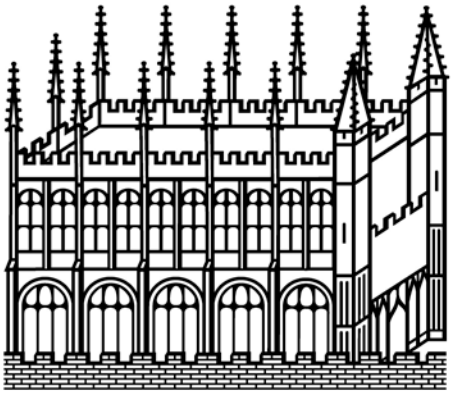


Bodleian Libraries

UNIVERSITY OF OXFORD

This book is part of the collection held by the Bodleian Libraries and scanned by Google, Inc. for the Google Books Library Project.

For more information see:

http://www.bodleian.ox.ac.uk/dbooks



This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 2.0 UK: England & Wales (CC BY-NC-SA 2.0) licence.

General
300
Z 120





ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT.

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT UND **Dr. GEORG COHN**

o. ö. Professor an der Universität Rostock. Docent an der Universität Heidelberg.

ERSTER BAND.

I. HEFT.

STUTTGART.

VERLAG VON FERDINAND ENKE.

1878.

BODLEIAN
14 E 12 6
LIBRARY

ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT.

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT UND **Dr. GEORG COHN**

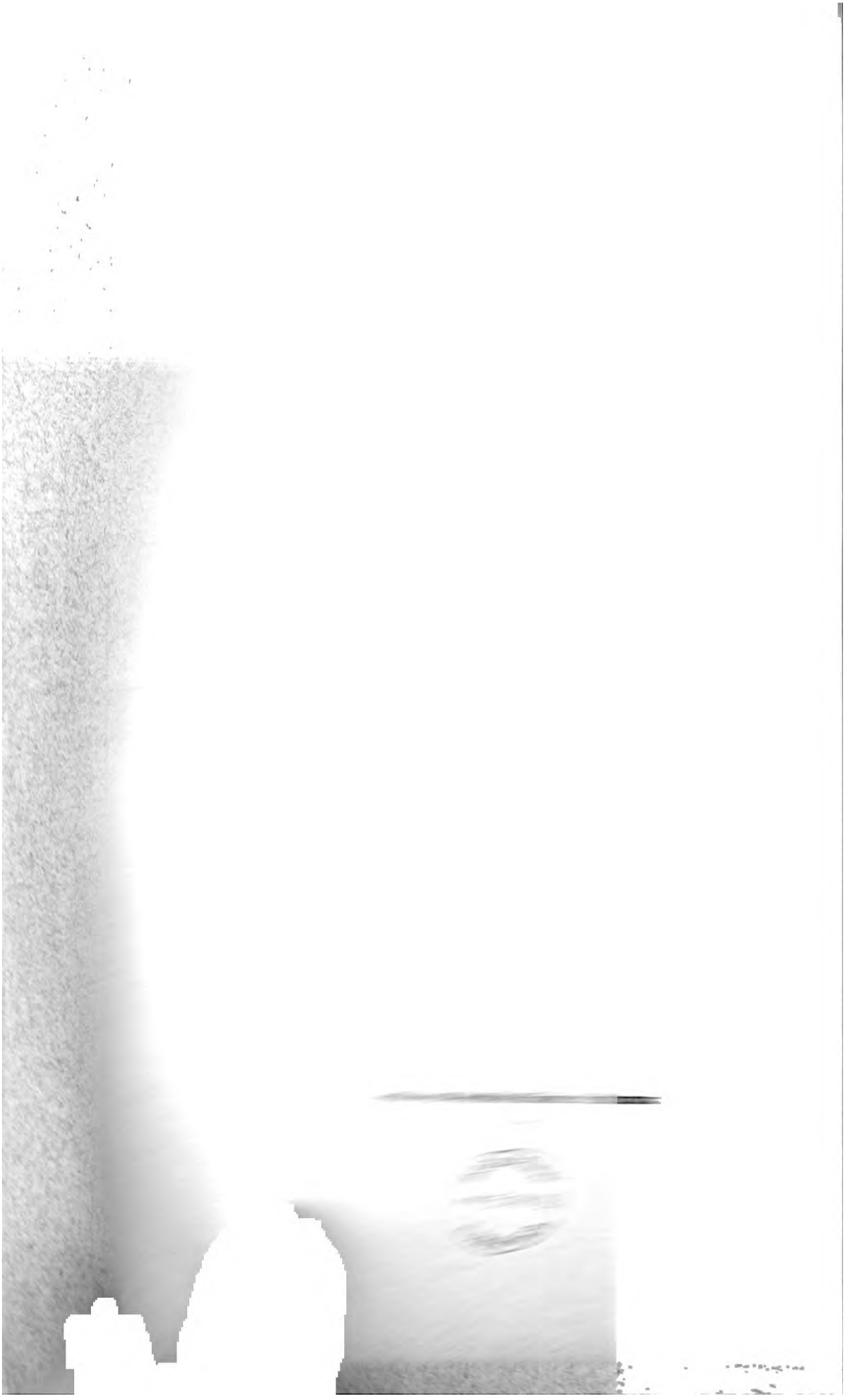
o. ö. Professor an der Universität Rostock. a. o. Professor an der Universität Heidelberg.

ERSTER BAND.

STUTTGART.

VERLAG VON FERDINAND ENKE.

1878.



Inhalt.

Seite

I. Ueber Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft. Von *Bernhöft* 1

II. Das deutsche eheliche Güterrecht. Von Professor Dr. *Paul v. Roth* in München 39

III. Ueber den Rechtsbegriff. Zu Bierling, „Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe." Von Geh. Hofrath Professor Dr. *E. I. Bekker* in Heidelberg 95

IV. Zur Geschichte der Checks. Von *Cohn* 117

V. Avitum et patritum und der ager vectigalis. Von Professor Dr. *Huschke* in Breslau 161

VI. Die Reform des italienischen Strafrechts. Von Professor *A. Dochow* in Halle 211

VII. Ueber die Systematik des indischen Rechts. Von Professor Dr. *Jolly* in Würzburg 234

VIII. Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen. Von Professor Dr. *Baron* in Berlin 261

Literarische Anzeigen:

Emilio Brusa, l'ultimo progetto di Codice Penale Olandese, traduzione illustrata e studi. Bologna 1878. CLXXXIV, 221 S. Von Prof. Dr. *R. Löning* in Heidelberg . . . 316

IX. Die Zulässigkeit der Anwaltschaft im französischen, normannischen und englischen Rechte des Mittelalters. Von Prof. Dr. *Heinrich Brunner* in Berlin 321

X. Ueber das System der Freiheitsstrafen mit besonderer Rücksicht auf den ungarischen und den niederländischen Entwurf eines Strafgesetzbuchs. Von Prof. Dr. *A. Geyer* in München 384

XI. Zur Lehre vom Check. I. Von *Cohn* 424

Literarische Anzeigen:

Das Ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen in seinen leitenden Grundsätzen dargestellt. Von *S. Mayer*, Prof. an der Wiener Universität. Von Prof. Dr. *R. Löning* in Heidelberg 490

Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain. Par *Alphonse Rivier*, Professeur à l'Université de Bruxelles. Von *Bernhöft* 491

PROSPECT.

ZEITSCHRIFT

für

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT.

Herausgegeben von

Dr. FRANZ BERNHÖFT,
o. ö. Professor an der Universität Rostock.

Dr. GEORG COHN,
Docent an der Universität Heidelberg.

STUTTGART.

VERLAG VON FERDINAND ENKE.

Schon oft ist es von hervorragenden Juristen lebhaft beklagt worden, dass es in der deutschen periodischen Presse an einem Organ für vergleichende Rechtswissenschaft fehle.

Dieser Mangel tritt um so fühlbarer hervor, wenn man auf unsere westlichen Nachbarn hinblickt; dient doch der comparativen Jurisprudenz in Belgien und Frankreich eine stattliche Reihe trefflich geleiteter Zeitschriften.

Auch in Deutschland fehlt es keineswegs an Interesse für den vergleichenden Zweig der Rechtswissenschaft; unvergessen sind die grundlegenden Arbeiten Grimm's und Mittermaier's, denen aus der Gegenwart so manche verdienstvolle Abhandlung anzureihen wäre. Auf dem Gebiete des Handelsrechts hat das ausländische Recht auch schon seit Jahren werthvolle Pflege erfahren, und mehr und mehr bricht sich die Ueberzeugung Bahn, dass wir zu einer wirklichen Rechtsphilosophie nur durch eine vergleichende Rechtsgeschichte gelangen können.

Trotz dieses Interesses und der verheissungsvollen Vorarbeiten ungeachtet hat die vergleichende Rechtswissenschaft in Deutschland noch nicht jenen Grad der Entwicklung erreicht, den man erwarten sollte; es fehlte eben an einer Sammelstätte für vereinzelte Beiträge, es fehlte an einem Mittelpunkt, von dem aus vereinte Kräfte das wichtige Werk gemeinsam förderten.

Mit um so grösserer Befriedigung wird es von allen Juristen, Theoretikern und Praktikern, begrüsst werden, dass vom 1. Januar 1878 ab eine deutsche Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft in das Leben tritt.

Da das neue Journal der comparativen Jurisprudenz im weitesten Rahmen dienen soll, so wird sowohl das historische Interesse, als auch das dogmatische und legislatorische darin gleichmässig Berücksichtigung finden.

1) Im historischen Interesse wird die Zeitschrift Aufsätze über die älteren Rechte der wichtigsten Culturvölker bringen; nur ausschliesslich römische und ausschliesslich germanische Rechtsquellen, denen bereits andere Journale gewidmet sind, sind ausgeschlossen. Besondere Aufmerksamkeit soll dem altindischen, altgriechischen, jüdischen und skandinavischen Recht gewidmet werden.

Strengste und sorgsamste Einzelforschung wird zunächst die speciellen Rechte liquid stellen müssen; daneben wird aber das höhere Ziel, das historisch erkannte Recht eines Volkes mit dem Rechte anderer Völker in Parallele zu bringen, die Uebertragung von Gesetzen und Einrichtungen einer Nation auf die andere aufzusuchen, immer im Auge behalten werden.

2) Im dogmatischen und gesetzgeberischen Interesse wird die „Z. f. v. R." Aufsätze über wichtige Rechtsinstitute nach dem geltenden positiven Recht der heutigen Hauptstaaten Europa's und Amerika's liefern. Daneben werden periodische Berichte die Gesetzgebung der einzelnen Reiche aufmerksam begleiten, wichtige Gesetzentwürfe auch durch specielle Referate den Lesern der Zeitschrift möglichst zeitig bekannt gemacht werden. Auch über die Partikular-Legislation der deutschen Bundesstaaten, insoweit sie seit der Ausdehnung der Competenz der Reichsgesetzgebung noch in Thätigkeit ist, wird von Zeit zu Zeit eine genauere Uebersicht gegeben werden.

3) Sodann wird die Zeitschrift über die auf comparative Jurisprudenz bezüglichen Arbeiten des Inlandes und die wichtigsten juristischen Werke des Auslandes in kritischer Weise berichten.

4) Endlich werden unter der Rubrik „Notizen" kleinere Mittheilungen, namentlich aus entlegenen Quellenkreisen, gegeben werden.

Die Redaction der „Z. f. v. R." ist sich der Grösse ihrer Aufgabe wohl bewusst; die Mitwirkung der bedeutendsten Kräfte lässt

jedoch hoffen, dass der richtige Weg, der zu dem hohen Endziel führt, von ihr eingeschlagen und innegehalten werden wird.

Es haben bisher Beiträge gütigst in Aussicht gestellt:

Herr *Dr. Ivar Afzelius,* Docent an der Universität Upsala;
„ Professor *Dr. Karl von Admira* in Freiburg;
„ „ *Dr. T. M. C. Asser,* Ministerialrath in Amsterdam;
„ „ *Dr. J. Baron* in Berlin;
„ „ *Dr. A. Bechmann* in Erlangen;
„ „ *Dr. J. F. Behrend* in Greifswald;
„ Geh. Hofrath Professor *Dr. E. J. Bekker* in Heidelberg;
„ *Wladimir Besobrasoff,* Mitglied der Akademie der Wissenschaften in Petersburg;
„ Geheimer Rath Professor *Dr. J. C. Bluntschli* in Heidelberg;
„ Professor *Dr. S. Brie* in Rostock;
„ „ *Henri Brocher* in Genf;
„ *Dr. Felix Bruck,* Docent an der Universität Breslau;
„ Professor *Dr. Brusa* in Modena;
„ „ *Dr. R. Freiherr von Canstein* in Czernowitz;
„ „ *Dr. Max Cohn* in Zürich;
„ „ *Dr. Felix Dahn* in Königsberg;
„ „ *Dr. A. Dochow* in Halle a. S.;
„ „ *Dr. E. Eck* in Breslau;
„ „ *Dr. Pasquale Fiori* in Turin;
„ „ *Dr. H. Fitting* in Halle a. S.;
„ „ *Dr. E. Friedberg* in Leipzig;
„ „ *Dr. K. H. H. Fuchs,* Staatsanwalt in Breslau;
„ Professor *Dr. C. Gareis* in Giessen;
„ „ *Dr. A. Geyer* in München;
„ Geh. Justizrath Professor *Dr. Goldschmidt* in Berlin;
„ Professor *Dr. C. E. Güterbock* in Königsberg i. Pr.;
„ „ *Dr. C. Hiller* in Czernowitz;
„ Professor *Dr. P. Hinschius* in Berlin;
„ Geh. Justizrath Professor *Dr. Ph. E. Huschke* in Breslau;
„ Professor *Dr. J. Jolly* in Würzburg;
„ Advokat *Dr. Eduard Koernyei* in Budapest;
„ Professor *Dr. Paul Laband* in Strassburg;
„ „ *Dr. B. M. Leist* in Jena;
„ *J. A. Levy,* Advokat in Amsterdam;
„ Professor *Dr. Edgar Loening* in Dorpat;
„ *Dr. Richard Loening,* Docent an der Universität Heidelberg;
„ Professor *Dr. H. S. Maine,* member of Indian Council in Oxford;
„ *Léon de Montluc,* Advokat in Paris;

Herr *Dr. K. d'Olivecrona,* Rath am höchsten Gerichtshof in Stockholm;
„ Professor *Dr. A. Pernice* in Halle a. S.:
„ Professor *Dr. L. Pfaff* in Wien;
„ „ *Dr. A. Randa* in Prag;
„ Geheimer Rath Professor *Dr. A. Renaud* in Heidelberg;
„ Professor *Dr. F. Rive* in Freiburg i. Br.;
„ „ *Dr. A. P. O. Rivier* in Brüssel;
„ „ *Dr. Paul von Roth* in München;
„ „ *Dr. E. Rubo,* Stadtgerichtsrath in Berlin;
„ „ *Dr. L. Schiffner* in Czernowitz;
„ „ *Dr. S. Schlossmann* in Bonn;
„ „ *Dr. H. Schott* in Kiel;
„ „ *Dr. R. Schröder* in Würzburg;
„ *Dr. C. F. Schulz,* Docent an der Universität Jena;
„ Professor *Dr. F. Schupfer da Chioggia* in Padua;
„ *Dr. W. Sickel,* Docent an der Universität Göttingen;
„ Professor *Dr. R. Sohm* in Strassburg;
„ „ *Dr. R. Steinlechner* in Innsbruck;
„ „ *Dr. Otto Stobbe* in Leipzig;
„ „ *Dr. A. Teichmann* in Basel;
„ „ *Dr. A. Thon* in Rostock;
„ „ *Dr. W. Vogel* in Erlangen;
„ *Dr. Ed. Zimmermann* in Berlin.

Gute Ausstattung der neuen Zeitschrift wird sich die unterzeichnete Verlagshandlung angelegen sein lassen.

Die Ausgabe findet in Heften zu 10 Bogen mittleren Octavs, von denen je drei einen Band von 30 Bogen bilden, statt.

Der Abonnementspreis pro Band beträgt 12 Mark, und nimmt jede Buchhandlung Bestellungen entgegen.

Zur regen Betheiligung einladend, zeichnet

STUTTGART, im Januar 1878.

Hochachtungsvoll ergebenst

Die Verlagshandlung:
Ferdinand Enke.

Druck von GEBRÜDER KRÖNER in Stuttgart.

Juriſtiſche Literatur

aus dem Verlage von

Ferdinand Enke in Stuttgart.

Soeben erſchienen:

Allgemeines

Deutſches Handelsgeſetzbuch

nach

Rechtſprechung und Wiſſenſchaft

erläutert und herausgegeben von

Hugo Keyßner,

Kammergerichtsrath.

1878. 8. Geheftet. Preis 9 Mark.

Entwickelungswege

und

Quellen des Handelsrechts

von

Dr. G. Lastig,

a. o. ö. Professor der Rechte zu Halle.

1878. 8. Geheftet. Preis 10 Mark 80 Pfg.

Brauer, Dr. W., Geheimerath und Generalauditeur, **Handbuch des deutſchen Militärſtrafrechts.** 8. 1872. geh. 2 M. 80.

Fick, Prof. Dr., **die ſchweizeriſchen Rechtseinheitsbeſtrebungen,** insbeſondere auf dem Gebiete des Eiſenbahnrechtes. 8. 1874. geh. 4 M. 40.

Gengler, Prof. Dr. H. G., **codex juris municipalis Germaniae medii aevi.** Regesten und Urkunden zur Verfassungs- und Rechtsgeschichte der deutschen Städte im Mittelalter. I. Band. Lex.-8. 1867. 16 M. 40.

Goldſchmidt, Geh. Juſtizrath Prof. Dr. L., **Handbuch des Handelsrechts.** I. Band, enthaltend die geſchichtlich-literariſche Einleitung und die Grundlehren. Zweite völlig umgearbeitete Auflage. gr. 8. 1875. geh. 14 M. —

Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart.

Glaser, Prof. Dr. Julius, **Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren.** 8. 1866. geh. 8 M. 40.

Huschke, Geh. Justizrath Prof. Dr. in Breslau, **Das Recht der publicianischen Klage** mit Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeine deutsche Civilgesetzbuch. gr. 8. 1875. geh. 2 M. 40.

Knapp, Dr. L., **System der Rechtsphilosophie.** gr. 8. geh. 4 M. —

v. Maurer, G. L., Staats- und Reichsrath, **Geschichte der Städteverfassung in Deutschland.** 4 Bände. 8. 1869—70. 45 M. 60.

