zu bejahen ist, ob sie auch auf den vorliegenden concreten Fall in der That anwendbar seyen;
- b) die Befugniß, den Inhalt der aufgefundenen, und als gültig und anwendbar ausgemittelten, formellen und materiellen Rechtsnormen, sowohl in grammatischer als juristi-

---

42) Oben §. 3. Not. 11.

scher Hinsicht, zu bestimmen, d. h. diese Normen auszu-  
legen; und

c) die Befugniß, das Recht zu ergänzen.

II. Darüber, ob die genannte vierte Befugniß den Gerichten zukomme, kann wohl kein Zweifel entstehen, da die Anwendung des Gesetzes durch dessen vollständige Kenntniß bedingt, und daher diese ein nothwendiges Mittel zum Zwecke, d. i. zu jener Anwendung, sohin in dem Rechte zu dieser enthalten ist; sondern nur darüber, wie weit jene Befugniß gehe, herrschen verschiedene Ansichten. Folgende Grundsätze dürften hier entscheidend seyn:

1) Die Beurtheilung der Gültigkeit eines Gesetzes steht den Gerichten unbedingt zu, und hat die Untersuchung: ob das fragliche Gesetz wirklich von der verfassungsmäßigen Gesetzgebungsgewalt herrühre, ob es in der verfassungsmäßigen Form gegeben, und ob es durch kein neueres gültiges Gesetz aufgehoben oder abgeändert worden sey, zum Gegenstande. Dabey sind natürlich auch die übrigen, von der Gesetzgebungsgewalt gebilligten Rechtsnormen zu berücksichtigen, und deren Gültigkeit nach den diese bedingenden Erfordernissen auszumitteln. Alle Normen, welche die zu ihrer rechtlichen Gültigkeit erforderlichen Eigenschaften nicht vollständig an sich tragen, sind ungültig, und dürfen daher von dem Richter nicht zur Anwendung gebracht werden, weil dieselben nicht als gesetzlich bindend betrachtet werden können; die Richter aber nur zur Anwendung des Gesetzlichen sich verpflichtet haben, und daher verbunden sind, das Nichtgesetzliche unberücksichtigt zu lassen. Wozu würde auch sonst die verfassungsmäßige Feststellung der zur Gültigkeit eines Gesetzes nöthigen Erfordernisse fremden, wenn dessen ungeachtet auch andere Normen, welchen es an jenen Erfordernissen gebricht, gleich den wirklichen Gesetzen verbindlich wären? Ein geregelter, sicherer Rechtszustand ließe sich wenigstens nicht wohl denken. Hieraus folgt von selbst, daß Rescripte, Befehle u. s. w.

welche entweder nicht von der Gesetzgebungsgewalt herrühren, oder nicht in der verfassungsmäßigen Form erlassen sind, für den Richter, in so fern er dieselben auf das Rechtssprechen anwenden soll, keine Verbindlichkeit haben, sollten sie auch von dem höchsten Herrscher selbst gegeben worden seyn. Der einzige Fall dürfte eine Ausnahme begründen, wenn solche Rescripte zc. lediglich die Form der Geschäftsbehandlung unter den mehreren, nach den bestehenden Gesetzen gleich zulässigen, möglichen Formen vorschreiben, oder nur das ausführen, was das Gesetz dieser oder jener Behörde auszuführen ausdrücklich vorbehalten hat. Sobald sie aber von wesentlichem Einflusse auf den Proceßgang oder die materielle Beurtheilung sind, oder nicht bloß als Disciplinarverfügungen erscheinen, sind sie für den Richter wie nicht vorhanden. Daß solche Rescripte zc. auch in dem Falle, wo sie als verbindend angesehen werden können, zur öffentlichen Kunde gebracht, und nicht bloß an die Gerichte erlassen werden sollen, erfordert schon die Rücksicht, daß die Gerichte nicht in die Nothwendigkeit kommen sollen, sich von dem Verdachte der Willkürlichkeit zu reinigen, in den sie leicht gerathen, wenn sie nach Normen handeln, die das Publikum nicht kennen kann; daß es überhaupt zweckmäßig und für das Benehmen der Partheyen von Interesse ist, und es im Allgemeinen nicht wohl gebilligt werden kann, wenn in einem Staate Normen gelten, deren Daseyn für das Volk Geheimniß ist. Es ist in dieser Hinsicht in manchen deutschen Ländern eine Leichtfertigkeit eingetreten, die sich mit einem wohlgeordneten Rechtszustande schwerlich vertragen möchte.

2) Wenn ein Gesetz als wirklich geltend ausgemittelt ist, so entsteht erst die Frage über dessen Anwendbarkeit. Zwar ist in der Regel jedes gültige Gesetz auch als anwendbar zu betrachten, wenn sich ein unter dasselbe stellbarer Fall ereignet; aber gleichwohl ist Ungültigkeit eines Gesetzes mit der Unanwendbarkeit eines solchen keineswegs gleichbedeutend, indem ein ungültiges Gesetz gar nicht mehr zur



Anwendung kommen kann, was bey einem unanwendbaren Gesetze nicht der Fall ist; denn es kann sich ereignen, daß irgend ein Rechtsinstitut eine Zeit lang gar nicht mehr vorkommt, oder wegen politischer Ereignisse nicht mehr vorkommen kann, nachher aber, wenn die politischen Verhältnisse sich wieder verändern, ganz in seiner alten Form und Gestalt wieder neu auflebt. Das deutsche gemeine Recht liefert mehrere Beispiele. Es ist sonach zwar jedes ungültige Gesetz auch unanwendbar, aber nicht umgekehrt. Bey einer zeitgemäßen Gesetzgebung wird in Ansehung der Anwendbarkeit eines Gesetzes nicht leicht eine Schwierigkeit eintreten, weil die Gesetze in diesem Falle als eine völlig passende Form des äußeren Lebens erscheinen; anders verhält es sich aber bey Gesetzen aus älterer Zeit, zumal dann, wenn dieselben ursprünglich für einen andern Staat gegeben und von diesem nur recipirt worden sind, ohne daß die Gesetzgebungsgewalt selbst das Anwendbare von dem Unanwendbaren genau abgesondert, kurz, aus dem einheimischen und fremden Rechte ein abgerundetes Ganzes gebildet, sondern dieses Geschäft lediglich der Doctrin und Praxis überlassen hat, wie dieses bey unserm gemeinen Rechte der Fall ist. Hier kann die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen völlig richtige Regel: daß der Richter von dem klaren Gesetze nicht abweichen dürfe, nicht in ihrer völligen Strenge angewendet werden, da erst ausgemittelt werden muß, was unter der großen Masse der formell gültigen Gesetze auch materiell — in Bezug auf den vorliegenden Rechtsstoff — wirklich und in wie weit anwendbar sey. Hier tritt der schon oben (§. 4. No. 7.) berührte Gesichtspunkt ein, daß rechtlich zu vermuthen sey, der Gesetzgeber habe der Doctrin und Praxis die nähere Gestaltung der Gesetze zu einer, den Ansichten und Verhältnissen der Zeit entsprechenden, Form völlig überlassen, und es liege eine solche Bearbeitung des Rechts, nach dem Willen des Gesetzgebers, der Doctrin und Praxis als Pflicht ob, da jener Wille nur auf ein geregeltes und zweckmäßiges Rechtsgebäude gerichtet seyn kann;

dieses aber eben so wenig in einer bloßen Masse von Gesetzen, als ein anderes Gebäude in bloßen Baumaterialien besteht, sondern erst aus jener Masse mit kundiger Hand zusammengetragen und gefügt werden muß. Dabey darf jedoch nicht nach Willkühr und Laune verfahren werden, sondern muß die Jurisprudenz, welche dem Juristen das seyn soll, was dem Baumeister die Architectonik ist, vermittelt welcher also jener nicht nur einseht, was zu einem wohlgeordneten Rechtssysteme gehört, sondern auch im Stande ist, jedes wirklich bestehende Rechtssystem richtig aufzufassen, in dessen Geist, den der Buchstabe umhüllt, einzudringen, es in seine einzelnen Bestandtheile nach den Grundprincipien und dem Zwecke, nach der Anlage und Ausführung, nach dem Wesen und der Form desselben zu zergliedern und wieder zusammen zu setzen, und so dessen absoluten Werth und relative Zweckmäßigkeit gehörig zu würdigen, allein die geeignete Anleitung geben. Vor Allem müssen die Grundprincipien aufgesucht werden, auf welchen sodann, wie auf den Grundpfeilern, das ganze Rechtsgebäude zu einem, den herrschenden Rechtsansichten und Verhältnissen des Volkes angemessenen, consequenten und geschlossenen Ganzen aufzuführen ist. Auf diese Weise wird man, geleitet durch eine richtige Jurisprudenz, die keine bloße, das Leben verschmähende Speculation seyn darf, leicht vermögen, das wirklich Anwendbare nach dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers auszumitteln. Hiernach können z. B. nur solche Gesetze des gemeinen deutschen Rechts, deren Rechtsgrund und Zweck auch nach den heutigen Rechtsansichten völlig gebilligt werden <sup>43)</sup>, zur Anwendung kommen, wenn es ihnen überdies nach den jetzigen rechtlichen und politischen Verhältnissen nicht an Stoff gebricht; hingegen sind jene Rechtsbestimmungen, deren Rechtsgrund und Zweck jetzt wegfallen, deren Grundprincipien in Deutschland nie angenommen oder

43) G. Hufeland, üb. d. eigentl. Geist des Röm. R. Gieß. 1815. I. Th. II. Abb. No. III. u. IV.

in der Folge verworfen wurden, für welche kein Stoff mehr vorliegt, welche mit nicht mehr existirenden Staatsbeinrichtungen zusammenhängen u. c., für ganz unanwendbar zu halten. Kurz, nur jene Rechtsnormen, die nach der übereinstimmenden Meinung der Rechtsgelehrten als gültig anerkannt sind, diese mag sich durch die Doctrin oder Praxis ausgesprochen haben, sind nach dem vermuthlichen Willen des Gesetzgebers, da nach diesem die Bildung des gemeinen Rechts größtentheils den Rechtsgelehrten überlassen wurde, als anwendbar zu betrachten. Einem größeren Wechsel wird indessen immer die Anwendbarkeit der Criminalrechtsbestimmungen, als die der Civilrechtsgesetze ausgesetzt bleiben, weil das Criminalrecht mit der Culturstufe eines Volkes zu innig verwebt ist, zu tief in das innere Staats- und Volksleben eingreift, das allgemeine Interesse zu mächtig anregt und beschäftigt, kurz, zu sehr Sache Aller ist, als daß es einen zu großen Abstand von den herrschenden Rechtsansichten, von der ganzen Gestalt des Volkes, vertragen könnte, ohne von dem nachtheiligsten Einflusse auf innere Ruhe und Sicherheit, Zufriedenheit, Vaterlandsliebe u. s. w. zu seyn, während das Civilrecht wegen der Beschaffenheit seines Objectes und seines Zweckes keine so vollständige Zeitgemäßheit, wenigstens nicht so gebieterisch, erfordert. Ein Criminalrecht, welches nicht völlig der ganzen Nationalität eines Volkes angemessen, und aus dieser hervorgegangen ist, wirkt dem Zwecke seines Daseyns geradezu entgegen, anstatt denselben zu realisiren. Um so mehr muß es also bey diesem dem Willen des Gesetzgebers gemäß seyn, wenn die Anwendbarkeit der bestehenden älteren Criminalgesetze nach den Modificationen bestimmt wird, welche ihnen die ausgezeichneten Bemühungen der Rechtsgelehrten in der Doctrin und Praxis gegeben haben.

3) Die Ausmittelung des Wortverstandes und juristischen Sinnes des anwendbaren Gesetzes geschieht nach den Regeln der juristischen Auslegungskunst. Die in der juristischen Auslegungskunst bekanntlich sehr bestrittene Frage über die

Zulässigkeit der Ausdehnung und Einschränkung der Gesetze, welche jedoch jetzt wohl von den meisten Rechtslehrern auch nach gemeinem Rechte mit Fug bejaht wird <sup>44)</sup>, ist von einer gedoppelten Seite, von der Seite des Rechts und der Politik, zu betrachten. Es ist in politischer Hinsicht keineswegs zu läugnen, daß die Zulassung der doctrinellen — ausdehnenden und einschränkenden — Auslegung den Gesetzen selbst durch Mißbrauch gefährlich werden, dieselben verwirren, so Rechtsungewißheit herbeiführen, und an die Stelle des Gesetzes die Willkühr und mit dieser die Leidenschaftlichkeit setzen kann, da die Möglichkeit, Gesetze, unter dem Vorwande der Auslegung, zu verdrehen, ihren Sinn zu entstellen, und sie völlig zu umgehen, nicht wohl in Zweifel gezogen werden kann. Der Verstand dient zum Guten wie zum Bösen. Die Rechtsgesetze sind die Basis der äußeren rechtlichen Ordnung, welche nicht wohl bestehen kann, wenn Jeder an dem Buchstaben des Gesetzes meistern, und in diesen nach seiner Ansicht dies und jenes hineinlegen, und aus demselben dies und jenes herausnehmen darf. Nur zu leicht geht das Gesetz selbst unter, wenn an dem Buchstaben, durch den es besteht, zu viel gearbeitet wird, wie ein Schnitzwerk seine eigentliche Gestalt bald ganz verlieren wird, wenn jeder Stümper, unter dem Vorwande, demselben die wahre Form zu geben, die es nach der Idee des Schöpfers haben soll, daran schnitzen darf. Daher hat man schon früher und in den neuesten Zeiten auch in Frankreich die Gesetzesauslegung als eine gefährliche Feindin des Rechts verschrieen, und hält man z. B. in England den Buchstaben des Gesetzes eben so heilig, wie die Staatsverfassung selbst. Auch in rechtlicher Hinsicht läßt sich gegen die Zulässigkeit der logischen Auslegung mancherley und unter Anderem auch das einwenden, daß, da nur jene Gesetze verbindlich seyn können,

44) M. s. z. B. Thibaut, Syst. des Pand.R. §. 49. folg. Calchow, Lehrb. des peinl. R. §. 6. Tittmann, Handbuch der Strafrechtswiss. (2te Ausg.) §. 14. u. folg. u. a. m.

welche nach gehöriger Bekanntmachung auch für Alle, die sie angehen, verständlich sind; als gemeinverständlich aber nur dann angesehen werden können, wenn man ihnen keinen andern Sinn unterlegen darf, als welcher in ihren Worten nach dem gemeinen Sprachgebrauche enthalten ist, — ein anderer, engerer oder weiterer Sinn, als welchen die Worte gewähren, Niemanden verbinden, also rechtlich auch nicht angewendet werden könne, da Jeder, gegen den dieses geschehen wollte, die rechtliche Einwendung habe, daß der Gesetzgeber das, was man geltend machen wolle, nicht gesagt, also auch nicht gewollt habe, da er, wenn er es wirklich gewollt hätte, ja auch hätte sagen können und in der That gesagt haben würde, weil zu vermuthen sey, daß der Gesetzgeber sich deutlich und so ausdrücken könne, daß man, um seinen Willen zu erfahren, nicht nöthig habe, von den Worten, die er zur Erklärung seines Willens gebraucht, abzugehen, und daß er das, was man hintenher durch Ausdehnung in das Gesetz noch hineinlegt, oder durch Einschränkung von demselben wegnimmt, gleichfalls mit Worten auszusprechen im Stande gewesen wäre, wenn er wirklich diese Willensmeinung gehabt hätte, da ja auch der neue, durch die Auslegung aufgefundene Sinn mit Worten ausgedrückt werden müsse. Zudem vertrage es sich nicht mit der rechtlichen Ordnung, der Grundbedingung der Möglichkeit des rechtlichen Zusammenlebens, wenn außer der aus den Gesetzworten entnehmbaren Willensmeinung noch die Meinungen von hundert Anderen, die man nicht voraussehen vermöge, über das rechtliche Thun und Lassen der Staatsgenossen bestimmen, da zur Begründung einer rechtlichen Ordnung bestimmte und deutliche Gesetze und die Gewißheit nöthig seyen, daß außer dem klar ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers keine andere, in den Worten nicht enthaltene Willensmeinung verbinde, weil man sonst nie mit Zuverlässigkeit wissen könnte, wie man sein Thun und Lassen einzurichten habe, um gegen kein Gesetz zu verstößen.

Man wird allerdings gern zugeben, daß es besser wäre, wenn man der logischen Auslegung entbehren könnte, d. h. solche Gesetze zu geben vermöchte, welche in Ansehung der Vollständigkeit, Deutlichkeit, Bestimmtheit und Zweckmäßigkeit keinen Wunsch mehr übrig lassen würden. Da aber dieses, wie schon oben bemerkt wurde, anerkannter Maßen durchaus unmöglich ist, so hat man nur zwischen zwei Uebeln die Wahl. Man kann nämlich entweder die logische Auslegung verbieten und sich mit der unvollständigen Gesetzgebung begnügen, oder jene zulassen, um dieser nachzuhelfen. In jenem Falle vermeidet man zwar die möglichen Mißbräuche, welche die logische Gesetzesauslegung erzeugen kann, man setzt sich aber allen jenen politischen und rechtlichen Nachtheilen aus, welche unvollständige Gesetze erzeugen, und welche man in diesem Falle größtentheils vermeidet. Es kommt also, da man unter zweien Uebeln, wovon eines unvermeidlich ist, das geringere wählen muß, nur darauf an, welches von beiden das geringere sey. Bedenkt man, daß die Nachtheile, welche man in der Gestattung der logischen Auslegung finden will, in der That größtentheils nur eingebildete Uebel sind, die in der Regel nicht eintreten, und nur aus einer irrigen Ansicht von der Ausdehnung und Einschränkung abgeleitet werden, da die Ausdehnung oder Einschränkung nicht willkürlich geschehen darf, sondern an bestimmte Grundsätze und Regeln gebunden ist, und stets mit hinreichenden Gründen unterstützt seyn muß; erwägt man ferner, daß auch der Buchstabe des Gesetzes der Verdrehung, ja noch mehr als die ratio legis, fähig ist, daß man nur zu leicht den Buchstaben des Gesetzes umgehen, und so indirect seine rechtswidrige Absicht erreichen kann, ohne sich den gesetzlichen Nachtheilen auszusetzen, daß auf diese Weise das Gesetz eine todte, lächerliche Figur wird, die den rechtlich Gesinnten nicht zu schützen, und den schlaunen Bösewicht nicht zu erreichen vermag, welche daher weder jener achten, noch dieser fürchten wird, da es einer Wache mit gebundenen Händen nicht unähnlich ist; bes

rücksichtigt man endlich, daß, wenn die logische Auslegung verboten ist, sehr viele Rechtsfälle entweder gar nicht oder doch nur höchst ungerecht entschieden werden können, weil bey der geringsten Modification des Falles dieser nicht mehr unter das Gesetz gestellt werden kann, oder nur ohne Berücksichtigung einer solchen oft einflussreichen Modification unter dasselbe subsumirt werden muß, was nothwendig zur Härte und so zur Ungerechtigkeit führt, und weil für manchen Fall, bey welchem doch dieselbe ratio legis eintritt, wie bey dem im Gesetze ausgedrückten, gar keine Entscheidungsnorm in den Worten des Gesetzes aufzufinden ist, während auf andere, auf welche zwar die ratio legis, die den Gesetzesworten unterliegt, gar nicht paßt, dennoch das Gesetz in seiner ganzen Strenge angewendet werden muß, da sie in den Worten desselben begriffen sind: so wird man keinen Anstand nehmen, das Uebel, welches möglicher Weise aus der logischen Auslegung entstehen kann, für das geringere zu erklären, oder vielmehr, genau erwogen, für gar kein Uebel, sondern für ein nothwendiges Mittel zu halten, der unvermeidlichen Unvollständigkeit menschlicher Gesetze nachzuhelfen, dem todten Buchstaben des Gesetzes Leben einzuhauchen, jenes mit diesem in möglichst vollkommenen Einklang zu bringen, und so den eigentlichen Willen des Gesetzgebers, den er durch das beschränkte Mittel der Sprache, da er diese in die todte Fessel des Buchstabens schlagen muß, nicht in jedem Momente, wo es Noth thut, eben so schnell, als es nöthig wäre, in rechtlich bindender Form ausdrücken, und so allseitig realisiren kann, in der That und eben so geistig und lebendig, als das Leben selbst ist, fortwährend zu verwirklichen. Darum haben sich auch die meisten Gesetzgebungen für die Zulässigkeit der logischen Auslegung erklärt, welche auch ohne alle Gefahr gestattet werden kann, sobald nur auf die Aufstellung gewissenhafter und einsichtsvoller Richter die gehörige Aufmerksamkeit gerichtet wird. Je vollkommener indessen eine Gesetzgebung ist, desto entbehrlicher wird auch die logische Auslegung seyn,

wie sich aus der Natur der Sache und dem Bisherigen von selbst ergibt. Je unvollkommener dagegen die Gesetze sind, desto häufiger wird man zur logischen Auslegung Zuflucht nehmen müssen.

Der Umfang der Ausdehnung und Einschränkung ist rechtlich durch den gewissen Rechtsgrund und Zweck des auszuliegenden Gesetzes, und politisch durch die zu hebende Mangelhaftigkeit der Gesetze begrenzt <sup>45)</sup>. Dabey kann auch der Veranlassungsgrund eines Gesetzes zur Bestärkung der Ausdehnung oder Einschränkung zugleich benutzt werden.

4) Kann für einen Rechtsfall durch die eigentliche Auslegung keine Rechtsnorm aufgefunden werden, so muß man den Weg der Analogie versuchen. In Ansehung der Analogie sind die Rechtslehrer bekanntlich verschiedener Meinung, insbesondere darüber: ob sie eine Rechtsquelle, oder nur das Resultat der Auslegung, ob sie zu billigen sey u. s. w., indem z. B. in neuester Zeit Rudhart <sup>46)</sup> sie aus dem Gebiete der Quellen verbannt wissen will, und sie für eine Ausschweifung der Interpretation erklärt, sich aber gleichwohl selbst auf Analogie beruft <sup>47)</sup>; während Andere <sup>48)</sup> sie von der Auslegung als eine besondere Quelle des ungeschriebenen Rechts unterscheiden. Sieht man Alles, woraus Rechtsfälle und so Entscheidungs- respective Rechtsnormen überhaupt abgeleitet werden können, als eine Rechtsquelle an, was man allerdings thun kann, so gehört die Analogie, in so fern sie nach einer bestehenden Gesetzgebung gestattet wird, wohl unbezweifelt zu den Rechtsquellen, da sie in der That Rechts-

45) M. s. meine Schrift, üb. d. Ausl. der Strafgesetze zc. Landsh. 1818. S. 15. S. 92. folg.

46) In seinem Buche: das Recht des deutschen Bundes. Stuttg. u. Tüb. 1822. S. 9.

47) a. a. D. S. 124. Not. \*\*).