— —, **Geschichte der Dorfverfassung in Deutschland.** 2 Bände. 8. 1865—1866. 14 M. 40.

— —, **Geschichte der Frohnhöfe, der Bauernhöfe und der Hofverfassung in Deutschland.** 4 Bände. gr. 8. 1862—1863. 34 M. 80.

— —, **Geschichte der Markenverfassung in Deutschland.** gr. 8. 1856. 8 M. 40.

Mittermaier, Prof. Dr. K. J., **Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Europa und Amerika,** über ihre Vorzüge, Mängel und Abhülfe. 8. 1865. geh. 8 M. 80.

— —, **die Gefängnißverbesserung,** insbesondere die Bedeutung und Durchführung der Einzelhaft im Zusammenhange mit dem Besserungsprincip nach den Erfahrungen der verschiedenen Strafanstalten. gr. 8. 1858. geh. 2 M. 80.

— —, **die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren** nach ihrer neuesten Fortbildung dargestellt und geprüft. gr. 8. 1856. geh. 10 M. 40.

— —, **das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren** im Zusammenhange mit den politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in den Einzelnheiten der Rechtsübung dargestellt. gr. 8. 1851. geh. 8 M. 80.

— —, **der gegenwärtige Zustand der Gefängnißfrage** mit Rücksicht auf die neuesten Leistungen der Gesetzgebung und Erfahrungen über Gefängnißeinrichtungen mit besonderer Beziehung auf Einzelhaft. gr. 8. 1860. geh. 2 M. 80.

v. Mohl, R., **die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften.** In Monographieen dargestellt. 3 Bde. Lex.-8. 34 M. 80.

Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart.

Neumann, Dr. M., **Geschichte des Wechsels im Hansagebiete bis zum 17. Jahrhundert,** nach archivalischen Urkunden bearbeitet. gr. 8. 1863. geh. 3 M. 60.

Römer, Dr. R., Reichs-Oberhandelsgerichtsrath, **Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht.** Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts. Erstes Heft. 8. 1877. geh. 4 M. 80.

Sachs, Emil, Rechtsanwalt beim Reichs-Oberhandelsgericht, **die Revision des Handelsrechts in Belgien.** 8. 1876. 4 M. 40.

Sammlung wechselrechtlicher Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, veranstaltet von Dr. **Hoffmann,** kaiserl. Rath am Reichs-Oberhandelsgericht. Abdruck der wechselrechtlichen Entscheidungen in den ersten 16 Bänden der von den Räthen des Reichs-Oberhandelsgerichts herausgegebenen Entscheidungen dieses Gerichtshofs. Zwei Bände. 8. 1876. 18 M. —

Schall, Dr. Richard, Rechtsanwalt, **der Parteiwille im Rechtsgeschäft.** 8. 1877. 1 M. 60.

v. Schulte, Dr. Joh. Friedr., Geh. Justizrath und Professor der Rechte in Bonn, **Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts** von Gratian bis auf die Gegenwart. 3 Bde.

Erster Band. Einleitung. — Die Geschichte der Quellen und Literatur von Gratian bis auf Papst Gregor IX. gr. 8. 1875. 8 M. —

Zweiter Band. Die Geschichte der Quellen und Literatur von Papst Gregor IX. bis zum Concil von Trient. gr. 8. 1877. 20 M. —

Umpfenbach, Prof. Dr. K., **Lehrbuch der Finanzwissenschaft.** 2 Theile. gr. 8. geh. 7 M. 20.

Wächter, Dr. Oskar, **das Autorrecht** nach dem gemeinen deutschen Recht systematisch dargestellt. gr. 8. 1875. 9 M. 20.

— —, **das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, Photographien und gewerblichen Mustern.** Nach dem gemeinen deutschen Recht systematisch dargestellt. 8. 1877. 8 M. —

Warnkönig, Dr. A. L., **die staatsrechtliche Stellung der katholischen Kirche** in den katholischen Ländern des deutschen Reichs, besonders im achtzehnten Jahrhundert. Eine rechtsgeschichtliche und rechtsdogmengeschichtliche Abhandlung. gr. 8. geh. 4 M. —

Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart.

Entscheidungen
des
Reichs-Oberhandelsgerichts
herausgegeben von den
Räthen des Gerichtshofes.
Erschienen sind 22 Bände.
Preis per Band von 30 Bogen Oktav 6 Mark.

Der Gerichtssaal.
Zeitschrift für Strafrecht, Strafproceß, gerichtliche Medizin, Gefängnißkunde und ausländische Literatur.
Unter ständiger Mitwirkung von den Professoren **Berner** zu Berlin, **Hälschner** zu Bonn, **v. Holtzendorff** zu München, **Osenbrüggen** zu Zürich, **Seeger** zu Tübingen, sowie von Obertribunal-Director **v. Binder** zu Stuttgart, Oberstaatsanwalt **v. Buri** zu Darmstadt, k. k. wirkl. Geheimerath **v. Hye-Glunek** zu Wien, Rechtsanwalt **Stenglein** zu München herausgegeben
von
Dr. F. O. von Schwarze,
General-Staatsanwalt zu Dresden.
Erschienen sind 29 Bände.
Preis per Band von 40 Bogen Octav 12 Mark.

Zeitschrift
für das
Gesammte Handelsrecht.
Herausgegeben von
Dr. L. Goldschmidt,
Geh. Justizrath, ord. Professor der Rechte in Berlin,
Dr. Fr. von Hahn,
Kaiserl. Rath am Reichs-Oberhandelsgericht in Leipzig,
Dr. P. Laband,
ord. Professor der Rechte in Straßburg.
und
E. Sachs,
Rechtsanwalt beim Reichs-Oberhandelsgericht in Leipzig.
Erschienen sind 22 Bände.
Preis per Band von 40 Bogen 12 Mark.

Zeitschrift
für
vergleichende Rechtswissenschaft
herausgegeben von
Dr. Franz Bernhöft,
o. ö. Professor an der Universität Rostock.
Dr. Georg Cohn,
Docent an der Universität Heidelberg.
Erscheint vom Jahre 1878 an.
Preis per Band von 30 Bogen 12 Mark.

Druck von Gebrüder Kröner in Stuttgart.

I.

Ueber Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft.

Von

Bernhöft.

Lange Zeit haben die deutschen Juristen sich fast ausschliesslich mit den beiden Rechtssystemen beschäftigt, welche ein unmittelbares praktisches Interesse darbieten: mit dem römischen und dem deutschen. Selbst diese waren nicht immer streng von einander gesondert, sondern flossen in der Darstellung gewöhnlich unter dem Titel „gemeines Recht“ unterschiedslos zu Einer Masse zusammen, unter deren heterogenen Bestandtheilen das Deutsche nur sehr selten in seiner Eigenartigkeit zur Geltung kam. Die Gesetze der andern Staaten des Alterthums mochten geschichtliche, namentlich kulturgeschichtliche Bedeutung haben, in die eigentliche Rechtswissenschaft gehörten sie nicht, und auch die modernen fremden Rechte erschienen den meisten einheimischen Gelehrten als ein ebenso unfruchtbares wie unbeliebtes Studium.

Die starre Einseitigkeit, mit der man sich auf das bestehende Recht beschränkte, hat manche guten Früchte getragen; durch sie ward es namentlich möglich, die römischen Quellen nach allen Richtungen, im ganzen und im einzelnen,

zu bearbeiten, und so das äusserlich Rezipirte erst zum wahren geistigen Eigenthum der Nation zu machen. Gleichwohl konnte sie für die Dauer um so weniger genügen, je weiter die Lösung dieser Aufgabe vorschritt, und dabei ersichtlich wurde, dass die angenommene Methode bei vielen Vorzügen ungeeignet war, das Verständniss des vorhandenen Rechtsstoffes über ein gewisses Mass hinaus zu fördern. Die alten Streitfragen, welche meistens eine Geschichte von Jahrhunderten hatten, wurden immer wieder hervorgesucht, die alten Gründe, die oft schon in der Glossatorenzeit behauptet und bestritten worden waren, immer wieder in's Feld geführt, ohne dass sie dadurch an Ueberzeugungskraft gewonnen hätten. Es fehlte zwar nicht — und fehlt auch jetzt noch nicht an neuen fruchtbringenden Gedanken, aber keinem Scharfsinn war es möglich, die grossen Lücken der römischen Quellen zu ergänzen; und so unterlag mancher der Versuchung, zu phantastischen Vermutungen seine Zuflucht zu nehmen, wo die strenge Wissenschaft nur ein „non liquet" aussprechen durfte. Am schlimmsten stand es um die Rechtsphilosophie. Da man lediglich römisches und deutsches Recht kultivirte, so unternahm man die Feststellung des sogenannten Naturrechtes mit ebenso viel Aussicht auf Erfolg, als wenn man etwa auf die Kenntniss zweier Sprachen eine Sprachwissenschaft hätte gründen wollen. Häufig fiel dieser Zweig sogar solchen Philosophen anheim, welche keins der geltenden Rechte kannten, und deren Systeme in Ermangelung jeder festen Grundlage überhaupt keinen juristischen Wert beanspruchen durften.

Es ist daher nicht zufällig, wenn sich in unserm Jahrhundert ein lebhaftes Bestreben zeigt, die Grenzen der Rechtswissenschaft zu erweitern. Schon aus der ersten Hälfte desselben besitzen wir mehrere Darstellungen des attischen Prozesses, welche freilich trotz ihres anregenden Inhaltes ohne Nachfolger geblieben sind. Heute hält man skandinavisches Recht wegen der Streiflichter, welche es auf das verwandte deutsche wirft, — wenigstens für den Germanisten — für unentbehrlich, man

fängt sogar an, die alten indischen Gesetzbücher für juristische Untersuchungen zu verwerten, und dem Interesse für die Institutionen des modernen Auslandes entzieht sich in unsrer Zeit wohl niemand. Die Bewegung ist im Steigen, und die Zahl der Publikationen, welche der neuen Richtung folgen, mehrt sich von Jahr zu Jahr.

In der That haben gerade wir Deutsche Grund, uns zu dieser Aenderung Glück zu wünschen. Uns verspricht eine umfassendere Kenntniss fremder Rechte nicht nur eine Grundlage für eine wissenschaftliche Rechtsphilosophie zu werden und durch Vergleichung manchen dunklen Punkt der deutschen und römischen Rechtsgeschichte aufzuklären, sondern wir bedürfen ihrer namentlich zu dem wichtigen nationalen Werke, dessen Vollendung unsere Rechtswissenschaft gerade jetzt beschäftigt.

Die äussere und die innere Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland fällt nicht zusammen. Mit der ersteren — mag man ihre Vollendung in das fünfzehnte oder sechzehnte Jahrhundert setzen — steht nur fest, dass das römische Recht bei uns gilt, nicht, wie es gilt. Die Bestimmung, welche Institute bei uns rezipirt sind, die Anwendung der fremden Rechtssätze auf wesentlich verschiedene Lebensverhältnisse, die Einfügung deutscher Begriffe in das römische System, mit Einem Worte, die Verschmelzung deutschen und römischen Rechtes war die Aufgabe, an welcher die Jurisprudenz gerade von der formellen Rezeption an arbeitete. Vollzogen ist die Vereinigung noch keineswegs. Mag auch manches ungeeignete Institut aufgegeben, manche Lücke durch die Praxis ergänzt worden sein, mag auch oft genug der Gelehrte in die römischen Quellen durch Interpretation unbewusst seine deutschen Rechtsgedanken hineingetragen und jene dadurch für seine Nation anwendbarer gemacht haben, zu einem einheitlich gestalteten Gebilde ist das gemeine Recht trotzdem nicht geworden. Noch heute gelten kaptatorische letztwillige Verfügungen als nichtig, obgleich wir in dem reziproken Testament eine eminent

kaptatorische Verfügung zulassen; die Exceptionen sind nach der herrschenden Ansicht nicht zugleich mit dem römischen Verfahren beseitigt worden; und trotz der Möglichkeit, eine Erbschaft durch Stellvertreter zu erwerben, besteht für den Wahnsinnigen die provisorische bonorum possessio furiosi nomine fort. Noch heute pflegen in unsern Kollegien einzelne Regeln, die man als geltendes Recht vorträgt — z. B. von dem Uebergang der Gefahr auf den Käufer — von jüngeren Studirenden mit einer gewissen Sensation aufgenommen zu werden; erst der fortgeschrittene Schüler lernt es, sich mit ihnen zu befreunden und sie als etwas natürliches zu betrachten. Auch die partikularrechtlichen Kodifikationen, welche die Ausgleichung vollziehen und das nunmehr endgültig festgestellte Recht in einer dem Volke verständlichen Sprache wiedergeben sollten, konnten ihre Aufgabe nur auf einem kleineren Gebiete lösen. Wenn es sich daher jetzt um die Abfassung eines allgemeinen deutschen Gesetzbuches handelt, welches die letzte der Kodifikationen sein soll, so ist es wohl angezeigt, die beiden Rechte, welche in ihm verschmolzen werden sollen, nach Aehnlichkeit und Verschiedenheit nochmals gründlich zu untersuchen, und zugleich im Auslande sorgfältige Umschau zu halten, um fremde Vorzüge nachahmen, fremde Fehler vermeiden zu lernen.

Allerdings wird eine blosse statische Zusammenstellung der Einrichtungen der verschiedenen Staaten keinen dieser Zwecke wesentlich fördern. Wie die vergleichende Sprachwissenschaft nach festen Regeln für die Erscheinungen auf dem Gebiet der Sprache sucht und das Aufzeichnen von Thatsachen nur noch als Mittel für diesen Zweck betrachtet, so kann auch das letzte Ziel der vergleichenden Rechtswissenschaft nur sein, allgemeine Gesetze für die Entwicklung des Rechts zu finden und auf die Geschichte der einzelnen Nationen anzuwenden. Wenn man bisher die Bedeutung und Entwicklung eines Institutes in Einem Systeme verfolgte, so gilt es jetzt, die Verkörperung derselben Idee in den Gesetzen ver-

schiedener Völker, oft auch die Uebertragung der Idee von Volk zu Volk nachzuweisen. An manchem Irrthum, manchem misslungenen Versuche wird es vielleicht der neuen Richtung nicht fehlen; sind doch schon unter den jetzt vorliegenden Geisteserzeugnissen nicht alle geeignet, zum Weiterschreiten auf dem betretenen Pfade zu ermutigen. Aber auch andern Wissenschaften ist diese Periode des Schwankens nicht erspart worden, und gerade die Jurisprudenz darf um so mehr auf einen günstigen Erfolg rechnen, als sie nicht ungerüstet an die grosse Aufgabe herantritt. Denn sie hat in ihrer bisherigen Selbstbeschränkung ihr kleineres Gebiet vollständig beherrschen gelernt und eine Methode geschaffen, welche in ihren Grundzügen, auch wenn die Grenzen jenes Gebietes erweitert werden, als massgebend zu betrachten ist.

Die Analogieen in den Institutionen verschiedener Staaten lassen sich auf drei Gründe zurückführen: gemeinsamen Ursprung, Uebertragung und Aehnlichkeit der Lebensverhältnisse.

Man hat häufig die Bemerkung gemacht, dass sich bei Römern und Germanen gleiche Satzungen und Anschauungen wiederholen, deren Aehnlichkeit nicht auf Rezeption zurückgeführt werden kann, zugleich aber zu sehr in's einzelne geht, als dass man sie bei zwei Völkern von so verschiedener Bildungsstufe für zufällig erklären dürfte. Entsprechende Analogieen finden sich, wenn man darauf hin weiter forscht, auch bei den andern indogermanischen Stämmen: nicht nur bei den Skandinaviern, wo man sie wegen der nahen Verwandtschaft mit den Deutschen nicht auffallend finden kann, sondern auch bei den Griechen, den Slaven und sogar bei den Indern, bei welchen der Gedanke an eine Uebertragung vollends ausgeschlossen ist. Es bleibt dafür nur Eine Erklärung: dass jene Gemeinsamkeit der Ideen auf Urverwandtschaft beruht, wie der Sprachforscher sagen würde, dass also das indogermanische Urvolk, als es sich in seine einzelnen Zweige spaltete, auf die sich loslösenden Stämme gewisse Anschauungen vererbte, welche von jenen allerdings selbständig fortgebildet worden sind, aber selbst

in der veränderten Form ihren gemeinsamen Ursprung nicht verleugnen [1]).

Ein Recht, welches durch staatliche Hülfe erzwingbar war, hat das indogermanische Urvolk freilich noch nicht gehabt, ein solches konnte es daher auch nicht übertragen. Es gab keine bestimmt gefassten Satzungen, keine ständigen Richter, kein Rechtsverfahren, überhaupt keine Behörde, welche befugt und verbunden war, einen begründeten Anspruch anzuerkennen und durch Gewalt gegen den Widerwilligen zur Geltung zu bringen. Die Durchführung des Rechtes hing lediglich von der Selbsthülfe ab, und ein anderer als der Betheiligte hatte keine Pflicht — weder eine juristische noch eine moralische — dabei mitzuwirken. So war der Zustand zur Zeit Homers bei den Griechen, so stellen ihn noch in viel späterer Zeit die nordischen Sagen dar.

Die Gesänge Homers geben nicht nur von dem täglichen Leben der damaligen Zeit bis in alle Einzelheiten, ja bis zu den üblichen Höflichkeitsformeln Kunde, sondern schildern uns auch die sittlichen Grundideen und das Staatsleben, soweit überhaupt schon davon die Rede sein konnte, in derselben anschaulichen Weise. Schon wurden gewisse Handlungen als Verbrechen angesehen, namentlich Mord und Raub, welche in den Zeiten beginnender Kultur zuerst geahndet zu werden pflegen, aber sie erzeugten nur ein Recht zur Rache. Die Menschen bildeten damals noch keine rechtliche oder sittliche Gemeinschaft im heutigen Sinne. Telemach nahm keinen Anstand, einen landflüchtigen Mörder der Blutrache zu entziehen, obgleich er nicht einmal seine Beweggründe zum Morde kannte [2]), und Odysseus hielt es als hülfesuchender Fremdling nicht für bedenklich, in einer erdichteten Erzählung seiner Lebensschicksale anzugeben, dass er einen Mord aus

---

[1]) Vgl. hierzu Leist: Die realen Grundlagen und Stoffe des Rechts. S. 25.

[2]) Odyss. 15, 271 ff.