48) M. s. z. B. Gönner, teutsch. Staatsr. S. 29. Klüber, öff. R. des d. Bundes zc. 2te Aufl. S. 61. u. d. dort Angef.



normen gewährt. Faßt man aber den Begriff von Rechtsquelle in einem beschränkteren Sinne auf, wornach man darunter bloß das bereits Gegebene, das positiv durch die Gesetzgebung ausdrücklich festgesetzte, oder das durch die gesetzlich gestattete Volksautonomie (durch Gewohnheit etc.) Bestimmte versteht, so kann sie auch mit Grund für eine Rechtsquelle nicht angesehen werden, da durch die Analogie erst ein noch nicht Gegebenes, also etwas Neues, darum aufgesucht werden soll, weil in den wirklich vorhandenen positiven Rechtsquellen für irgend einen Fall keine Entscheidungsnorm, keine Verhaltungsweise u. s. w. festgesetzt ist; da also ein Mangel in den bestehenden Rechtsquellen gehoben werden soll; da die Bildung der Analogie nicht durch die Gesetzgebung, sondern durch die Doctrin und Praxis geschieht; deshalb die Analogie selten völlig übereinstimmend ausfallen wird, und niemals in der Art, wie das positive Gesetz, verbindlich seyn kann, weil das Product der Reflexionsthätigkeit dieses oder jenes Rechtslehrers keinen gesetzlichen Charakter hat, und deshalb ein anderer sich dadurch nicht binden zu lassen braucht. Wollte man daher das Wort Rechtsquelle in einem doppelten Sinne, im weiteren und engeren, auffassen, so daß es nach jenem das geschriebene Recht, das ungeschriebene Recht im engeren Sinne und die Resultate der Doctrin und Praxis, nach diesem hingegen bloß das geschriebene Recht und das ungeschriebene Recht im engeren Sinne in sich begriffen würde: so wäre die Analogie nur eine Rechtsquelle im weiteren Sinne, in so fern sie wohl entschieden nur zu den Erzeugnissen der Jurisprudenz, nicht aber der Legislation, oder des Gewohnheitsrechts im eigentlichen Sinne gehört. Die Frage: ob die Analogie nur ein Resultat der Interpretation, oder von dieser völlig verschieden sey, kann gleichfalls nur dann befriedigend beantwortet werden, wenn man sich vorerst über den Begriff der Interpretation gehörig verständigt. Versteht man unter Interpretation bloß das, was wir Gesetzesauslegung nennen, also bloß die vollständige Entwicklung des grammatikalischen und

juristischen Sinnes eines Gesetzes nach seinem Rechtsgrunde und Zwecke, so ist die Analogie kein Product der Interpretation, da dieselbe es nicht mit dem (grammatikalischen oder juristischen) Sinne eines Gesetzes zu thun hat, sondern von einer bestimmten, also bereits ausgelegten, Rechtsnorm eine ganz neue Norm für einen dem gesetzlichen Falle ähnlichen oder ganz entgegengesetzten Fall mittelst eines Schlusses ableitet, also etwas Neues schafft, während die Auslegung bloß das Vorhandene juristisch entwickelt. Nimmt man hingegen das Wort Interpretation in der schon oben berührten Bedeutung, in welcher es bey den Römern genommen wurde, wornach es nicht bloß die Auslegung einer Stelle, sondern eine Erklärung auch da, wo nichts Mündliches oder Geschriebenes auszulegen war, überhaupt Lehre bedeutete<sup>49)</sup>, und so auch die Ausmittelung des wahrscheinlichen Willens der Gesetzgebung in den Fällen, wo sie sich gar nicht ausgesprochen hat, mittelst eines Schlusses von dem, was sie gesagt hat, auf das, was sie wegen der Ähnlichkeit oder des Gegensatzes consequent noch sagen müßte, wenn sie sich ausdrücklich ausdrückte, in sich faßte: so ist die Analogie unbestreitbar ein Act der Interpretation. Die Analogie sucht aus den gegebenen Rechtsnormen einen neuen, dem Willen des Gesetzgebers vermöge der Consequenz entsprechenden Rechtsatz auf mittelst eines Schlusses vom Ähnlichen auf Ähnliches oder vom Sätze auf dessen Gegensatz, und hat daher mit der eigentlichen Gesetzesauslegung das gemein, daß beide den Willen des Gesetzgebers auszumitteln streben, daher beide Acte der Jurisprudenz, und nach den von dieser gebilligten Regeln auszuüben sind; sie unterscheiden sich aber dadurch von einander, daß die eigentliche Auslegung sich bloß mit einer bestimmten Gesetzstelle beschäftigt, aus dieser den wirklich ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers entwickelt, also nur

49) Hugo, a. a. O. S. 286. Heinecc. l. c. L. I. tit. II. §. 32. et sq.

das ausmittelt, was derselbe wirklich will, daher keine neuen Rechtsätze aufstellt, und auch nicht ihre Resultate von einer Rechtsdisciplin auf eine andere, z. B. vom Criminalrecht auf das Civilrecht oder umgekehrt, überträgt; während des dagegen die Analogie sich nicht mit dem Sinne einer bestimmten Gesetzstelle beschäftigt, welchen sie vielmehr als bereits hergestellt voraussetzt, auch nicht den wirklichen Willen des Gesetzgebers aufsucht, da sie gerade voraussetzt, daß der Gesetzgeber sich darüber, was sie aufsucht, gar nicht ausgesprochen habe, sondern nur das ausmittelt, was der Gesetzgeber wegen der Aehnlichkeit oder des Gegensatzes consequent wollen muß, daher neue Rechtsätze aufstellt, und auch von einer Rechtsdisciplin auf eine andere schließt. Von der ausdehnenden Auslegung unterscheidet sich die Analogie insbesondere dadurch, daß jene Gleichheit des Rechtsgrundes und Zweckes, diese aber nur Aehnlichkeit voraussetzt da, wo sie nicht auf dem Schlusse des Gegensatzes beruht. Die Analogie ist eine sehr reichhaltige Quelle von Rechtsätzen, und eines der vorzüglichsten Hülfsmittel, unvollständige Gesetze zu ergänzen<sup>50)</sup>. Wie weit sie gehen dürfe, läßt sich durch allgemeine Regeln kaum bestimmen; Scharfsinn und richtiges Urtheil werden der Analogie finden, wo der oberflächliche Kopf sie vergebens sucht, und umgekehrt. Uebrigens dient die Analogie auch häufig als Auslegungsregel<sup>51)</sup>. Der rechtliche Grund ihrer Zulässigkeit liegt, wie bey der eigentlichen Auslegung, in der Mangelhaftigkeit der Gesetze, und in der Nothwendigkeit, diese zum Zwecke der Entscheidung vorkommender Rechtsfälle zu beseitigen.

5) Kann endlich auch auf dem Wege der Analogie ein bestehender Mangel der Gesetzgebung nicht gehoben werden, so hat der Richter einen solchen entweder, wenn er das Ver-

50) Wie viel beruht z. B. im Civil- und Criminalproceß nicht auf Analogie?

51) M. f. Eckhard, hermeneut. jur. lib. II. §. 117. sq.

fahren betrifft, aus der gesetzlichen Grundmaxime des Processes (z. B. bey dem gemeinen deutschen Prozesse aus der Verhandlungsmaxime <sup>52</sup>), oder, wenn er in das materielle Recht einschlägt, aus den allgemeinen Grundsätzen über Recht und Unrecht, wie solche nicht etwa bloß von Einem Rechtsphilosophen, sondern von der besseren Mehrheit des Volkes jedesmal gebilligt werden, zu ergänzen, wobey es sich jedoch von selbst versteht, daß der Mangel in der That vorliege und nicht bloß ein eingebildeter sey, und daß der zur Entscheidung vorgelegte Fall auch wirklich unter die Grundsätze der natürlichen Billigkeit und Gerechtigkeit gestellt werden könne. Der rechtliche Grund der Zulässigkeit dieses Verfahrens liegt in dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers, wornach anzunehmen ist, daß die Gerichte alle vorkommenden Rechtsstreitigkeiten entscheiden sollen, und daher keinen Rechtsstreit unter dem Vorwande, daß die Gesetze schweigen, dunkel oder unzulänglich seyen, unentschieden lassen dürfen <sup>53</sup>), weil eine solche Verweigerung eines Rechtspruches den Rechtszustand unsicher machen, die Selbsthülfe anregen, und so mit dem Staatszwecke unverträglich seyn würde. Eine richtige Jurisprudenz wird dabey die beste Leiterin seyn, die Gränzen, wie weit hierin Gerichte gehen dürfen (was zum Theil schon durch

---

52) Gerade diesen Punkt hat man gewöhnlich zu wenig berücksichtigt, was in manchen Lehren des Processes, z. B. in der Lehre von den Sachverständigen, zur Vermehrung der Controversen sehr viel beigetragen hat.

53) Das französische Civilgesetzbuch (Art. 4.) hat diese Ansicht positiv ausgesprochen, und sogar eine Klage gegen den Richter gestattet, welcher aus diesem Vorwande einen Rechtspruch verweigert. In den Motiven hierzu sind die Gründe (besondere von Portalis, Grénier und Faure) sehr lichtvoll aus einander gesetzt. M. vergl. auch Grolman, ausf. Handb. üb. d. Code Napoleon I. Th. S. 40—60. und die Discussionen in der Sitzung des 19. Ventöse XII. zwischen Maleville und Cambacères.

die Mangelhaftigkeit der Gesetze bestimmt wird), am sorgfältigsten angeben, und den Richter erinnern, daß er stets im Geiste des positiven Rechts handeln, und auch bey einer solchen Ergänzung von demselben nicht abgehen soll. Die Einwendung, daß die Gerichte in solchen Zweifelsfällen sich an die Gesetzgebung um authentische Interpretation wenden sollen, ist hier wohl nicht zu befürchten, wenn man erwägt, daß einmal da, wo es an einer Bestimmung gänzlich gebricht, auch von einer authentischen Auslegung keine Rede seyn könne, und daß dann die authentische Interpretation, in so fern sie für einen bereits vorliegenden Rechtsfall eine Entscheidungsnorm geben soll, so wie überhaupt die Einwirkung der Gesetzgebung auf die Entscheidung wirklicher Rechtsfälle, mit dem Verbote der Cabinetsjustiz sich nicht wohl vertrage. Darum müssen diejenigen, welche einst als Priester der Themis der Rechtspflege obliegen wollen, sich vorerst durch ein langes Studium die zu diesem hochwichtigen Amte nöthige Jurisprudenz aneignen, wovon die bloße Gesetzeskenntniß nur der unwichtigste Theil darum ist, weil man diese zu jeder Zeit aus den Quellen schöpfen kann. Ueberhaupt wird ein Mißdeuten dieser Ansicht von demjenigen nicht zu erwarten seyn, der das richterliche Ermessen (arbitrium) von der eigentlichen Willkühr (lubitus) zu trennen weiß, und das im §. 2. und 4. Gesagte auch hier beherzigen will. Denn der richterlichen Willkühr, oder besser, Laune — die sich mit der Gerechtigkeit nicht verträgt, das Recht, wie eine wächserne Nase, nach Belieben dreht und wendet, eine rechtliche Ordnung unmöglich macht, die Achtung der Gesetze untergräbt, und alle Zügellosigkeiten, welche aus einer schlechten Rechtspflege entspringen, ihre muthwilligen Spiele treiben läßt — kann wohl kein Vernünftiger das Wort führen. Die aequitas, welche schon die Römer als die Vermittlerin des strengen Rechts so hoch verehrten, die bey dem Ergänzen der Unvollständigkeit der Gesetze stets eintreten muß, und die, wie Portalis in den Motiven zum Art. 4. des Code Napoléon sagt, nur

derjenige verbannt wünschen kann, welcher die Gesetzgeber als Götter, und die Richter nicht einmal als Menschen betrachten wollte, wird, gestützt auf das Gefühl von Recht und Unrecht, das den redlichen und unterrichteten Richter nie verläßt, und geleitet durch eine gesunde Jurisprudenz, in welcher und durch welche, wie Grolman <sup>54)</sup> richtig bemerkt, die Gesetze leben sollen, überall das rechte Maaß und Ziel innerhalb der von dem Geiste der Gesetzgebung bezeichneten Gränzen zu finden wissen, während da, wo dieser göttliche Funke den Richter nicht belebt, auch keine Schranke vermögen wird, das Recht vor Entheiligung zu bewahren.

Betrifft der Mangel bloß die Form der Geschäftsbehandlung, so hängt die Bestimmung und Wahl derselben, wenn mehrere gleich zweckmäßige Arten, das fragliche Geschäft zu behandeln, möglich sind, lediglich von der Willkür des Gerichts ab, da es im Grunde einerley ist, wie eine Handlung vorgenommen wird, sobald sie nur überhaupt auf eine ihrem Zwecke angemessene Weise geschieht, und daher jede solche Art dem Willen des Gesetzgebers entsprechend ist, wenn dadurch nur der Zweck der Handlung oder des Geschäfts erreicht wird.

III. Gefragt kann hier werden: ob der so eben bezeichnete Wirkungskreis der Gerichte diese nicht zu Gesetzgebungsbehörden erhebe, daher mit ihrer Bestimmung, die nur auf die Anwendung des gegebenen Gesetzes beschränkt ist, unverträglich sey? Es ist schon im Eingange dieser Bemerkungen erinnert worden, daß Gerstäker <sup>55)</sup> den Gerichten in Ansehung des gemeinen Criminalrechts (was wegen der Gleichheit des Grundes auch in Ansehung des gemeinen Civilrechts gelten muß) eine untergeordnete — wenigstens negative — Gesetzgebung einräumt. So sehr wir auch in Absicht auf das

---

54) a. a. O.

55) Im N. Arch. d. Crim.R. VI. Bd No. XIX. S. 463 — 91.

Resultat: daß das gemeine Criminalrecht (mithin auch das gemeine Civilrecht) nach der durch den Gerichtsgebrauch, und (fügen wir hinzu) die Doctrin, erhaltenen Umgestaltung dargestellt werden müsse, mit diesem vorzüglichen Rechtslehrer übereinstimmen, so können wir ihm doch in Ansehung des Grundes, als stehe den Gerichten eine untergeordnete negative Gesetzgebung zu, nicht beypflichten. Denn die Thätigkeit der Gerichte, selbst dann, wenn sie die positiven Gesetze zeitgemäß umgestalten, ist von der Wirksamkeit der Gesetzgebung wesentlich verschieden, und keine Art von dieser. Die Gesetzgebung hat nie den Einzelnen, sondern immer Alle im Auge, ist unabhängig von einem fremden Willen thätig, und giebt Normen, welche für Alle, die nicht besonders davon ausgenommen werden, verbindlich und über jeden Einwand erhaben sind; die Gerichte dagegen sehen bey ihren Functionen, da sie nur als rechtsprechende Behörden thätig sind, nie auf Alle, sondern nur auf die Einzelnen, deren Rechtsverhältnisse streitig, überhaupt deren Rechte Gegenstand der Beurtheilung sind, wirken nicht unabhängig, sondern nur nach und in dem Geiste der Gesetzgebung, und setzen zunächst nur für die Partheyen verbindliche Normen fest, welche zudem nicht über jeden Einwand erhaben sind. Der Richter darf niemals seine Meinung, seinen Willen, wie der Gesetzgeber thut, zur Entscheidungsnorm erheben, sondern sein ganzes Wirken sich nur innerhalb des ausdrücklich ausgesprochenen oder nach den Regeln der Jurisprudenz anzunehmenden Willens des Gesetzgebers bewegen, vor welchem sich daher dasselbe stets rechtfertigen lassen muß. Sein Streben ist stets auf Ausmittlung und Anwendung jenes Willens in Bezug auf jeden einzelnen Fall gerichtet, wohin er durch ein richtiges juristisches Schließen von den Grundprincipien, Rechtsgründen und Zwecken der Gesetzgebung, welche ihn die Jurisprudenz kennen lehrt, auf das, was denselben in jedem einzelnen Falle consequent entsprechen muß, gelangt. Seine Thätigkeit ist da, wo der Buchstabe des Gesetzes mit dem vielseitigen äußern

Leben in Widerstreit geräth, oder für dieses unzureichend erscheint, nur eine Vermittelung zwischen dem Buchstaben des Gesetzes und dem Leben, indem sie den Geist des Gesetzes in dessen Buchstaben aufsucht, und nach dem äußeren Bedürfnisse in der Art entfaltet und in Wirksamkeit setzt, wie es der Gesetzgeber selbst thun würde und consequent thun müßte, wenn er sich für jeden einzelnen eingetretenen Fall aussprechen dürfte. Die richterliche Thätigkeit, ähnlich der Thätigkeit der Theologen, welche das Christenthum nach dem Geiste seines Stifters für die Lebensverhältnisse näher entwickeln und in jenem Geiste fortwirken, ist immer nur ein Anwenden zwar nicht des Buchstabens, wohl aber des Geistes der Gesetze auf wirkliche Fälle, ein Fortwirken in jenem Geiste da, wo der Buchstabe nicht ausreicht und dem Bedürfnisse nicht genügt, aber niemals ein Gesetzgeben, welches dem Berufe der Gerichte geradezu widerspräche. Ein solches Wirken nach dem Geiste der Gesetze kann der Staat von seinen Richtern mit Recht fordern, darf er ihnen zutrauen, da sie sich ja zu dem Ende die Jurisprudenz, nicht bloß eine materielle Gesetzeskenntniß, eigen gemacht haben müssen, bevor sie es wagen dürfen, das heilige Amt eines Richters zu übernehmen. Hiernach kann der Gesetzigorismus, von welchem die Staatsrechtslehrer sprechen, wohl nicht getadelt werden, sobald man unter Gesetz nur nicht bloß dessen Buchstaben, sondern den in demselben liegenden Geist versteht, da die Gerichte allerdings an die so aufgefaßten Gesetze gebunden sind, und das Abweichen vom Buchstaben des Gesetzes noch nicht ein Abweichen von diesem selbst ist. Zu welchen Verwirrungen, fragen wir, müßte nicht der Grundsatz führen, daß den Gerichten auch eine gesetzgebende Gewalt, eine untergeordnete und negative wenigstens, zustehen? Auf welchen sicheren Principien könnte eine solche Befugniß beruhen; wo sollte dieselbe beginnen, wie weit sich erstrecken, welche Wirkung erzeugen u. s. w.? Das gemeine deutsche Recht, bey welchem die Wirksamkeit der Gerichte aus oben angeführten Gründen vermöge seiner



Beschaffenheit im größeren Umfange sich äußern muß, kann ohnehin nicht zum Maasstabe allgemeiner Principien genommen werden, da sich kaum eine Gesetzgebung denken läßt, die bey einem solchen Umfange des Materials an einer solchen Dürftigkeit für das wirkliche Leben leidet, wie das gemeine Recht, wenn man von dessen Bearbeitung durch Doctrin und Praxis absteht.

Es ist demnach der ganze oben bezeichnete Wirkungskreis, der sich in der Wirklichkeit nach der Beschaffenheit der Dürftigkeit der Gesetze mehr oder weniger ausdehnt, vollkommen in der Pflicht, alle vorkommenden Rechtsfälle nach den Gesetzen zu entscheiden, enthalten, und nur ein Ausmitteln des gesetzgeberischen Willens, nicht aber eine untergeordnete Gesetzgebung, welche wir uns rechtlich gar nicht erklären könnten; kein Ueberschreiten der natürlichen und rechtlichen Schranken der Gerichte, sondern nur ein Wirken innerhalb derselben.

#### §. 6.

##### Ueber den Begriff und die Arten des Gerichtsgebrauchs.

I. Aus den bisherigen Bemerkungen über die Befugnisse der Gerichte läßt sich nun auch der Begriff von Praxis oder Gerichtsgebrauch (praxis s. usus fori, nicht aber res judicatae, die nur Eine Art des usus fori bezeichnen, wie sich ergeben wird) leicht bestimmen. Der Gerichtsgebrauch ist das Ergebnis derjenigen richterlichen Thätigkeit, welche den Gerichten vermöge der im vorigen §. näher entwickelten vierten Befugniß zusteht, die zugleich dessen Gebiet begränzt, und erstreckt sich daher auf die Beurtheilung der Gültigkeit und Anwendbarkeit der Gesetze, auf ihre Auslegung und Ergänzung. Nennen wir den Umfang der in der genannten Befugniß enthaltenen richterlichen Thätigkeit den Wirkungskreis der Jurisprudenz, was uns völlig passend scheint, so ist der Gerichtsgebrauch als das Ergebnis der richterlichen Jurisprudenz zu betrachten, und sohin die bey einem Gerichte

gebräuchliche Jurisprudenz, oder die gebräuchliche Weise, wie ein Gericht bey der Beurtheilung der Gültigkeit und Anwendbarkeit der bestehenden Gesetze, bey deren Auslegung und Ergänzung verfährt. Er enthält demnach die Grundsätze, welche ein Gericht bey den genannten Functionen befolgt. Fragt man, wie oft sich ein Gericht über einen solchen Grundsatz aussprechen müsse, um einen Gerichtsgebrauch zu begründen, so hängt die Beantwortung dieser Frage davon ab, ob man den Gerichtsgebrauch für eine Art des Gewohnheitsrechtes zu halten habe oder nicht, weil in jenem Falle natürlich auch bey dem Gerichtsgebrauche dieselbe Anzahl der Wiederholungen erforderlich wäre, wie bey der Gewohnheit. Allein wenn auch der Gerichtsgebrauch etwe Art des ungeschriebenen Rechtes, d. i. des Inbegriffes aller neben dem geschriebenen Rechte geltenden Rechtsnormen ist, so ist er doch keine Art des Gewohnheitsrechtes im engeren Sinne.<sup>56)</sup> als des durch die gesetzlich gestattete Volkssouveränität stillschweigend gebildeten Rechts. Alle in Ansehung der Anzahl der zur Bildung einer Gewohnheit nothwendigen Handlungen obwaltenden Streitigkeiten und Subtilitäten finden daher bey dem Gerichtsgebrauche keine Anwendung. Geht man bey dem Gerichtsgebrauche von dem richtigen Gesichtspunkte aus, daß ein Gericht nur nach wohl geprüften Rechtsgründen handele und urtheile, und daher die einmal begründet befundenen Normen in allen künftigen Fällen befolgen werde, weil es sonst mit sich selbst in Widerspruch käme, weil auch nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit unter völlig gleichen Umständen von demselben Gerichte völlig gleiches Verfahren beobachtet, und völlig gleiche Urtheile gefällt werden müssen, und daher jede Parthey billig erwarten kann, daß ihr dasselbe zugesprochen werde, was das Gericht unter völlig gleichen

---

56) M. f. Klöber, Versuch eines Beitrags zur Revision des Gewohnheitsrechtes, Jen. 1813. S. 295. Gesterding in diesem Arch. III. Bd. No. 18. S. 285 folg.

Verhältnissen in einer anderen Sache für Recht erkannt hatte; so reicht zur Begründung eines Gerichtsgebrauches auch schon ein einziger Fall hin, so daß das Gericht bey einem zweiten vorkommenden Falle sich auf den ersten berufen, und das Verfahren bey dem ersten und dessen Entscheidung bey dem zweiten berücksichtigen kann, wodurch der Gerichtsgebrauch befestiget wird. Vorausgesetzt wird aber, daß das Gericht hierbey nach richtigen, von der Jurisprudenz gebilligten Principien verfahren sey; daß es namentlich nicht gegen ein gültiges und noch anwendbares Gesetz, überhaupt nicht gegen eine allgemein angenommene Ansicht gehandelt<sup>57)</sup>, sondern Alles beobachtet habe, was oben über die vierte Befugniß der Gerichte gesagt wurde. Gewöhnlich nennt man Gerichtsgebrauch eine bey einem Gerichte häufig und stets als gesetzlich befolgte Norm<sup>58)</sup>. Allein, abgesehen davon, daß hier wieder, wie bey der Gewohnheit, die Frage darüber: wie oft eine solche Norm als gesetzlich befolgt werden müsse, um als Gerichtsgebrauch zu gelten, entstehen, und denselben Schwierigkeiten, wie bey dieser, ausgesetzt seyn würde, so kann es bey dem Gerichtsgebrauche, da er nicht willkürlich, sondern nur nach juristischen Grundsätzen gebildet werden darf, nicht darauf ankommen, wie oft die Wiederholung der befolgten Norm geschehe, sondern dessen Bestand lediglich davon abhängen, ob er seiner inneren Beschaffenheit nach rechtlich zu billigen sey. Die öftere Wiederholung kann allerdings zur Bestätigung der rechtlichen Haltbarkeit des Gerichtsgebrauches dienen, weil eine rechtlich nicht zu billigende Norm sich schwerlich lange erhalten und bey einem Gerichte oft vorkommen wird, aber nicht der Rechtsgrund von dessen Gültigkeit seyn, weil eine öftere Wiederholung nicht vermag, die innere Natur eines Mißbrauches umzuändern. Das rō

57) l 23 D. de leg. (1, 3.): Minime sunt mutanda, quas interpretationem certam semper habuerunt.

58) J. B. Thibaut, Syst. des Pand. N. S. 16.

mische Recht bestimmt über den Begriff des Gerichtsgebrauches, so wie über dessen Erfordernisse gar nichts, wie in der Folge noch näher gezeigt werden wird; denn die Ausdrücke: *mos judiciorum* <sup>59)</sup>, *observantia judicialis* <sup>60)</sup>, *quotidianus judiciorum usus* <sup>61)</sup>, *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas* <sup>62)</sup> u. s. w. enthalten über den Begriff und die Erfordernisse eines rechtsgültigen Gerichtsgebrauches keine Vorschrift, am wenigsten eine genügende, so wenig als unsere deutschen Bezeichnungen: Herkommen, Gebrauch, Observanz u. s. w. Ein jeder Grundsatz, den ein Gericht einmal in Anwendung gebracht, d. i. gebraucht hat (mehr sagt auch das römische *uti, usus* nicht <sup>63)</sup>, und, wenn sich Fälle ereignen, öfter anwendet, wird dann freylich allmählig Herkommen, (langer) Gebrauch (*mos, longaevis usus*), ohne daß man aber sagen kann, daß er bloß der Wiederholung wegen einige, überhaupt mehr Kraft habe, als er an sich, vermöge seiner inneren Beschaffenheit hat <sup>64)</sup>.

II. Was nun die Arten des Gerichtsgebrauches anbelangt, so können diese nur nach den Gegenständen, auf welche sich die richterliche Thätigkeit erstreckt, bestimmt werden. Diese Gegenstände sind das gerichtliche Verfahren und das materielle Recht, d. i. die eigentlichen Entscheidungsnormen <sup>65)</sup>.

59) l. 11. Cod. de injur. (9, 35.)

60) l. 12. Cop. de R. Cr. (4, 1.)

61) §. 6. Inst. de satisdat. (4, 41.)

62) l. 38. D. de legib. (1, 3.)

63) §. 3. in l. 37. D. de legib.