Rache begangen und deshalb sein Vaterland verlassen habe [3]). Von Verträgen finden sich nur wenige Spuren, und es kann kaum einem Zweifel unterliegen, dass ihre Erfüllung lediglich auf Treu und Glauben beruhte [4]). Bei besonders schlimmen Vergehen gegen einen Genossen schritt wohl das Volk ein, aber nicht als Gesammtheit in einem geordneten Verfahren, sondern als ein regelloser Menschenhaufe, der einen Verletzten bei der Selbsthülfe unterstützte. Auch das geschah nur ausnahmsweise. Das Schalten der Freier in dem Hause des Odysseus war gewiss, wie wir aus vielen Stellen der Odyssee sehen, zu einem allgemeinen Aergernisse geworden. In der That machte Telemach den Versuch, die Ithakesier zum Auftreten gegen sie zu bewegen [5]). Er stellte es sogar als eine Art sittlicher Pflicht dar, indem er an den guten Ruf des Stammes bei den umwohnenden Griechen mahnte, ein Seher weissagte die Rückkehr und Rache des Odysseus, Mentor erinnerte an dessen milde und gerechte Herrschaft, aber die Freier erklärten, dass sie ihr bisheriges Treiben unbekümmert fortsetzen würden, und schliesslich lief das Volk auseinander, ohne dass etwas geschehen wäre. Als später Odysseus die Freier ermordet hatte, vereinigten sich die Ithakesier wieder zu einer Volksversammlung, um über die Rache an ihm zu beraten; es wurde dafür und dawider gesprochen, die Mehrheit stand endlich von jeder Feindseligkeit ab, sei es, weil sie die Tödtung für berechtigt hielt, oder weil sie, wie in dem Falle des Telemach, kein hinreichendes Interesse zu haben glaubte; die Minderheit zog dagegen zum Kampfe aus, wurde aber geschlagen [6]). Ob also das Volk einschritt, hing von seinem freien Belieben, nicht von einer rechtlichen Erwägung ab, und die Ansicht der Mehrheit band nicht die Minderheit. Es wurde

---

[3]) Odyss. 13, 256 ff.
[4]) Z. B. Odyss. 2, 382 ff.
[5]) Odyss. 2, 1 ff.
[6]) Odyss. 24, 420 ff.

auch kein eigentlicher Beschluss gefasst, jeder that, was sein Interesse oder sein Rechtsgefühl ihm riet, und wozu er die Macht zu haben vermeinte. Allerdings ist von Aeltesten die Rede, welche Streitigkeiten entschieden, aber sie waren mehr Vermittler als Richter. Hephaistos hatte sie auf dem Schilde des Achilles abgebildet, wie sie im Kreise auf dem Markte sassen und über eine Mordsühne Recht sprachen. Das dichtgedrängte Volk, welches von Herolden zurückgehalten wurde, nahm Partei, und jedem der Streitenden erschollen von seinen Anhängern beistimmende Rufe. Die Greise sprachen nach einander, auch ihre Meinungen waren getheilt; „in der Mitte aber," fügt Homer hinzu, „lagen zwei Talente Gold, für den bestimmt, welcher von ihnen am richtigsten Recht sprechen würde (*δίκην ἰθύνταται εἴποι*) [7])." Wer über die Richtigkeit der Urtheile entschied, erfahren wir nicht. Es kam wohl darauf an, einen Spruch zu finden, welcher beide Parteien befriedigte oder wenigstens den Beifall der Menge in so hohem Masse erhielt, dass der Verurtheilte es nicht wagte, sich zu widersetzen. Etwas mehr befestigt war der Rechtszustand zur Zeit Hesiods. Die Könige erscheinen als ordentliche Richter. Obgleich es ihre Hauptaufgabe war, Streitigkeiten vermittelnd beizulegen (*ῥηϊδίως μαλακοῖσι παραιφάμενοι ἐπέεσσιν*) [8]), können sie doch nicht ganz ohne Zwangsgewalt gewesen sein. Hesiod selbst hatte mit der damaligen Justiz sehr traurige Erfahrungen gemacht, denn sein Bruder Perseus setzte in einem Erbtheilungsprozesse mit Hülfe der Könige einen nach der Schilderung des Verurtheilten sehr ungerechtfertigten Anspruch durch. Dass dieser nicht in der Stimmung war, sich gutwillig zu fügen, beweisen seine Auslassungen zur Genüge, er muss also gezwungen worden sein; auch wäre die Erbitterung, mit der er von dem „krummen Recht (*σκόλιαι δίκαι*)" spricht, über die Entscheidung eines blossen Vermittlers, von der man abgehen

---

[7]) Homer Ilias 18, 497 ff.

[8]) Hesiod Theog. 90.

durfte, kaum begründet gewesen [9]). Jedenfalls war das moralische Ansehen der königlichen Urtheile bereits so gross, dass man ihnen nicht leicht trotzen konnte, vielleicht sorgten die Könige auch selbst für ihre Ausführung, indem sie den siegreichen Kläger bei der Selbsthülfe unterstützten.

Ein ähnliches Bild geben die alten nordischen Sagen. Die Selbsthülfe in ihrer schroffsten Form, nämlich als Rache, stand im Vordergrunde. So gering der Einfluss der Gesammtheit war, so finden sich doch Fälle, in denen die öffentliche Meinung oder das eigene Rechtsgefühl den Verbrecher zur freiwilligen Sühnung bewogen. Auch Schiedrichter wurden häufig bestellt, um Streitigkeiten zu schlichten und so den Kampf zwischen Verletzer und Verletztem zu vermeiden [10]). Das Urtheil der berufenen Urtheiler hatte noch in den ältesten germanischen Volksrechten keine unbedingt bindende Kraft. Jede Partei, welche sich dadurch benachtheiligt glaubte, konnte es schelten; und wenn niemand von dieser Befugniss Gebrauch machte, bedurfte es immer noch der Vollbort, d. h. der Bestätigung durch das versammelte Volk. Bei Einstimmigkeit erfolgte diese durch Waffengetöse, bei Uneinigkeit entschied nach einer weit verbreiteten Ansicht die Mehrzahl. Der Einfluss der Gemeindegenossen, welcher bei den Griechen zur Zeit Homers noch ungeregelt war, hatte also eine bestimmte Form erhalten. Die Beachtung aller dieser Voraussetzungen machte das Urtheil aber nur dann direct vollstreckbar, wenn der Verurtheilte seine Erfüllung ausdrücklich angelobte; that er das nicht, so erfolgte meist kein gewaltsames Einschreiten gegen ihn oder sein Vermögen von Gemeinde wegen, und man konnte in einer Reihe von Fällen lediglich einen mittelbaren Zwang gegen ihn üben, indem man ihn für friedlos erklärte.

Wenn es vor der Trennung der indogermanischen Stämme noch kein staatlich geschütztes Recht gab, so nahm doch jedes

---

[9]) Hesiod Theog. 83 ff. Ἔργα καὶ ἡμέραι 27 ff. 219 ff. 260 ff.

[10]) S. hierüber namentlich Wilda, das Strafrecht der Germanen, S. 156 ff.

Volk gewisse Grundbegriffe von juristischem Gehalt, gewisse Sitten und Anschauungen in die neue Heimat mit, aus welchen sich später sein Recht entwickelte; und noch heute bezeugt die vergleichende Sprachwissenschaft den gemeinsamen Ursprung dieser Ideen [11]). Freilich darf man die Wichtigkeit etymologischer Ableitungen nicht überschätzen. Der Nachweis, dass ein Wort von einer ursprachlichen Wurzel stammt, hat für sich allein nur philologischen, keinen juristischen Wert. Auch wenn mehrere Sprachen aus derselben Wurzel Bezeichnungen für ähnliche Rechtsbegriffe bilden, darf man nicht immer annehmen, dass jene Wurzel schon bei dem Urvolke einen juristischen Sinn hatte. Denn oft liegen diese Ableitungen so nahe, dass sie sich gar wohl unabhängig von einander bei verschiedenen Völkern bilden konnten. Wenn aber endlich nach Ausweis der Sprachwissenschaft bei mehreren indogermanischen Stämmen gewisse Rechtsausdrücke einander genau entsprechen, nicht nur bezüglich der Wurzel, sondern auch in Präfixen und Suffixen, so ist es als ziemlich sicher zu betrachten, dass schon die Ursprache ein Wort von ähnlicher Bedeutung gekannt hat.

Man kann also kein grosses Gewicht darauf legen, wenn häufig von einer Wurzel, welche „setzen“ bedeutet, und im Sanskrit dhâ (praes. dadhâmi), im Griechischen τίθημι lautet, eine Bezeichnung für „Recht, Gesetz“ gebildet wird. Dieselbe

---

[11]) Da ich mich möglichst auf solche Rechtsausdrücke beschränkt habe, deren Ableitungen bei den Philologen nicht mehr als zweifelhaft angesehen zu werden pflegen, so führe ich für die einzelnen Etymologieen keine Quellen an, sondern verweise im allgemeinen auf Pictet »les origines indo-européennes« Bd. II S. 409 ff, Förstemann »Geschichte des deutschen Sprachstammes«, Fick »Vergleichendes Wörterbuch der indogermanischen Sprachen«, sowie auch Pott »Etymologische Forschungen auf dem Gebiete der indogermanischen Sprachen«, wo sie sich sämmtlich finden. In vielen Punkten verdanke ich hier meinen Freunden Prof. Kuhn in München und Prof. Osthoff in Heidelberg wertvolle Unterstützung und will nicht verfehlen, an dieser Stelle meinen herzlichen Dank dafür zu wiederholen.

heisst im Griechischen θέμις, im Gothischen dôms, ähnlich in andern germanischen Dialekten. Im Sanskrit hat dhâman unter manchen sonstigen Bedeutungen auch die des Rechts. Die Zendsprache bildet von derselben Wurzel mit einem ganz andern Suffixe dâtam. Im Althochdeutschen heisst tuom Urtheil.

Es fehlt dafür nicht an Ableitungen, welche zu einer sicheren Grundlage für juristische Schlüsse gemacht werden dürfen. Dem Urvolke waren schon Häuptlinge bekannt, deren Name im Sanskrit zu râjan [12]), im Lateinischen zu rex, im Altpreussischen zu reik und im Gothischen zu reiks geworden ist. Das lateinische Zeitwort regno entspricht durchaus dem gothischen reikinô. Ein gemeinsamer Ausdruck für Sitte ist svadhâ im Sanskrit, griechisch ἦθος, gothisch sidus; für Gesetz lex im Lateinischen, angelsächsisch lagu, altnordisch lög. Auf die Ehe bezieht sich im Sanskrit pati, griechisch πόσις, lithauisch pats. Wenn im Lateinischen manus nicht nur die Hand, sondern auch ein rechtliches Gewaltverhältniss bezeichnet, so scheint es schon in der Ursprache beide Bedeutungen gehabt zu haben, denn das verwandte deutsche Wort hat sie — wenn auch bei verschiedenen Stämmen — ebenfalls behalten: im Altnordischen heisst mund Hand, im Althochdeutschen munt Gewaltverhältniss.

Auch Ausdrücke mit speziell juristischer, sogar prozessualischer Bedeutung führen auf die Ursprache zurück, ein deutliches Zeichen, dass die allerersten Anfänge eines Rechtsverfahrens — aber freilich auch nur diese — damals schon vorhanden gewesen sein müssen. Das lateinische sons (schuldig) mit den zugehörigen Worten insons und sonticus findet sich in dem altnordischen sannr wieder, welches die Bedeutungen von sons und uerus vereinigt, und dem lateinischen insons ent-

---

[12]) j und c bezeichnen das palatale g und k, so dass j dem italienischen g, c dem italienischen c vor e und i entspricht. Ein folgendes h bedeutet stets die Aspiration. Y hat die Aussprache des englischen y.

sprechend úsannr bildet [13]). Ferner ist κρίνω und cerno identisch. Bei andern Ableitungen mag es zweifelhaft sein, ob sie mit Sicherheit auf einen Rechtsbegriff bei dem Urvolke schliessen lassen, jedenfalls beweisen sie eine merkwürdige Verwandtschaft in den Anschauungen der indogermanischen Völker. Im Sanskrit heisst sâdhu „richtig, gerade", sowohl vom Wege wie vom Urtheil und ähnliche Bedeutungen vereinigt das entsprechende germanische gesund. Das griechische ἰθύς, εὐθύς, ἡ ἰθεία(sc. δίκη), welches auf dieselbe Wurzel zurückgeht, hat auch die juristische Bedeutung genau bewahrt, und zwar gerade bei den ältesten Schriftstellern, Homer und Hesiod. Im Altbulgarischen heisst sandu Gericht und sandij Richter. In derselben Weise entspricht sich ṛju im Sanskrit, rectus im Lateinischen und recht im Neuhochdeutschen. Ferner findet sich das Wort diç, welches im Sanskrit „zeigen, weisen, als Zeugen anführen" bedeutet, im Griechischen δίκη, im Gothischen teihan, hochdeutsch zeihen, sowie ausserdem in vertügen (überführen) und Verzicht wieder.

Die Gemeinsamkeit der Grundbegriffe führt gewisse Analogieen in dem älteren Rechte der indogermanischen Völker mit sich. Auf dem Gebiete des Familien- und Erbrechts sind dieselben schon vielfach, so erst kürzlich wieder von Leist [14]) zum Gegenstande eingehender Untersuchungen gemacht worden; sie treten aber auch im Vermögensrechte überall da deutlich hervor, wo die Quellen so weit zurückreichen, dass wir auf

---

[13]) Sons ist zuerst von Clemm »Beitr. z. griech. u. lat. Etymologie«, Curtius »Studien« III. S. 328 ff. als ein uraltes Participium von esse erklärt, dem im Sanskrit sant (seiend) entspricht, und das sich in etwas anderer Form auch noch in den Participien der Composita von esse findet, z. B. praesens, absens. Im Uebrigen vgl. Bugge in Curtius' »Studien« IV, S. 203 ff.

[14]) Leist a. a. O. namentlich S. 32 ff. Rossbach »Untersuchungen über die römische Ehe«; u. A. vgl. Weber in Webers »Indischen Studien«, Bd. V, S. 177 ff. und Haas ebend. S. 267.

den Rechtszustand, welcher der Staatenbildung vorherging, mit einiger Sicherheit schliessen können.

Der ursprüngliche Prozess der indogermanischen Stämme beruht auf der Selbsthülfe. Die ältesten Quellen deuten, wie wir gesehen haben, ihrerseits auf einen Zustand zurück, in welchem jeder durch eigene Macht, nach Umständen durch Kampf, seinen Anspruch durchsetzen musste, und die Hülfe der Volksgenossen nur ausnahmsweise hinzutrat. Gleichwohl fehlte jener Zeit nicht jedes Rechtsbewusstsein. Unbestimmte Vorstellungen von der Rache höherer Wesen knüpften sich an den Begriff des Verbrechens, und wo die geheimnissvolle Furcht vor der Ahndung der Götter nicht ausreichte, da mochte die bestimmtere Furcht vor dem Verletzten und dessen Freunden, bisweilen auch vor der Missbilligung und dem Misstrauen der andern Gemeindemitglieder oft wirksam genug sein, um den Frevel zu hindern. Deshalb theilte schon zu den Zeiten Homers der Grieche die Menschen in gesittete, welche Rechtssatzungen (θέμιστες) und Volksversammlungen kannten, und in einem dauernden — wenn auch noch so losen — Zusammenhange standen, und in rechtlose (ἀθέμιστοι), welche einsam auf Bergesgipfeln hausten und unbekümmert um einander nur mit ihren nächsten Familiengenossen Gemeinschaft pflegten [15]).

Auf jener Grundlage entwickelte jeder Stamm selbständig sein Recht. Den Indern erlaubte noch das Gesetzbuch des Manu die Selbsthülfe in jeder Form [16]): durch welche Mittel auch der Gläubiger sein Gut erhalten kann, heisst es, durch solche Mittel mag er gewaltsam den Schuldner zur Zahlung zwingen. In andern Bestimmungen wurde ausdrücklich vorgesehen, dass der König die Anwendung derartiger Massregeln niemals bestrafen, sondern vielmehr von dem Schuldner, welcher sich über sie beschwerte, eine Geldstrafe von einem Viertel der Schuld eintreiben sollte. Mit der Ausbildung der

---

[15]) Homer Odyss. 5, 105 ff.

[16]) Manu 8, 47—50, 176. Yâjn. 2, 42.

Königsgewalt trat die Befugniss zu klagen diesen Mitteln gewissermassen unabhängig zur Seite, ohne jedoch als ein selbsverständlicher Ausfluss des Anspruches angesehen zu werden. Es ist charakteristisch, dass nach Yâjñavalkya, welcher bedeutend jünger als das Gesetzbuch des Mann ist, nicht nur der säumige Schuldner, sondern auch der Gläubiger, welchem der König zu seinem Rechte verhalf, eine Abgabe — und zwar jener 10 %, dieser 5 % der geschuldeten Summe — bezahlen musste. Man war zunächst auf sich selbst angewiesen, und wenn man den König anrief, so erschien es billig, dass man ihm seine Bemühung vergütete. Als daher die Wissenschaft die zulässigen Mittel einzeln aufzählte, setzte sie die Klage mitten unter die Arten der Selbsthülfe und unterschied fünf Möglichkeiten, die Befriedigung eines Anspruches zu erreichen: durch Recht, d. h. auf gütlichem Wege; durch Gericht; durch List; durch Wegnahme von Kindern des Schuldners, was man schlechtweg als das „herkömmliche (âcarita)" Zwangsmittel bezeichnete; und endlich durch Gewalt.

Bei den Griechen fehlen uns für die Uebergangszeit zu geordneten Zuständen genauere Nachrichten, denn die Schilderungen Hesiods geben kein deutliches Bild. In Athen durfte bis zu Solon der Gläubiger sich an die Person seines Schuldners halten und diesen verkaufen, wenn er nicht befriedigt wurde [17]). Nachdem das aufgehoben war, blieb nur die Pfändung von Vermögensstücken des Schuldners übrig. Diese war auch zur Zeit der grossen Redner namentlich bei gerichtlich zugesprochenen Forderungen noch in ihrem vollen Umfange zulässig und wurde gegen Widersetzlichkeit des Verurtheilten durch eine öffentliche Strafklage (δίκη ἐξούλης) geschützt. Oft begleiteten die Demarchen den Gläubiger bei der Ausübung seines Pfändungsrechtes, sei es zur Aufsicht oder zur Unterstützung.

---

[17]) Plutarch Solon cap. 13.

Für das römische Recht hat die Eigenmacht eine doppelte Bedeutung behalten: theils bestand sie in gewissen Schranken weiter fort, theils wurde sie die Grundlage für die Bildung eigenthümlicher prozessualischer Formen. In älterer Zeit blieben die Hauptarten der Selbsthülfe in den beiden legis actiones bestehen, welche überhaupt das alterthümlichste Gepräge tragen: die manus iniectio richtete sich gegen die Person des Schuldners, die pignoris capio gegen sein Vermögen. Die mildere Vorladung vor Gericht war nur eine abgeschwächte Form der manus iniectio; ihre eigentliche Natur zeigte sie darin, dass sie sich bei dem Widerstande des Schuldners sofort in diese verwandelte, wie sie denn noch nach späterem Rechte gegen Respektspersonen nur mit Erlaubniss des Prätors vorgenommen werden durfte. Die Neuerung gegenüber den Urzuständen lag also zunächst darin, dass ähnlich wie bei den Indern die zulässigen Arten der Selbsthülfe festgestellt wurden, um auf diese Weise der schrankenlosen Willkür des Gläubigers zu steuern. Man ging aber noch einen Schritt weiter, indem man das Anwendungsgebiet der Eigenmacht in den zwölf Tafeln beschränkte: das der manus iniectio auf Urtheilsschulden, von denen es später wieder etwas ausgedehnt wurde, das der pignoris capio auf gewisse Verbindlichkeiten, welche einen sacralen oder publicistischen Charakter hatten. Dieser rechtmässigen Gewalt gegenüber war die Vertheidigung in bestimmten Grenzen möglich, über dieselben hinaus aber verboten; bisweilen, namentlich bei Urtheilsschulden, stand sie nicht dem Verklagten selbst, sondern nur dritten Personen zu. Jede rechtmässige Vertheidigung hemmte das eigenmächtige Vorgehen des Klägers und führte zur Einleitung eines ordentlichen Prozesses. Wenn die Klage durchdrang, so entstand dadurch ein neuer Anspruch, welcher in derselben Weise wie das eingeklagte Recht, also durch Selbsthülfe geltend gemacht werden musste. Nunmehr lag aber stets ein Fall vor, in welchem die Vertheidigung nur von dritten Personen ausgehen konnte; fanden sich solche, so kam es auch jetzt wieder zu einem Prozesse, in welchem die

Verurtheilung indessen auf's Doppelte der Schuld lautete, und ausserdem zugleich die unrechtmässigen Vertheidiger des Verklagten persönlich für die Schuld haftbar wurden. Zum dritten und vierten Male wäre freilich eine Vertheidigung ebenfalls noch denkbar gewesen, aber da jedesmal die Schuld auf's Doppelte wuchs und von neuen zahlungsfähigen Personen mit übernommen werden musste, so kam es nie dazu. Sobald einer der Verhafteten nicht mehr in der angegebenen Weise vertheidigt wurde und dennoch nicht zahlte, verfiel seine Person dem Gläubiger, der ihn nach den bekannten Förmlichkeiten beliebig tödten, in's Ausland als Sklaven verkaufen oder in Rom zur Abarbeitung der Schuld zwingen durfte. Diese Befugnisse wurden im fünften Jahrhundert der Stadt durch die lex Poetelia etwas gemildert; auch führte das prätorische Edict eine Exekution gegen das Vermögen ein, die ursprünglich nur bei Abwesenheit des Schuldners Platz griff, übrigens ebenfalls auf der Selbsthülfe beruhte. Im wesentlichen blieb jenes Zwangsverfahren bis in die Kaiserzeit hinein das regelmässige. Der republikanische Beamte hatte freilich die Befugniss zu pfänden und machte von ihr bei Staatsforderungen Gebrauch, hielt es aber unter seiner Würde, sich zur Vollstreckung von Privatansprüchen herzugeben.

Bei Eigenthumsstreitigkeiten verwandelte sich die ernstliche Gewalt unter dem Einflusse gesitteterer Zeiten in eine scheinbare und blieb in dieser Gestalt ebenfalls bis in die Kaiserzeit hinein. Denn wenn in dem alten Vindicationsverfahren die Knüttel (festucae, gewöhnlich euphemistisch mit Stab übersetzt) unumgänglich notwendig waren, so hatten sie sicher ursprünglich einen ganz andern Zweck, als wie uns Gajus glauben machen will [18]), zum Sinnbild quiritarischen Eigenthums zu dienen. In ältester Zeit versuchte der Kläger seine angebliche Sache mit Gewalt in Besitz zu nehmen, und wenn der Verklagte sich dagegen wehrte, so kam es zum

[18]) Gai. 4, 16.

Kampf, bei dem die Knüttel wohl zu brauchen waren. Später trat der König unter die Streitenden, gebot kraft seiner Amtsgewalt mit den Worten „mittite ambo rem“ Frieden und ordnete dann eine Entscheidung über die Rechtsfrage an. Das wurde regelmässig, ja die Parteien begaben sich, wo es anging — nämlich bei beweglichen Sachen —, absichtlich auf den Markt, um dort ihren Streit zu beginnen und den anwesenden Beamten zum Einschreiten zu veranlassen. Zu Grundstücken musste dieser lange Zeit selbst hingehen, bis man auf den Ausweg verfiel, sie durch eine Scholle repräsentiren zu lassen. Als die Römer schliesslich den Rechtsgang feststellten, behielten sie mit ihrem eigenen Sinn für Formen sowohl jenen Streit wie den Friedensbefehl des Beamten bei, obgleich natürlich niemand mehr an einen wirklichen Kampf dachte. Aber immer noch erinnerten Worte wie uindex, uindicare, manus conserere trotz ihrer jetzigen friedlichen Bedeutung an den früheren Rechtszustand.

Wenn die Inder unabhängig von der Selbsthülfe eine Klage einführten, die Römer der Eigenmacht Grenzen setzten und den Schein der Gewalt ausserdem als prozessualische Form verwerteten, so behielten die Germanen den ernstlichen Kampf bei und machten von ihm die Entscheidung abhängig. Bei allen grösseren Vergehen stand nach altem nordischen und germanischen Rechte dem Verletzten die unbeschränkte Selbsthülfe durch Fehde offen, ausnahmsweise war sie sogar das einzige Mittel Sühnung zu erzwingen. In wie weit die eigenmächtige Pfändung ursprünglich bei Forderungen von privatrechtlichem Charakter zulässig war, ist bestritten; jedenfalls drängte der Zug der Zeit dahin, sie in gerichtliche Form zu bringen. Das langobardische Recht gestattete noch, sie für kundliche Schulden auf eigne Hand vorzunehmen, bei andern Völkern wurde sie an richterliche Erlaubniss geknüpft, die lex Saxonum verbot sie ganz. Die Pfändung sollte jetzt von dem Richter vollstreckt werden. Gleichwohl war dieser nichts als der Vertreter des Klägers, der ihn dazu aufforderte und

ihm für die Rechtmässigkeit seines Einschreitens bürgte [19]). Wenn der Verklagte die Forderung nicht anerkannte, so trat er nach ripuarischem Recht mit dem gezückten Schwerte in die Thür und legte es auf die Schwelle nieder. Aehnlich wie im römischen Recht mussten die Pfändenden jetzt abstehen, und es kam zum Prozess. Aber auch hier hing in letzter Linie die Entscheidung vom Zweikampfe ab, welcher in allen wichtigeren Sachen zulässig war und zur Vermeidung des Zeugenbeweises stets durch „kampflichen Gruss" herbeigeführt werden konnte. Nach unsern Anschauungen bietet ein solches Verfahren sehr geringe Gewähr gegen Rechtsverletzungen. Die Germanen sahen jedoch schon in heidnischer Zeit den Ausgang des Kampfes als ein Urtheil der Götter an, die dem Redlichen Sieg verliehen und dadurch zugleich Recht und Unrecht feststellten. So beschränkte man sich denn zunächst darauf, die Sitte zum Recht zu machen und dem Kampf, der den Charakter eines Ordals annahm, bestimmte Formen zu geben, um jede Partei gegen unerlaubte Mittel der andern zu sichern.

Einen ausgebildeten Eigenthumsbegriff haben die Indogermanen noch nicht gekannt, wenigstens lässt sich in den verschiedenen Sprachen keine gemeinsame Bezeichnung für „Eigenthum" oder „Eigenthümer" nachweisen. Indessen hatte doch schon das Verhältniss der Person zu der Sache, die in ihrer thatsächlichen Gewalt stand, eine juristische Bedeutung erlangt, welche auch nach Beendigung jener Gewalt fortdauern konnte. Dieses Verhältniss ist freilich bei weitem nicht so entwickelt wie das römische Eigenthum und wird vielleicht am besten mit der deutschen Gewere verglichen, mit der das dingliche Recht der Inder, wie es im Gesetzbuch des Manu ausgebildet ist, grosse Aehnlichkeit hat. Bezeichnet wurde es durch keine besonderen Ausdrücke, sondern nur durch Für-

---

[19]) S. Siegel »Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens« S. 247 f. sowie Sohm »Der Prozess der lex Salica« S. 5, obwohl er im übrigen andrer Ansicht ist.

wörter. Das römische Eigenthum, welches ihm auf seiner ältesten Entwicklungsstufe noch viel näher gestanden zu haben scheint, als später, wird in den Klageformularen der legis actiones ebenfalls lediglich durch die Worte hanc rem meam esse umschrieben, welche später den Zusatz ex iure Quiritium erhielten. Die Bezeichnungen dominus und dominium müssen in der Rechtssprache jünger sein. Auch das älteste russische Gesetzbuch, die Pravda Jaroslav's, aus dem elften Jahrhundert stammend, führt bei der Behauptung streitigen Eigenthums die Worte des Klägers an: „es ist meines“ [20]); im Gesetzbuch des Manu spricht der Eigenthümer einer verlorenen Sache mamedam, d. h. „das ist mein“, und an einer andern Stelle mamâyam, d. h. „dieser ist mein“ [21]); und wenn man auch wohl nicht an eine Formel denken darf, welche als solche, d. h. als juristisch notwendiger Ausdruck, schon bei dem Urvolke vorhanden war, so deutet doch das „meum esse“ der Römer und die entsprechenden Worte der Inder und Russen auf eine Zeit, wo es noch keinen abstrakten Eigenthumsbegriff gab. Auch das Deutsche ging von derselben Anschauung aus, indem es seine Bezeichnung für „eigen“ von dem besitzanzeigenden Fürwort der dritten Person bildete, so dass sie im Gothischen svês, im Althochdeutschen suuâs, im Angelsächsischen swaes lautete.

Das Urvolk unterschied bereits, ob das Recht an der Sache auf einen andern übertragen, oder ob es nur thatsächlich durch einen Unberechtigten gestört wurde. An Ausdrücken für „Diebstahl“ scheint es sehr reich gewesen zu sein. Das griechische κλέπτης entspricht genau dem gothischen hliftus. Das Zeitwort lautete im Griechischen κλέπτω, im Gothischen hlifa, im Lateinischen clepo, während im Lithauischen szlepiu „verbergen“ heisst. Eine andere ursprachliche Bezeichnung ist im Sanskrit zu cora, im Griechischen zu φώρ, im

---

[20]) Pravda cap. XIII. Ich benutze hier und im Folgenden die Uebersetzung, welche Ewers »das älteste Recht der Russen« S. 264 ff. giebt.

[21]) Manu 8, 31. 35.

Lateinischen zu fur geworden, eine Zusammenstellung, die freilich nicht von allen Sprachforschern gebilligt wird. Ferner sind gothisch stila und griechisch στερέω; gothisch vilva, griechisch εἶλον und lateinisch vello; endlich neuhochdeutsch raffe, lateinisch rapio und griechisch ἁρπ(άζω) gleichzusetzen, obgleich die juristische Bedeutung der Wurzeln für die Ursprache in Zweifel gezogen werden kann. Feinere Unterschiede hat man bei der Aneignung fremder Sachen noch nicht gemacht. Es ist bekannt, wie weit die Römer den Begriff des furtum ausdehnen mussten, um alle strafbaren Fälle treffen zu können, und dieselbe Erscheinung bietet uns auch das indische Recht dar. Erst die spätere römische Wissenschaft unterschied furtum rei, usus und possessionis, und der Begriff der Unterschlagung gehört ausschliesslich dem modernen Rechte an.

Etwas weiter war man bei der freiwilligen Uebertragung gelangt. Im Sanskrit entspricht die Wurzel dâ mit dem Präsens dadâmi dem griechischen δίδωμι und dem lateinischen dare, im Deutschen ist das entsprechende Wort dôn (thun), welches in niederdeutschen Dialekten noch die Bedeutung „leihen" behalten hat. Zwei Hauptarten der Uebertragung giebt es, aus Freigebigkeit und gegen Entgelt, Schenkung und Kauf. Beide kannte bereits das Urvolk. Dâna im Sanskrit ist donum im Lateinischen, dán im Altirischen, dūnis im Lithauischen und danĭ im Altslavischen; ferner dâthra in der Zendsprache, δόσις im Griechischen, dos im Lateinischen mit etwas modifizirter Bedeutung, dûtis im Lithauischen. Für den Kauf ist die Wurzel des Sanskrit krî, im Griechischen zu πρίαμαι, im Irischen zu ciuraim geworden, während das angelsächsische hŷran (heuern) „mieten" bedeutet. Das von krî abgeleitete krînâmi entspricht dem griechischen πέρνημι und der altirischen Wurzel cren. Freilich muss man bemerken, dass diese beiden Ableitungen nicht allgemein anerkannt sind. Sicher dagegen ist vasna (Kaufpreis) im Sanskrit, griechisch ὦνος (ὠνή, ὠνέομαι) und lateinisch uenus, (noch in uendo, uenumdo, ueneo), während vĕno im Altslavischen dos bedeutet.

Die Ableitung des deutschen kaupôn (kaufen) ist sehr zweifelhaft, da es möglicherweise von dem lateinischen caupo entlehnt ist. Das lateinische emere entspricht dem altslavischen iman, während imu im Lithauischen „nehmen“ bedeutet.

Die Verletzung des dinglichen Rechtes galt als Vergehen und berechtigte zur Selbsthülfe. Fand jemand seine Sache bei einem andern, so ergriff er sie, um sie wieder in seine Gewalt zu bringen; zugleich ward der augenblickliche Besitzer des Diebstahls verdächtig, wegen dessen daher der Verletzte ausserdem Genugthuung verlangte. So verbindet sich im indischen, germanischen, wälschen und altrussischen Rechte die Diebstahlsklage mit der Eigenthumsklage, und auch bei den Römern scheint die actio auctoritatis, deren Natur allerdings sehr zweifelhaft ist, auf dieselbe Anschauung zurückzugehen. Der Eigenthümer galt, um die gestohlene Sache zu finden, für befugt, sie zu verfolgen und nach Umständen bei verdächtigen Personen Haussuchung vorzunehmen. Das römische, griechische und deutsche Recht schrieb dafür ziemlich ähnliche Formen vor, deren Ursprung wohl in die Urzeit zurückreicht. Schon damals hatte der gegenwärtige Besitzer ein Interesse, sich von dem Verdachte des Diebstahls zu reinigen, um dadurch der Rache des Eigenthümers zu entgehen und zugleich die Nachtheile zu vermeiden, die ihn durch die öffentliche Missachtung der Volksgenossen treffen konnten. Er gab daher seinen Erwerbsgrund und seinen Vormann an, auf den die Klage dadurch abgelenkt wurde, und der sich nunmehr in derselben Weise vertheidigen musste. Einen solchen Rückgriff hat das deutsche, indische und altrussische Recht in sehr ähnlicher Gestalt. Um ihn zu sichern und seinen guten Glauben ausser Zweifel zu stellen, muss es schon bei dem Urvolke Sitte gewesen sein, den Kauf öffentlich vorzunehmen, ein Gebrauch, der zu verwandten Rechtsbildungen bei Römern und Indern geführt hat.

Aus diesem Zustande bildete sich nach der Trennung das Recht der einzelnen Nationen. Zu einem scharfen Unterschiede

zwischen dinglichen und persönlichen Rechten scheinen es nur die Römer gebracht zu haben. Bei den andern Völkern verfliesst Eigenthums- und Forderungsanspruch vielfach in einander. Namentlich bei den Indern wird dasjenige, dessen Uebertragung jemand zu fordern hat, schon als „sein“ bezeichnet. Nach andern Richtungen hin war ihr Recht entwickelter. Da das Urvolk sehr nahe daran war, zu dem Begriff des Titels zu gelangen, für den es in der Schenkung und dem Kaufe schon zwei Beispiele hatte, so ist es erklärlich, wenn derselbe uns im Gesetzbuch des Manu völlig ausgebildet unter der Bezeichnung âgama, d. h. Herkunft, entgegentritt. Eine Stelle, welche von dem erlaubten Erwerbe spricht, unterscheidet sieben Arten desselben: Hingabe (dâya), Besitzergreifung (lâbha), Kauf (kraya), Eroberung (jaya), Ausleihen auf Zins (prayoga), Geschäftsbetrieb (karmayoga) und Geschenke von guten Leuten (satpratigraha) [22]). Zwei von ihnen, Kauf und Schenkung, dieselben, welche auch die vergleichende Sprachwissenschaft als uralt nachweist, finden wir in den römischen tituli pro emtore und pro donato wieder, nur dass das indische Recht aus religiösen Gründen nicht erlaubte, von jedem ohne Wahl Geschenke anzunehmen. Die Besitzergreifung entspricht der occupatio, die Eroberung dem Beuterechte, die Hingabe, wie es scheint, am meisten der datio ob causam, doch zählen die Römer diese Erwerbsarten nicht als besondere Titel auf, sondern rechnen sie zum titulus pro suo, indem sie nur einen Fall der occupatio als titulus pro derelicto ausscheiden. Das Ausleihen und der Geschäftsbetrieb gehören unter den römischen titulus pro soluto. Wenn dabei die Inder den Namen von der Forderung, die Römer von der Zahlung herleiten, so hat das einen tieferen Grund. Nach römischer Anschauung

---

[22]) Manu 10, 115. dâya kann sowohl Erbschaft wie Uebergabe bedeuten. Haugthon übersetzt es mit succession; da aber Yâjñavalkya die Erbschaft nicht als âgama ansieht, so fasse ich sie als Uebergabe auf. Die Aufzählung ist übrigens nicht erschöpfend, s. Manu 10, 116.

wirkt die Forderung nur persönlich, und der Erwerb des dinglichen Rechtes knüpft sich an die Zahlung. Da aber die Inder diesen Unterschied nicht haben und ausserdem die Befriedigung durch Eigenmacht in der grössten Ausdehnung gestatten, so ist es folgerecht, für solche Sachen, die man zur Befriedigung einer Forderung erhalten oder genommen hat, diese selbst als Titel gelten zu lassen. Erbschaft erkennen die Inder nicht als eigentlichen Titel an [23]). Aber auch bei den Römern ist sie nicht als solcher zu betrachten, weil der Erbe die Rechte des Erblassers genau so, wie dieser selbst sie hatte, also auch mit dessen Titel erhält. Der titulus pro herede bezieht sich auf solche Personen, welche nicht Erben sind, und hängt so sehr mit eigenthümlichen römischen Zuständen zusammen, dass wir bei andern Völkern kaum Analogien dafür erwarten dürfen. Einen titulus pro legato konnten die Inder in Ermangelung von Testamenten nicht haben. Der titulus pro dote fehlt ihnen, weil sie keine dos hatten, und im Gegentheil der Kauf der Frau, der allerdings durch die Gesetzbücher als etwas Tadelnswerthes verboten wurde, lange Sitte blieb.