64) l. 39. D. de legib.: *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet.*

65) Daß man die Praxis hiernach gewöhnlich in Gerichtsobservanz (Gerichtsgebrauch, *usus fori*) und Praxis schlechthin abtheilt, wovon sich jene auf den Proceßgang und diese auf das materielle Recht bezieht, braucht nicht erst erwähnt zu werden. Man s.

Bei dem ersteren hat der Gerichtsgebrauch eine doppelte Sphäre der Wirksamkeit: die gerichtlichen Handlungen selbst, und die Form ihrer Vornahme. In Ansehung der Form, in welcher gerichtliche Handlungen vorgenommen werden sollen, sind die Gerichte weniger gebunden, als bey den gerichtlichen Handlungen selbst, weil es in sehr vielen Fällen, wo nämlich das Gesetz eine solche Form nicht ausdrücklich vorgeschrieben hat, völlig gleichgültig ist, wie eine Handlung geschehe, um den Zweck ihres Daseyns zu erreichen, und daher mehrere Formen denkbar sind, welche jenem Zwecke gleichmäßig entsprechen. Das Gericht kann in solchen Fällen ganz willkürlich die eine oder andere Form wählen, weil jede der Absicht des Gesetzgebers, welche er durch die Handlung selbst erreicht wissen will, völlig entspricht<sup>66)</sup>. Diese willkürliche Wahl einer bestimmten Form der Vornahme einer Proceßhandlung unter mehreren gleich zweckmäßigen Formen bildet das Gebiet der gerichtlichen *Observanz*, welche durch stillschweigende, in entscheidenden Handlungen sich ausprechende Uebereinkunft der Glieder des Gerichts entsteht<sup>67)</sup>. Denn nur in solchen Fällen ist eine freye, vertragmäßige Uebereinkunft zulässig, und hierfür der Ausdruck: *Observanz* wohl nicht passend<sup>68)</sup>. Auch das römische Recht gebraucht für das, was der Gerichtsgebrauch in Ansehung der Form der Gerichtshandlungen bestimmt, oft den Ausdruck: *observan-*

---

Gensler, Anleit. zur gerichtl. Praxis, I. Th. Heidelb. 1821. S. 1. Not. 4.

66) J. B. es ist völlig gleichgültig, ob in einem Collegium das jüngste oder älteste Mitglied zuerst votirt; ob bey der Austheilung der Arbeiten dieser oder jener Modus beobachtet wird u. f. w.

67) M. f. Schmid, Lehrbuch des gem. Staatsr. I. Abth. S. 69. Gönner, a. a. D. S. 26. u. folg. Klüber, a. a. D. S. 50. u. folg. Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. S. 12.

68) Anderer Meinung ist, jedoch ohne hinreichenden Grund, Genslerding a. a. D. S. 286. u. folg.

*tia* oder *observatio* <sup>69)</sup>, die aus dem *quotidianus judiciorum usus* zu entnehmen ist <sup>70)</sup>. Jedoch bleibt sich dasselbe in Ansehung der Bezeichnung nicht gleichförmig <sup>71)</sup>, wie in so vielen anderen Fällen, da es auf technische Namen ohnehin nicht viel hält. Daß übrigens auch der Einzelrichter, wo nämlich keine collegialische Form der Gerichte besteht, in solchen Fällen eine bestimmte Form willkürlich annehmen, und so eine *Observanz* bilden könne, ist wohl nicht zu bezweifeln, da dem Einzelrichter in Ansehung des Rechtssprechens dieselben Befugnisse, wie einem Richtercollegium, zustehen, obwohl der Ausdruck: *Observanz*, nach der einmal angenommenen Bedeutung, in diesem Falle nicht üblich ist. In Ansehung des gerichtlichen Verfahrens lassen sich daher zwey Arten des Gerichtsgebrauchs unterscheiden, wovon sich die eine auf die Proceßhandlungen, und die andere auf die Formen der Vornahme derselben bezieht; jene kann man *Proceßgebrauch*, und diese *Gerichtsobservanz* nennen. Die Ansichten und Grundsätze über das materielle Recht können die Gerichte nur in ihren Entscheidungen niederlegen, weshalb der hierüber übliche Gerichtsgebrauch nur aus den Urtheilen entnommen, und mit *res judicatae*, oder, weil die *res*

69) l. 12. §. 5. Cod. de R. Cr. (4, 1.): In omnibus autem casibus, in quibus sacramenta praestantur, *observationem judiciale* permanere censemus etc. Hier ist bloß von der Form der Eidesleistung die Rede. §. ult. Inst. de satisdat. (4, 11.): *Quam formam* etc. — — cum necesse sit, omnes provincias — — hanc urbem, *ejusque observantiam* sequi. Es handelt sich nämlich von der Form der *satisdatio*.

70) §. 6. Inst. de satisdat. Daß sich der hier vorkommende *quotidianus judic. usus* nur auf die observanzmäßige Form der *satisdatio* (*judicatum solvi*) beziehe, erhellt aus dem ganzen Zusammenhange, besonders mit dem folgenden §. 7. (s. Not. 69.).

71) §. B. in l. 11. Cod. de injur. (9, 35.) steht dafür: *mos judiciorum*, der nur eine Proceßform bezeichnet. M. f. Sufe-land, Lehrb. des Civillr. II. Th. §. 1361. Not. a.

judicatae in Bezug auf die künftig darnach zu entscheidenden Proceßsachen derselben Art zugleich als *res praejudicatae* erscheinen, mit dem Ausdrucke: Präjudicien am füglichsten bezeichnet werden kann, obgleich auch die Benennung: Rechts- oder Urtheilsgebrauch nicht unpassend seyn würde. Nach dieser Ansicht zerfiel demnach der Gerichtsgebrauch als Gattung oder im weiteren Sinne in den Proceßgebrauch (Gerichtsgebrauch im engeren Sinne), in die Gerichtsobservanzen und in die Präjudicien (Rechts- oder Urtheilsgebrauch). Für keine dieser Arten des Gerichtsgebrauches sind besondere Erfordernisse vorgeschrieben; nur macht es die Natur der Observanz nöthig, daß die Handlungen, aus welchen der dieselbe begründen sollende Consens der Gerichtsmitglieder gefolgert wird, völlig *concludent* seyen.

## §. 7.

## Ueber die verbindende Kraft des Gerichtsgebrauches.

Es ist bekanntlich eine sehr bestrittene Frage: ob dem Gerichtsgebrauche eine verbindende Kraft zukomme. Einige <sup>72)</sup> legen nämlich dem Gerichtsgebrauche gesetzliche Kraft bey, wenn er den Gesetzen nicht widerspricht, und solche Punkte betrifft, in welchen die bisherigen Urtheile gleichförmig waren; jedoch könnten nur die Obergerichte die Untergerichte, nicht aber coordinirte Gerichte einander gegenseitig, binden, und selbst jenes wäre nur dann der Fall, wenn bey den Untergerichten nicht schon früher ein Gerichtsgebrauch ausgebildet worden sey. Andere <sup>73)</sup> sprechen dagegen dem Gerichtsger

---

72) M. f. Ehibaut a. a. D. und die dort Angef.

73) Z. B. G. Hufeland, a. a. D. Haus, über den rechtlichen Werth des Gerichtsgebrauches, Erl. 1798. Dazu Allg. Lit. Z. 1798. Th. III. S. 420. Gensler, Handbuch zu Martin's Lehrb. des bürg. Proc. I. erste Ausg. S. 352. und in der Anf.

brauche alle Kraft ab, wenn er nicht vom Gesetzgeber bestätigt ist, oder die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts an sich hat. Gesterding <sup>74)</sup> legt der auctoritas rerum perpetuo similiter judicatorum, die er für ein Analogon der consuetudo interpretativa hält, gleich dieser nur die Kraft bey, Gesetze auf eben die Art, wie es vom Gesetzgeber geschieht, (also authentisch) auszulegen. Alle diese und andere Meinungen werden durch Stellen des römischen Rechts zu begründen gesucht. Diese Abweichung hat hauptsächlich darin ihren Grund, daß die Vertheidiger der ersten Meinung die l. 38. D. de leg. (1, 3.) als Regel über den Gerichtsgebrauch überhaupt, und die l. 13. Cod. de sentent. et interloc. (7, 45.) nur als Begränzung des Gerichtsgebrauches betrachten, während die Verfechter der zweiten Hauptmeinung dieses Gesetz als Regel, und jenes nur als eine Ausnahme für den Fall auffassen, wenn der Gerichtsgebrauch die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts an sich trägt.

Geleitet durch die über die Befugnisse der Gerichte bereits aufgestellten Grundsätze, wollen wir nun versuchen, die rechtliche Wirkung des Gerichtsgebrauches im Allgemeinen sowohl, als nach dem gemeinen deutschen Rechte näher zu bestimmen.

I. Nach allgemeinen Principien, die sich aus der Natur und Sphäre des Gerichtsgebrauches von selbst ergeben, kann man durchaus nicht behaupten, daß derselbe Gesetzeskraft habe, welche nur dem geschriebenen Rechte und dem Gewohnheitsrechte im eigentlichen Sinne zukommt. Denn der Gerichtsgebrauch gewährt kein selbstständiges Recht, sondern enthält nur eine nähere Erklärung und Ergänzung des selbstständigen, eigentlich anzuwendenden Rechts; er ist nur das

---

zur gerichtl. Praxis a. a. D. Martin, Lehrb. des Deutsch. gem. bürgerl. Proc. (8te Ausg.) §. 61. Lit. B.

74) a. a. D. §. 14. C. 284 u. folg.



Resultat, welches nach den Regeln der Jurisprudenz aus dem anzuwendenden Rechte zum Zwecke der Anwendung abgeleitet wurde, und hat daher nur so viel allgemeinen Werth, als ihm im Verhältnisse zur Legislation nach einer richtigen Jurisprudenz gebührt, als ihm sonach vermöge seiner inneren Vortrefflichkeit zukommt. Sein Werth ist demnach ein bloß materieller. Denn in formeller Hinsicht kann dem Gerichtsgebrauche eine gesetzliche, d. i. allgemein verbindliche Kraft überall nicht zukommen, weil den Gerichten vermöge ihrer Bestimmung, der zufolge sie nur Gesetze auf einzelne Fälle anzuwenden, nicht aber Gesetze zu geben haben, kein Recht zusteht, durch ihre Handlungen und Aussprüche auch andern Personen, als diejenigen, deren Rechte sie in der That zu entscheiden haben, zu binden. Der Rechtspruch begründet nur für die Partheyen Rechte und Verbindlichkeiten, und kann für Dritte weder Befugnisse noch Rechtsobliegenheiten erzeugen, also auch keine verbindende Norm für ihr rechtliches Thun oder Lassen seyn. Wie das geschriebene Recht Alle, die nicht besonders ausgenommen sind, und die Gewohnheit diejenigen, deren Autonomie sie factisch geschaffen hat, verbindet, so bindet das (rechtskräftige) Urtheil nur die streitenden Theile, und zwar bloß in Folge des Gesetzes oder der Gewohnheit. Die Gerichte haben die Pflicht und Berechtigung, für jeden vorkommenden Rechtsfall eine Entscheidungsnorm aufzusuchen. Der Staat traut ihnen, was stillschweigend schon in ihrer Ansetzung liegt, die hierzu nöthige Fähigkeit, d. i. die erforderliche Rechtskenntniß und Jurisprudenz eben so zu, als die Parthey, welche ihnen einen Rechtsfall zur Entscheidung vorlegt, wodurch sie sich dem einst erfolgenden Rechtspruche, wenn er rechtskräftig werden sollte, schon zum Voraus unterwirft. Daher kommt es, daß der Staat, da er die Richter zu einem gesetzlichen und gewissenhaften Verfahren bey dem Amte des Rechtssprechens eidlich ein für allemal verpflichtet hat, in die wirkliche Entscheidung einzelner Rechtsfälle sich nicht mehr einmischet, und dieses, der

Rechtssicherheit wegen, sogar voraus verspricht (durch das Verbot der Kabinettsjustiz); und daß das rechtskräftige Urtheil die Partheyen, und nur diese, binden kann. Da nun jedes Gericht verbunden ist, bey Beurtheilung der seiner Entscheidung vorgelegten Rechtsfälle nach eigener bester Einsicht und Gewissenhaftigkeit zu verfahren, also die eigene Jurisprudenz anzuwenden, was schon in dem Begriffe des Urtheilens liegt: so leuchtet es von selbst ein, daß es bey dem Geschäfte des Rechtssprechens weder an die eigenen früheren Entscheidungen derselben Fälle, noch an solche Entscheidungen anderer Gerichte unbedingt gebunden seyn könne, sondern jene oder diese nur dann zur Norm nehmen dürfe, wenn es nach allseitiger Prüfung der geltenden Rechtsnormen, ihrer Gründe und Zwecke, so wie der factischen Verhältnisse des vorliegenden Falles keine bessere, d. i. gerechtere Entscheidungsnorm aufzufinden vermag, in diesem Falle aber eine solche vorliegende Norm, eben weil sie nach eigenem Urtheile die beste und gerechteste ist, befolgen müsse. Der Grund dieser Befolgung liegt hiernach nicht darin, daß die fragliche Norm von demselben Gerichte, oder von einem andern, coordinirten oder oberen Gerichte, schon öfter angewendet worden, sondern lediglich in ihrer inneren Beschaffenheit, vermöge welcher sie für den fraglichen Fall als die richtigste erscheint, und darum angewendet werden muß, wäre sie auch bisher gar nicht, oder nur von einem subordinirten Gerichte zur Anwendung gebracht worden. Ist eine solche, von einem Gerichte befolgte Entscheidungsnorm wirklich dergestalt zweckmäßig und vortrefflich, daß man eine bessere schwerlich auffinden möchte, so wird es dann natürlich geschehen, daß sie bald allgemeine Norm bey allen Gerichten werden wird, ohne daß man darnach fragt, ob sie schon oft vorgekommen, oder sie bloß darum adoptirt, weil sie schon oft gebraucht worden. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß der Gerichtsgebrauch eines oberen oder obersten Gerichtes an sich die unteren Gerichte gleichfalls nicht binde, weil auch die

oberen Gerichte nur zur Anwendung des geltenden Rechtes verbunden sind, also keine andere Bestimmung, als die Untergerichte, haben, und weil es in Ansehung des Rechtssprechens weder eine Subordination geben, noch im Allgemeinen angenommen werden kann, daß die Urtheile der höheren Gerichte schon darum, weil sie von höheren Gerichten herrühren, den Gesetzen gemäßer seyen, als die Entscheidungen der Untergerichte. Indessen treten doch manche Gründe ein, welche veranlassen, daß der Gerichtsgebrauch der höheren Gerichte Norm für die Untergerichte wird, und selbst nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit werden soll. Zu diesen Gründen rechnen wir

1) die Stellung der Untergerichte zu den Obergerichten, wornach diese in der Regel zugleich die Disciplinar-Oberbehörden von jenen sind. Wenn auch dieses Verhältniß der Subordination sich auf das Rechtssprechen nicht erstreckt, so wird der subordinirte Richter gleichwohl nur zu leicht verleitet, die Meinung seines Oberen zu der seinigen zu machen, theils weil er diesem in der That größere Kenntniß zutraut; theils um sich das Wohlgefallen seines Vorgesetzten zu erwerben, der in so mancher Hinsicht seine (des Unterrichters) Lage zu verschlimmern oder zu verbessern Gelegenheit hat, dessen Gunst er also auf keine Weise verschmerzen darf; theils aus Bequemlichkeit, da man, wenn man der Aufsicht des über sich Stehenden huldigt, der Mühe des Selbstdenkens überhoben, und dennoch von Vorwürfen frey bleibt, indem diese nicht den Unterrichter, sondern nur den Oberrichter treffen können, von welchem man ja schon wegen seiner Stellung im Staate mehr zu erwarten berechtigt sey; theils aus stolzem Dünkel, indem man sich durch die Annahme der Meinung eines Vornehmeren oder Berühmteren den Anstrich gleicher geistiger Verständigkeit geben will. Wir wissen, wie sehr dieser letzte Umstand in der Doctrin nicht nur des Rechts, sondern aller Zweige des menschlichen Wissens, besonders der Philosophie, die verstandeslose Nachbeterey begünstigt. Die hier ange-

fürten Gründe der Annahme der Ansichten höherer Gerichte gehören freylich nicht zu den rühmlichen, sie sind aber darum nicht weniger wirksam, wie Jeder, der den Menschen kennt und in der Praxis nur ein wenig sich umgesehen hat, eingestehen muß;

2) die innere Beschaffenheit der höheren Gerichte. Nicht nur werden in der Regel die tüchtigsten Männer zu diesen genommen, welche daher in der Regel schon in Ansehung der Rechtsbildung wirklich über den Unterrichtern stehen, sondern sie werden auch besser bezahlt, wodurch sie mehr, als diese, in den Stand gesetzt werden, sich die nöthigen Hülfsmittel zu ihrer weiteren Ausbildung anzuschaffen. Die Obergerichte bestehen zudem aus mehreren Personen, als die Untergerichte; Allseitigkeit, Umsicht und Gründlichkeit läßt sich also von ihnen mehr erwarten, als von den Untergerichten, welche überdies meistens noch mit vielen anderen fremdartigen Geschäften überladen sind, die ihnen zur gründlicheren Prüfung der Rechtsfachen kaum die erforderliche Zeit übrig lassen, während die Obergerichte sich ausschließlich mit den Rechtsfachen zu beschäftigen haben. Hierzu kommt noch der Umstand, daß die Obergerichte mehr Gelegenheit haben, ihre practische Erfahrung zu bereichern, da sie in höherer Instanz sprechen, also die wichtigeren Fälle einer ganzen Provinz oder des ganzen Landes ihnen zur Entscheidung vorgelegt werden, worin zugleich auch eine Nöthigung zu einem gründlicheren und umfassenderen Rechtsstudium liegt. Endlich darf nicht übersehen werden, daß die Obergerichte in größeren Städten ihren Sitz haben, wo überhaupt ein größerer geistiger Verkehr, als auf dem Lande, darum größere Gewandtheit und Schärfe des Verstandes, und größere Veranlassung und Gelegenheit zur Ausbildung, als hier, gefunden wird. Aus diesen Gründen kann daher den Obergerichten schon an sich eine gründlichere Jurisprudenz zugetraut, und in der Regel angenommen werden, daß ihre Urtheile gründlicher seyen, als

die der Untergerichte, was von den obersten Gerichten natürlich noch mehr gelten muß.

Endlich zählen wir 3) vorzüglich noch den Grund hierher, daß der Gesetzgeber aus Gründen des Rechts und der Politik wolle, daß die Untergerichte den unbezweifelten Gerichtsgebrauch der Obergerichte berücksichtigen, um Gleichförmigkeit des Rechts, welche die Gerechtigkeit fordert, im Staate zu begründen, und um unnötige Berufungen zu hindern, was die Politik erheischt, da Prozesse doch immer ein — wenn gleich unvermeidliches — Uebel für den Staat sind, deren möglichste Verkürzung also rätlich ist, weil sonst die Rechte lange ungewiß, und darum auch die Partheyen lange unter sich gespannt oder gar feindlich gesinnt und in der Unmöglichkeit bleiben, über das Ihrige zu verfügen, weil daher langwierige Prozesse auf die Lebendigkeit des rechtlichen Verkehrs nachtheilig einwirken, und, da sie kostspieliger sind, auch zur Verminderung des Wohlstandes beitragen, abgesehen davon, daß sie auch auf die Liebe zur Arbeitsamkeit schädlichen Einfluß äußern, indem die Partheyen zu vielen Geschäftsgängen in den Ort des Gerichts genöthigt werden, dadurch leicht den Trunk, dem man sich im gereizten Gemüths zustande ohnehin eher ergiebt, und den Müßiggang lieb gewinnen, und überhaupt zur Arbeit, die nur bey ruhigem Gemüthe mit Emsigkeit und Eifer betrieben wird, während des anhängigen, vielleicht sehr wichtigen Processes nicht aufgelegt sind. Daß aber die Gleichförmigkeit des Rechts und damit Verminderung der Berufungen erzielt werde, wenn der Gerichtsgebrauch der Obergerichte die Untergerichte bindet, kann wohl nicht geläugnet werden. Denn wenn eine Parthey weiß, daß bey dem höchsten Gerichte die ihr günstige Ansicht angenommen ist, so wird sie sich natürlich durch die entgegengesetzten Meinungen der unteren Instanzen nicht abschrecken lassen, an die höchste zu appelliren, während diese Berufungen unterblieben seyn würden, wenn sie gewußt hätte, daß auch bey dem obersten Tribunale dieselbe Ansicht gelte, welche das Gericht der

ersten Instanz in ihrem Urtheile niedergelegt hat. Nicht minder würde eine Parthey, wenn die Präjudicien des obersten Gerichtes von den unteren Gerichten unbeachtet blieben, häufig bloß darum im Rechtsstreite unterliegen, weil sie denselben wegen Mangels der Appellationssumme nicht an die letzte Instanz bringen konnte, wo die ihr vortheilhafte Rechtsmeinung gilt, während ihr Nachbar, dessen Proceßobject um einige Gulden mehr betrug, und deshalb appellabel war, den sonst völlig gleichen Rechtsstreit bloß darum gewann, weil er appelliren konnte. Erstere würde also den ganzen Proceßgegenstand bloß darum verlieren, weil er um einige Gulden weniger betrug, als der des Letzteren, was höchst ungerecht und politisch nachtheilig wäre, da eine solche Justiz unmöglich der Achtung genießen würde, welcher sie bedarf, um den letzten Zweck ihres Daseyns sicher zu erreichen. Die Unterg Gerichte handeln demnach gewiß dem Geiste des Gesetzgebers gemäß, wenn sie den völlig unbezweifelten Gerichtsgebrauch des obersten Gerichtes als Entscheidungsnorm berücksichtigen, wozu sie eben darum auch verbunden sind, da der Wille des Gesetzgebers befolgt werden muß. Hierbey versteht es sich aber von selbst, daß der Rechtsfall demjenigen, der dem Gerichtsgebrauche zum Grunde liegt, völlig analog seyn müsse, und daher das Anwenden eines Gerichtsgebrauches das sorgfältige Prüfen dieses und des Rechtsfalles nicht überflüssig mache.

Es ergibt sich demnach in Ansehung der Wirksamkeit des Gerichtsgebrauches nach allgemeinen Grundsätzen das Resultat, daß

- a) der Gerichtsgebrauch, als solcher, d. h. darum, weil er Gerichtsgebrauch ist, in formeller Hinsicht keine verbindende Kraft, und in materieller Hinsicht nur so viel Werth habe, als ihm nach den Grundsätzen einer richtigen Jurisprudenz wegen seiner inneren Beschaffenheit zukommt; daß daher
- b) ein Gericht nicht verbunden seyn könne, den eigenen oder eines andern Gerichtes Gebrauch als Entscheidungsnorm

zu befolgen, sondern vielmehr die Pflicht habe, jeden Rechtsfall mit der eigenen Jurisprudenz zu prüfen, und den Gerichtsgebrauch nur dann anwenden dürfe, wenn es keine andere bessere Entscheidungsnorm aufzufinden vermag, in diesem Falle aber denselben befolgen müsse; daß jedoch

c) der Gerichtsgebrauch, wenn ein Gericht ihn auch ohne Prüfung anwendet, und derselbe auch eben nicht ein völlig zu billigender ist, für die Partheyen ein völlig bindendes Recht begründe, sobald das darauf gebaute Urtheil die Rechtskraft erlangt hat, was aus der besonderen Stellung eines Gerichtes zum Staate und zu den Partheyen sich von selbst erklärt; daß daher

d) auf diese Weise freylich mancher Gerichtsgebrauch allmählig zu einem eben so großen Ansehen, wie die Gesetze selbst, gelangen und practisch bleiben könne, ungeachtet er von der Doctrin gemißbilligt wird; daß aber

e) dagegen mancher andere bloß wegen seiner inneren Vortrefflichkeit, in so fern er wegen dieser nicht nur die lange Uebung bewährter Gerichtshöfe, sondern auch die Billigung der Doctrin für sich hat, weil er für einen, im Gesetze nicht ausdrücklich oder von einem aus Rechtsgründen unanwendbaren Gesetze andern bestimmten Fall die dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers angemessenste Entscheidungsnorm liefert, zu einem ziemlich allgemein angenommenen Rechtsfalle werden könne, den man, ohne gegen die allgemein herrschenden Rechtsansichten, deren Berücksichtigung auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht, anzustoßen, nicht außer Acht lassen kann. Die Gründe für den Rechtsbestand einer solchen communis jureconsultorum opinio sind bereits oben angegeben worden, wozu noch kommt, daß schon darin, daß der Gesetzgeber für künftige Fälle keine andere Norm vorschreibt, eine stillschweigende Billigung derselben von Seiten des Gesetzgebers liegt; daß endlich

f) die Untergerichte stets dem Willen des Gesetzgebers gemäß handeln, wenn sie den entschiedenen Gerichtsgebrauch

des obersten Landesgerichtes befolgen, obgleich sie hierzu nicht unbedingt verbunden sind, sondern nur in so fern zu dieser Befolgung gehalten seyn können, als sie nach eigener Prüfung, der sie niemals überhoben sind, dieselbe im Willen des Gesetzgebers begründet finden.