Der Kauf galt nur dann als unanfechtbarer Erwerbsgrund, wenn er vor Zeugen abgeschlossen war. Wer eine Sache, heisst es, auf Grund eines Kaufes in Gegenwart einer Menge (kulasannidhau) ergreift, erhält durch den Kauf die Sache, die er bezahlt hat, rechtmässig [24]). Wir finden hier ein vollkommenes Gegenstück zur mancipatio. Nur haben die Römer den Begriff der „Menge“ näher bestimmt, indem sie fünf Personen für notwendig erklärten; ausserdem erforderten sie für das Abwägen eine Wage und eine sechste Person, den libripens. Auch in andern alten Rechten wird der Kauf regelmässig vor Zeugen abgeschlossen, scheint aber in dieser Gestalt

---

[23]) Yâjn. 2, 29.

[24]) Manu 8, 201. Kulasannidhau findet sich noch einmal, nämlich Manu 8, 180, in derselben Bedeutung, bei der Rückgabe eines Depositum.

nicht zu einem eigenartigen Institut mit besonderen Folgen geworden zu sein.

Dem Titel stellen die Inder den Besitz unter verschiedenen Bezeichnungen, bhoga, sambhoga, bhukti, gegenüber. Das Gesetzbuch des Manu sagt: wenn Besitz, aber kein Titel bewiesen wird, so ist der Titel und nicht der Besitz das Entscheidende. Yâjñavalkya nimmt von dem Grundsatze „Titel gilt mehr als Besitz“ denjenigen Besitz, welcher von Vorfahren stammt (pûrvakramâgata), aus und fügt ausserdem hinzu: auch bei dem Titel ist keine Kraft, wenn selbst ein kurzer Besitz nicht vorhanden ist[25]). Das ist die indische Uebersetzung der römischen Regel: non nudis pactis dominia transferuntur, sed traditionibus et usucapionibus.

Wenn das indische Recht in der Lehre von der Eigenthumsübertragung dem römischen nahe steht, so gleicht es im Eigenthumsprozesse noch auffälliger dem germanischen und altrussischen. Diebstahlsklage und Eigenthumsklage fallen zusammen, und der Verklagte hat seinen Erwerb zu beweisen, indem er seinen Vormann angiebt. Nach dem Gesetzbuch des Manu sind Hingabe (dâya) und Verkauf von einem Nichteigenthümer im Prozesse als nicht geschehen anzusehen; ein Verwandter des Eigenthümers soll dafür 600 paṇa Busse zahlen, ein Fremder als Dieb bestraft werden[26]). Kann der Verklagte seinen Vormann zwar nicht herbeischaffen[27]), aber darthun, dass er öffentlich gekauft hat, so muss er nur die Sache herausgeben und entgeht der Diebstahlsstrafe. Wenn hier im einzelnen noch manches unklar bleibt, so geben die späteren Bestimmungen von Yâjñavalkya eine wertvolle Ergänzung. Der Verklagte, nicht der Kläger muss seinen Titel beweisen,

---

[25]) Manu 8, 200. Yâjñ. 2, 27.

[26]) Manu 8, 197—199.

[27]) Manu 8, 202. mûlam anahâryam. mûla heisst eigentlich Grundlage, wird aber an dieser Stelle von den Uebersetzern als »auctor« aufgefasst, s. das Petersburger Lexicon von Böhtlingk und Roth bei diesem Worte.

ausgenommen der Sohn oder Enkel des Erwerbers; bei diesen, heisst es, gilt der Besitz mehr. Eine Sache, welche von einem andern verkauft ist, darf man zurücknehmen; wer heimlich kauft, soll getadelt, wer unter verdächtigen Umständen kauft, als Dieb bestraft werden. Der Käufer einer gestohlenen oder verlorenen Sache soll für die Ergreifung des Diebes sorgen. Ist das nicht möglich, so erhält der Eigenthümer seine Sache zurück; gelingt es, so wird der Dieb bestraft und zur Rückgabe des Preises an den Käufer gezwungen [28]).

Nach deutschem Recht muss der Besitzer seinen Vormann nennen und in bestimmter Zeit herbeischaffen. Dieser nennt wieder seinen Vormann, und so geht das Verfahren weiter, bis man zum Diebe gelangt, worauf ganz so entschieden wird wie bei den Indern. Kann der Verklagte den Vormann nicht gestellen, so giebt er die Sache heraus und muss sich ausserdem wegen des Diebstahls reinigen. Sehr merkwürdig ist es, dass auch nach deutschem Recht der Nachweis eines Titels nicht nötig ist, wenn die Sache bereits zweimal von Vater auf Sohn vererbt wurde. Die spezielleren Regeln hat das deutsche Recht selbständig ausgebildet, sie interessiren daher hier nicht.

Als Analogie für dieses Verfahren ist schon oft das wälsche Recht angeführt worden, welches den Rückgriff auf den Vormann fast genau in derselben Gestalt aufweist [29]). Indessen darf darauf kein zu grosses Gewicht gelegt werden, so lange nicht feststeht, in wie weit die Aehnlichkeit auf unmittelbare Uebertragung zurückzuführen ist.

Auch im alten Russland ging der Verklagte „auf die Umfrage, wo er die Sache genommen hatte“. Der so aufgefundene Vormann suchte wieder seinen eigenen Vormann, und das Verfahren verlief wie im deutschen Rechte. Doch war bisweilen der Kläger nur verpflichtet, drei Umfragen abzuwarten; dann konnte er, nachdem der dritte Vormann ermittelt war,

---

[28]) Yâjn. 2, 28. 168—170.

[29]) Leges Wallicae V. 5 §. 53; vgl. V. 2 §. 30 §. 4; IV. 268 §. 16.

die Sache nehmen und jenen auf den weiteren Rückgriff gegen seine Vormänner verweisen. Wer nachweislich auf dem Markte etwas gekauft hatte, aber seinen Vormann nicht nennen konnte, gab die Sache zurück, ohne zu sonstigem Schadensersatz verpflichtet zu sein [30]).

Am meisten ist das römische Recht abgewichen. Die actio auctoritatis scheint indessen, so wenig auch von ihr bekannt ist, den indogermanischen Anschauungen noch viel näher gestanden zu haben, als die späteren Grundsätze. Der augenblickliche Besitzer der Sache kam freilich, soviel wir wissen, durch die gewöhnliche dingliche Klage nicht mehr in die Gefahr, des Diebstahls verdächtig zu werden. Er musste aber ebenfalls seinen Vormann stellen, und dieser war bei dem förmlichen Verkaufe, der mancipatio, verpflichtet, ihn zu vertheidigen und den Prozess zu übernehmen. Konnte er dieser Verbindlichkeit nicht genügen, so musste er den doppelten Preis bezahlen. Da in Rom der Dieb doppelten Ersatz zu leisten hatte, so entspricht das den Bestimmungen der andern Völker, dass der Verkäufer einer fremden Sache als Dieb zu behandeln ist [31]). Später hat sich das römische Recht ganz selbständig entwickelt. Gewohnheitsrechtlich entstand der Grundsatz, dass der Besitzer einstweilen im Besitze zu belassen sei, und da nach einer andern Regel die Freisprechung immer erfolgen sollte, wenn der Kläger nicht beweisen konnte, so wurde schliesslich der Beweis geradezu umgekehrt. Der Besitzer durfte jetzt abwarten, bis der angebliche Eigenthümer seinen Erwerb darthat. Dieser Satz ist geblieben und später von uns rezipirt worden. Es ist sehr zweifelhaft, ob er bereits ganz in das Volksbewusstsein übergegangen ist, von den Gelehrten aber hält ihn ein grosser Theil unter dem Einflusse römischer

---

[30]) Pravda cap. XIII—XV, s. Ewers a. a. O. S. 269 f. und S. 318 ff.

[31]) Bekanntlich hat bereits Ihering die actio auctoritatis auf das furtum nec manifestum zurückgeführt, freilich nicht, ohne vielen Widerspruch zu erfahren.

Anschauungen für allein richtig. Man hat daher sogar an der älteren römischen Bestimmung, dass der Verklagte auch seinerseits Eigenthum behaupten muss, dem letzten Reste der alten Anschauung, vielfach Anstoss genommen, und noch in neuester Zeit ist mit Aufbietung alles Scharfsinnes der Versuch gemacht worden, nachzuweisen, dass schon zur Zeit der legis actiones hierüber dieselben Grundsätze galten, wie später: ein schlagendes Beispiel, wie sehr unsere Auffassung des „natürlichen Rechtes", ohne dass wir uns dessen bewusst werden, durch das überlieferte Recht beeinflusst wird [32]).

Von andern dinglichen Rechten führen keine Spuren auf die Urzeit zurück. Verträge müssen dagegen in verschiedenen Formen bekannt gewesen sein, wenn auch wohl nur als Realkontrakte. Nach Ausweis der vergleichenden Sprachwissenschaft tritt neben dem Kaufe die Miete am meisten hervor. Mîzhda in Zend entspricht dem griechischen μισθός, dem gothischen mizdô und dem Altslavischen mĭzda. Auch für debitum giebt es ein uraltes Wort in dem gothischen dulgs, welches im Altslavischen dlŭgŭ, und im Irischen dlighe lautet. Ferner ist es mit ziemlicher Sicherheit auf Urverwandtschaft zurückzuführen, wenn das lateinische credo sich genau in dem çraddadhâmi des Sanskrit wiederfindet. Im einzelnen tritt hier aber die Verwandtschaft viel weniger hervor, als bei den dinglichen Rechten, und wird sich daher wohl kaum mit Sicherheit nachweisen lassen.

Jenes juristische Erbtheil, welches die einzelnen indogermanischen Völker von ihren Vorfahren empfingen, ist nicht bloss durch ihre eigene Geistesarbeit ausgebildet, sondern auch durch vielfache Entlehnungen von Nachbarstaaten vermehrt worden. Wenn nun die neuere Geschichte in der Rezeption

---

[32]) Der Zweck dieses Aufsatzes verbietet es mir, so gross auch die Versuchung ist, auf Einzelheiten irgend welcher Art einzugehen. Ich gedenke in nächster Zeit durch eine besondere Abhandlung meine oben ausgesprochenen Ansichten speziell zu rechtfertigen.

des römischen Rechtes ein weitgreifendes Beispiel solcher Entlehnung darbietet, so ist es vielleicht nicht uninteressant, darauf aufmerksam zu machen, dass dieses von uns rezipirte Recht selbst bei seiner Entwicklung sehr viel Fremdes aufgenommen und gerade dadurch seine Vielseitigkeit und seine Anwendbarkeit für andere Nationen erhalten hat.

Der Einfluss ausländischen Rechtes auf das römische macht sich von den frühsten Zeiten an geltend. Mehrfach wird uns erzählt, dass schon der Decemviralgesetzgebung die Aussendung einer Gesandtschaft vorherging, welche die Einrichtungen anderer Völker kennen lernen sollte. Und wenn die Geschichtsschreiber hinzufügen, es sei in Folge dessen namentlich attisches Recht rezipirt worden, so lässt sich die Wahrheit dieser Ueberlieferung noch heute aus den Bruchstücken attischen Rechtes, welche auf uns gekommen sind, sehr wohl nachweisen, so hinderlich auch dabei der Umstand sein mag, dass selbst jene Bruchstücke nur aus einer spätern Zeit stammen, in welcher bei der Raschlebigkeit der Athener sicher sehr viel an den alten Institutionen geändert worden ist. So finden wir die römische Theilung des Prozesses in ius und iudicium in der ἀνάκρισις vor dem Archonten und dem δικαστήριον vor den Volksrichtern wieder. Das sacramentum entspricht den πρυτανεῖα: die streitenden Parteien erlegten in Rom für Sachen bis 1000 As 50, für wertvollere 500, und in Athen für Sachen von 100 bis 1000 Drachmen 3, von 1000—10000 Drachmen 30, für wertvollere eine uns unbekannte Summe. Freilich war das sacramentum verhältnissmässig sehr viel grösser als die πρυτανεῖα, aber beide stiegen übereinstimmend bei dem Satze von 1000 auf das Zehnfache. Beide waren eine Strafe für ungerechtfertigtes Prozessiren und flossen in die Staatskasse, nur erhielt der Sieger in Rom seine Einlage unmittelbar zurück, während er sie in Athen von dem Gegner einziehen musste.

Das römische uindicare in libertatem hat sein Vorbild in dem griechischen ἀφαιρεῖσθαι εἰς ἐλευθερίαν. Der Kläger durfte in Athen seinen angeblichen Sklaven ergreifen und mit sich

führen (ἄγειν = ducere). Für diesen konnte aber jeder als Anwalt auftreten und dadurch seine Freilassung erzwingen. Der Eigenthümer hatte sich an den Anwalt zu halten, und dieser musste ihm, wenn er überführt wurde, unrechtmässig eingeschritten zu sein, den vollen Schaden ersetzen und ausserdem ebensoviel als Strafe an den Staat bezahlen. So das attische Verfahren. Nur in Einzelheiten weicht davon das römische ab, und wer den Freiheitsprozess des Pankleon bei Lysias mit dem Freiheitsprozess der Verginia bei Livius vergleichen will, wird sich überzeugen, dass auch die Formen, in welchen diese Bestimmungen gehandhabt wurden, bei beiden Völkern sehr ähnlich waren [33]).

In wie weit das römische Verfahren entlehnt ist, wird kaum mit Sicherheit festzustellen sein, dass aber überhaupt eine Entlehnung stattgefunden hat, kann nicht bezweifelt werden. Das lateinische Wort uindex, welches für den Freiheitsanwalt gebraucht wird, ist allerdings uralt, scheint aber früher eine weitere Bedeutung gehabt zu haben, wie aus den abgeleiteten Worten uindicare, uindicta und uindiciae hervorgeht. Da diese bei allen dinglichen Streitigkeiten gebraucht werden, so ist es wahrscheinlich, dass man die urrömischen Begriffe des Eigenthumsprozesses auf den neuen Freiheitsprozess, der aus dem attischen Recht eingeführt wurde, anwandte.

Die Bestimmung, dass der Verklagte sich bisweilen durch einen andern vertreten lassen musste, welcher die Gefahr des Prozesses dadurch auf sich nahm, wurde sogar auf Fälle ausgedehnt, in welchen das attische Recht sie nicht kannte. Nachdem die manus iniectio im allgemeinen durch die Vorladung (in ius uocatio) verdrängt und nur noch in geringem Umfange gestattet war, unterschied Gajus zwei Arten derselben: die einfache (pura), gegen welche der Verklagte sich

---

[33]) Lysias geg. Neaira §. 11, gegen Pankleon §. 9—12. Vgl. Platon Ausg. von Reiske S. 914 E. Meier und Schömann »Der attische Prozess« S. 392. — Livius III. 44 ff.

selbst vertheidigen durfte, und die manus iniectio pro iudicato, bei welcher er ebenso, wie der angebliche Sklave, einen uindex stellen musste. Letztere erfolgte nach den zwölf Tafeln bei gerichtlich festgestellten, nach späteren Gesetzen auch bei gewissen anderen Forderungen. Die einfache Ergreifung war in sehr verschiedenen Fällen auf Grund von Gesetzen zulässig, über deren Alter Gajus keine Andeutung macht [34]).

Auch sonst finden sich in manchen Einzelheiten [35]) wichtige Analogien, ein Eingehen darauf würde aber zu weit führen. Es mag namentlich auch dahingestellt bleiben, ob die römische Litiskrescenz bei der manus iniectio mit der attischen Einrichtung zusammenhängt, dass der Verklagte bei gewissen Klagen den Wert des Streitgegenstandes als Strafe an den Staat bezahlen musste.

Wenn sich dieser Einfluss mehr auf Formen beschränkt, so deutet die römische Rechtsgeschichte mit grosser Bestimmtheit darauf hin, dass überhaupt eine viel weitgreifendere und umfassendere Einwirkung des Auslandes stattgefunden haben muss. Freilich ist uns das Recht anderer Völker zu wenig bekannt, als dass wir mit Sicherheit bestimmte Sätze als rezipirt nachweisen könnten, aber die Entwicklung des römischen Rechtes, die Art, wie es schliesslich im Laufe der Jahrhunderte alle altnationalen Eigenthümlichkeiten abgestreift hat, lässt darüber keinen Zweifel bestehen. Die Römer haben ihr Recht nicht den unterworfenen Völkern einfach ertheilt, sondern nahmen mit der fortschreitenden Ausdehnung des Reiches stets von ihren neuen Unterthanen fruchtbare Rechtsgedanken auf, um sie in ihr System einzufügen.

---

[34]) Gai. IV. 21—25.

[35]) Vgl. hierüber und über die ganze Frage Hofmann »Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts«, namentlich den Aufsatz »über den Einfluss des griechischen Rechtes auf die Abfassung des römischen Zwölftafelgesetzes« S. 1 ff. und den Aufsatz »lokrischer Eigenthumsprozess u. s. w.« S. 118 ff.

Die Blüthe der römischen Jurisprudenz beginnt gerade von der Zeit, wo die Italiker das Bürgerrecht erhielten, und damit die Aufgabe an die Wissenschaft herantrat, aus dem römischen Stadtrecht ein italisches Landrecht zu schaffen. Die Bürger der Municipien, die jetzt bisweilen selbst in die massgebenden Staatsstellen gelangten, brachten andere Anschauungen mit, die alten legis actiones mit ihren feierlichen Formeln wurden zu einem Gegenstand des Spottes, und Cicero war vielleicht nicht der einzige, der es wagte, sie auch öffentlich der Lächerlichkeit preiszugeben. Noch heute erkennen wir aus den Schriften der Zeitgenossen das rege Rechtsleben, welches nunmehr entstand. Wenn überhaupt der Kampf ums Recht interessant ist, so war es vor allem damals, als altes und neues Recht sich in so schroffem Widerstreit wie nie vorher begegneten. Es waren vielleicht nicht immer die besten Waffen, welche siegten, oft überwand Witz und Beredtsamkeit die Wissenschaft, aber jedenfalls hat jene disputatio fori mit ihrer Anlehnung an die Bedürfnisse der Praxis und ihrem Verständnisse für die Verhältnisse des täglichen Lebens den Grundstein zu dem Gebäude gelegt, welches das Justinianische corpus iuris vollendete. So entwickelte sich der Formularprozess, dessen Anfänge allerdings wohl weiter zurückreichen; die Beamtenerlasse brachten zuerst versuchsweise, dann dauernd neue Grundsätze zur Geltung, und das moderne Rechtsbewusstsein gelangte sogar — wenn auch häufig erst nach heftigem Kampfe — vor dem Centumviralgerichte zur Anerkennung. Allmählich, aber unaufhaltsam, selten nur durch besondere Gesetze gehemmt oder gefördert, vollzog sich diese Umwälzung unter der Leitung der Rechtsgelehrten im Gerichtsgebrauche.

Den Höhepunkt ihrer Blüthe erreichte aber die Rechtswissenschaft, als das Bürgerrecht den ausseritalischen Völkern ertheilt wurde, und aus dem italischen Landrecht ein Weltrecht werden musste. Die Periode, die jetzt folgte, und die wir die klassische nennen, vollzog den Ausgleich zwischen den Anschauungen der verschiedenen Nationen, die das römische

Reich vereint hatte, in den meisten wesentlichen Punkten, und die kaiserliche Gesetzgebung bis Justinian vollendete ihr Werk. Die jetzige Umwandlung war eine vollständige: fast alle Bildungen, welche die früheren zum urrömischen Recht (ius Quiritium) gerechnet hatten, sind verschwunden und durch Grundsätze des internationalen Rechtes (ius gentium) ersetzt worden; die letzten — in Wirklichkeit auch schon längst abgestorbenen — Formen hat Justinian beseitigt. Beseitigt ist alles, was auf altitalischen Gewohnheiten beruhte: die mancipatio, die in iure cessio, die Literalkontrakte und endlich der Unterschied zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthum. Oft ist der alte Name geblieben, wo der Begriff sich völlig verändert hat. Es klingt fast ironisch, wenn wir in den Justinianischen Rechtsbüchern das Amt des geplagten Vormundes als ein ius ac potestas erklären hören, denn der Gesetzgeber hat es selbst am besten charakterisirt, indem er jeden, der sich dazu drängte, von vorn herein für verdächtig erklärte. Noch früher war unter dem Einfluss jüngerer Rechtsanschauungen die Frauenvormundschaft zu einer blossen Fiction geworden, bis sie auch formell abgeschafft wurde. Die väterliche Gewalt, die ursprünglich die ganze Persönlichkeit des Sohnes ergriff und nicht nur seine Vermögensunfähigkeit, sondern auch das ius vitae ac necis gegen ihn begründete, ist zu einem starken Vormundschaftsrecht herabgesunken und giebt dem Vater jetzt noch einen Anspruch auf den Niessbrauch gewisser Vermögensstücke des Sohnes. An die Stelle der Stipulationen sind die Sponsionen getreten, um dann der griechischen Sitte gemäss, wenn auch nicht nominell, so doch thatsächlich zu schriftlichen Formalkontrakten zu werden. Selbst das strenge Erbrecht, das äusserlich die alten Regeln in der grössten Reinheit bewahrte, hat fast überall milderen Grundsätzen in der Gestalt neuer Institute (bonorum possessio, Fideikommisse) Eingang gestattet, und ist so zu dem seltsamen Gemisch von ius aequum und ius strictum geworden, welches einem grossen Theile der Rechtsverständigen noch heute für unverdaulich gilt. Das

attische Recht tritt auch in dieser Periode, obgleich weniger bedeutsam und nachhaltig, hervor; unter anderem in der litis denuntiatio, welche in der Kaiserzeit auftaucht, um später wieder zu verschwinden. Denn so wenig wir bei der Dürftigkeit der Nachrichten von ihr wissen, so besteht sie doch jedenfalls in einer aussergerichtlichen Ladung des Verklagten vor Zeugen, welche der attischen πρόςκλησις zu sehr gleicht, als dass wir diese Aehnlichkeit dem Zufall zuschreiben dürften [36]). Man sieht, auch das römische Recht hat seinerzeit rezipirt, um später selbst rezipirt werden zu können.

Aber nicht jede Analogie berechtigt zur Annahme von Urverwandtschaft oder Rezeption. Unabhängig von einander entstehen sehr oft bei verschiedenen Völkern ähnliche Normen. Es giebt gewisse Rechtsbildungen, die einer bestimmten Culturstufe eigen sind und auf derselben bei allen Nationen in irgend einer Gestalt wiederkehren; andere, die ebenso selbständig durch gewisse Bedürfnisse oder Lebensverhältnisse erzeugt zu werden pflegen.

In allen Staaten wird ursprünglich der Ausländer als rechtlos betrachtet; seine Person und sein Vermögen ist jedem preisgegeben, und der Raub, welcher nicht an einem Volksgenossen verübt wird, kann wohl gar — wie bei den Germanen — als eine Bethätigung der Kraft für etwas besonders ehrenhaftes angesehen werden [37]). Dem gesitteteren Menschen genügt dieser Zustand nicht. Schon früh bildet sich die Anschauung, dass der einzelne nicht feindliche Fremde unter dem Schutze der Götter steht, später kann er durch Vermittlung eines Gemeindemitgliedes auch rechtlichen Schutz geniessen, und die Staaten schliessen unter einander Verträge ab, durch welche sie gegenseitig ihre Angehörigen für unverletzlich er-

---

[36]) S. auch bei Hofmann a. a. O. den Aufsatz »über den griechischen Ursprung zweier römischer den Kauf betreffender Rechtssätze« S. 43 ff.

[37]) Vgl. übrigens Hom. Odyss. I. 298: καὶ δμώων, οὕς μοι λῃΐσσατο δῖος Ὀδυσσεύς, und über das Beuterecht bei den Indern Manu 7, 96.

klären. Je weiter diese Verbindungen reichen, um so allgemeiner wird die Sicherheit der Ausländer; schon in der römischen Kaiserzeit ist die Rechtlosigkeit des Fremden beseitigt und die damalige zivilisirte Welt sieht die Sklaverei, welche darauf beruht und thatsächlich noch lange bestehen blieb, als etwas dem natürlichen Rechtszustand widersprechendes an; und so sind wir endlich zu dem Satze gelangt, dass alle Menschen als solche Rechtssubjekte sind, d. h. dass alle in einer gegenseitigen Rechtsgemeinschaft stehen.

Zu den Instituten, welche einer bestimmten Culturstufe eigen sind, gehört ferner die vielbesprochene Blutrache, welche sich bei Völkern verschiedener Racen, zwischen denen gar keine Verbindung besteht, ja noch heute bei wilden und halbzivilisirten Stämmen wiederfindet. Auch sie wird durch die steigende Cultur verändert, wiewohl nicht überall in gleicher Weise. Oft entsteht zur Vermeidung der unendlichen Mordfälle, welche ihre Folge zu sein pflegen, die Sitte, dass man für sie eine Vermögensentschädigung annimmt, und diese kann sich — wie bei den Germanen, Kelten und Russen — als Wehrgeld zu einem eigenthümlichen Institute ausbilden, bis in einer noch späteren Zeit der Staat die Bestrafung der Mörder übernimmt.

In den Rechtsverhältnissen ungebildeter Völker tritt — um noch ein Beispiel zu erwähnen — überall die mündliche Verhandlung und die mündliche Zeugenaussage hervor. Die Forderungen werden feierlich begründet, so bei den Römern mit Wage und Erz, bei den Germanen mit der festuca. Dass das indogermanische Urvolk schon Zeugen kannte, ist sehr wahrscheinlich, obgleich es sich nicht mit Sicherheit nachweisen lässt. Verschiedene Sprachen leiten allerdings eine Bezeichnung für sie von der Wurzel vid (wissen) ab: das Griechische ἴστωρ, das Irische fiadh, das Gothische veitvôds, das Angelsächsische gewita und das Altslavische vidoku. Aber die Formen unterscheiden sich so bedeutend von einander, und die Ableitung von der Wurzel vid liegt so nahe, dass diese Worte sehr wohl in den einzelnen Sprachen selbständig gebildet sein kön-

nen. Jedenfalls sind die Regeln über die Zeugen, namentlich die förmlichen, so sehr sie sich auch vielfach gleichen, unabhängig von einander entstanden. Wenn dann der Verkehr sich ausdehnt und damit die Rechtsgeschäfte zunehmen, genügt das Gedächtniss nicht mehr, und es entwickeln sich schriftliche Formen. Die römischen Literalkontrakte, die griechischen συγγραφαί, die indischen Urkunden, die heutigen schriftlichen Verträge in ihren mannigfachen partikularrechtlichen Gestalten, und endlich, um auch ein semitisches Volk herbeizuziehen, die hebräischen Schtarot dienen demselben Bedürfnisse, aber schon die Verschiedenheit ihrer juristischen Konstruktion zeigt, dass sie in keinem thatsächlichen Zusammenhange stehen. Wenn also Yâjñavalkya Gegenwart von Zeugen, Hinzufügung des Datums, Unterschrift und andere Formen verlangt[38]), welche uns ganz modern erscheinen, so ist das ein schlagendes Beispiel, wie ähnliche Rechtsbildungen sich unabhängig von einander entwickeln können. Ebenso bei den Prozessarten. Das indische Gesetzbuch des Manu kannte nur das reine mündliche Verfahren, Yâjñavalkya verlangt bereits die Protokollirung aller Parteiangaben in bestimmter Weise und schreibt einen wohlgeregelten Rechtsgang vor: erst die Anbringung der Klage, dann die Klagebeantwortung, endlich die Beweisantretung[39]).

Andere Institute sind die Folgen gewisser Verhältnisse. Völker mit stark entwickelter Königsgewalt erkennen wie die Inder, die alten Römer und zu Hesiods Zeit die Griechen den König als Richter an; wo das nicht zutrifft, übernimmt die Gemeinde die Entscheidung. Wenn andere als berufsmässige Richter das Urtheil zu fällen haben, wird man in den Zeiten eines feineren Rechtszustandes die Zuziehung rechtsgelehrter Räte für notwendig halten. Das consilium der römischen Beamten ist bekannt, in Indien sollte der König nach dem

---

[38]) Yâjñ. 2, 84—88.
[39]) Yâjñ. 2, 6—17.

Gesetzbuch des Manu im Gerichte Brahmanen um sich haben, welche als Spruchkundige (mantrajña) und Ratgeber (mantrin) bezeichnet werden und bei Yâjñavalkya unter dem Namen Gerichtsbeisitzer (sabhâsad) wiederkehren[40]). Hieraus erklärt sich ferner die Aehnlichkeit der Regeln über den Zeugenbeweis. So sind nach indischem Recht ebenso wie bei uns unter anderen interessirte Personen und Meineidige, Freunde, Feinde und Gesinde der Parteien unglaubwürdig[41]). Prozessualische Abgaben sind sehr verbreitet. An unsere heutigen Gerichtskosten ist es wohl nicht nötig besonders zu erinnern. Bei den Indern zahlten beide Theile einen gewissen Prozentsatz an den König[42]); in Athen waren die πρυτανεῖα zu erlegen. Auch der wälsche Richter sprach sein Urtheil nicht eher, als ihm sein Honorar durch Bürgen sicher gestellt war[43]). Ob das römische sacramentum einfach aus dem attischen Prozess herübergenommen ist, oder ob es eine alte Einrichtung war, die von den Decemvirn nur die attische Form erhielt, lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen. Von dem Verkehr, der bei einem Volke herrscht, hängt endlich die Entwicklung einer Ersitzung ab. Die Inder kannten z. B. bereits eine Verjährung von 20 Jahren für Grundstücke und von 10 Jahren für bewegliche Sachen, und von ihr waren ebenso wie im römischen Rechte Grenzen und Sachen, die dem Könige oder Kindern gehörten, ausgenommen[44]).

So will also die vergleichende Rechtswissenschaft lehren, wie Völker gemeinsamer Abstammung die überkommenen Rechtsbegriffe selbständig ausarbeiten, wie ein Volk die Institute eines andern übernimmt und seinen eigenen Anschauun-

---

[40]) Manu 8, 1. Yâjñ. 2, 2.

[41]) Yajñ. 2, 70—71.

[42]) Yajñ. 2, 42.

[43]) Leges Wallicae V. 5 §. 63; vgl. II. 10 §. 35.

[44]) Manu 8, 147—149. Yâjñ. 2, 24. 25. Ein anderes interessantes Beispiel giebt Hofmann a. a. O. S. 18.

gen gemäss umformt, wie endlich auch ohne jede thatsächliche Verbindung die Rechtssysteme verschiedener Nationen sich nach gemeinsamen Entwicklungsgesetzen fortbilden. Sie sucht, mit Einem Worte, in den Rechtssystemen die Rechtsidee.

Der Weg zu diesem Ziele ist schwierig und lang. Die Gedanken fremder Völker richtig zu erfassen, müssen wir in ihr Rechtsleben ebenso wie in das der Germanen und Römer eindringen. Auch Untersuchungen, welche sich auf dem Boden eines einzelnen Systemes bewegen, können so die Pfade für die vergleichende Rechtswissenschaft ebnen: jede Erweiterung unseres Gesichtskreises, jede Vermehrung des vorhandenen Materials ist ein Gewinn, der ihr zuvörderst zu Gute kommt.

Von diesen Grundsätzen sind die beiden Herausgeber ausgegangen, als sie die Gründung einer Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft unternahmen. Dieselbe soll demnach auf breitester Grundlage ruhen, und antike wie moderne Institutionen, Rechtsgeschichte wie geltendes Recht in gleicher Weise berücksichtigen. Wenn auch die Spezialcontroversen auf dem Gebiet des deutschen und des römischen Systemes denselben Organen, die bisher für sie bestimmt waren, ausschliesslich überlassen werden, so ist es immer noch ein ungeheures Feld, welches ihr bleibt, fast zu gross, als dass man hoffen dürfte, es auf einmal anbauen zu können. Eine Beschränkung desselben ist aber unmöglich, es wäre übereilt, der Forschung von vorn herein Schranken setzen zu wollen; mag die Erfahrung lehren, welche Stellen die fruchtbarsten sind. Nur eins fordert das Interesse der Wissenschaft: in der Erweiterung ihrer Grenzen nicht über das Recht im strengsten Sinne des Wortes hinauszugehen. Wenn die Sitte, wie es oft geschieht, zum Recht wird, so hat sie unendlich viel Zwischenphasen zu durchlaufen, aber immer kann nur das Recht selbst das Endziel der Jurisprudenz sein. Sie darf jene Sitten nur in so weit berücksichtigen, als sie zur Rechtsbildung beigetragen haben, und muss solche Völker, welche überhaupt noch nicht hierzu gelangt sind, völlig ausschliessen.

Vielleicht erreichen wir später einen Standpunkt, der uns auch über diese Schranke erhebt; einstweilen dürfen wir sie nicht überschreiten, wenn nicht die vergleichende Rechtswissenschaft zu einer vergleichenden Sittengeschichte werden soll.

In diesem Sinne mag denn unsere Zeitschrift zu ihrem bescheidenen Theile die grosse Aufgabe der Jurisprudenz fördern helfen. Mag sie zur Erkenntniss der Rechtsidee, die in allen Rechtssystemen, alten und neuen, rohen und entwickelten, verkörpert ist, beitragen, um den Ausspruch des alten Philosophen zu bewahrheiten:

Τρέφονται πάντες οἱ ἀνθρώπινοι νόμοι ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θείου.

II.

Das deutsche eheliche Güterrecht.

Von

Professor Dr. **Paul von Roth.**

Kein Theil des in Deutschland geltenden Rechts bereitet der Gesetzgebung der neueren Zeit grössere Schwierigkeiten als das eheliche Güterrecht. Der Gesetzgeber wird nur zögernd ein Institut umgestalten wollen, für dessen Entwicklung die nach Zeiten wechselnde, nach Gegenden verschiedene Sitte vor allem maassgebend gewesen ist. Die Erfahrung, dass es ein zweckloses Bemühen ist, Rechtssätze für dasselbe durchführen oder erhalten zu wollen, welche den momentan geltenden Anschauungen widersprechen, oder denen sich diese nicht fügen können, giebt Veranlassung zu vorsichtigem Vorgehen. Diese dem Wesen des Instituts entspringenden erheblichen Schwierigkeiten werden noch vermehrt durch die Gestaltung, die dasselbe in Deutschland erhalten hat. Fünf verschiedene Güterordnungen sind es, mit denen wir zu rechnen haben, und die in 120 Statuten sich manifestiren. Mehrere dieser Statuten, die gleichzeitig in verschiedenen Staaten gelten, haben in diesen durch Praxis und Gesetzgebung eine divergirende Richtung erhalten. Das eheliche Güterrecht des Lübischen Rechts ist in Lübeck selbst in Holstein und in Mecklenburg als Verwaltungsgemeinschaft ausgebildet, während es in Pommern der

Güterordnung der allgemeinen Gütergemeinschaft angehört. Das eheliche Güterrecht der Joachimischen Constitution ist in dem ursprünglichen Sitz derselben, der Mark Brandenburg, der Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft beizuzählen, während es in den Städten des Grossherzogthums Mecklenburg-Strelitz sich zu allgemeiner Gütergemeinschaft ausgebildet hat. Das Güterrecht der Solmser Landordnung hat in jedem der fünf Rechtsgebiete, in denen es gilt, eine andere Gestalt erhalten. Vielfache Schwierigkeit bietet bei einzelnen dieser Statuten die Anwendung durch die Unbestimmtheit der Fassung; die meisten entbehren der erforderlichen Weiterbildung durch Praxis und Gesetzgebung. Endlich sind die fünf bei uns geltenden Güterordnungen unter sich sehr abweichend. Das Princip der Gütergetrenntheit der Verwaltungsgemeinschaft und des Dotalrechts steht dem der Gütergemeinschaft in der Erscheinung der allgemeinen Gütergemeinschaft der Mobiliargemeinschaft und Errungenschaftsgemeinschaft schroff und ohne Vermittlung gegenüber.