II. Wir wenden uns nun zur Würdigung dessen, was das gemeine deutsche Recht in Ansehung der Wirkung des Gerichtsgebrauches bestimmt. Es kann hier nicht unbemerkt bleiben, daß die besondere Beschaffenheit des Ganges der deutschen Rechtsbildung, wobey, da eine positive Gesetzgebung im heutigen Sinne lange unbekannt, und später, als sich dieselbe ausgebildet hatte, aus in den inneren und äußeren Verhältnissen Deutschlands gelegenen Gründen wenig thätig war, stets am meisten gewirkt hatte, und nachher die Aufnahme des fremden Rechts (die eigentlich selbst nur durch die Doctrin und Praxis erfolgt war) ohne genügende Modificationen durch die Gesetzgebung der gemeinen deutschen Praxis eine Richtung und einen Umfang gab, wie man es schwerlich in einem andern Lande antreffen dürfte. Das römische Recht war für die Römer ein Product der eigenen Rechtsbildung, aus der Verfassung, den Verhältnissen und Ansichten des römischen Volkes hervorgegangen, und darum dem römischen Rechtsleben angemessen. Manches konnte daher aus der Rechtsammlung weggelassen werden, manches unerörtert bleiben, weil im practischen Leben darüber kein Zweifel obwaltete <sup>75</sup>. Aber übertragen auf ein fremdes Volk von ganz anderer Denkungs- und Gesinnungsart, von ganz anderer Verfassung u. s. w., mußte das römische Recht mit dem ganz anders gestalteten Rechtsleben überall in Widerspruch gerathen, bald zu viel, bald zu wenig, bald völlig Unpassendes, bald nur halb Anwendbares enthalten, und dasjenige, was in demselben als bekannt vorausgesetzt, oder nur ange-

---

75) l. 36. D. de legib. (1, 3.)



deutet, nirgends aber genügend erörtert ist, Lücken, Zweifel und so Streit veranlassen, da der Schlüssel hierzu, das römische Rechtsleben, nicht auch zugleich mit der Gesetzsammlung auf uns gebracht wurde. Die Praxis und Doctrin bekam also, da die positive deutsche Gesetzgebung auf die Gestaltung des Rechts unmittelbar wenig einwirkte, einen Wirkungskreis der Thätigkeit, welcher der römischen Praxis und Doctrin unbekannt war, nämlich die Ausfortirung des Brauchbaren aus dem fremden und einheimischen Rechte, und die Gestaltung des Ausgelesenen für das deutsche Rechtsleben. Dieses Geschäft war schon nothwendig, bevor noch darüber gefragt wurde, wie weit die Praxis und Doctrin gehen dürfen; welche Frage erst hintenher gestellt wurde, als die Praxis und Doctrin bereits im langen, bis dahin unbestrittenen Besitze eines ungewöhnlichen Ansehens waren. Wie es im wirklichen Leben nur zu oft geschieht: die Noth zwingt zum Handeln, ohne daß man während des Handelns fragt, oder Zeit hat zu fragen, ob der Handelnde wirklich, oder doch in der Art, wie er handelt, handeln dürfe; erst wenn man nach Beseitigung des Nothstandes Ruhe erlangt hat, beginnt man solche Fragen aufzuwerfen. Man wandte sich nun, um die Frage über den Wirkungskreis der Praxis zu lösen, an das römische Recht, da das einheimische hierüber nirgends etwas enthielt, und hatte dabey natürlich nicht die römische, sondern die deutsche, d. i. die mit der deutschen Gerichtsverfassung zusammenhängende, und durch den deutschen Rechtszustand nothwendig gewordene, Praxis vor Augen. Daß die Bestimmungen des römischen Rechts über Praxis, wenn solche vorlägen, auf die deutsche Praxis entweder gar nicht, oder doch nur in so fern, als dieselben Punkte betreffen, worin die römische Gerichtsverfassung mit der deutschen völlig conform oder doch analog war, anwendbar seyn würden, dürfte schon aus den allgemeinen Auslegungsregeln leicht gezeigt werden können. Aber das römische Recht enthält gerade über den Gerichtsgebrauch fast nichts, was sich aus den an-

geführten Gründen wohl erklären läßt. Denn die wenigen hierher gehörigen Stellen sind nicht entscheidend und bestimmt genug, um darauf eine vollständige Theorie von dem Gerichtsgebrauche bauen zu können. Dieses beweiset schon die große Verschiedenheit der Meinungen, von welcher im Eingange dieses §. die Rede war. Es darf nicht übersehen werden, daß das römische Recht da, wo es von *mos judiciorum*, *observatio judicialis*, *observantia* u. s. w. spricht, nirgends die Erfordernisse angiebt, welche zu einem rechtsbeständigen Gerichtsgebrauche notwendig sind, wie schon oben bemerkt wurde, was es doch hätte thun müssen, wenn es den Gerichtsgebrauch zu einer selbstständigen Rechtsquelle erheben wollte, die noch nach der Bekanntmachung der Gesessammlungen fließen und Rechtsnormen gewähren sollte, und daß deshalb kaum zu bezweifeln ist, der Gesetzgeber habe in den Stellen, wo jene Ausdrücke vorkommen, bloß die bereits damals bestandene Praxis vor Augen gehabt, und nur diese sanctionirt, wie z. B. aus l. 11. Cod. de injur. (9, 35.):

*sed in caeteris mos judiciorum, qui hactenus obtinuit, intactus servetur,*

und l. 12. §. 5. Cod. de reb. cred. (4, 1.):

*In omnibus autem casibus, in quibus sacramenta praestantur, observantiam judicialem permanere censemus,*

ziemlich deutlich erhellet, und durch die für das Rechtssprechen gegebenen Vorschriften bestätigt wird. Schon aus diesem Grunde können die meisten, sonst gewöhnlich für den Gerichtsgebrauch angeführten Stellen auf den deutschen Gerichtsgebrauch nicht angewendet werden, da sie bloß Dinge bestätigen, die nur im römischen Staate zur Zeit der Justinianischen Gesetzgebung bey den Gerichten üblich, und dem Gesetzgeber bekannt waren.

Sehr verschieden wurde die l. 38. D. de legib. (1, 3.) gedeutet. Während Einige <sup>76)</sup> vorzüglich aus ihr die allgemeine Regel, daß der Gerichtsgebrauch als Gesetz zu befolgen sey, ableiten, betrachten sie Andere bald nur als eine, bey der Auslegung dunkeler Gesetze geltende Beschränkung der in der l. 13. Cod. de sentent. et interlocut. (7, 45.) enthaltenen Bestimmung: non exemplis, sed legibus judicandum est, so daß der gleichförmigen Gesetzesauslegung der Gerichte die gleiche Kraft, wie sie das Gewohnheitsrecht hat, beygelegt werde <sup>77)</sup>; bald nur als einen erklärenden Zusatz, was unter Gewohnheit in dem Falle, wenn sie dunkle Gesetze auslegt, zu verstehen sey <sup>78)</sup>; bald als eine Vorschrift, daß der Gerichtsgebrauch nur dann verbindende Kraft habe, wenn der Begriff und die Bedingungen des Gewohnheitsrechts auf ihn passen <sup>79)</sup> u. s. w.

Die besagte lex ist allerdings einer mehrfachen Deutung fähig, wie es bey solchen, aus dem ganzen Zusammenhange herausgerissenen Fragmenten juristischer Schriften, die mit andern ähnlichen Fragmenten ein Ganzes bilden sollen, kaum anders seyn kann. Es kommt daher Alles nur darauf an, wie dieselbe in juristischer Hinsicht am richtigsten aufgefaßt wird. Nach unserer Ansicht bestimmt dieselbe über den Gerichtsgebrauch, insbesondere über Präjudicien, als eine eigene Rechtsquelle im engeren Sinne (§. 6. II. 4.), gar nichts. Nach der Ueberschrift des Titels, worin dieselbe steht, ist in jenem bloß die Rede von den Gesetzen, den Senatusconsulten und von der Gewohnheit, nicht aber auch von dem Gerichtsgebrauche. Eben so wird in der l. 33. D. de legib. nur der Gewohnheit erwähnt, als einer Norm, welche in den Fällen, die das jus scriptum nicht entscheidet, als jus und

76) J. B. Zhibaut, a. a. D. S. 16.

77) J. B. Gesterding, a. a. D.

78) J. B. G. Hufeland, a. a. D. (S. 1361. Not. a.)

79) J. B. Gensler, Anleit. etc. a. a. D. (S. 1. Not. 4.)

lex gilt. Vom Gerichtsgebrauche wird geschwiegen. Dagegen dienen die gerichtlichen Entscheidungen zum Beweise einer in Zweifel gezogenen Gewohnheit; denn:

cum de consuetudine civitatis, vel provinciae confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto (besser: contradicta) aliquando iudicio consuetudo firmata sit.

l. 34. D. de leg.

Bringt man nun die lex 38. in ihrem Zusammenhange mit der l. 37, mit der sie ein Ganzes ausmacht, hiermit in Verbindung, so kann sie kaum anders, als bloß von den fortwährenden, in Rechtsprüchen erfolgten Bestätigungen einer Gewohnheit verstanden werden. Denn 1) ist von l. 32. an bis l. 39. einschließlich nur von der Gewohnheit die Rede; es wäre daher 2) durchaus nicht abzusehen, wie Justinian durch einen bloßen Zwischensatz eine eigene Rechtsquelle hätte namhaft machen wollen, von welcher sonst nirgends in der ganzen Rechtsammlung (denn auf Präjudicium können alle sonst noch für den Gerichtsgebrauch angeführten Stellen nicht bezogen werden) auch nur nebenhin mehr Erwähnung geschieht. Dieser Sinn ergibt sich 3) auch aus ihrem Zusammenhange mit der l. 37.<sup>80</sup>. Callistrat spricht nämlich hier von der interpretatio legis (unter welcher man aber nicht bloß die Erklärung eines dunkelen, wie man gewöhnlich thut, sondern auch die Ergänzung eines mangelhaften Gesetzes zu verstehen hat, wie sich schon aus l. 10. und 11. D. de legg. ergibt, wornach das mangelhafte Recht entweder durch Interpretation oder durch Constitutionen des höchsten Herrschers ergänzt werden soll), und bemerkt, daß man bey dieser vor Allem auf die Gewohnheit, d. i. darauf zu sehen habe, welche Rechtsmeinung eine Stadt

80) Si de interpretatione legis quaeratur: inprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo.

(d. i. überhaupt irgend ein Ort, wo sich eben ein zu interpretirender Fall ereignet) in solchen Fällen (wie der fragliche ist) als Grundlage der Entscheidung (denn von der Gewohnheit dürfen die Richter bey ihren Entscheidungen da, wo sie das geschriebene Gesetz verläßt, nicht abweichen<sup>81)</sup>; darum sind die Rechtsprüche die zuverlässigsten Kenntnißquellen der Gewohnheiten<sup>82)</sup> — was sich auch aus: in ejusmodi *casibus usa fuisse* entnehmen läßt) bisher befolgt habe. Denn die Gewohnheit sey die zuverlässigste Erklärerin und Ergänzerin (*interpres*) der (geschriebenen) Gesetze. Denn (wie nun in der l. 38. *Callistrat* weiter bemerkt<sup>83)</sup> der Kaiser Severus habe rescribirt, daß in solchen Fällen, wo die Gesetze dunkel oder mangelhaft seyen, d. i. in Zweifelsfällen (daß auch die Mangelhaftigkeit der Gesetze zu den *ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur*, gehöre, ist unlängbar) die Gewohnheit, oder das Ansehen der stets gleichförmigen Rechtsprüche (d. h. die Gewohnheit, d. i. diejenige, die durch stets gleichförmige Rechtsprüche Ansehen (Gültigkeit) erlangt hat) Gesetzeskraft haben solle. Denn nur von jener Gewohnheit, die von den Gerichten als Entscheidungsnorm in allen einschlägigen Fällen beachtet worden, kann man behaupten, daß sie rechtlich gegründet und nicht irrig sey, weil: *quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet*<sup>84)</sup>, eine solche Gewohnheit mithin niemals *auctoritatem rerum perpetuo similiter judicata-*

81) l. 33. D. de legib. l. 3. Cod. de aedific. privat. (8, 10.) und l. 1. Cod. quae sit longa consuet. (8, 53.)

82) l. 34. D. de legib.

83) Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.

84) l. 39. D. de legib.

rum für sich erlangt. Gegen diese Erklärung spricht 4) auch nicht der Umstand, daß der Beysatz: aut rerum etc. nach derselben überflüssig sey, da schon in der l. 34. im Grunde dasselbe ausgesprochen werde; denn dieses Fragment ist erstens von einem andern Rechtsgelehrten (von Ulpian); dann nahm Justinian gewöhnlich die ganzen Stellen aus den Schriften der Rechtslehrer in seine Sammlung auf, wenn dieselben gleich noch etwas Andern, als was eben zur fraglichen Sache gehörte, enthielten, wenn dieses überhaupt nur als gültig angesehen werden konnte. Ueberhaupt hat Justinian gern denselben Rechtsatz durch die Aussprüche mehrerer Rechtslehrer belegt, wie schon der Pandectentitel de legibus beweiset, wo z. B. z. B. die l. 3. 4. 5. 6. 8. 10. und 12, so wie l. 14. und 39, ziemlich dasselbe sagen. Für unsere Auslegung spricht endlich 5) auch noch die l. 23. D. de leg. <sup>85)</sup>. Denn eine Gewohnheit kann so lange, als sie nicht schon in Urtheilssprüchen anerkannt worden ist, keine interpretatio certa (und von der interpretatio sprechen ja die leges 37. und 38.) begründen, weil sie bis dahin immer noch in so fern zweifelhaft bleibt, als ihr widersprochen werden kann, und ein solcher Widerspruch von Erfolg ist, wenn der sich auf die Gewohnheit Stützende sie nicht zu erweisen vermag, zumal da ein solcher Beweis nicht leicht zu führen ist. Erst dann, wenn die Gewohnheit schon in allen vorgekommenen Fällen (perpetuo) gleichförmig (similiter) gerichtlich anerkannt worden, ist ein Widerspruch gegen dieselbe fruchtlos, und die durch sie begründete Auslegung gewiß.

Der §. ult. Inst. de satisdat. (4, 11.) <sup>86)</sup>, welchen man häufig zum Belege dafür anführte, daß der Gerichts-

85) Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.

86) „*Quam formam* non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam forte aliter celebrantur) obtinere censemus; cum necesse

gebrauch der Obergerichte die Untergerichte binde, spricht nicht von Präjudicien, überhaupt nicht vom Gerichtsgebrauche, als einer verbindlichen Rechtsquelle, sondern bestimmt bloß, daß die Form der Satisfaktion, welche in den vorhergehenden §§. näher festgesetzt worden ist, und die man (nach §. 6.) aus dem quotidiano judiciorum usu genauer kennen lernen könne (wohl bloß ein Wink für die Rechtsbesseren<sup>87)</sup>, nicht in Rom, sondern auch in den übrigen Provinzen des Reiches gelten, und jede andere, in diesen etwa noch bestehende Form aufgehoben seyn soll, weil es (der Gleichförmigkeit und Ordnung wegen) nothwendig sey, daß alle Provinzen die Gesetze befolgen, welche in der Hauptstadt gelten. Denn das Wort »observantia« bezeichnet hier wohl nicht das, was man jetzt darunter versteht, überhaupt nicht den willkürlich gebildeten usus fori, da das römische Recht überhaupt so selten eine bestimmte Terminologie beobachtet; sondern im Allgemeinen jede gesetzliche Vorschrift (omne id, quod pro jure et lege observatur), da der Vorderatz, den der Satz: cum necesse sit etc. begründen soll, wirklich von einer positiven Vorschrift spricht, und das Wort »observare« oft in dieser Bedeutung genommen wird<sup>88)</sup>. Wenigstens spricht es nur von einer gerichtlichen Handlung, nicht aber von Rechtsprüchen. Wie ließe sich auch sonst die Vorschrift in l. 12. D. de offic. praesid. (1, 18.)<sup>89)</sup> damit vereinigen?

---

sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem ejusque observantiam sequi.“ — Der *J. R. A.* §. 131. beweiset hierfür ebenfalls nichts.

87) Cf. Prooem. Inst.

88) *J. B.* in l. 33. D. de legib.

89) Sed licet is, qui provinciae praeest, omnium Romae magistratuum vice et officio fungi debeat: non tamen spectandum est, quid Romae factum est, quam quid fieri debeat.

Das römische Recht legt dem Richter nirgends die Verbindlichkeit auf, rechtskräftige Entscheidungen anderer Gerichte oder seiner Vorgänger wie Gesetze zu betrachten, um Fälle derselben Art darnach zu entscheiden, sondern macht es ihm vielmehr ausdrücklich zur Pflicht, bey dem Rechtsprechen nur das Gesetz vor Augen zu haben, und nicht nach Beyspielen zu urtheilen <sup>90</sup>). Daß rechtskräftige Urtheile an sich keine Gesetzeskraft für andere Fälle bilden können, ergibt sich auch noch daraus, daß dieselben ihre Wirkung nicht über die streitenden Theile hinaus erstrecken sollen <sup>91</sup>).

Die Gerichte dürfen jedoch auch nach römischem Rechte vorhandene rechtskräftige Urtheile als Entscheidungsnormen befolgen, wenn die darin enthaltenen Rechtsgrundsätze mit ihrer Ueberzeugung übereinstimmen <sup>92</sup>); ja sie sollen sie dann befolgen, wenn sie richtigere, den Gesetzen und der Gerechtigkeit entsprechendere Entscheidungsnormen nicht auffinden vermögen <sup>93</sup>). Dies ist aber kein *judicare exemplis*, da das Gericht nicht das exemplum als solches blind befolgt, sondern dieses darum zur Entscheidungsnorm wählt, weil es

90) l. 13. Cod. de sentent. et interlocut. (7, 45.): — — cum non exemplis, sed legibus judicandum sit. Die l. 4. Cod. eod. spricht nicht von Präjudicien, da in dieser auctoritas rei judicatae nur Rechtskraft bedeutet.

91) l. 31. in f. D. de judic. (51.), l. 14. §. 1. D. de appellat. et relat. (49, 1.), l. 1 — 3. Cod. inter alios act. (7, 60.), l. 27. §. D. de pact. (2, 14.), l. 1. et sequ. Cod. quib. res judicata non nocet (7, 56.), l. 2. Cod. de except. (8, 36.), l. 10. 1<sup>o</sup>. de except. (44, 1.), l. 3. D. de re judic. (42, 1.), l. 12. D. de jurejur. (42, 2.)

92) Arg. l. 13. Cod. de sentent. et interloc. (7, 45.): — — „Neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit sequendum“ etc.

93) l. 13. in fin. Cod. de sentent. et interl.: sed omnes iudices nostros veritatem et legum et justitiae sequi vestigia sancimus.



in demselben das Gesetz oder dessen Geist auf eine der eigenen Ansicht von diesem vollkommen entsprechende Weise aufgefaßt findet.

Ueberhaupt räumt das römische Recht den Gerichten die oben entwickelte vierte Befugniß der Auslegung und Ergänzung der Gesetze im vollen Umfange ein <sup>94)</sup>, und schreibt auch den Gerichten vor, von einer allgemein angenommenen Meinung nicht abzugehen <sup>95)</sup>, mithin diese auch bey dem Rechtsprechen zu berücksichtigen, im Zweifel aber immer die gelindere Meinung zu befolgen <sup>96)</sup>; jedoch von einem völlig gewissen Gesetze darum, weil dessen Grund nicht aufgefunden werden kann, nicht abzuweichen <sup>97)</sup>; und da, wo durch Interpretation im weiteren Sinne keine Norm mehr aufzufinden ist, den allgemeinen Grundsätzen über Recht zu folgen <sup>98)</sup>.

94) M. f. §. B. l. 3 — 6. und l. 10 — 13. de legib. — Neque leges neque SCta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit et ea, quae plerumque accidunt, contineri. — Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione, aut constitutione optimi principis certius statuendum est. — Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut SCtis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere et ita jus dicere debet. — Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri. —

95) l. 23. D. de legib.: Minime mutanda sunt, quae interpretationem certam semper habuerunt.

96) l. 12. und 25. D. de legib. l. 155. §. 2. und l. 192. §. 1. D. de R. J. l. 10. §. 1. D. de reb. dub. (35, 5.) l. 11. pr. l. 32. und 42. D. de poen. (48, 19.) Irrig hat man diese Vorschrift bloß auf Strafgesetze beschränkt. M. f. Roshirt, Lehrb. des Criminalrechts etc. §. 83.

97) l. 20. und 21. D. de legib.

98) l. 13. in fin. Cod. de sentent. et interlocut.: Et legum et justitiae vestigia sequi.

In so fern, als die Rechtsprüche der höheren Gerichte die richtigsten Grundsätze der Jurisprudenz enthalten, oder die interpretatio certa für sich haben, ist deren Beachtung von den Untergerichten auch dem römischen Rechte angemessen, wie sich aus dem Bisherigen von selbst ergibt. In allem Uebrigen kommen natürlich die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

## §. 8.

## Zum Schlusse über die Meinungen der Rechtsgelehrten.

Oft schon hat man das Ansehen, welches in Deutschland den Meinungen der Rechtsgelehrten zu Theil wird, nur der Schwäche und dem Vorurtheile zugeschrieben. Dieser Ansicht können wir nicht unbedingt bejtreten, wie schon aus den bisherigen Bemerkungen zu entnehmen ist. Daß den Meinungen der Rechtsgelehrten an sich eben so wenig, als dem Gerichtsgebrauche, eine verbindliche Kraft zukomme, kann zwar nicht geläugnet werden; aber darum erscheint ihre Beachtung noch nicht als Schwäche oder Vorurtheil, am wenigsten im gemeinen Rechte, welches seine heutige Gestalt vorzüglich nur der Doctrin und Praxis verdankt, wie hierüber bereits oben das Nöthige bemerkt wurde. Es läßt sich in Ansehung dieses Punktes kein allgemeines Urtheil fällen, sondern nur die Regel aufstellen: daß es keine Verbindlichkeit für die Gerichte gebe, die Meinungen der Rechtsgelehrten bey dem Rechtssprechen zu berücksichtigen, oder gar zu befolgen; daß aber auch kein Verbot vorliege, dieses zu thun, sobald dieselben keinem gültigen Gesetze widerstreiten. Es mag nämlich die Gesetzgebung eines Landes noch so vollkommen gedacht werden, immer werden doch noch Dunkelheiten in Worten, Sätzen und ganzen Verfügungen derselben übrig bleiben, und immer noch sich Fälle ereignen, die in den Gesetzen nicht klar entschieden sind. Es ist nun Sache der Rechtsgelehrten, die Dunkelheiten eben so wie die Unvollständigkeiten der Gesetze nach den Regeln der Juris-

prudenz zu heben, und so die Gesetzgebung zu vervollständigen. Dieses thun zwar auch die Gerichte, aber nicht eher, als bis sich ein Fall ereignet, welcher eine solche Thätigkeit der Gerichte veranlaßt. Ergiebt sich ein solcher, überhaupt, ein schwieriger Rechtsfall wirklich, so ist es Pflicht der Gerichte, nach gesetzlich hergestellter Thatsache das anzuwendende Gesetz allseitig zu prüfen, und zu diesem Zwecke alle zu Gebote stehenden Hülfsmittel, also auch die Ansichten der Rechtslehrer hierüber, zu Rathe zu ziehen. Findet nun ein Gericht unter den verschiedenen Ansichten der Rechtslehrer über den fraglichen Fall, über eine zweifelhafte Proceßhandlung oder Form eine solche, welche es, nach reifer Erwägung aller Gründe vermöge der eigenen Rechtseinsicht, für die richtigste halten muß, so muß es auch dieser Ansicht eben so folgen, als wenn sie in einem oder mehreren Rechtsprüchen bereits ausgesprochen wäre, oder daß Gericht sie bloß durch eigenes Forschen gefunden hätte. Es ist dieses kein blindes Annehmen fremder Meinung, was sich nie billigen läßt, sondern ein Befolgen der Rechtsansicht, welche das Gericht wegen ihres inneren Gehaltes, ohne Rücksicht auf deren Urheber, für die beste zu halten geistig genöthigt ist, und darum auch zu der seinigen machen und in allen vorkommenden Fällen befolgen muß. Nur die Gründe dürfen den Richter auch hier, wie in Allem, bestimmen, eine Meinung zu befolgen, mag sie diesen oder jenen Rechtslehrer zum Urheber haben. Es wäre Vermessenheit und Nichtachtung obliegender Pflicht, wenn ein Richter, im Dünkel eigener Weisheit befangen, es für unnöthig halten würde, die Meinungen der Rechtsgelehrten zu Rathe zu ziehen, und frech genug wäre, aller Doctrin Hohn sprechend, stets nur sein liebes Ich allein zu befragen und für ausreichend zu halten. Ein gewissenhafter, bescheidener Richter wird mit Sorgfalt und Umsicht bey jedem zu entscheidenden Falle alle Meinungen der Rechtslehrer, die ihm zugänglich sind, prüfen, und seine Meinung gern gegen die bessere Anderer vertauschen, weil er überzeugt ist, daß im Reiche des geistigen

Forschens die Bervollkommnungsfähigkeit keine Gränzen hat: So oft er aber eine fremde Meinung befolgt, muß er jedesmal im Stande seyn, ihre Gründe eben so darzustellen; und ihre Gegengründe eben so zu widerlegen; als wenn dieselbe wirklich von ihm selbst ausgegangen wäre. Ein solches Berücksichtigen fremder Rechtsmeinungen kann nur verstandesloser Egoismus tadeln, der im Wahne des alleinigen Besizes alles Wissens sich nur in seinen eigenen Producten gefällt, wenn sie gleich nur Mißgeburten sind. Würde die Praxis je zu solchem Schlandrian, zu solchen Mißbräuchen und Abgeschmacktheiten gekommen seyn, wie es, nach dem Zeugnisse der Geschichte, leider nur zu oft der Fall war; wenn sie die Doctrin mehr, als sie gethan, berücksichtigt und zu Rathe gezogen hätte? Was soll ein Richter vollends in dem Falle; wenn er in den Gesetzen des gemeinen Rechts keine Verhaltens-; oder Entscheidungsnorm finden kann, sonder<sup>n</sup> eine solche sich lediglich durch die Doctrin gebildet hat, Anderes thun; als daß er unter der großen Masse von Ansichten und Meinungen der Rechtsgelehrten diejenige auswähle, welche er nach seinem eigenen Urtheile für die richtigste, d. i. für diejenige hält, die dem Geiste oder dem Grundprincip des fraglichen Rechtsinstitutes oder der ganzen Gesetzgebung am angemessensten ist? Hat irgend eine Ansicht alle oder doch die mehresten Rechtsgelehrten für sich, so daß sie als ausgemacht richtig fast allgemein anerkannt wird, so soll der Richter, da er die herrschenden Rechtsansichten des Volkes, die er vorzüglich aus der Doctrin erkennen kann, nach dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers bey dem Rechtspredigen zu berücksichtigen hat, wie schon oben bemerkt worden, von einer solchen Ansicht nur dann abgehen, wenn er sie als ungegründet oder irrig darzustellen und zu zeigen vermag, daß eine andere Ansicht den allgemeinen und den besonderen, der speciellen Gesetzgebung unterliegenden Rechtsgrundsätzen mehr entsprechend sey. Denn was von jeher auf eine gleichförmige Weise erkärt und angenommen worden, davon soll auch der Richter

nicht abgehen <sup>99)</sup>, wenn er nicht dessen Grundlosigkeit oder einen hierbey obwaltenden Irrthum zu zeigen vermag <sup>100)</sup>. Sind in Ansehung irgend eines Rechtsatzes die Ansichten der Rechtslehrer getheilt, so kann der Richter, wenn er nicht im Stande seyn sollte, auszumitteln, welche von denselben die richtigste sey, auch durch eigenes Forschen keine richtigere aufzufinden, unbedenklich derjenigen Ansicht folgen, welche die meisten Rechtslehrer von anerkannter Bewährtheit für sich hat, wobey natürlich nicht bloß auf die Quantität, sondern vorzüglich auf die Qualität derselben zu sehen ist. Dieses Verfahren ist darum als dem Willen des Gesetzgebers entsprechend anzunehmen, weil auch bey Collegien die Majorität der Stimmen entscheidet, weil die Menschen nach einer allgemeinen Meinung, von dem Verstande gebilligten Maxime im Zweifel dasjenige für das Richtigere zu halten pflegen, was die Majorität der Stimmberechtigten dafür hält, und der Richter in solchen Fällen nach den allgemein angenommenen Maximen verfahren soll, wenn er nicht mit den allgemeinen Ansichten in Widerstreit gerathen will, was er sorgfältig zu vermeiden hat. — Das Allegiren der juristischen Schriften zur Begründung der richterlichen Verfügungen und Urtheile hat und darf nicht den Sinn haben: daß man dieses oder jenes darum vorzieht, darum so entschieden habe, 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. Für die Partheyen sind die Ansichten der Rechtsgelehrten, auf welchen die rechtskräftigen Entscheidungen beruhen, natürlich eben so bindend, wie das Gesetz; aber nicht darum, weil es diese oder jene Rechtsgelehrte — überhaupt Rechtsgelehrte — sind, sondern bloß darum, weil der Richter diese Ansichten als die richtigsten betrachtet, und vermöge der ihm zustehenden Gewalt zum formellen Recht erhoben hat.

99) l. 23. D. de legib.

100) l. 14. und 39. D. eod.

## X.

Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen aus  
dem Gebiete des Civilrechts.

Von Herrn Professor Dr. Marezoll zu Gießen.

## B o r w o r t.

Die nachfolgenden Abhandlungen machen in keiner Beziehung Anspruch auf bedeutendes literarisches Verdienst. Es sind abgerissene Gedanken, wie sie sich dem Verfasser bey dem Gebrauche der Quellen für Vorlesungen aufdrängten, ohne daß er sie zu einem größeren wissenschaftlichen Werke bestimmte. Sollte das Wahre, was etwa darin enthalten ist, sich schon anderswo finden, ohne daß es der Verfasser wüßte, so muß er freylich darauf verzichten, etwas ganz Neues gesagt zu haben. Indessen war es dann doch wohl nicht unnütz, darauf von Neuem aufmerksam zu machen, indem das Gegentheil gewöhnlich gelehrt wird. Was das vielleicht sich findende Falsche und Irrige in diesen Abhandlungen betrifft, so glaubt sich der Verfasser gegen den daraus hervorgehenden Tadel keineswegs schon dadurch hinreichend gedeckt, daß er zum Theil nur Zweifel und Vermuthungen angekündigt hat; denn grundlose Zweifel und Vermuthungen fördern die Wissenschaft nicht, und sollten daher wegbleiben. Allein es stießen ihm manche Zweifel auf, die er weder selbst ganz befriedigend zu lösen vermochte, noch von Anderen gelöst fand. Wenn dann nur hinreichender Grund zum Zweifeln vorliegt, so rechtfertigt sich auch wohl eine sich darauf beziehende Vermuthung, besonders wenn sie wirklich als bloße Vermuthung geäußert wird. Dieses ist nun namentlich der Fall in Rücksicht der

längsten der nachfolgenden Abhandlungen, über die Stellung der Deliberationsfrist zu dem Inventare. Der Verfasser hat in jener Abhandlung selbst es ausgesprochen, wie wenig er geneigt ist, eigenhändig an der dort aufgestellten Hypothese fest zu halten, sobald ihm eine wahrscheinlichere oder gewisse Lösung seiner Aufgabe gezeigt wird, und wie er daher mehr dabei beabsichtigt, Anderen, von denen eine gründlichere Lösung derselben zu erwarten ist, die Gründe seiner Zweifel zu entwickeln. Aus dieser Ursache hat der Verfasser denselben Titel wieder gewählt, unter welchem er eine Reihe ähnlicher Bemerkungen schon früher in einer andern Zeitschrift <sup>1)</sup> dem Publikum übergeben hat.

## I.

C. 8. pr. und §. 1. C. 6 61.

Man bemerkt überall richtig, daß der Vater die seinem Filiusfamilias deferirten Erbschaften und Vermächtnisse, wenn das Hauskind sie ausschlägt, für sich selbst erwerben könne. Allein, warum beschränkt man dieses auf deferirte Erbschaften und Vermächtnisse? Dasselbe gilt ja, nach klaren Worten der Constitution, auch von allem übrigen, dem Filiusfamilias angebotenen Erwerbe, der regelmäßig zu dem so genannten peculium adventitium gehören würde. Namentlich steht es dem Vater frey, falls der Sohn es ausschlägt, etwas aus einer Schenkung oder einem andern Contracte anzunehmen, was ihm angeboten worden, dieses nunmehr für sich selbst zu erwerben.

2) „Sancimus itaque, *in omnibus rebus, quae effugiunt quidem dominii acquisitionem, sed ususfructus tantummodo patri offertur, vel aliis paren-*

1) v. Grolman und v. Löhr Mag. für Rechtsw. und Gesetzgeb. Bd. IV. 28 und 33 Hest.

2) Const. cit. pr.

libus a filiofamilias cujuscunque gradus, vel sexus, sive pater adire filiumfamilias integrae aetatis compellit, et ille reclamandum existimat, sive filiusfamilias adire cupit, et pater in contrarium inclinatur: liberam habere licentiam et patrem ipsum sibi adire hereditatem recusante filio, et omne sive damnum, sive lucrum in suam habere fortunam, nullo ex hoc praejudicio filio generando. Sive e contrario, patre recusante, filius adire hereditatem voluerit, nullam acquisitionem, neque usumfructum patri offerri, sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc contigerit; nulla actione, neque contra patrem danda, ubi adversus ejus voluntatem filius hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum, vel aliud quidquam ex quocunque titulo, sive donationis, sive contractus alterius, sibi acquirere maluerit; neque adversus filium simili modo actione extendenda, ubi, recusante eo, pater sua auctoritate haec sibi vindicet.“

Man sieht aus dieser Stelle deutlich, daß zu Anfang derselben Erbschaften und Vermächtnisse nur als Beispiele, nur als die gewöhnlichsten, häufigsten Arten des s. g. Adventitienerwerbes genannt worden sind.

In derselben Constitution verordnet Justinian, daß der Filiusfamilias, für welchen der Vater, als jener noch infans war, eine Erbschaft angetreten hat, dagegen späterhin Restitution verlangen könne, daß dann der Vater selbst die Erbschaft behalten müsse, u. s. w. Eben so bestimmt der Kaiser, welche Rechte der Filiusfamilias späterhin habe, wenn während seiner infantia der Vater in seinem Namen eine deficiente Erbschaft ausgeschlagen hat <sup>3)</sup>. Auch diese Sätze beschränken sich nicht lediglich auf Erbschaften und sonstigen letztwilligen Erwerb, sondern gelten auf gleiche Weise von

3) Const. cit. §. 6.



jedem anderen, namentlich auch vertragmäßigen Erwerbe, der dem *Filiusfamilias* angeboten worden ist. Dafür spricht nicht bloß die Analogie des Vorhergehenden, sondern auch der deutliche Schluß der Constitution. Denn, nachdem die verschiedenen erwähnten Fälle und die Grundsätze, wonach sie zu beurtheilen, zunächst immer bloß mit Rücksicht auf Erbschaften, abgehandelt worden sind, fährt Justinian so fort <sup>4)</sup>:

„Quae et in legatis et in fideicommissis, tam specialibus, quam per universitatem relictis, et in aliis causis, quas supra enumeravimus, similibusque eis, observanda sunt.“

Diese *aliae causae* sind offenbar nichts anderes, als das, was oben umschrieben wurde durch *aliud quidquam, ex quocunque titulo, sive donationis, sive contractus alterius*.

## II.

Fr. 11. §. 2. D. 37. 11.

Bekanntlich kann ein durch hinterdrein eingetretene *capitis deminutio minima* des Testirers ungültig gewordenes Testament durch *honorum possessio secundum tabulas* aufrecht erhalten werden, wenn der Testirer späterhin wieder *sui juris* wird und als solcher verstirbt. Nur muß derselbe, nachdem er *sui juris* geworden, nochmals erklären, daß das Testament gelten sollte. Ueber die Art und Form der zu diesem Zwecke abzugebenden Erklärung sagt man gewöhnlich nichts weiter <sup>5)</sup>, oder man giebt wohl gar geradezu an, daß jene Erklärung auf jede beliebige Weise geschehen könne <sup>6)</sup>, oder endlich man bemerkt, wie die Erklärung auch

4) Const. cit. fin.

5) So namentlich Thibaut, Syst. d. P. R. B. II. S. 824.

6) Schweppe, das röm. Priv.R. S. 871.

in einem Codicille abgegeben werden könne 7). Allein alles dieses scheint mir nicht befriedigend. Denn es wird uns von Papinian ganz bestimmt die Form vorgeschrieben, in welcher allein eine solche Erklärung Wirkung hat. Sie muß nämlich entweder in einem Codicille, oder wenigstens in einer schriftlichen Urkunde geschehen.

„Plane, si sui juris effectus codicillis, aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti redisse intelligitur.“

### III.

#### C. 24. C. 2. 19.

Der negotiorum gestor hat keine Klage weiter aus der negotiorum gestio von dem Augenblicke an, wo ihm die Administration verboten worden ist. Dabey scheint mir nur ein Umstand gewöhnlich ganz übersehen zu werden; nämlich daß das Verbot, die *denuntiatio*, *attestatio* des Geschäftsherrn, wenn sie die angegebene Wirkung haben soll, in einer bestimmten Form, entweder schriftlich oder vor Zeugen geschehen muß.

„Quod nullo modo patimur; sed ex quo ea testatio ad eum facta est, vel in scriptis, vel sine scriptis, sub testificatione aliarum tamen personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem.“

Daß das nicht bloß so viel heißt, es müsse nöthigenfalls das Verbot späterhin bewiesen werden können, bedarf wohl keiner besonderen Ausführung. Denn theils versteht es sich ja von selbst und bedurfte also auch keiner Erwähnung, daß dasjenige, was nicht bewiesen werden kann, juristisch gar nicht vorhanden ist; theils bleibt ja der Beweis auch ohne

7) Maceldey, Lehrb. d. heut. röm. R. S. 478. not. b.

Schrift oder Zeugen möglich. Endlich erklärt es sich aus andern Gründen leicht, warum eine bestimmte Form hier als nothwendig vorgeschrieben wurde.

## IV.

C. 10. C. 6. 22.

Taubstumme, welche nicht schon von der Geburt an es waren, können bekanntlich testiren, aber natürlich nur schriftlich, und zwar so, daß sie selbst das ganze Testament, oder die andere letztwillige Verfügung, eigenhändig schreiben müssen <sup>8)</sup>.

Gewöhnlich erwähnt man das bloß bey der Frage, 'ob Taubstumme testiren können. Allein es scheint das auch an einer andern Stelle unserer Systeme des römischen Rechtes einen Platz zu verdienen; nämlich bey Abhandlung der außerordentlichen Testamentformen, mit ungewöhnlich vermehrten Solennitäten. Denn es gehört doch offenbar zu den vermehrten und erschwerten Förmlichkeiten, daß der Taubstumme das Testament selbst eigenhändig geschrieben haben muß, während regelmäßig nichts darauf ankommt, ob der Testirer den letzten Willen selbst geschrieben hat, oder ihn durch Andere schreiben läßt. Würde das Testament des Taubstummen so unter den außerordentlichen Testamentformen, namentlich neben dem Testamente des Blinden, im Systeme mit angeführt, so würde auch nicht so oft, wie jetzt geschieht, die erwähnte Eigenthümlichkeit, daß der Testirer Alles eigenhändig schreiben muß, übersehen werden.

## V.

Fr. 12. §. 1. D. 27. 1.

Nicht bloß von einer neu angetragenen, sondern auch von einer schon übernommenen Vormundschaft werden befreyt,

---

8) „Omnia, quae priori interdiximus, haec ei sua manu scribenti permittimus.“

„qui domicilium alio transtulerunt ex rescripto imperatoris, scientis quidem tutorem esse, migrare autem expressim ei concedentis, et horum alterutrum litteris significantis.“

So viel ist hier klar, daß diese Excusation voraussetzt erstens ein wirkliches Migrationsrescript, etwas Schriftliches vom Kaiser. Es muß zweitens der Kaiser gewußt haben, daß derjenige, an den er rescribirt, Tutor sey, und dennoch muß er ihm *expressim*, ausdrücklich die Migration erlauben. Endlich drittens muß der Kaiser *horum alterutrum* im Rescripte selbst erwähnen. Nach dem strengen Wortsinne soll also das Rescript enthalten, entweder daß der Kaiser von der schon übernommenen Vormundschaft Kenntniß habe, oder daß er ausdrücklich den Wechsel des Domiciles erlaube. Dabey wirft sich nur die Frage auf, wie das Rescript das erstere ohne das andere enthalten könne, und man möchte um so mehr zu der Annahme verführt werden, daß hier *alterutrum*, vielleicht aus Versehen, für *utrumque* stehe, weil die Basiliken <sup>9)</sup> wirklich verlangen, daß beides im Rescripte erwähnt werde:

ἐν ᾧ ἡδεῖ αὐτὸν ὁ βασιλεὺς ἐπίτροπον, καὶ ῥητῶς ἐν τῇ κελεύσει καὶ τῆς μετακίτας, καὶ τῆς ἐπιτροπῆς ἐμνημόνευειν.

Indessen möchte es dennoch zu gewaltsam herauskommen, wenn man so ohne weiteres *alterutrum* durch *utrumque* erklären wollte, obgleich ähnliche Verwechslungen von diesen beiden Worten sich nachweisen lassen. Auch läßt sich ohne eine solche gewaltsame Maßregel ein vernünftiger Sinn hinein interpretiren. Der Regent muß, bey Erlassung des Migrationsrescriptes, immer gewußt haben, daß der, welchem der Wechsel des Domiciles erlaubt wird, schon eine Tutel hatte. Allein, daß er dieses gewußt habe, soll entweder im Rescripte selbst stehen, oder wenigstens dadurch von ihm angedeutet

9) Tom. V. p. 7.

werden, daß er *expressim*, ausdrücklich, also als etwas Besonderes, dem bisherigen Tutor das transmigrare verstatet. Aus dieser speciellen, besonderen Erlaubniß soll gefolgert werden, daß der Regent von dem bisherigen vormundschaftlichen Verhältnisse Kunde gehabt habe.

Aus dem Bisherigen geht schon von selbst hervor, wie unvollständig gewöhnlich diese ganze *excusatio* abgehandelt wird. Namentlich ist es durchaus irrig, wenn man dabey von einer Veränderung des Wohnortes auf Befehl <sup>10)</sup> des Regenten redet. Denn von einem solchen Befehle enthält die Stelle nichts; im Gegentheile redet sie von einem transmigrare *concedere*, als einem Gnadenrescripte.

## VI.

C. 22. §. 1. C. 6. 30.

Bey neu eingeführten Instituten, welche durch eine einzige Verordnung das ganze frühere Verhältniß einer Lehre durchgreifend ändern, kann es sehr leicht geschehen, daß einzelne Punkte dieses neu geschaffenen Institutes unbestimmt bleiben; sey es nun, weil der Gesetzgeber sie ganz übersah, oder weil er sich nur zu kurz und undeutlich ausdrückte.

Eins von beiden scheint bey Justinian's berühmter Const. 22. §. 1. C. 6. 30. der Fall gewesen zu seyn. — Die Stelle, die ich hier meine, lautet so:

„Cum igitur hereditas ad quendam, sive ex testamento, sive ab intestato sit delata, sive ex asse, sive ex parte: si quidem recta via adire maluerit hereditatem et spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet, nullo indiget inventario, cum omnibus creditoribus suppositus sit, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa. Similique modo, si non titubante animo

10) So namentlich noch Wenig-Jungenheim, Lehrb. d. gem. Civ. R. Th. 3. §. 152.

respuendam, vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse, vel vocatum heredem, ei renuntiet; nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu exspectando, sit alienus ab hujusmodi hereditate, sive onerosa, sive lucrosa sit.“

Es werden hier in Rücksicht der Frage, wann und ob ein Inventarium oder eine Deliberationsfrist nöthig erscheine, folgende drei Fälle unterschieden.

Erstens ist es möglich, daß Jemand, weil er der deferrirten Erbschaft traut, und bereit ist, alle Schulden zu übernehmen, keinen Augenblick Anstand und Bedenken hat, sich bleibend und für immer mit der Erbschaft zu befassen. Dann bedarf er weder eines Inventares, noch einer Deliberationsfrist <sup>11)</sup>. Hier ist schon der Umstand bemerkenswerth, daß, wenn dem berufenen Erben die Möglichkeit bleiben soll, nach schon geschehener Antretung aus irgend einem gesetzlich statthaften Grunde die Erbschaft wieder aufzugeben, der Erbe ein Inventarium errichtet haben muß. Denn es heißt ausdrücklich, es bedürfe keines Inventares, wenn der Erbe die Erbschaft so antritt, *ut non postea eam repudiet*. Daher kann auch in dieser Beziehung das Inventarisiren unter Umständen sehr räthlich werden.

Eben so wenig bedarf es zweitens eines Inventares, oder einer Deliberationsfrist für denjenigen, welcher, ohne über seinen Entschluß im Geringsten zweifelhaft zu seyn, sich für die Ausschlagung der Erbschaft bestimmt, und dieses binnen drei Monaten, vom Augenblick der erfahrenen Delation an gerechnet, *apertissime*, ganz unumwunden und deutlich zu erkennen giebt <sup>12)</sup>.

11) Const. cit. verb. cum igitur hereditas — infixa.

12) Const. cit. verb. Similique modo — lucrosa sit.

Daran knüpft sich nun aber sehr natürlich dritten die Frage, wie sich das Verhältniß gestaltet, wenn der berufene Erbe nach drei Monaten ausschlagen will, in wie fern es für diesen Fall, wie Justinian sich ausdrückt, eines circuitus des Inventares oder der Deliberationsfrist bedürfe.

Daß es überhaupt hier eines solchen circuitus bedürfe, um sicher zu seyn, das geht wohl unzweifelhaft hervor aus der ganzen Wortfassung und dem übrigen Zusammenhänge. Denn wenn der Berufene auch noch nach drei Monaten, ohne vorher ein Inventarium errichtet, oder Deliberationsfrist erhalten zu haben, schlechtweg nach Belieben die Erbschaft annehmen oder ausschlagen könnte, ohne irgend einen Rechtsnachtheil zu befürchten, kurz, eben so gut und leicht, wie vor der dreimonatlichen Frist: so hätte es ja durchaus keinen vernünftigen Sinn und Grund, warum Justinian ausdrücklich erklärt, daß innerhalb jener erwähnten Frist der Berufene sich ohne alle Weitläufigkeiten, namentlich ohne Inventar und Deliberationsfrist, von der defervirten Erbschaft losmachen könne; besonders da, um diese Wirkung und Befreyung von allen Weitläufigkeiten hervorzubringen, sogar bestimmt eine ganz unumwundene Erklärung, die Erbschaft nicht haben zu wollen, vorgeschrieben ist.

Vorausgesetzt wird überhaupt hier ein Fall, wo der berufene Erbe noch zweifelhaft ist, ob er die Erbschaft haben will, oder nicht. In einem solchen Falle hat er, nach Justinian's neuesten Vorschriften, die Wahl, ob er, was er ja ohne weiteres Risiko kann, ohne weiteres die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars antreten, oder ob er um eine Deliberationsfrist nachsuchen will, wobey er aber freylich, um sicher zu gehen, es nicht versäumen darf, zugleich ein Inventar zu errichten <sup>13)</sup>. Er mag sich indessen für das Eine oder das Andere bestimmen, immer muß dieses innerhalb der ersten drei Monate, von der erfahrenen Delation an

13) Const. cit. §. 14.

gerechnet, geschehen, weil innerhalb dieser Frist das Inventarium angefangen werden muß. Wie nun aber, wenn er keines von allem diesen thut, weder innerhalb der drei Monate apertissime ausschlägt, noch mit oder ohne Inventarium antritt, noch endlich nur ein spatium deliberandi einkommt? Dann muß nothwendig Eine von folgenden zwei Alternativen eintreten. Entweder der Berufene gilt als einer, der ausgeschlagen hat, oder er wird behandelt wie einer, der ohne Inventar angetreten hat. Ein Drittes läßt sich nicht denken, nämlich daß nach jener Frist Alles noch in derselben Lage bleibt, wie vorher, und daß der Berufene also noch immer freye Wahl behält. Denn dann wäre ja die so scharfe Bestimmung jener Frist für das Antreten oder Ausschlagen baarer Unfinn. Von den beiden angegebenen Alternativen kann die erstere nicht füglich angenommen werden. Denn da, nach dem Obigen, dem Berufenen für das freye Ausschlagen der Erbschaft ausdrücklich eine Frist von drei Monaten gesetzt worden ist, so würde es doch offenbar zu einem Widerspruche führen, wenn das Nichtinnehalten dieser gesetzlichen Frist zu demselben Resultate führen sollte, wie das genaue Beobachten derselben. Daher ist es wohl bey weitem wahrscheinlicher, daß umgekehrt die Befugniß, die Erbschaft auszuschlagen, jetzt hinwegfällt, und dem gemäß der Berufene ohne weiteres behandelt wird, als habe er die Erbschaft sine inventario angetreten.