Ist es zu wundern, dass man, obwohl man die Unhaltbarkeit des gegenwärtigen Zustandes nicht verkennen konnte, gleichwohl die Herstellung eines einheitlichen ehelichen Güterrechts auf dem Weg der Gesetzgebung für unausführbar hielt? Noch die Redaktoren des Preussischen Landrechts gingen von der Ansicht aus, nachdem sie lange geschwankt, ob sie die Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft oder die der allgemeinen Gütergemeinschaft zum gesetzlichen Güterrecht erheben sollten, dass es unthunlich sei, die Rechtsverschiedenheit mit einem Schlag zu beseitigen, und erklärten sich für die Erhaltung der Statuten. Gleiche Bedenken traten sofort zu Tag, sowie man dem Gedanken einer einheitlichen Gesetzgebung für das deutsche Reich näher getreten war. Vielfältig wurde hervorgehoben, dass die einheitliche Gestaltung des ehelichen Güterrechts und des Erbrechts zur Zeit kaum durchführbar sei, und dass es daher gerathen erscheine, für diese Institute wenigstens vorläufig eine Ausnahme zu machen. Zwar waren

alle darin einverstanden, dass der gegenwärtige Rechtszustand unhaltbar sei und dringend der Abhülfe bedürfe, allein über das einzuschlagende Verfahren herrschte Meinungsverschiedenheit. Die eine Meinung ging dahin, es solle die Reichsgesetzgebung sich begnügen, die einzelnen Güterordnungen zu codificiren und die bisherigen Geltungsgebiete derselben fortbestehen zu lassen, oder ihre Bestimmung der Landesgesetzgebung zuzuweisen. Andererseits wurde vorgeschlagen, die Geltungsgebiete der codificirten Güterordnungen durch die Reichsgesetzgebung zu bestimmen und demnach drei neu zu codificirende Güterordnungen, Verwaltungsgemeinschaft, allgemeine Gütergemeinschaft und partikuläre Gütergemeinschaft in einheitlich abzurundenden Rechtsgebieten einzuführen (Regionalsystem). Dem gegenüber machte sich gleich von Anfang an das Bestreben geltend, das eheliche Güterrecht für das ganze Rechtsgebiet einheitlich zu gestalten, und nur die vertragsmässige Einführung anderer Güterordnungen neben dem gesetzlichen Güterrecht offen zu halten.

Ich hatte mich ursprünglich für das Regionalsystem erklärt, weil ich der Meinung war, es empfehle sich, einen Uebergangszustand zwischen der vollständigen Zersplitterung der Gegenwart und der vollständigen Vereiniguug der Zukunft zu schaffen; allein ich habe mich überzeugt, dass die sofortige vollständige Vereinigung nicht grössere Veränderungen in den einzelnen Landestheilen voraussetzt, als sie für den Uebergangszustand des Regionalsystems erforderlich sein würden. Auch bei dem letzteren Verfahren wäre nämlich für fast alle Rechtsgebiete eine vollständige Umgestaltung des bisherigen Rechtszustandes fast unvermeidlich. Wie die unter IV folgende Zusammenstellung ergiebt, finden sich in mehreren Bundesstaaten verschiedene Güterordnungen neben einander, entweder nach Landestheilen oder nach Stadt und Land selbst nach Standesclassen geschieden. Die Preussischen Provinzen Pommern, Schleswig-Holstein, Hannover und Hessen-Nassau, dann Bayern und Hessen-Darmstadt dienen zur Illustration dieses Satzes.

Vor allem müsste hier die Continuität des Rechtsgebiets hergestellt werden. Würde man z. B. das Königreich Bayern der Güterordnung der allgemeinen Gütergemeinschaft zuweisen, so müssten die Rechtsgebiete des Dotalrechts der Errungenschaftsgemeinschaft und der Mobiliargemeinschaft die allgemeine Gütergemeinschaft als gesetzliches Güterrecht annehmen. Aber darauf würde sich die Umgestaltung nicht einmal beschränken. Es ist bekannt, dass die drei Güterordnungen der Verwaltungsgemeinschaft der allgemeinen Gütergemeinschaft und der Errungenschaftsgemeinschaft nicht nur unter sich in wesentlichen Punkten differiren, sondern dass auch die zu den einzelnen Güterordnungen gehörenden Statuten in vielen Einzelheiten unter sich abweichen. In den Bestimmungen über das Dispositionsrecht des Ehemannes z. B. haben die Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft keine einheitliche Regel, so dass man sie nach dieser Seite hin in fünf Classen theilen kann. Die unten folgende Zusammenstellung ergiebt, dass für die Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehe die Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft drei, die der Errungenschaftsgemeinschaft drei und die der Verwaltungsgemeinschaft fünf Systeme repräsentiren. Die Ausgleichung dieser Abweichungen innerhalb der einzelnen Güterordnungen hat sich längst als unabweisliches Bedürfniss herausgestellt. Das Regionalsystem hätte demnach ausser der Ausgleichung der Geltungsgebiete der einzelnen Güterordnungen auch die Neugestaltung der letzteren zur Aufgabe gehabt. Die Einführung desselben hätte demnach die Missstände, welche mit dem Uebergangszustand bei Einführung eines einheitlichen Güterrechts unzweifelhaft verbunden sind, uns nicht erspart, während wir die Vortheile des letzteren hätten entbehren müssen.

Die Gründe, welche gegen einheitliche Gestaltung des ehelichen Güterrechts angeführt werden, sind überdiess nicht stichhaltig. Wie die unten folgende Darstellung ergiebt, ist das deutsche eheliche Güterrecht, von einheitlicher Gestaltung in der ältesten Zeit ausgehend, erst im Mittelalter in den

deutschen Stammesrechten zu den die einzelnen Güterordnungen charakterisirenden Unterscheidungsmerkmalen gelangt. Diese in den Verschiedenheiten der Stammesrechte wurzelnden Unterscheidungsmerkmale müssen bestimmt betont werden, um zu verstehen, wie sich der bestehende Rechtszustand gebildet hat; für die Gegenwart haben sie keine andere als historische Bedeutung, da sie längst aufgehört haben, bestimmte territoriale Grenzen einzuhalten. Selbst im Mittelalter ist diess nicht durchgängig der Fall, wie sich aus der Uebertragung des fränkischen Rechts auf Westfalen Schwaben und Bayern, des westfälischen auf Ostfalen ergiebt; noch viel weniger in unserer Zeit, in der ja auch sonst die letzten lang erhaltenen Reste der Stammesrechte, z. B. Gerade und Heergeräthe gefallen sind. Aber selbst wenn die verschiedenen Güterordnungen des deutschen Rechts noch jetzt die im Mittelalter hervortretende territoriale Scheidung der Rechtsentwicklung darstellten, wäre kaum Veranlassung gegeben, sie zu erhalten. Das Bestreben, die Rechtseinheit durchzuführen, nach Beseitigung der territorialen und lokalen Abweichungen ein gemeines deutsches Recht herzustellen, ist nicht etwas willkürlich erfundenes oder in uns von aussen hineingetragenes, es hat sich aus uns selbst herausentwickelt, und ist in einem schon Jahrhunderte währenden Process zur Geltung gelangt. Wie aber die längst angebahnte Ausgleichung alle übrigen Rechtsinstitute umfasst, so kann sie auch mit vollem Recht das eheliche Güterrecht in ihren Bereich ziehen.

Ueberdiess ist es auch gar nicht richtig, wenn behauptet wird, dass die jetzt bestehende räumliche Verbreitung der drei Güterordnungen mit der im Mittelalter hervortretenden Abgrenzung der Stammesrechte zusammenfalle, denn Dotalrecht, also Gütertrennung findet sich im Süden ebenso wie im Norden, und die allgemeine und partikuläre Gütergemeinschaft ist keineswegs eine specifisch süddeutsche Einrichtung.

Ebenso wenig maassgebend ist der Einwand, dass die einheitliche Gestaltung des ehelichen Güterrechts sich kaum werde durchführen lassen, da sie an dem Widerstand der Bevölkerung

scheitern werde. Die Erfahrung der letzten Zeit hat gezeigt, dass die Erhaltung der zahlreichen Lokal- und Partikularrechte in den einzelnen Landestheilen nicht einem positiven Wunsch der Bevölkerung entspricht, sondern dem Zufall oder der Unthätigkeit der Gesetzgebung entspringt. Bis in die jüngste Zeit sind Akte der Gesetzgebung, welche eine vollständige Umgestaltung des ehelichen Güterrechts anbahnten, in verschiedenen Theilen von Deutschland unbeanstandet durchgeführt worden. In dem Königreich Sachsen wurde die Aufhebung der noch in dieses Jahrhundert herüberreichenden Partikularrechte sowie der Institute der Gerade und des Heergeräthes durch das provisorische Gouvernement, dem es zur Zeit der Befreiungskriege unterstellt war, verfügt, und man beliess es später dabei. In Württemberg wurde 1807 das für den älteren Länderbestand geltende Württembergische Landrecht und damit die darin bestimmte Güterordnung der Errungenschaftsgemeinschaft auf das ganze Königreich ausgedehnt, dadurch aber zahlreiche in den älteren und jüngeren Landestheilen geltende Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft beseitigt. Für die Provinz Schlesien wurde auf Antrag der Provincialstände unter Aufhebung der zahlreichen dort geltenden Statuten die Verwaltungsgemeinschaft des A. Pr. Landrechts durch Gesetz von 1845 als ausschliessliches Güterrecht eingeführt. In der Provinz Westfalen endlich wurde durch das Gesetz vom 16. April 1860 für die ganze Provinz mit Ausnahme eines kleinen Bruchtheils eine einheitliche Güterordnung hergestellt, welche an die Stelle zahlreicher hier bestehender vielfach unter sich abweichender Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft und Errungenschaftsgemeinschaft trat. Diese Vorgänge berechtigen zu dem Schluss, dass eine einheitliche Gestaltung des ehelichen Güterrechts in ganz Deutschland durch Einführung einer einheitlichen gesetzlichen Güterordnung ausführbar sei. In den angeführten Fällen wurde auf dem Weg der Gesetzgebung der bisherige Rechtszustand beseitigt und neues Recht geschaffen. In Württemberg fanden sich im

Anfang dieses Jahrhunderts zahlreiche Statuten, welche die allgemeine Gütergemeinschaft in verschiedenen Nuancirungen ausgebildet hatten; in diesen Rechtsgebieten, sowie in denen, in welchen bisher Dotalrecht gegolten, wurde die Errungenschaftsgemeinschaft des Württembergischen Landrechts unbeanstandet eingeführt. In Schlesien wurde die Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft in mehreren Rechtsgebieten an die Stelle der allgemeinen Gütergemeinschaft gesetzt, die sich dort in einer Reihe von Statuten erhalten hatte. In Westfalen endlich machte das Gesetz von 1860, welches für die ganze Provinz die allgemeine Gütergemeinschaft in der Form der fortgesetzten Gütergemeinschaft einführte, dem Zustand langjähriger Ungewissheit und Verwirrung ein Ende.

Mit der Einführung eines einheitlichen gesetzlichen Güterrechts wird freilich die ausnahmslose oder überwiegende Durchführung im Rechtsleben zeitlich nicht Hand in Hand gehen. Die Vertragsfreiheit, die ungeschmälert erhalten bleiben wird, wird vielfältig Veranlassung geben, in einer grösseren Anzahl von Rechtsgebieten den früheren Zustand vorübergehend zu conserviren. Belehrend ist namentlich der Gang der Rechtsentwicklung in Württemberg. Das Rechtsgebiet, in welchem früher die allgemeine Gütergemeinschaft geherrscht hatte, blieb dort von der Veränderung im Jahre 1807 Anfangs fast unberührt, indem in den betreffenden Orten von der Befugniss vertragsmässiger Festsetzung der ausgedehnteste Gebrauch gemacht und auf diesem Weg das bisherige Recht erhalten wurde. Seit 1848 ist indessen eine wesentliche Veränderung eingetreten, und das Rechtsgebiet der allgemeinen Gütergemeinschaft nunmehr bedeutend reducirt. Aehnlich denke ich mir den Entwicklungsgang in dem ganzen deutschen Rechtsgebiet nach Durchführung der einheitlichen Gesetzgebung. Die jetzt bestehenden verschiedenen Güterordnungen des Dotalrechts der allgemeinen und partikulären Gütergemeinschaft werden in der ersten Zeit vielleicht nur geringe Modifikation in der räumlichen Verbreitung erleiden, sie werden viel-

fältig auf dem Vertragsweg erhalten werden; aber schon nach einigen Generationen wird sich das gesetzliche Güterrecht auch im Leben in der Hauptsache Bahn gebrochen haben. Dieser Uebergangszustand, der voraussichtlich eintreten wird, wird aber vor dem gegenwärtigen Zustand wenigstens das voraus haben, dass die mehreren Güterordnungen, die während seiner Dauer neben einander stehen und räumlich ungefähr dieselben Grenzen einhalten werden, die ihnen jetzt gezogen sind, wenigstens in sich einheitlich gestaltet sind, während sie jetzt innerlich zerfahren sind. Denn die Einführung eines einheitlichen ehelichen Güterrechts hat jedenfalls die Voraussetzung, dass auch die anderen Güterordnungen, die bisher mit der als die gesetzliche zu erklärenden concurrirten, nach dem Vorgang der preussischen und französischen Gesetzgebung subsidiär codificirt werden, um für die Eheverträge, welche die betreffende Güterordnung einführen wollen, Auslegungsregeln zu gewinnen.

Diese Erwägungen haben nicht verfehlt, ihren Einfluss auf die Entscheidung in dieser wichtigen Gesetzgebungsfrage geltend zu machen. Ich glaube constatiren zu können, dass die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit und Ausführbarkeit einer einheitlichen Gestaltung des ehelichen Güterrechts bei der bevorstehenden deutschen Civilgesetzgebung schon jetzt fast allgemein durchgedrungen ist.

Von diesem Standpunkt ausgehend trete ich an die Besprechung der Frage, welches System dem neuen Recht zu Grunde zu legen sei. Wie die unten folgende Zusammenstellung ergiebt, haben sich, abgesehen von den Rechtsgebieten in denen römisches Dotalrecht gilt, die drei Güterordnungen der Verwaltungsgemeinschaft, der allgemeinen Gütergemeinschaft und der partikulären Gütergemeinschaft (letztere in doppelter Gestaltung als Errungenschaftsgemeinschaft und Mobiliargemeinschaft) in ziemlich gleichem Umfang über Deutschland verbreitet, jede etwa ein Drittel des Rechtsgebiets einnehmend. Welche von diesen dreien sollen wir wählen oder sollen wir ganz neues Recht schaffen?

Bekanntlich hat sich die Civilgesetzgebungscommission für die Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft entschieden; diese soll als gesetzliches Güterrecht bestimmt, die der allgemeinen und partikulären Gütergemeinschaft soll nur subsidiär codificirt werden. Für die Prüfung der Motive dieser Entscheidung und die Rechtfertigung derselben giebt es keinen geeigneteren Ausgangspunkt, als die Feststellung der Principien, welche wir als leitende für die geschichtliche Entwicklung des Instituts und der einzelnen Güterordnungen anzusehen haben. Diese vor allem zu fixiren und zu ihnen Stellung zu nehmen ist um so mehr Veranlassung gegeben, als die neueren Untersuchungen von Schröder Hänel und Martitz Resultate ergeben haben, welche der bisher üblichen Auffassung direkt widersprechen. Für das sächsische Recht sind dadurch völlig neue bisher kaum gekannte Gesichtspunkte gewonnen; für das fränkische Rechtsgebiet ist durch die sorgfältigen Untersuchungen Schröders zur Gewissheit erhoben, was bisher nur in Umrissen angedeutet war, und die bisher vorhandenen ganz allgemeinen Darstellungen vielfach berichtigt und im einzelnen ausgeführt. Diese neueren Forschungen haben Anspruch auf besondere Berücksichtigung, weil durch sie zuerst der Gang der Entwicklung von der Zeit der Volksrechte bis zur Reception des römischen Rechts zusammenhängend dargelegt ist, aber auch weil die von ihnen befolgte Methode allein eine Garantie für die Richtigkeit der gefundenen Resultate gewährt, indem sie die Quellen, aus denen sie ihre Schlüsse zieht, nach Zeiten und Gegenden ausscheidet und so viel als möglich specialisirt. Nur dadurch ist es möglich geworden, mit bestimmten positiven Resultaten den Hypothesen gegenüber zu treten, mit denen man sich bisher begnügte. Ich werde daher eine Zusammenstellung der Resultate der neueren Forschungen, deren Richtigkeit in der Hauptsache nicht bezweifelt werden kann, der einem weiteren Artikel vorbehaltenen Beurtheilung der den einzelnen Güterordnungen zu Grund liegenden Principien voraussenden.

I.