Allerdings ist das ein Satz, dessen Wahrheit sich nicht als apodictisch gewiß beweisen läßt. Allein es möchte doch nicht zu gewagt seyn, ihn als Vermuthung und Hypothese aufzustellen, indem folgende nicht ungewichtige Gründe dafür zu sprechen scheinen.

1. Schon der byzantinische Antecessor Eustathius, in seinem bekannten Werke über die juristisch wichtigen Zeitbestimmungen, bemerkt bey der Frist von drei Monaten, daß nur innerhalb derselben der Erbe, welcher von der Delation Kunde erhalten hat, durch Repudiation der Erbschaft sich



von der Verbindlichkeit, den Creditoren zu haften, befreien könne <sup>14)</sup>.

2. Weit mehr als diese äußere Auctorität entscheidet der innere Grund, daß, wie schon oben gezeigt worden ist, die Worte der Constitution, namentlich die so geflüchtete Erwähnung der drei Monate, gar keinen vernünftigen Sinn und Zweck haben, wenn man nicht von unserer Hypothese ausgeht.

3. Es scheint überhaupt im neuesten römischen Rechte Princip zu seyn, daß derjenige, welcher sich über die Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft innerhalb einer bestimmten gesetzlichen Frist erklären soll, nunmehr zur Antretung genöthigt, oder auch wohl ohne weiteres als Antretender behandelt wird, wenn er die Frist ohne eine Erklärung verstreichen läßt. So namentlich derjenige Testamentserbe, welcher, bey bevorstehender querela inofficiosi testamenti, sich nicht binnen sechs Monaten, oder, den Umständen nach, binnen Jahresfrist erklärt <sup>15)</sup>. Eben so, nach unserer Constitution, derjenige, der sich innerhalb des ihm ertheilten spalii deliberandi nicht erklärt. Davon mehr weiter unten.

4. Sollten nicht vielleicht schon die oben angeführten Worte unserer Stelle: „utpote hereditate *ex sua voluntate* infixa“ darauf hindeuten, daß unter Umständen auch ohne seine *voluntas* bey dem Berufenen die Erbschaft hängen bleibt? Daß wäre dann eben der Fall, wenn er binnen drei Monaten nicht apertissime ausgeschlagen hat.

5. Es läßt sich sehr wohl der Zusammenhang jenes von mir aufgestellten Grundsatzes, wenn man ihn als wahr annimmt, mit dem übrigen Inhalte derselben Justinianischen Constitution nachweisen.

14) Ὁ γραφεὶς κληρονομίας δύναται εἰσω γ' μηνῶν προσετιθεῖσθαι, καὶ οὐκ ἐνέχεται δανεισταῖς, καὶν προσέγνω, ὅτι κληρονομός ἐστί.

15) c. 36. C. 3. 28.

Justinian verfolgte, bey der Einführung des so genannten *beneficii inventarii* und der damit verbundenen Umgestaltung der bisherigen *Deliberationstheorie*, einen doppelten Zweck. Einmal sollte dadurch dem berufenen Erben ein sicheres Mittel an die Hand gegeben werden, um auch eine etwas verdächtige Erbschaft ohne Gefahr wirklichen Verlustes anzutreten. Es sollte aber auch ferner dadurch den ungebührlichen Verzögerungen der berufenen Erben, welche oft lange Zeit ohne Erklärung hingehen ließen, wirksam entgegen gearbeitet werden <sup>16)</sup>. Ein Zweck, den Justinian auch durch andere *Constitutionen* verfolgt <sup>17)</sup>, und für den ihm das bisherige *spatium deliberandi* nicht mehr zu genügen schien. Daher das unverkennbare Streben des Kaisers, das gewöhnliche *spatium deliberandi* auf indirectem Wege aufzuheben, es den Berufenen zu verleiden, indem er durch die eigenthümliche Stellung desselben zu dem neuen Institute des *Inventares* mehr Nachtheile, als Gewinn an das *Deliberiren* knüpfte.

Der bisherige Mangel bei dem *spatium deliberandi* hatte darin bestanden, daß der Erbe schon lange Zeit die Erbschaftsgläubiger und anderen Interessenten hingehalten haben konnte, bevor er auf ihr Andringen genöthigt war, sich eine *Bedenkfrist* geben zu lassen. Wurde er nicht gedrängt, so brauchte er vollends gar keine *Deliberationsfrist*. Diesen Mangel hob Justinian auf folgende Weise.

Es soll zwar noch jetzt erlaubt seyn, wenn man zweifelhaft ist, sich zu bedenken. Allein wer das thun will, der muß, auch wenn er von Niemandem gedrängt wird, dennoch

16) *Const. cit.* §. 13.

„Sed quia quidam, vel vana formidine, vel callida machinatione pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus *tergiversari*, et hereditatem inspicere et alias contra eam machinationes excogitare“ etc.

17) Namentlich gehört hierher die oben erwähnte c. 36. C. 3. 28.

*Archiv f. d. Civ. Proc.* VIII. B. II. 5.

schon innerhalb der ersten dreißig Tage, vom Augenblicke der erfahrenen Delation an gerechnet, erklären, daß er deliberiren wolle. Denn ein Jeder, welcher deliberirt, ist, nach Justinian's bestimmter Vorschrift, verpflichtet, auch ein Inventarium zu errichten, und zwar mit genauer Beobachtung aller gesetzlichen Formen<sup>18)</sup>, wenn er nicht gerade in Gefolge des Deliberirens sich mancherlei bedeutenden Nachtheilen aussetzen will<sup>19)</sup>. Da nun aber zur ordnungsmäßigen Errichtung des Inventares gehört, daß dasselbe binnen den ersten dreißig Tagen angefangen wird, da ferner der berufene Erbe, welcher ohne ausdrückliche Erklärung, noch deliberiren zu wollen, ein Inventarium errichtet, fast nothwendig als pro herede gerens behandelt werden muß, so bleibt ihm nichts übrig, als vor dem Anfange des Inventares seine Absicht, vorerst noch deliberiren zu wollen, auszudrücken. Selbst wenn er das nicht ausdrücklich erklärt, so versteht es sich gewissermaßen von selbst, weil, wie sich gleich zeigen wird, die ersten drei Monate eine stillschweigende, von selbst eintretende Deliberationsfrist bilden.

Das hängt nämlich genau zusammen mit einer anderen Neuerung Justinian's. Denn da er jener älteren Deliberationstheorie nicht günstig war, und das Bedürfnis nach der gewöhnlichen zu erbittenden Deliberationsfrist möglichst wenig fühlbar machen wollte, so führte er, in enger Verbindung mit dem Inventarium, ein schon dem Gesetze nach von selbst eintretendes *spatium deliberandi* von regelmäßig drei Monaten ein, d. h. von derjenigen Zeit, welche zum Anfang und zur Vollendung des Inventares bestimmt ist. Während dieser Zeit genießt der berufene Erbe, vorausgesetzt, daß er auch wirklich inventarifirt, nicht bloß alle Vortheile des älteren

18) Const. cit. §. 14.

„*necesse est enim, omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere.*“

19) Const. cit. §. 14.

spatii deliberandi, sondern Justinian erklärt auch selbst mit deutlichen Worten, es sey diese Zeit *ipso jure* dem berufenen Erben *pro deliberatione* zugestanden <sup>20</sup>). Innerhalb dieser gesetzlichen Frist steht es dem Berufenen noch frey, die Erbschaft, deren Bestand er aus dem aufgenommenen Inventare nunmehr kennen gelernt hat, beliebig auszuschlagen. Denn sonst könnte Justinian nicht sagen, diese Frist sey *ipso jure pro deliberatione* zugestanden. Auch beziehen sich wohl mit hierauf die oben angeführten Worte der Constitution, daß, wer sich mit der Erbschaft so befaßt, *ut eam postea non repudiet*, keines Inventares bedürfe. Nur für den Fall, wenn der Berufene mit dieser gesetzlich bestimmten Deliberationsfrist von drei Monaten sich nicht begnügen will, nur dann ist es nöthig, um eine Deliberationsfrist bey dem Gerichte oder Landesherrn förmlich einzukommen; und das gestattet Justinian allerdings daneben, unter gewissen Beschränkungen. Die erbetene längere Deliberationsfrist ist also nur gewissermaßen als eine Verlängerung und Erstreckung der schon von selbst dem Gesetze nach eintretenden Frist zu betrachten.

Da nun die erwähnte gesetzliche Bedenkzeit regelmäßig in drei Monaten besteht <sup>21</sup>), so erklärt es sich sehr leicht und natürlich, warum Justinian, nach dem Obigen, gerade

20) Const. cit. §. 11.

„Donec autem inventarium conscribitur, vel si res praesto sint, intra tres menses; vel si abfuerint, intra annale spatium, secundum anteriorem distinctionem nulla erit licentia neque creditoribus, neque legatariis vel fideicommissariis, eos vel inquietare, vel ad judicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare; sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum“

21) Daß ein Jahr dazu bestimmt ist für den Fall, wenn der Nachlaß sehr verstreut und entfernt liegt, kann nur als seltene Ausnahme gelten.

drei Monate dem Berufenen als Frist stellt, während welcher er sich noch frey erklären kann, ob er der Erbschaft gänzlich entsagen wolle. Denn er wird, sobald er sich zweifelhaft zeigt, d. h. sobald er nicht bestimmt *apertissime* sogleich erklärt, antreten oder ausschlagen zu wollen, während dieser Zeit als Deliberirender behandelt.

Es erklärt sich nun aber auch ferner zugleich aus diesem ganzen Verhältnisse der andere Punkt, auf welchen es hier ankommt, warum der Erbe, wenn er während der drei Monate nicht bestimmt ausgeschlagen hat, ohne weiteres nunmehr behandelt wird, als habe er die Erbschaft angetreten. Denn das bringt schon die Analogie und die Natur des gesetzlich bestimmten *spatii deliberandi* mit sich. *Justinian* hat nämlich ausdrücklich verordnet, daß, wer die ihm zugestandene *Deliberationsfrist* ohne Erklärung verstreichen lasse, nunmehr immer *ipso jure* wie ein solcher behandelt werden solle, der die Erbschaft angetreten hat <sup>22)</sup>. Zwar stellt der Kaiser diesen Grundsatz zunächst nur bei der besonders erbetenen *Deliberationsfrist* auf; aber es liegt wohl so nahe, als möglich, dasselbe auch auf das von selbst eintretende gesetzliche *spatium deliberandi* anzuwenden. Denn das erbetene soll ja, nach *Justinian's* Darstellung, nur als Erstreckung des gesetzlichen gelten, und letzteres ist ja überhaupt ganz nach Analogie des ersteren gebildet.

Gehen wir von dieser bisher entwickelten Ansicht aus, so findet endlich auch Manches, was sonst in unserer Constitution auffallend erscheinen würde, seine einfache Erklärung. So heißt es namentlich im Anfange des §. 2, der sich un-

22) Const. cit. §. 14.

„vel si eam aspernamdam existimaverit, et ad deliberationis auxilium convolaverit, ejus effectum habere; et, si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur“ etc.

mittelbar] an die obigen Worte des bisher erklärten §. 1. anschließt:

„Sin autem dubius est, *utrumne admittenda sit, nec ne defuncti hereditas*, non putet sibi necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem, vel sese immisceat, *omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur.*“

Hier wird der Fall vorausgesetzt, daß der Berufene noch zweifelhaft, schwankend ist, ob er die Erbschaft annehmen will, oder nicht. Dann bedarf er zwar immer eines Umweges, eines circuitus; allein er braucht sich nicht erst eine Deliberationsfrist zu erbitten, sondern muß nur für alle Fälle ein Inventarium errichten. Daß hier unter der *deliberatio* nur die früherhin gewöhnliche, vom Richter zu bestimmende Bedenkzeit gemeint seyn kann, bedarf wohl keines Beweises. Denn erst weiter hinten in der Constitution wird von Justinian jenes neue, von selbst eintretende *spatium deliberandi* eingeführt. Wie aber dem Berufenen, auch wo er noch zweifelhaft ist, ob er die Erbschaft annehmen will, *admittere*, gerathen werden kann, nur fest sich mit der Erbschaft zu befassen, falls er nur inventarisiert, das geht aus dem Bisherigen hervor. Denn er mag sich nun späterhin innerhalb der ersten drei Monate bestimmen, wie er will; immer kann er es ohne Gefahr thun. Will er die Erbschaft annehmen, oder behalten, so ist er gesichert als *heres eum beneficio inventarii*. Gelangt er aber bey dem Inventarisiren zu der Ueberzeugung, daß doch bey der Erbschaft nichts zu gewinnen sey, so kann er noch innerhalb der drei Monate erklären, daß er die Erbschaft nicht haben wolle. Er liefert dann Alles ab, nach Maaßgabe des Inventares. Man könnte nun den Einwurf machen, der Sinn der Anfangsworte des §. 2. sey nur der, daß der Berufene mit dem Inventare unbesorgt gleich für immer die Erbschaft antreten könne, indem für ihn ja auf keinen Fall etwas zu verlieren sey. Allein dem steht entscheidend entgegen der Umstand, daß ja dann Justinian offenbar mehr

versprochen hätte, als er leistet. Denn er sagt nicht, der Berufene, welcher zweifelhaft sey, ob bey der Erbschaft etwas zu riskiren sey, solle nur ohne Furcht mit dem Inventare antreten; sondern er rätth demjenigen, der noch gar nicht weiß, ob er die Erbschaft haben will, mit der Vorsichtsmaßregel des Inventares sich zu immisciren. Also muß er ihm doch einen Ausweg lassen für den Fall, daß er sich nun späterhin entschließt, die Erbschaft nicht zu behalten. Umgekehrt ist es auch nicht zweifelhaft, warum der Berufene, welcher noch unschlüssig ist, ohne Inventar nicht ganz sicher gehen kann. Denn, um sich zu überzeugen, ob die Erbschaft gut oder schlecht sey, kurz, um zu deliberiren, muß er doch vorerst, wie jeder Deliberirende, die Erbschaft untersuchen, sich mit ihr vorläufig befassen. Hat er aber das ohne Inventar gethan, und schlägt er nun, wenn gleich innerhalb der drei Monate, die Erbschaft aus: so muß er sich den Manifestationseid der Erbschaftsgläubiger oder der sonstigen Erbinteressenten gefallen lassen. Denn diesen Nachtheil droht ja Justinian ganz allgemein Jedem an, der, ohne zu inventarisiren, deliberirte, und hinterdrein den noch ausschlägt<sup>23)</sup>. Darauf weist ferner auch schon der Umstand hin, daß im §. 1. unserer Constitution von demjenigen, welcher innerhalb drei Monaten ausschlägt, ausdrücklich bemerkt wird, nur dann sey er ohne alle circuitus, Weitläufigkeiten von der Erbschaft los, wenn er non titubante animo, also ohne einen Augenblick Zweifel geäußert zu haben, ganz bestimmt, apertissime ausschlägt. Unmittelbar darauf folgt nun das, was über denjenigen, welcher *dubius* ist, gesagt wird, wie er jedenfalls des Inventares bedürfe. Das setzt denn doch nothwendig voraus, daß, wer, nachdem er erst deliberirt hat, ohne Inventarium innerhalb dreier Monate ausschlägt, nicht so ganz ohne Nachtheil und Gefahr sich von der Erbschaft losmachen kann.

23) Const. cit. §. 14. fin.

Schließlich noch zwei Bemerkungen.

Erstens darf man sich nicht daran stoßen, daß Justinian das von mir entwickelte Verhältniß nicht so deutlich ausdrückt. Denn das liegt eben in der Natur der Sache, indem er mit einer einzigen kurzen Constitution das ganze frühere Recht aufhob, und so Manches übersah, oder nur kurz und unvollständig berührte.

Die zweite Bemerkung besteht darin, daß ich selbst keineswegs das Gewagte der von mir versuchten Interpretation verkenne. Ich habe es daher auch nur als eine Idee, als Vermuthung hingestellt, und bin sehr bereit, sie wieder aufzugeben, sobald nur auf andere genüendere Weise mir erklärt wird, warum Justinian verordnet, daß der berufene Erbe nur dann, falls er *non titubante animo, apertissime intra trium mensium spatium*, der Erbschaft entsagt, von der Erbschaft ganz ohne Inventar und andere *circuitus* loskommen könne. Denn daß eine so auffallende, neue Vorschrift doch irgend einen Sinn haben müsse, und daß man sich doch nicht so ganz über die Erwähnung jener Frist für die Ausschlagung hinwegsetzen dürfe, davon bin ich vollkommen überzeugt.

## VII.

### C. 3. C. 5. 74.

Warum wird, so viel mir bekannt ist, nirgends bey der Schenkung als Eigenthümlichkeit hervorgehoben, daß zu denjenigen Personen, welche gänzlich unfähig sind, Schenkungen gewisser Art vorzunehmen, die Minderjährigen, wegen ihres Alters, gehören, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie unter Curatoren stehen, oder nicht, ob sie *venia aetatis* erlangt haben, oder nicht? Sie können nämlich keine Grundstücke verschenken, auch nicht, wenn die Vormünder consentiren, und nicht einmal in Gefolge eines obrigkeitlichen Decretes.



„Cum autem donationes a minoribus *nec cum decreto* celebrari possint, si minor *vel post veniam aetatis*, rem immobilem donationis titulo in alium, excepta propter nuptias donatione, transcripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post viginti quinque annos impletos inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluxerit“

Es ist dieses allerdings etwas Eigenthümliches und Besonderes, was sich nicht aus den gewöhnlichen Grundsätzen erklärt. Zwar scheint v. Bülow <sup>24)</sup> es als etwas sich von selbst Verstehendes anzusehen, und daraus herzuleiten, als sey es eine natürliche Folge des bekannten Princips, daß Vormünder überhaupt nicht verschenken dürfen. Allein das ist offenbar hier nicht der entscheidende Grund. Denn daß der Vormund nichts verschenken darf, kommt daher, weil Administratoren eines fremden Vermögens nicht zu Schenkungen befugt sind. Was dagegen Justinian in der erwähnten Constitution sagt, das trifft den *minor* selbst, auch ganz ohne Rücksicht auf den Curator, namentlich auch denjenigen, welcher *venia aetatis* erlangt hat. Es ist ferner hier nur die Rede von Schenkungen der Grundstücke, während der Vormund überhaupt gar nichts vom Mündelvermögen verschenken darf. Endlich hängt es auch nicht bloß mit der gewöhnlichen beschränkten Veräußerungsbefugniß des *minor* und desjenigen, welcher *venia aetatis* erlangt hat, zusammen. Denn sonst müßte er doch *cum decreto* die Schenkung gültig vornehmen können.

Auffallend ist es übrigens, daß Justinian in einer andern Constitution von demselben Jahre und sogar Monate, in c. 3. C. 2. 45, wo man es doch erwarten sollte, jenen strengen Grundsatz über die Schenkungen von Grundstücken

24) Abhandlungen über einzelne Materien des römischen Rechts. Th. 1. Nr. 10.

nicht erwähnt. Als ein bloßes Versehen kann unsere Stelle doch nicht wohl betrachtet werden; dafür redet sie zu bestimmt.

## VIII.

Nov. 81. c. 1.

Das Heraustreten aus der väterlichen Gewalt in Befolge einer gewissen dignitas gewährt bekanntlich dem Herausgetretenen nicht bloß die Rechte, welche ein Emancipirter hat, sondern noch mehr. Denn es verbleiben ihm die jura legitima. Allein es scheint in der Novelle noch etwas zu liegen, was gewöhnlich ganz übersehen wird, nämlich die Vorschrift, daß dem durch dignitates aus der Potestas Heraustretenden das bisherige s. g. peculium profectitium verbleibt. Die Stelle lautet nach der Vulgata so:

„Si ergo ab imperio sic honoratorum aliqui sint patres, qui, si non hoc esset, etiam ipsi pariter studerent, imperium pro istis petentes: quapropter sive est aliquis nunc quidem sub potestate iis fruens honoribus, aut cingulis, quos in primis enumeravimus, sive postea erit, etiam hunc jus potestatis suae sequatur, *et peculium ei donans*, et arbitrii liberi esse praebens ac digne agere honore et iudicio super his ab imperio habito. Hoc enim multo major patribus laus erit, et laetitiae occasionem praebet magnae.“

Gewöhnlich versteht man die Worte: *peculium ei donans* so, daß, als natürliche Folge seines Heraustretens aus der Potestas, das bisherige Hauskind nunmehr die freye Verwaltung und Benutzung der Adventitien erhalte<sup>25)</sup>. Allein dieser Erklärung steht sehr Vieles entgegen.

Erstens würde es schon an sich höchst auffallend seyn, daß Justinian eine solche natürliche, ja nothwendige Folge besonders hervorhebt. Denn es versteht sich von selbst, daß,

25) Cujacii Expos. Nov. ad Nov. 81.

nach aufgehobener väterlicher Gewalt, der Vater die bisherigen Rechte an den Adventitien nicht behalten kann.

Noch weniger paßt ferner der Ausdruck *donare*. Denn da der Sohn schon als *Filiusfamilias* Eigentümer der Adventitien war, so können ihm dieselben nicht erst noch geschenkt werden.

Entscheidend ist drittens der Umstand, daß der gebrauchte Ausdruck *peculium* fast nothwendig auf das s. g. *profectitium* hinweist. Es ist erst vor Kurzem von dem Herrn geheimen Justizrathe Hugo <sup>26)</sup> bemerkt und scharfsinnig durchgeführt worden, daß dasjenige Vermögen des Hauskinds, welches wir heutzutage *peculium adventitium* zu nennen pflegen, in unseren Rechtsquellen nirgends *peculium* genannt wird, weder von Justinian, noch von einem früheren Kaiser. Am allerwenigsten läßt sich aber das vermuthen da, wo, ohne weiteren Zusatz und Umschreibung, schlechtweg das *peculium* erwähnt wird. Dann ist immer in unseren Quellen, selbst mit Ausschluß des *castrense* und *quasi castrense*, lediglich das *peculium concessum*, oder, nach dem neueren Ausdrucke, das *profectitium* gemeint. Daher kann schon aus diesem Grunde Justinian hier, wo er geskiffentlich, sogar im griechischen Texte, welcher Originaltext zu seyn scheint, τὸ τε πεκόλιον nennt, nichts anderes darunter verstanden haben, als das s. g. *profectitium*. Auch Julian in der Epitome sagt schlechtweg: sequatur autem eos et *peculium*, quod *filiifamilias* constituti antea habebant.

Vergleicht man nun vollends andere Stellen, wo das *peculium* in ähnlichem Zusammenhange von Justinian erwähnt wird, mit unserer Novelle, so wird die von mir aufgestellte Ansicht noch wahrscheinlicher und fast zur Gewißheit erhoben. In einer früheren Constitution <sup>27)</sup> hebt Justinian

26) Civ. Mag. Bd. V. S. 4. Abthl. 19. S. 508.

27) c. 6. C. 8. 49.

die alte Form der Emancipation auf, spricht von den beiden anderen übrig bleibenden Emancipationsarten, und sagt bey deren Bestätigung:

„Jubemus, hujusmodi circuitu in posterum quiescente, licentiam ei esse, qui emancipare vult, — — — et filios suos, vel filias, nepotes, vel neptes, vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam a sua manu dimittere, et legitima jura omnimodo habere, etsi non specialiter hoc sibi servaverit, et *peculium donare* vel alias res liberalitatis titulo in eos transferre, et eas res, quae *acquiri indignantur*, per usumfructum secundum nostrae constitutionis modum detinere“ etc.

Hier, wo ebenfalls von der Aufhebung der väterlichen Gewalt die Rede ist, wird das *peculium donare* um so sicherer von dem *profectitium* zu erklären seyn, als ausdrücklich das, was wir adventitium nennen, durch *vae res, quae acquiri indignantur*, im Gegensatze des *peculii*, bezeichnet wird.

Endlich läßt sich auch sonst aus dem ganzen inneren Zusammenhange und Geiste unserer Novelle 81. erklären, warum der durch Würden aus der Potestas heraustretende Sohn das *peculium profectitium* behalten soll. Denn Justinian giebt am Schlusse der Stelle nicht undeutlich zu verstehen, es solle dafür gesorgt werden, daß die so mit Würden geehrten Söhne auch auf eine, ihres Amtes würdige Weise leben könnten, und daß den Vätern selbst daran gelegen seyn müsse. Darin liegt gewissermaßen eine Rechtfertigung jener, freylich zum Nachtheile der Väter eingeführten Neuerung. Auch erklärt der Kaiser im folgenden §. 2, die so aus der Potestas Herausgetretenen sollten von ihren Rechten, welche sie als Hausöhne gehabt, keins verlieren. Sie würden aber in der That davon verlieren, wenn sie das bisherige *peculium profectitium* herausgeben müßten. Nicht sowohl darum, weil sie die bisherige Verwaltungsbefugniß verlieren, sondern viel-

mehr darum, weil sie dadurch die Aussicht verlieren, künftig einmal das Peculium für sich zu behalten. Die Aussicht war ihnen allerdings bey fortdauernder Potestas eröffnet; theils indem möglicher Weise bey dereinstiger Emancipation der Vater ihnen das Peculium lassen konnte, theils indem sie unter gewissen Umständen erwarten dürfen, bey Beerbung ihres Vaters das Peculium zum voraus zu behalten.

### IX<sup>f</sup>.

#### §. 1. J. 4. 1.

„Furtum est contrectatio fraudulosa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve“ 28).

Daß es ein *furtum possessionis* gebe, leidet keinen Zweifel; wohl aber, welche Fälle sich die Römer darunter dachten. Denn es wird uns das nirgends bestimmt gesagt. Fast allgemein 29) rechnet man dahin die Fälle, wenn man seine eigene Sache aus fremdem Besitz entwende. Allein Theophilus stellt die Sache anders dar. Nach ihm begehrt derjenige ein *furtum possessionis*, welcher eine ihm als Pfand oder Depositum in Besitz gegebene fremde Sache als Eigenthümer besitzt 30). Dasselbe nimmt an der Scholiast zu den Basiliken 31).

Da nun für die gewöhnliche Meinung gar keine solche äußere Auctorität spricht, so möchte die Ansicht von Theo-

28) Vergl. fr. 1. D. 47. 2, wo nur die Worte *lucri faciendi gratia* hinter *fraudulosa* eingeschaltet sind.

29) Eine Ausnahme machte Feuerbach in den früheren Ausgaben seines Lehrbuches des Criminalrechts, und er wird deshalb getadelt von Klein, Revision der Grundbegriffe über das Verbrechen des Diebstahls, S. 121. Aber Feuerbach hatte allerdings Recht, und hätte in der späteren Ausgabe seine Ansicht nicht gegen die gewöhnliche aufgeben sollen.

30) Theoph. ad §. 1. J. 4. 1.

„περί νομῆν δὲ, ὅτε τὸ δοθὲν ἐπὶ τῷ νέμεσθαι, ὡς ἐνέχυρον, ἢ ὡς δεπόσιτον, νέμομαι ὡς δεσπότης.“

31) Tom. VII. pag. 315.

philus den Vorzug verdienen. Denn sie ist an sich nicht bloß eben so denkbar, sondern sogar aus inneren Gründen wahrscheinlicher. Erstens würde, nach der gewöhnlichen Ansicht, der Fall, wenn Jemand eine ihm als Depositum oder Pfand anvertraute Sache dolos als Eigenthümer besitzt, zu dem *furtum rei ipsius* gezählt werden müssen. Allein es erscheint doch gewiß unnatürlich, von demjenigen, welcher die Sache schon hat, zu sagen, er begehe das Furtum zunächst an der Sache selbst. Denn was er dem Andern entziehen, und was er sich selbst zuwenden will, ist ja eben nicht die schon vorher innegehabte Substanz der Sache, sondern die *possessio* derselben, der Eigenthumsbesitz. Um so mehr, weil er ja zum gewöhnlichen Innehaben der Sache selbst vollkommen befugt war. Das charakteristische Merkmal des Furti liegt ja hier eben allein in dem Zuschreiben des Eigenthumsbesitzes, gerade so wie das Charakteristische des *furtum usus* in dem Ummaßen, nicht der Sache, sondern des widerrechtlichen Gebrauchs derselben.

In unseren Quellen wird zweitens da, wo von den Fällen des gewöhnlich angegebenen *furti possessionis* die Rede ist, nicht selten geradezu ausgesprochen, daß es ein *furtum rei* <sup>32)</sup> sey, nur freylich ein *furtum suae rei* <sup>33)</sup>.

Demnach scheint man bisher das *furtum suae rei* mit dem *furtum possessionis* verwechselt zu haben.

---

32) §. 3. fr. 15. §. 1. D. 47. 2.

„Dominus, qui rem subripuit, in qua ususfructus alienus est, furti usufructuario tenetur.“

fr. 19. §. 6. D. eod.

„Furtum autem rei pignorate dominus non tantum tunc facere videtur“ etc.

33) §. 10. J. 4. 1.

„Aliquando autem etiam suae rei furtum quis committit, veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.“

---

## XI.

## Ueber das Erlöschen dinglicher Rechte an fremden Sachen durch Aufhören des Rechts des Ertheilers.

Von Herrn Dr. Friß, Privatdocenten zu Gießen.

## §. 1.

Daß es Fälle giebt, in welchen ein *jus in re aliena* des wegen aufhört, weil der Besteller desselben sein Recht verliert, und daß dieses nur eine Folge der Rechtsregel ist: »Niemand kann mehr Recht auf einen Andern übertragen, als er selbst hat«, dies ist gewiß und unbestritten. Sehr streitet man dagegen, schon seit Bartolus und Baldus über die Frage: in welchen Fällen dieses statt finde?

Man unterscheidet zwischen den vom wahren (s. g. directen) Eigenthümer, und den von dem Inhaber eines *jus in re aliena* bestellten dinglichen Rechten. Von den letzten nimmt man ganz allgemein an, daß sie mit dem Rechte des Ertheilers schlechthin erlöschen<sup>1)</sup>. Bei den ersten dagegen ließ man anfangs Alles darauf ankommen, ob dem Ertheiler sein Recht aus einem der Ertheilung vorhergegangenen Grunde wider seinen Willen entzogen wird, oder ob dieses aus einem späteren Grunde geschieht, oder er sein Recht gar freywillig aufgibt. In dem ersten Falle ließ man das ertheilte Recht aufhören, in den beiden letzten dagegen fortdauern, und stritt nur bey einzelnen Fällen darüber, ob sie in die eine oder die

1) C. j. B. Thibaut's Erst. des P. R. §. 666. V, 1. Gerding's Pfandrecht S. 39. im A.

andere Kategorie gehören<sup>2)</sup>; namentlich warf man diese Frage sehr eifrig für den Fall auf, wenn der Ertheiler die Sache wegen Verletzung über die Hälfte verliert<sup>3)</sup>. In späterer Zeit stellten mehrere bedeutende Schriftsteller, unter welchen besonders<sup>4)</sup> *Vinnius*<sup>5)</sup> zu nennen ist, die Behauptung auf: das erteilte Recht gehe nur alsdann dadurch verloren, daß der Eigenthümer sein Recht verliert, wenn dies aus einem schon vor der Ertheilung vorhandenen Grunde, und so geschehe, daß derjenige, zu dessen Vortheile es geschieht, ein dingliches Recht erwerbe; wenn dagegen der Eigenthümer bloß obligirt werde, sein Recht aufzugeben, so höre deshalb das erteilte Recht eben so wenig auf, als wenn er zu seinem Vortheile das Geschäft, wodurch er die Sache erworben hat, rückgängig mache, oder sein Eigenthum aus einem späteren Grunde verliere. Diese Ansicht kam sehr in Aufnahme<sup>6)</sup>, und erst in ganz neuer Zeit kehren Einige<sup>7)</sup>

2) *S. J. B. Bartolus* in L. 3. D. quib. mod. pign. vel hyp. solv. in L. 4. D. de in diem addict. in L. 9. D. de aqua et aquae pluviae adc. und *Baldus* in L. 2. C. de rescind. vend. n. 17. qu. 13.

3) *S. Note 2.* Dieser Streit drehte sich vorzüglich um die Frage: ob die Wahl, welche der Käufer zwischen der Bezahlung des wahren Werths und dem Aufgeben der Sache hat, den Verlust der Sache zu einem freywilligen mache, oder nicht?

4) Vor *Vinnius* gehen, mehr oder weniger deutlich, von dieser Ansicht aus: *M. Merenda* (Controv. jur. Lib. 1. cap. 45.), *M. Faber* (de errorib. Pragmaticor. Dec. 23. err. 2.), und *M. Wachow* (Tr. de pignorib. Lib. V. cap. 13.).

5) *Sel. jur. quaest.* Lib. 2. cap. 5.

6) Ihr treten u. A. namentlich bey: *Sauterbach* (Coll. theor. pract. Pand. L. 18. Tit. 5.), *Voet* (Comm. ad Pand. Lib. 20. Tit. 6. §. 8.), *Westphal* (vom Kauf §. 804. und vom Pfandrechte §. 245.), *Glück* (Comm. B. 17. C. 109.) und *Lhibaut* (Syst. des P. N. §. 666. V, 2.).

7) *S. B. von Wening-Ingenheim* im Lehrbuch des Civilrechts B. II. §. 8.



mit Gesterding <sup>8)</sup> zu der alten Theorie von Bartolus und Baldus zurück.

In diesem Aufsatze will ich den Beweis versuchen, daß erstens, was die vom Eigenthümer bestellten dinglichen Rechte betrifft, die Theorie von Vinnius die allein richtige sey, und daß zweitens derselbe entferntere Grund, auf welchen diese Theorie gestützt werden muß, uns nöthige, bey den vom bloßen dinglich Berechtigten bestellten Rechten die fragliche Beendigungsart nur mit gewissen Unterscheidungen anzunehmen.

#### §. 2.

Die fragliche Beendigungsart dinglicher Rechte ist, wie man mit Recht allgemein annimmt, nur eine Folge des Grundsatzes, daß Niemand mehr Recht auf einen Anderen übertragen kann, als er selbst hat. So weit sie sich daher aus diesem Grundsatz abnehmen läßt, muß sie angenommen, so weit dieß nicht möglich ist, muß sie verworfen werden. Die richtige Beantwortung unserer Frage hängt mithin von dem richtigen Verstehen dieser Rechtsregel ab. Der Sinn derselben, wie sie die Vernunft und die Gesetze <sup>9)</sup> aussprechen, ist aber kein anderer, als folgender: Wer für ein Recht, welches er in Anspruch nimmt, keinen anderen Grund hat, als den, daß es ein Anderer auf ihn übertragen, an ihn abgetreten hat, hat in keiner Rücksicht mehr, als sein Auctor <sup>10)</sup> ohne diese Uebertragung haben würde <sup>11)</sup>. Hierin

8) Pfandrecht §. 39.

9) Fr. 54. 160. §. 2. Fr. 175. §. 1. D. de R. J. (50, 17.) Fr. 20. §. 1. D. de A. R. D. (41, 1.)

10) Dieser Ausdruck ist freylich nicht von demjenigen zu verstehen, welcher in fremdem Namen veräußert, sondern von demjenigen, für welchen es geschieht.

11) Da diese Regel ihrer Natur nach keine eigentliche Ausnahme erleiden kann, so muß man wohl annehmen, daß durch c. 2. 3. C. de quadr. praescr. (7, 37.) die Bestellung dinglicher

liegt für die dinglichen Rechte nicht nur, daß erstens derselbe, welchem Jemand factisch ein dingliches Recht ertheilt, ohne selbst irgend ein Recht an der fraglichen Sache zu haben, durch diese Ertheilung gar kein dingliches Recht erwirbt, und daß zweitens derjenige, welcher ein dingliches Recht nicht von einem unbeschränkten, sondern nur von einem beschränkten Eigenthümer, oder von dem Inhaber eines *jus in re aliena* ableitet, nicht solche Befugnisse aus diesem Grunde in Anspruch nehmen kann, die dem Ertheiler selbst nicht zustanden<sup>12)</sup>, sondern es liegt darin auch, — und gerade dieses gehört hierher — daß drittens das Recht, das von demjenigen abgeleitet wird, welcher selbst zur Zeit der Ertheilung nur ein der Dauer nach beschränktes Recht an der fraglichen Sache hat, nur auf dieselbe beschränkte Dauer begründet seyn muß, daß mit anderen Worten eine übertragene Befugniß aufhören muß, sobald sie in der Person des Ertheilers, wenn sie diesem noch zustände, wegen der beschränkten Dauer, auf welche sie ihm gegeben war, aufhören würde.

## §. 3.

Die entscheidende Frage ist hiernach: Wann ist ein dingliches Recht seiner Dauer nach beschränkt?

---

Rechte von Seiten des Fidei, des Regenten und seiner Gemahlin, für eine nicht rein derivative, sondern gewissermaßen originäre Erwerbungsart erklärt werde.

- 12) Hieraus folgt unter Anderem auch der, von Manchen mit Unrecht auf Pfandrechte eingeschränkte, Satz, daß unter zwey von derselben Person, oder von Auctor und Successor, bestellten dinglichen Rechten im Falle der Collision das ältere dem jüngeren vorgeht. Etwas sehr singuläres ist hiernach der Vorzug der privilegierten Pfänder vor den älteren nicht oder weniger privilegierten, und der öffentlichen vor den älteren nicht mehr privilegierten Privatpfändern. Dieser Vorzug läßt sich nur dadurch mit unserer Regel einigermaßen in Einklang bringen, daß man die privatim und nicht auf höchst privilegierte Weise bestellten Pfandrechte als nicht in jeder Rücksicht vollkommen wirksam ansieht.

Ich sage: Nur alsdann, wenn das Gesetz oder eine Privatdisposition festsetzt, daß es mit einem gewissen Zeitpunkte oder mit einem gewissen Ereignisse, womit das gewöhnliche unbeschränkte Eigenthum und *jura in re aliena* im Allgemeinen nicht aufhören, ganz oder zum Theil erlöschen soll, so daß es, wenigstens der Sache nach, auf einen Anderen geradezu übergeht, und dieser es mit einer dinglichen Klage in Anspruch nehmen kann.

Durch das Gesagte will ich hauptsächlich läugnen, erstens, daß ein *jus in re aliena* schon deswegen als ein der Dauer nach beschränktes Recht anzusehen sey, weil es möglicher Weise durch Confusion, freywilliges Aufgeben, oder Nichtgebrauch erlöschen kann; und zweitens, daß ein dingliches Recht deswegen der Dauer nach beschränkt sey, weil ein Gesetz oder eine Privatdisposition den Inhaber desselben obliegt, es dereinst ganz oder zum Theil aufzugeben.

Daß ich das Erste läugne, bedarf, wiewohl es gewöhnlich übersehen wird, kaum einer Rechtfertigung. Denn freywilliges Aufgeben aus Verjährung sind Ereignisse, durch welche auch das in jeder Rücksicht unbeschränkte Eigenthum verloren geht, und das Aufhören dinglicher Rechte an fremden Sachen durch Confusion ist nur ein Aufhören der Form nach, indem die unter ihrem bisherigen Namen aufhörenden Befugnisse dem bisherigen Inhaber derselben, oder seinem Successor, auch fernerhin verbleiben, nur freylich als Theile eines, bisher durch ihr Getrenntseyn beschränkt gewesen, anderen dinglichen Rechts.

Daß ich auch das Zweite mit Recht läugne, dafür möchte der Beweis eben so nahe liegen. Ein dingliches Recht afficirt bekanntlich seinem Wesen nach eine Sache; es kann daher nur in so fern als durch andere Rechte beschränkt angesehen werden, als diese dieselbe Sache ebenfalls afficiren. Eine Forderung aber afficirt bekanntlich nur die Person des Debitors, keine Sache, diejenige, mit welcher der Debitor

die fragliche Handlung vornehmen soll, eben so wenig, als irgend eine andere. Mit hin beschränkt keine Forderung ein dingliches Recht, sondern beide bestehen, einander ganz fremd, neben einander.

## §. 4.

Wenn wirklich die fragliche Beendigungsart dinglicher Rechte nur eine Folge davon ist, daß die der Dauer nach beschränkte Natur des Rechts des Ertheilers auf das ertheilte Recht übergeht, und wenn ich die Frage: wann und in wie fern ein dingliches Recht als der Dauer nach beschränkt anzusehen sey? richtig beantwortet habe; so ergiebt es sich von selbst, daß ein dingliches Recht weder erstens deswegen aufhört, weil das dingliche Recht des Bestellers durch Confusion, freywilliges Aufgeben oder Verjährung aufhört, noch zweitens deswegen, weil der Ertheiler sein Recht wegen eines Obligationsverhältnisses aufgeben muß.

Einen Zweifel, der sich gegen den ersten Theil dieses Resultats der bisherigen Erörterung erheben läßt, will ich der Deutlichkeit wegen erst weiter unten einer Prüfung unterwerfen.

Gegen den zweiten könnte man etwa einwenden: wenn auch in dem angegebenen Falle das dingliche Recht des Bestellers, streng genommen, nicht beschränkt sey, so sey es doch denkbar, daß Jeder, an welchen das Recht, ganz oder zum Theil, abgetreten wird, zugleich die Verbindlichkeit zur Zurückübertragung mit übernehme. Allein nach der bekannten Natur der Forderungen ist kein eigentlicher Uebergang einer bestehenden Schuld auf einen Singularsuccessor, sondern nur das Aufheben der alten und die Uebernahme einer neuen Schuld durch Expromission möglich; bei der Bestellung eines dinglichen Rechts concurrirt aber der Gläubiger, mit welchem der Expromissionsvertrag abzuschließen wäre, nicht, und wenn er auch concurrirte, so wäre dieser Vertrag, schon nach allgemeinen Grundsätzen, besonders aber nach

Justinian's bekannter Verordnung <sup>13)</sup>, ohne die ausgesprochene Absicht nicht anzunehmen.

§. 5.

Da nach dem Bisherigen unsere ganze Lehre sich aus der allgemeinen Natur der dinglichen Rechte und der Forderungen ergibt, so darf es uns nicht befremden, daß die Gesetze sie nirgends *ex professo* erörtern, sondern nur den leitenden Grundsatz, als etwas sich von selbst verstehendes, auf einzelne Fälle anwenden.

Um die Harmonie der einzelnen gesetzlichen Entscheidungen mit der hier aufgestellten Ansicht zu zeigen, und zugleich um auf den practischen Unterschied dieser Ansicht von anderen noch weiter aufmerksam zu machen, will ich die wichtigsten Fälle andeuten, in welchen auch nach dieser Theorie, so wie diejenigen, in welchen nach anderen Theorien, nicht aber nach dieser, die fragliche Beendigungsart dinglicher Rechte eintritt. Daran wird sich die Widerlegung einiger Gegenargumente anschließen, welche ich, der Deutlichkeit wegen, erst nach geschickener Angabe der einzelnen streitigen Fälle versuchen will.

I. Die Beschränkung der Dauer des Rechts des Ertheilers, welche, nach der hier vertheidigten Ansicht, auf das ertheilte Recht afficirt, und bewirkt, daß dieses aufhöre, sobald das Recht des Ertheilers wegen derselben aufhört, oder doch aufhören würde, wenn es nicht früher schon aus einem anderen Grunde aufgehört hätte, kann begründet seyn:

A. durch Privatdisposition, und zwar

- 1) durch eine solche, welche den, gänzlichen oder theilweisen, Uebergang (nicht bloß eine Forderung

---

<sup>13)</sup> c. 8. C. de novationib. et delegationib. (8, 42.) und darüber v. Löhr im Magazin für Rechtswissensch. und Gesetzgebung B. IV. S. 1. N. III.

auf Uebertragung) unter einer Suspensivbedingung verfügt; und dies geschieht namentlich

- a) wenn unter Hinzufügung einer Suspensivbedingung tradirt <sup>14)</sup> wird,
  - b) wenn die fragliche Sache, oder ein dingliches Recht an derselben, von einem Erblasser, der entweder Eigenthum, oder doch ein dingliches Recht hat, vermöge dessen er das dingliche Recht, welches den Gegenstand des Legats bildet, constituiren kann, unter einer Suspensivbedingung legirt wird <sup>15)</sup>;
- 2) durch eine Resolutivbedingung, die bey dem Erwerb in dem Sinne <sup>16)</sup> hinzugefügt worden ist, daß mit ihrem Eintreten das erworbene Recht ipso jure aufhören soll, namentlich
- a) durch ein pactum in diem additionis, wobey nicht besonders ausgemacht worden ist, daß im Falle der adjectio nur ein Anspruch auf Zurückübertragung statt finden soll <sup>17)</sup>;
  - b) durch die einem Kaufe hinzugefügte lex commissoria,

14) fr. 2. §. 5. D. de donationib. (39, 5.) fr. 9. §. 1. D. de jure dot. (23, 3.) und hierzu *Simmern* in den *Heid. Jahrb.* v. 1820. Nr. 51. S. 811—813.

15) fr. 13. §. 1. D. de pign. (20, 1.) c. ult. §. 3. C. comm. de leg. (6, 43.)

16) Daß es bey jeder Resolutivbedingung von der bey ihrer Hinzufügung ausgesprochenen Absicht abhängt, ob durch ihren Eintritt das Recht aufhören, oder nur eine Forderung auf Aufgabe desselben statt finden soll, und daß bey gewissen Geschäften für das Eine oder das Andere eine gesetzliche Vermuthung streitet, hat gezeigt: *Simmern* in diesem *Archiv* B. V. S. 2. No. IX.

17) Daß hier für das Aufhören ipso jure die gesetzliche Vermuthung streitet, zeigt *Simmern* a. a. O. S. 211 ff.; und daß die von dem Käufer aufgelegten Lasten aufhören, sagen: fr. 4. §. 3. D. de in diem addict. (18, 2.) fr. 3. 4. pr. D. quib. mod. pign. (20, 6.)

294 **F r i s, vom Erlöschen dinglicher Rechte**

wenn besonders ausgemacht ist, daß der Rückfall ipso jure statt finden soll <sup>18)</sup>;

- e) durch das bey dem Erwerb abgeschlossene pactum displicentiae, wenn es darauf geht, „ut res inempta sit“, nicht bloß darauf, „ut reddatur“ <sup>19)</sup>;
- d) wenn durch eine lucrative datio unter dem bedingten Vorbehalt des Rückfalls erworben, und ausdrücklich ausgemacht worden ist, daß der Rückfall ipso jure eintreten soll <sup>20)</sup>;
- 3) durch eine Disposition, welche den, gänzlichen oder theilweisen, Uebergang (nicht bloß eine Forderung) mit einem Anfangstermine verfügt;
- 4) durch einen Endetermin, mit dem das Recht des Ertheilers aufhören soll <sup>21)</sup>.

Die auf das ertheilte Recht übergehende Beschränkung der Dauer des Rechts des Ertheilers kann ihren Grund haben:

B. in der gesetzlichen Natur dieses Rechts. Dies ist der Fall:

- 1) bei dem usufructe und den übrigen persönlichen Servituten, denn diese sind nur bis zum natürlichen oder bürgerlichen Tode des Berechtigten bestellt <sup>22)</sup>;

---

18) Daß hier nicht dafür zu vermuthen ist, zeigt *Zimmern a. a. D. S. 237 — 241.*

19) Eine gesetzliche Vermuthung findet hier nicht statt. *Zimmern a. a. D. S. 248.*

20) Im Zweifel ist hier zu vermuthen, daß eine bloße Forderung beabsichtigt sey. *Zimmern a. a. D. S. 248 ff.*

21) Hierher, oder unter A, 2, nicht aber unter B, gehört es, wenn das Recht des Superficiars häufig der Dauer nach beschränkt ist, denn dies ist kein naturale, sondern ein accidentale der Superficies.

22) Die Ausnahme, welche die operae servorum machen, führe ich in dem Texte nicht an, weil diese Servitut bey uns nicht vollkommen kann. — Daß dingliche Servituten nur auf die

- 2) bey dem Pfandrechte, denn dieses ist nur auf so lange gegeben, als die Pfandschuld besteht, und das Pfand nicht durch den Gläubiger veräußert wird;
- 3) bey dem emphyteuticarischen Rechte, denn dieses ist nur auf so lange gegeben, als der Emphyteuta nicht seine wesentlichen Pflichten vernachlässigt, oder, mit anderen Worten, bis ein so genannter Privationsfall eintritt <sup>23)</sup>;
- 4) bey dem Rechte des Vasallen, denn dieses ist nur auf so lange gegeben, als er lebt, und die wesentlichen Lebenspflichten erfüllt, oder, mit anderen Worten, keine, wahre oder Quasi-, Felonie begeht <sup>24)</sup>;
- 5) bey dem Rechte an einem Stammgute, denn dieses ist auch nur lebenslänglich.

---

Dauer des herrschenden Gutes bestellt werden, gehört deswegen nicht hierher, weil der Inhaber einer dinglichen Servitut kein Recht an der dienenden Sache constituiren kann, welches nicht ein bloßes accessorium eines Rechts an dem herrschenden Gute ist.

- 23) Daß es auch nur bis zum Aussterben bestellt sey, also nicht mit den bonis vacantibus an den Fiscus übergehe, möchte, so gewöhnlich man es auch behauptet, dem römischen Rechte geradezu zuwiderlaufen, indem dieses nicht nur ausdrücklich sagt, eine Emphyteuse sey im Zweifel als auf immer gegeben anzusehen, sondern auch dadurch, daß es ausdrücklich dem testamentarischen Erben dasselbe Recht darauf giebt, wie dem Intestaterben, und daß es das Legiren derselben unbedingt gestattet, deutlich zeigt, daß sie nicht bloß für eine bestimmte Familie gegeben ist. §. 3. J. de loc. et cond. (3, 25.) fr. 1. D. si ager vect. (6, 3.) c. 1. 3. C. de loc. praed. civil. (11, 70.) fr. 71. §. 6. D. de legat. (30.)
- 24) Veräußerungen im engeren Sinne sind bekanntlich ganz verboten; und bei den Veräußerungen im weiteren Sinne ist es freitig: ob die coexistirende Erbenqualität bewirkt, daß der Lehnsuccessor sie anerkennen muß, also keine Revocatorienklage anstellen kann? Päch Lehrbuch des Lehnrechts S. 119. u. 138.



## §. 6.

II. Die gewöhnliche Ansicht läßt die von demjenigen, der kein Eigenthum, sondern nur ein dingliches Recht an der Sache hat, bestellten dinglichen Rechte auch alsdann aufhören, wenn das Recht des Ertheilers durch Confusion, durch einseitiges oder vertragsweises Aufgeben, oder durch Verjährung <sup>25)</sup> aufhört, während sie in allen diesen Fällen nach der hier vertheidigten Ansicht bis zu dem Ereignisse fortdauern, mit welchem das Recht des Ertheilers seiner rückblicklich der Dauer beschränkten Natur wegen aufhören müßte, wenn es nicht eher aufgehört hätte, also wenn der Ertheiler eine persönliche Servitut hatte, oder Vasall war, bis zu seinem Tode <sup>26)</sup>, und war er Pfandgläubiger, bis zum Erlöschen der Pfandforderung. Veräußerung des Pfandes durch den Ertheiler, Felonie bey dem Lehn, und s. g. Privation bey der Emphyteuse nenne ich nicht, weil diese Ereignisse, sobald Pfandrecht, Lehn und Emphyteuse verloren ist, nicht mehr vorkommen können.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß durch die Vereinigung des Rechts des Ertheilers mit dem Eigenthum, oder einem andern, bisher durch sein Getrenntseyn beschränkt gewesenen Rechte, das ertheilte Recht sich nicht vergrößert, daß also z. B. die Sache vermöge einer von dem Usfructuar,

25) Geht die Emphyteuse durch Verjährung verloren, so wird gewöhnlich ein s. g. Privationsfall damit verbunden seyn, und aus diesem Grunde werden auch die vom Emphyteuta bestellten dinglichen Rechte mit aufhören.

26) Ob hier, wenn der Ertheiler Vasall war, das ertheilte dingliche Recht unbedingt bis zum Aussterben seiner lebenssuccessionsfähigen Descendenz fortdauere, oder nicht? Dies hängt von den beiden Streitfragen ab: ob die coexistirende Erbenqualität den Lehnsfolger verpflichte, die gleichen Verfügungen des Erblassers anzuerkennen? und ob, wenn diese Frage bejaht werden muß, die gehörige Errichtung eines Inventars den Descendenten von dergleichen Lasten befreyen könne?

Vasallen oder Emphyteuta einseitig bestellten Hypothek nicht als Eigenthum verkauft, sondern in den beiden ersten Fällen nur bis zum Tode des Verpfänders zur Benutzung hingegeben, und in dem letzten nur als Emphyteuse verkauft werden kann.

Ein sehr bedeutendes Argument für die gewöhnliche und gegen die hier ausgesprochene Ansicht scheint freylich, dem ersten Anblicke nach, zu liegen in einer Pandektenstelle <sup>27)</sup>, welche (offenbar von einem vom Usufructuar bestellten Pfandrechte) sagt:

„Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.“

Diese Stelle sagt, wörtlich genommen: so wie der verpfändete Usufruct aufhöre, höre auch das Pfandrecht auf; und macht hierbey durchaus keinen Unterschied zwischen den einzelnen Beendigungsarten des Usufructs.

Allein aus dem Obigen geht genügend hervor, daß diese Stelle, so verstanden, dem jus commune widerstreiten würde, und doch redet sie gar nicht so, als ob sie ein jus singulare enthielte. Deshalb möchte eine restrictive Interpretation wohl wenig Bedenken haben. Und wäre diese auch nicht zulässig, so dürfte man die Stelle doch auf keinen Fall da analog anwenden, wenn der Ertheiler nicht eine Servitut, sondern ein anderes dingliches Recht hat. Denn der Jurist könnte nur durch den Umstand zu einer so inconsequenten Ausnahme bestimmt worden seyn, daß Servituten unkörperliche Sachen sind. Dieses gilt aber nicht von dem Rechte des Emphyteuta, des Superficiars, des Vasallen, und von dem Pfandrechte <sup>28)</sup>.

#### §. 7.

III. Die Forderungen gegen den Ertheiler eines dinglichen Rechts, auf Abgabe seines Rechts, deren Erfüllung, nach der Ansicht einiger Juristen, dem ertheilten Rechte ein Ende macht, können begründet seyn:

<sup>27)</sup> fr. 8. pr. D. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20, 6.)

<sup>28)</sup> Du Roi in diesem Archiv B. VI. S. 2. u. 3.

A. durch Privatdispositionen, und zwar

- 1) durch solche, denen eine Suspensivbedingung hinzugefügt ist, wie
  - a) bedingte obligatorische Verträge und bedingte bindende Pollicitationen,
  - b) gültige Vermächtnisse, die einen Gegenstand haben, der entweder nicht speciell bestimmt ist, oder woran der Erblasser weder Eigenthum, noch das zur Bestellung des fraglichen Rechts erforderliche dingliche Recht hat;
- 2) durch das Festsetzen einer Resolutivbedingung, deren Eintritt nach der Absicht der Disponenten nur eine Forderung bewirken soll.

In den schon oben (S. 5.) implicite angegebenen Beispielen können noch hinzugefügt werden das pactum de retrovendendo und das pactum protimiseos <sup>29)</sup>.

- 3) durch obligatorische Rechtsgeschäfte, denen ein Aufangstermin hinzugefügt wird;
  - 4) durch die Nebenbestimmung bey dem Erwerbe, daß mit einem Endetermin die Zurückübertragung solle verlangt werden können.
- B. durch gesetzliche Vorschrift, wie namentlich
- 1) der Anspruch des Verkäufers wegen unmäßiger Verletzung <sup>30)</sup>;
  - 2) die Möglichkeit der Revocation von Schenkungen wegen Undankbarkeit des Donatars <sup>31)</sup>;

29) Gesterding a. a. D.

30) Gesterding a. a. D.

31) Die Vertheidiger der Gesterding'schen Ansicht mußten, um consequent zu seyn, hier die von dem Donatar erteilten dinglichen Rechte aufhören lassen. Denn wenn der Umstand nicht im Wege stünde, daß der Revocirende eine bloße Forderung hat, so möchte wohl kein relevanter Unterschied zwischen diesem Falle und den Privationsfällen bey der Emphyteuse seyn; indem auch diese besondere Art des Verlusts die besondere Art der Erwer-

- 3) der Anspruch der Ehefrau und respective ihres Vaters und ihrer Erben auf Restitution der Dos <sup>32)</sup>;
- 4) der Anspruch auf restitutio in integrum', in so fern diese nicht in der Wiederherstellung einer dinglichen Klage besteht.

Auf das, was Gesterding für die Meinung anführt, daß auch in diesen Fällen das erteilte Recht aufhöre, einzugehen, habe ich, der Deutlichkeit wegen, bis hierher verschoben.

Gesterding verlangt

- 1) Beweis für die Ansicht seiner Gegner. Diesen habe ich durch das Bisherige zu führen gesucht.
- 2) Er macht positive Einwendungen; und diese lassen sich auf zwei reduciren:
  - a) es gebe Stellen, welche von Resolutivbedingungen sagen, ihr Eintritt bewirke nur eine Forderung, während andere Stellen doch die von dem Verlierenden bestellten dinglichen Rechte mit seinem Rechte aufhören lassen. Diese Stellen reden aber alle nur von einzelnen Fällen, und alle anscheinende Dis-

---

bung mit zum Grunde hat. U. M. ist aber von Wenig-Engenheim im Lehrbuch des Civilrechts B. II. S. 8. und B. III. S. 211. — Daß übrigens der Revocirende nur eine Forderung hat, zeigen: Donell. Comm. jur. civ. Lib. XIV. cap. 13. Giph. ad leg. 7. C. de revoc. donat. p. 241. N. 12. seq. Vinnii sel. quaest. Lib. II. cap. 5. in fin., womit zu vergl. Marezoll in v. Grolman's u. v. Löhr's Mag. B. IV. (II.) N. XIX, 2.

- 32) Daß die Dos mit dem Aufhören der Ehe nicht ipso jure zurückfalle, sondern nur eine Forderung auf Restitution derselben statt finde, zeigt von Löhr im angef. Magaz. B. IV. (II.) S. 1. N. V.; und daß die vom Ehemanne gültig bestellten dinglichen Rechte mit der Dos aufhören, behauptet v. Wenig-Engenheim a. a. O. B. II. S. 8.

Harmonie ist, wie wir oben (§. 5.) sahen, jetzt durch Zimmern entfernt.

- b) Durch den Sieg mit der actio redhibitoria werde der Kauf so aufgehoben, daß es angesehen werde, als ob er nie abgeschlossen worden wäre <sup>33)</sup>, und doch sollen nach deutlichen Gesetzen die von dem Käufer an der Sache constituirten dinglichen Rechte fort dauern <sup>34)</sup>. Dieser Einwendung mangelt, meiner Meinung nach, deswegen alle Beweiskraft, weil der Richter hier bekanntlich nur die Parthejen für obligirt <sup>35)</sup> erklärt, das Empfangene so zu restituiren, daß jeder Theil Alles hat, was er haben würde, wenn der Kauf gar nicht abgeschlossen worden wäre. Wenn diese Einwendung beweisend seyn sollte, so müßte der Richter das Recht und die Verpflichtung haben, auszusprechen: es solle angesehen werden, als ob gar keine Tradition statt gefunden hätte, es solle also jeder das, was er aufgegeben hat, mit der dinglichen Klage, welche er vor der Aufgabe hatte, verfolgen können.

---

33) fr. 23. §. 1. 7. fr. 60. D. de aedit. edicto (21, 1.).

34) fr. 21. §. 1. fr. 43. §. 8. D. de aedit. edicto (21, 1.). fr. 3. 4. D. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20, 6.)

35) Dies liegt hier, wie überall, wo der Erwerber ein gültiges Rechtsgeschäft rückgängig macht, so sehr in der Natur der Sache, daß es weder die Römer, noch die heutigen Schriftsteller besonders herausheben. Vergl. übrigens die Art, wie von dem Rückgängigwerden geredet wird, in fr. 21. pr. fr. 31. §. 2—4. 19. D. de aedit. edicto (21, 1.).

## XII.

## Ueber Vergleiche gegen rechtskräftige Urtheile.

Von Thibaut.

Der Satz, daß gegen rechtskräftige Urtheile kein Vergleich Statt finde, ist in unsern historischen und dogmatischen Rechtsquellen sehr oft aufgestellt; aber die Gründe desselben liegen im Dunkeln, und dadurch sind unter unsern Rechtslehrern verschiedene Ansichten über die jetzige Anwendbarkeit jenes Satzes entstanden. Während nämlich viele mit der Stoffe die Römische Regel ohne eine Gegenbemerkung hinstellen, und insofern deren jetzige Gültigkeit anerkennen <sup>1)</sup>, gibt es auch andere, und darunter sogenannte bewährteste Praktiker <sup>2)</sup>, welche mit Rücksicht auf unsern Grundsatz, daß jedes pactum nudum eine Klage erzeugt, von der Anwendung der erwähnten Regel nichts weiter wissen wollen; und es kann keinen Zweifel leiden, daß die Praxis solchen

1) Cujacius in Opp. T. 1. p. 951. T. 3. p. 528. A. Faber codex Fabrian. L. 2. Tit. 4. Def. 4. Mevius Dec. P. 8. Dec. 439. Hunnius resolutt. Vol. 1. Disp. 7. qu. 30. Lauterbach coll. L. 2. Tit. 15. nr. 5. Mollenbecius Thesaur. L. 2. Tit. 15. §. 15. Glück Erl. d. Pand. 5. B. §. 354. Malblank princ. jur. Rom. T. 1. §. 294.

2) Müller ad Struv. L. 2. Tit. 15. §. 56. Titijus privat. L. 4. c. 15. §. 6. Stryk U. M. L. 2. Tit. 15. §. 7. Voet Comm. L. 2. Tit. 15. §. 11. Berger oecon. jur. L. 6. Tit. 34. §. 3.

Auctoritäten häufig gefolgt ist. Wir haben indeß bey unserm Spruchcollegio kürzlich einen Rechtsstreit gehabt, in welchem ein Sächsisches Untergericht, trotz der Auctorität Berger's, einen Vergleich contra rem judicatam verwarf. Auf eingewandte Rechtsmittel wurden die Acten an unser Collegium versandt, und wir bestätigten das angefochtene Urtheil, ohne auf die, auch noch vorgeschützte exceptio laesionis enormis näher einzugehen. Der Fall war einfach dieser: mehrere Bauern hatten mit ihrem Gutsherrn über eine Weidengerechtigkeit viele Jahre gestritten. Der Gutsherr hatte den Proceß durch alle Instanzen verloren; als aber bey der letzten Auseinandersetzung der Schaden liquidirt ward, schloß sich der Gutsherr mit einem so eben geschlossenen Vergleich, wodurch ihm für nicht mehr als 10 Thaler in allen Dingen Recht gegeben war. Das Untergericht verwarf aber den Vergleich bloß wegen L. 32. C. de transact., und wir trugen kein Bedenken, diese Entscheidung aus demselben Grunde zu bestätigen. Da die Sache eine sehr practische Rechtsregel betrifft, so will ich das, was ich als Referent kurz entwickelt hatte, hier etwas genauer aus einander setzen.

Schon in Pauli Sent. rec. Lib. 1. Tit. 1. de pact. convent. §. 5. kommt die vorhin erwähnte Regel als etwas ganz Ausgemachtes vor, und zwar bey Gelegenheit der verbotenen Verträge:

Pactum contra jus, aut constitutiones, aut S. C. interpositum nihil momenti habet. — Post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.

In L. 7. pr. L. 11. D. de transact. lehrt Ulpian das selbe, indem er nur Einschränkungen für den Fall hinzufügt, wenn die eingetretene unumstößliche Rechtskraft unbekannt war, oder geleugnet ward, also die Möglichkeit eines Rechtsstreits, wenigstens in der Meinung der Par-

teyen, vorhanden war. Besonders merkwürdig ist die Aeußerung desselben Classikers in L. 23. §. 1. D. de condict. indeb.

Si post rem judicatam quis transegerit, et solverit, repetere poterit, idcirco, quia placuit, transactionem nullius esse momenti. Hoc enim imperator Antoninus cum D. patre suo rescripsit. Retineri tamen, atque compensari in caussam judicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest.

Im Codex Gregorianus L. 1. T. 2. const. 3. 5. 8. 9. kommt dieselbe Sache wiederholt vor, und zwar immer mit der Andeutung auf Widerrechtlichkeit und Nullität: transactio quae nullo jure interposita est; — pacisci exinde non posse; — frustra transigi; — de re judicata pacisci nemo potest. Im Codex Hermogenianus Tit. 4. §. 3. wird derselbe Satz wieder eingeschärft. Eben so von Valentinian und Valens im Cod. Theodosianus L. 2. T. 9. const. 2.

Post sententiam pacisci non licere juris ordine praecavetur. Unde cum supplicans inique se oppressam, et post sententiam Sacri Auditorii de pactam se esse commemoret, amota poena, quam pacto, contra jus facto, Serenitas tua inesse praeviderit, legum auxilio consulat supplicanti.

Auch in der Consultatio vet. Jcti §. 4. 7. 9. wird mit Beziehung auf Paulus und auf die zuletzt erwähnte Constitution über einen solchen Vergleich das: stare legibus non potest, und: servari non potest ausgesprochen, und dabey als Grund angegeben: pactio ipsa judicii ordinem et constitutionem infirmat.

Wenn man also die jetzige Anwendbarkeit jener Regel deswegen geläugnet hat, weil bey uns jedes pactum nudum flagbar sey, — und mehr hat man räsonnirend nicht dafür



zu sagen gewußt, — so ist dies offenbar ganz verkehrt. Denn das Justinianische Recht verbietet ja nicht *pacta nuda*, und legt ihnen bloß unvollkommene Wirksamkeit bey. Die erwähnten Vergleiche sind aber ganz untersagt, und für völlig unwirksam erklärt. In L. 23. §. 1. D. cit. wird daher auch dem Zahlenden die *condictio indebiti* gestattet, welche gewiß nicht Statt findet, wenn Jemand ein *pactum nudum* erfüllt, dem kein gesetzliches Verbot entgegensteht. Dennoch hat man geglaubt, daß jene Ansicht durch folgendes Rescript von Diocletian und Maximian in L. 32. C. de transact. bestätigt werde:

Si caussa cognita prolata sententia, sicut jure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solennitate suspensa non est, super judicato frustra transigi non est opinionis incertae. Proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, Praeses provinciae usitato more legum rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit.

Weil nämlich am Ende dieses Rescripts eine Ausnahme für den Fall der Aquiliana stipulatio und acceptilatio gemacht seyn soll, so muß nun deswegen die ganze Sache als bloße Folge des Römischen Formelwesens erscheinen, und damit kommt man leicht auf die heilbringende *simplicitas juris germanici*.

Allein Donellus und Perez <sup>3)</sup> haben sich mit Recht gegen diese Auslegung der L. 32. C. cit. erklärt. Denn zuvörderst bleibt es danach ganz unbegreiflich, wie die andern, oben angezogenen Belegstellen immer nur vom Unerlaubten reden, nur Vergleich und Schenkung einander entgegensetzen, und sogar die Rückforderung des Gegebenen gestatten konnten.

---

3) Donelli comment. absolutissimi ad Cod. L. 2. Tit. 4. ad L. 32. C. de transact. Perez in Cod. L. 2. T. 4. §. 6. 7.

Ferner: warum sagt L. 32. cit. erst unbedingt: es könne *super judicato* nicht transigirt werden; und wie unpaßlich wäre der nachfolgende Gegensatz als Ausnahme, da ein Vergleich in Form der *Aquiliana stipulatio* und *acceptilatio* doch auch ein Vergleich ist? Endlich sind die Worte: *Aquiliana stipulatione* nach der Erklärung der Gegner ganz unbegreiflich, da jene *Stipulatio* nur auf eine collective *Novatio* geht, und ein Vergleich *de re judicata*, wenn er bloß von Formen abhängt, durch einfache *novatio* und *acceptilatio* ganz regelrecht zu Stande gebracht werden kann. Es ist also unbefreitbar richtig, wenn *Donellus* sagt: *si* bezeichnet bey den juristischen und nichtjuristischen Classikern oft so viel als *quia*, oder *quandoquidem*. Die L. 32. C. cit. macht also keine Ausnahme für *Aquiliana stipulatio* und *acceptilatio*; sondern verwirft den, in dem gegebenen Fall in dieser Form geschlossenen Vergleich, weil es unbedingt Regel sey, daß ein rechtskräftiges Urtheil durch einen Vergleich nicht umgestoßen werden könne.

Die, welche hier der Beybehaltung des Römischen Rechts geneigt sind, haben bisher fast immer Alles aus dem Begriff eines Vergleiches abgeleitet, nämlich daher, daß ein Vergleich etwas Ungewisses voraussetze, ein unumstößliches Urtheil aber die vollste Gewißheit gebe. Allein diese Ansicht scheint mir sehr bedenklich. Denn auch nach eingetretener Rechtskraft kann der Troß und das Unvermögen des Gegners noch immer zu vielen Weiterungen führen. Ich selbst kenne Fälle, in denen die ganz klare *exceptio rei judicatae* zu einem vieljährigen, kostspieligen Gezänk führte. Und wenn hier am Ende der ganze Satz nur aus einer Art von Wortklauberey abgeleitet war, warum suchten denn die Classiker nicht durch *Conversion* den Vergleich zu erhalten, da sie doch sonst nach ihrer Regel, daß man alles Beabsichtigte möglichst zu erhalten suchen müsse <sup>4)</sup>, den strengen Wortverstand nicht

4) L. 41. L. 80. de V. O.

zu achten, und die Geschäfte, welche an sich nichts Tadelhaftes hatten, durch irgend eine geschickte Wendung zu retten pflegten <sup>5)</sup>. Endlich: wenn in Betreff der, hier in Frage stehenden Vergleiche bloß darin der Grund der Verwerfung lag, daß es unpassend sey, das Geschäft einen Vergleich zu nennen, warum enthalten denn die angezogenen Rechtsquellen überall Ausdrücke, welche auf etwas in sich Schlechtes und Verbotenes gehen: *contra jus; nullo jure interposita; stare legibus non potest; judicii ordinem et constitutionem infirmat?*

Ich halte mich daher überzeugt, daß man auch bey dieser Gelegenheit der Idee nachgehen muß, worauf ich schon mehrmals in diesem Archiv hindeutete, nämlich, daß die Römer nicht alles durch Construction streng, civilistischer Begriffe fanden, sondern daß sich bey ihnen (wie bey uns, und allen andern Völkern) sehr viel durch das Gefühl mit Rücksicht auf Zweckmäßigkeit und Schicklichkeit machte. Setzt man hier nun solche menschliche Gründe als möglich voraus, so läßt sich sehr gut denken, wie Dies und Jenes eine solche, scheinbar strenge Regel veranlassen konnte. Zuerst verdient erwogen zu werden, daß Vergleiche jener Art den Gerichten fast beleidigend seyn müssen. Schon der einzelne Mann pflegt es übel zu nehmen, wenn das, was er als Schiedsrichter mit dem besten Willen ausgesprochen hat, doch am Ende wieder von der einen und der andern Seite bekrittelt, und zum Theil umgeworfen wird. Wie viel mehr sind also Gerichte dabey interessiert, daß ihr Ansehen erhalten werde, und daß nicht, nach völlig ausgemachter Sache, wieder ein angeblicher Vergleich als höchste Instanz erscheine! Den Römern, welche so viel für das Ansehen und die Majestät ihrer Magistrate thaten, konnte eine solche Idee wohl am wenigsten fremd seyn; und von dieser Seite betrachtet hat es einen sehr guten Sinn,

5) *B. B. L. 22. pr. D. de usu. L. 2. C. de pignor. L. 9. C. de distract. pignor.*

wenn der Verfasser der *Consultatio* sagt: *pactio ista iudicii ordinem et constitutionem infirmat*. Auch unser alter *Wesenbeccius* <sup>6)</sup> ist, ohne die *Consultatio*, auf dieselbe Idee gekommen, indem er sagt: *existimo autem hac in parte etiam aliquid publicae iudiciorum auctoritati datum esse, ne quae publico iudicio definita essent, et transacta, ea privatorum arbitrato pro indefinitis atque incertis rursus transigerentur*.

Es kann hier aber leicht auch eine andre Betrachtung entscheidend gewesen seyn. Ruhige und gutgesinnte Menschen pflegen nämlich nichts mehr zu fürchten, als Prozesse; aber der Zankfüchtige ruhet nie, und ist mithin dem Friedfertigen immer fürchtbar. Kann also *post rem judicatam* noch immer von Ungewißheit, und Beylegung derselben durch Vergleiche geredet werden, so behält der Bössartige stets die Waffen in der Hand, und wird leicht durch angedrohte Weiterungen einen Vergleich erpressen. Ich kann daher an dem Tadel, den *Schulting* <sup>7)</sup> gegen *Gothofred* ausgesprochen hat, weil der letzte <sup>8)</sup> den ganzen Rechtsatz mit der Lehre vom Zwange in Verbindung brachte, keinen Antheil nehmen. Die Römer haben ja auch sonst des präsumtiven Zwanges wegen Manches angenommen, was sich nicht streng construiren läßt, z. B. in Betreff der Verheirathung eines Statthalters mit einer Provincialin, und der, einem Arzt *pro salute* geschenehenen Zusagen. Hierzu passen denn auch in der obigen Constitution von *Valentinian* und *Valens* die Worte *inique se oppressam* sehr gut; und ich würde bey Betrachtung des, im Eingange erwähnten Falles auf der Stelle daselbe gesagt haben, wie mir die armen Bauern den kümmerlichen Vergleich vorgelegt hätten. Daß die Gesetze nach eingetretener Rechtskraft Schenkungen erlauben, ist auch ganz

6) ad *Pand. L. 2. Tit. 15. §. 5.*

7) ad *Pauli sent. rec. L. 1. Tit. 1. de pact. conv. §. 5.*

8) ad *Cod. Theod. L. 2. Tit. 9. const.*

in der Ordnung. Denn dabey wird das Recht des Siegers vollständig anerkannt, und der reinen Willkühr desselben alles überlassen; mithin können sich hier die Gerichte eben so wenig beleidigt fühlen, als die Besorgniß entstehen kann, daß der Schenkende aus Friedliebe einer Drohung seines Gegners nachgegeben habe.

Auf allen Fall ist so viel gewiß, daß sich keine ratio der bisher erörterten Regel nachweisen läßt, welche mit den Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbarlich ist; und schon deswegen kann die practische Anwendbarkeit derselben nicht in Zweifel gezogen werden.