Die Untersuchungen von Schröder und Martitz haben die schon früher angedeutete Vermuthung, dass sich im Mittelalter das eheliche Güterrecht des deutschen Rechts in seinen Grundzügen nach den Stammesrechten unterschieden habe, zur Gewissheit gebracht. Maassgebend war zunächst die Unterscheidung von Süd und Nord. Wie im politischen Leben theilt sich auch in der Rechtsentwicklung Deutschland im Mittelalter in Franken und Sachsen, terra juris Franconici und Saxonici. Das Ueberwiegen des Frankenstammes als des leitenden in Deutschland tritt auch in der Rechtsentwicklung hervor. Seine Rechtsbildungen durchdringen nicht nur die Institutionen der anderen süddeutschen Stämme der Schwaben Bayern und Thüringer, sondern ergiessen sich auch in breitem Strom über das ganze Sachsenland. Das Princip der Halbtheilung, das direkt zur allgemeinen Gütergemeinschaft führen musste, ist in vielen Gegenden Sachsens zweifellos auf fränkische Rechtsbildung zurückzuführen (die flämischen Colonieen in der Mark Brandenburg, den Preussischen Ordenslanden, in Schlesien, den Niederungen der Elbe und Weser), zusammentreffend mit dem eben so verbreiteten, im wesentlichen damit übereinstimmenden, zum Theil daraus abgeleiteten westfälischen Recht, das sich zum Beispiel im lübischen Recht verkörpert. Die andere Richtung, das Drittheilsrecht, die in gleicher Weise den Keim der allgemeinen Gütergemeinschaft in sich trägt, ist zwar nicht direkt auf fränkische Rechtsbildung zurückzuführen, sondern wird jetzt mit dem slavischen Recht in Verbindung gebracht; doch ist der Einfluss fränkischer Einrichtungen wenigstens da wirksam gewesen, wo sie räumlich mit demselben zusammentraf. Wie der breite Strom der Halbtheilung und des Drittelsrechts die Verwaltungsgemeinschaft des sächsischen Rechts nach der Richtung der allgemeinen Gütergemeinschaft drängt, so verbreitet sich von Cöln

aus das System der gesammten Hand mit Verfangenschaft an den Oberrhein, die Schweiz, das Elsass und durch ganz Franken, und von da nach Bayern und Oesterreich, überall die ursprüngliche Errungenschaftsgemeinschaft verdrängend. In beiden grossen Rechtsgebieten, dem sächsischen und fränkischen, hat zunächst der Einfluss des römischen Rechts die weitere Entwicklung der allgemeinen Gütergemeinschaft gehemmt und an vielen Orten das deutsche Recht in seiner ursprünglichen Gestalt wieder hergestellt. Vor allem tritt diess in dem Gebiet des sächsischen Rechts hervor, wo die Anwendung der Grundsätze des Dotalrechts unbewusst zur Wiedergewinnung der ursprünglichen Grundlage der Unterordnung des ehefräulichen Vermögens unter die Gewere zu rechter Vormundschaft geführt hat. Die gleiche Richtung, wenn auch nicht mit so durchgreifendem Erfolg, manifestirt sich in den süddeutschen Rechtsgebieten, wo die Reception des römischen Rechts vielfältig die Wiederherstellung der ursprünglichen Errungenschaftsgemeinschaft zur Folge hatte. Nicht zerstörend hat die Reception des römischen Rechts gewirkt, sondern erhaltend, wiederherstellend. Nur durch diese Reception ist die principlose Zerfahrenheit, welche die deutsche Entwicklung im Mittelalter wie auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts so auf dem Gebiet des Civilrechts charakterisirt, gebannt worden.

Es ist jetzt keinem Zweifel mehr unterworfen, dass das eheliche Güterrecht der deutschen Stämme zur Zeit der Volksrechte sich im ganzen einheitlich gestaltet hatte. Wir finden hier bereits die leitenden Grundsätze, welche durch die ganze Folgezeit das deutsche eheliche Güterrecht beherrschen und wie ein rother Faden durchlaufend den Weg durch das Labyrinth zahlloser lokaler und partikulärer Rechtsbildungen uns finden lassen, das Princip der Gewere zu rechter Vormundschaft und der Genossenschaft. Beide liegen in den ältesten Einrichtungen bereits vor, das erstere offen hervortretend, das letztere anfangs latent, aber im Lauf der Zeit sich weiter verbreitend und überwuchernd.

Die einfachen Grundlagen des ehelichen Güterrechts der ältesten Zeit sind folgende: Während der Ehe steht die Ehefrau unter der ehelichen Vormundschaft des Ehemannes, dem die Verwaltung ihres Vermögens und Befugniss der Veräusserung ihrer Mobilien zusteht, während er über ihre Immobilien ausser im Fall echter Noth nur mit ihrer Zustimmung verfügen darf. Als Bestandtheile des ehefräulichen Vermögens finden sich regelmässig Dos, Aussteuer und Morgengabe. Die Dos, wahrscheinlich aus dem Muntschatz dem an die Verwandten der Frau zu zahlenden Kaufpreis für Ablösung des Mundiums ausgebildet, wird nach den Volksrechten (mit Ausnahme des sächsischen) der Ehefrau von Seite des Ehemannes bestellt, und es ist die Einrichtung in mehreren Rechten gesetzlich geregelt. Die Aussteuer, die Mitgabe für den Frauengebrauch bestimmter beweglicher Sachen (ähnlich der späteren Gerade), ist in den Volksrechten noch wenig entwickelt und daher von untergeordneter Bedeutung. Von wesentlichem Einfluss dagegen ist die Morgengabe, ein freiwilliges Geschenk des Ehemannes an die Ehefrau, das schon in der ältesten Zeit bei den meisten Stämmen sich findet, und das als die erste Grundlage der später sich entwickelnden Gütergemeinschaft bezeichnet werden kann.

In der Verfügung über sein eigenes Vermögen war der Ehemann an die Einwilligung der Ehefrau nur dann gebunden, wenn er ihr als Morgengabe einen quoten Theil seines Vermögens zugewendet hatte. Bei Auflösung der Ehe erhielt die Wittwe ihr Eingebrachtes; die Dos erhält sie nicht durchgängig zu Eigenthum, nach mehreren Rechten nur zur Leibzucht; ähnliche Verschiedenheiten finden sich in den Stammesrechten hinsichtlich der Morgengabe. Bei Vorabsterben der Ehefrau hat der Ehemann das Eingebrachte derselben an ihre Erben herauszugeben; ein Erbrecht ist für ihn eben so wenig begründet wie für die Ehefrau. Die Dos wurde nach fränkischem Recht bei unbeerbter Ehe zwischen dem Ehemann und den Erben der Frau getheilt, bei beerbter Ehe hatte der

Wittwer nur Niessbrauch daran; nach alamannischem Recht blieb sie immer dem Ehemann. Die Morgengabe vererbte nur nach fränkischem Recht immer in der Familie der Frau, nach dem Recht der übrigen Stämme blieb sie nur bei beerbter Ehe den Erben der Ehefrau, während sie bei unbeerbter Ehe an den Ehemann zurückfiel.

Sämmtliche deutsche Volksrechte gehen demnach von einheitlicher Grundlage aus. In allen finden sich Dos, Aussteuer und Morgengabe als Bestandtheile des ehefräulichen Vermögens, alle Volksrechte gewähren dem Ehemann die Stellung, welche im Mittelalter als die charakteristische Eigenschaft des ehelichen Güterrechts hervortritt, das ehefräuliche Vermögen ist nämlich seiner Gewere zu rechter Vormundschaft unterworfen. Er disponirt völlig unabhängig über sein eigenes Vermögen, über Immobilien der Frau nur mit ihrer Zustimmung, frei über ihre Mobilien. Das ehefräuliche Vermögen unterliegt keiner Haftung für seine Schulden. Es besteht kein eheliches Erbrecht. Die Ehefrau und ihre Erben erhalten bei Auflösung der Ehe das ehefräuliche Vermögen zurück; die überlebende Ehefrau hat eine gesetzliche Wittwenversorgung anzusprechen.

Völlig verschieden davon ist die Gestaltung im Mittelalter, und zwar schon im 13. Jahrhundert. In einem verhältnissmässig kleinen Theil des deutschen Landes hat sich ein Rechtssystem erhalten, das die ursprünglichen Grundlagen erkennen lässt, das Recht des Sachsenspiegels und des Magdeburger Rechts; alle übrigen, selbst die übrigen sächsischen Landestheile, haben diese Basis verlassen. Der Kern der Umgestaltung liegt darin, dass der Restitution des Frauengutes, also der Auseinandersetzung des Vermögens nach seinen ursprünglichen Bestandtheilen, die Theilung des ganzen Vermögens nach Quoten oder Sachgesammtheiten (Mobilien und Immobilien) substituirt, also der Uebergang von der Verwaltungsgemeinschaft zur Gütergemeinschaft angebahnt wird. Die Frage, ob die letztere durchgängig als Gütergemeinschaft unter Lebenden aufzufassen sei, oder ob sie nur als Güter-

gemeinschaft von Todeswegen hervortrete, d. h. ob die Vereinigung des beiderseitigen Vermögens schon während der Dauer der Ehe oder erst nach Auflösung derselben sich vollziehe, lässt sich nicht in der Art beantworten, dass die Entscheidung für die eine oder andere Alternative für alle Zeiten und alle Rechtsgebiete zutrifft. Nicht einmal für das fränkische Rechtsgebiet ist diess möglich, obgleich dort die Gütergemeinschaft unter Lebenden zuerst ganz ausgebildet hervortritt, viel weniger für das sächsische Rechtsgebiet, wo die Quotentheilung vielfältig die Eigenschaften der Gemeinschaft von Todeswegen auch später beibehält. Aber es ist auch darauf kein so grosses Gewicht zu legen, als diess früher häufig geschah, da die Entscheidung dieser Frage für die Beurtheilung der Gesammtentwicklung nicht massgebend ist. Im Mittelalter ist wie die Rechtsentwicklung überhaupt so auch die Entwicklung des ehelichen Güterrechts in beständigem Fluss; es greifen nicht nur die einzelnen Stammesrechte in einander über, sondern auch innerhalb der einzelnen Stammesrechte treten uns in verhältnissmässig kurzen Zeiträumen wesentliche Wandlungen und Umgestaltungen entgegen, ebenso im Gebiet des sächsischen wie in dem des fränkischen Rechts. Die Wandlungen in dem letzteren sind grösser und treten früher hervor, als die in dem Gebiet des sächsischen Rechts, weil das fränkische Recht die Vertragsfreiheit von Anfang an im grössten Umfang anerkannte, während das sächsische Recht erst allmählig dazu gelangte. Denn darüber ist jetzt kein Zweifel mehr, dass die Wandlungen des ehelichen Güterrechts im Mittelalter durch die in Eheverträgen eingeführte Uebung veranlasst, dass sie „Niederschläge der Eheverträge“ sind. Aus den Untersuchungen von Martitz und Schröder ergiebt sich aber zur Evidenz, dass der Entwicklungsgang im fränkischen und sächsischen Rechtsgebiet im ganzen die gleichen Phasen durchläuft, obwohl diese Stammesrechte in ihren Grundlagen wesentliche Verschiedenheiten zeigen. Das fränkische Recht bildet aus der Errungenschaftsgemeinschaft durch

die Mobiliargemeinschaft die allgemeine Gütergemeinschaft, zu der das sächsische Recht, von der Basis der Verwaltungsgemeinschaft ausgehend, drängt. In beiden Rechtsgebieten tritt mit Reception des römischen Rechts eine rückläufige Bewegung ein, die in den süddeutschen Rechten zur Beseitigung der Verfangenschaft und in einem Theil des fränkischen Rechtsgebiets zur Wiederherstellung der ursprünglichen Errungenschaftsgemeinschaft führt, während in dem sächsischen Rechtsgebiet die nahezu verlorene Grundlage des älteren Rechts durch die für die spätere Rechtsentwicklung massgebenden sächsischen Constitutionen wieder gewonnen wird.

Die Grundlagen, welche die jetzt geltende Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft charakterisiren, und die mit denen des älteren Rechts übereinstimmen, haben sich also nicht, wie vielfältig angenommen wird, von der ältesten Zeit bis jetzt wesentlich unverändert erhalten, sondern sie sind erst im Lauf der Zeit wieder gewonnen worden. Diess ergiebt sich aus der Betrachtung der Rechtsentwicklung, welche die Untersuchungen von Schröder und Martitz erläutern, und welche im nachfolgenden für die beiden Rechtsgebiete des sächsischen und fränkischen Rechts gesondert dargestellt werden soll.

II.

Das Recht des Sachsenspiegels führt uns die Grundzüge des älteren Rechts, wie sie in den deutschen Volksrechten zu erkennen sind, ziemlich unverändert vor. Die Abschliessung der Ehe ist ohne Einfluss auf die Rechte des Mannes hinsichtlich seines eignen Vermögens; ihm allein steht die Disposition darüber zu; die Ehefrau kann Zuziehung bei seinen Dispositionen nicht ansprechen; die „gesammte Hand“ ist dem sächsischen Recht unbekannt; auch durch Autonomie kann ursprünglich eine derartige Einrichtung nicht getroffen werden. Die Grundlage der vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten bildet die Vormundschaft des Mannes, unter welche

die Ehefrau mit Eingehung der Ehe fällt; damit wird ihr Vermögen seiner Gewere unterworfen (Gewere zu rechter Vormundschaft). Bestritten ist, ob sich diess nach sächsischem Landrecht auf das ganze Vermögen der Ehefrau erstreckte (Martitz, Agricola), oder ob schon der Sachsenspiegel wie zweifellos das spätere sächsische Recht die Constituirung von Sondergut zuliess (Gerber, Schröder). Jedenfalls bildet nach dem Recht des Sachsenspiegels das erstere thatsächlich die Regel. Die Ehefrau bleibt Eigenthümerin ihrer Immobilien, und der Ehemann kann einseitig über dieselben nicht disponiren. Hinsichtlich der Mobilien scheiden sich die Meinungen. Nach der einen Meinung gehen nur fungible Sachen und Forderungen in das Eigenthum des Mannes über, während nicht fungible Mobilien Eigenthum der Frau verbleiben (Agricola); nach der anderen Ansicht werden und bleiben alle Mobilien der Frau, die nicht zur Gerade gehören, mit Eingehung der Ehe Eigenthum des Mannes (Martitz, Schröder). Jedenfalls hat dieser freie Disposition über dieselben.

Nach dem Recht des Sachsenspiegels ist die Ehefrau nicht an sich dispositionsunfähig, sondern nur beschränkt in der Disposition über das in der Gewere des Mannes stehende Vermögen. Ihre ohne Genehmigung des Mannes eingegangenen Verbindlichkeiten bestehen an sich zu Recht, sie können nur nicht gegen das in der Gewere des Mannes befindliche Vermögen geltend gemacht werden, jedoch haftet sie für dieselben mit ihrer Person und ihrem Sondergut. Das ungezweite Gut haftet für die von der Ehefrau eingegangenen Verbindlichkeiten, wenn der Ehemann eingewilligt hat, wenn sie im Interesse der gemeinsamen Wirthschaft contrahirt oder durch Leibesnoth veranlasst sind. Das ehefräuliche Vermögen haftet für die vorehelichen Schulden der Ehefrau, nicht aber für die vorehelichen Schulden des Ehemannes. Für die während der Ehe einseitig contrahirten Schulden des Ehemannes haftet das Frauengut nicht, ausser wenn sie im beiderseitigen Interesse oder im Interesse der Frau eingegangen wurden. Die Ehe-

frau haftet ausserdem für die mit dem Ehemann gemeinsam contrahirten Schulden und diejenigen, für die sie sich verbürgt hat. In processualischer Hinsicht unterliegt sie der ausschliesslichen Vertretung des Ehemannes.

Bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten löst sich das ungezweite Gut auf. Bei dem Tod der Ehefrau giebt der überlebende Ehemann den Erben der Ehefrau die Immobilien und die Gerade heraus; die Mobilien behält er als Erbe. Die überlebende Ehefrau erhält den Mustheil, die ihr versprochene Leibzucht, die Morgengabe und die Gerade. Bestritten ist, ob sie ausserdem Restitution der noch vorhandenen Mobilien ihres Einbringens ansprechen konnte (Kraut, Gerber, Agricola), oder ob diese den Erben des Mannes verblieben (Albrecht, Martitz, Schröder). Keinenfalls konnte die Frau für nicht mehr vorhandene Mobilien Ersatz ansprechen.

Dass das in dem Sachsenspiegel codificirte eheliche Güterrecht seinen Ursprung nach einer früheren Periode als dem 13. Jahrhundert angehöre zeigt sich auf den ersten Blick. Alle dabei als Grundlagen gedachten Einrichtungen fussen auf einem rein ländlichen Wirthschaftssystem; es ist dabei auf städtische Einrichtungen nicht nur nicht Rücksicht genommen, sondern es tritt auch offen zu Tag, dass die betreffenden Rechtssätze einer Zeit angehören, in der man städtische Einrichtungen so gut wie gar nicht kannte. Die nächste Folge der Ausbreitung städtischer Wirthschaft ist Beseitigung der rechtlichen Unterscheidung des Mobiliar- und Immobiliarvermögens. Sowie das bewegliche Vermögen wirthschaftlich die gleiche Bedeutung wie das unbewegliche Vermögen erlangt hat, muss die Ausschliesslichkeit agnatischer Erbfolge, die Zurückstellung der Weiber im Erbrecht und die Ausdehnung des Revokationsrechts der Erben auf alle Immobilien verschwinden. Schon zu Zeiten der Entstehung des Sachsenspiegels sehen wir daher in den Städten des sächsischen Rechts die beiden Geschlechter im Erbrecht gleichgestellt, und das

Revokationsrecht der nächsten Erben auf Stammgüter beschränkt. Damit ist dem Institut der Gerade, deren Entstehung die Ausschliessung der cognatischen Erbfolge voraussetzte, der Boden entzogen. Umgestaltung endlich vollständige Beseitigung derselben war das erste, was man in den Städten sächsischen Rechts anstrebte. Nicht nur in denen des westfälischen Rechtsgebiets und des Drittheilsrechts, welche sie überhaupt beseitigt haben, sondern auch in dem Rechtsgebiet des Magdeburgischen Rechts tritt diese Veränderung ein. Es wurde in den letzteren nicht nur der Inhalt des Geraderechts modificirt, sondern auch der Anspruch der Wittwe bei beerbter Ehe auf die Hälfte beschränkt und die Niftelgerade nur der Tochter zugestanden. So kam es, dass schon im 14. Jahrhundert das Geraderecht in einem grossen Theil des sächsischen Rechtsgebiets ganz verschwunden war, und erst mit dem Verfall des Drittheilsrechts wieder aufgenommen wurde. Bekanntlich wurde dasselbe durch die sächsischen Constitutionen erst wieder eingeführt, und hat so in dem Gebiet des gemeinen sächsischen Rechts bis in unsere Zeit sich erhalten.

Diese tiefgewurzelte Abneigung gegen das Geraderecht war die Veranlassung der unten zu erörternden Erscheinung, dass bei Ausbreitung des sächsischen Rechts namentlich des Magdeburgischen Rechts in den östlichen Landestheilen das eheliche Güterrecht desselben meist ausgeschlossen und durch andere Institutionen ersetzt wurde, sowie der vielfachen Umgestaltungen des ehelichen Güterrechts in dem sächsischen Rechtsgebiet überhaupt. Der Grund mag darin zu suchen sein, dass die Unterscheidung des Mobiliarvermögens in Gerade und Ungerade nicht nur den wirthschaftlichen Verhältnissen städtischer Niederlassungen sich nicht anpassen liess, sondern dass sie auch einem längst überwundenen Standpunkt angehörte. Das Geraderecht des sächsischen Rechts wurde im Lauf der Zeit eben so unleidlich, wie die Verfangenschaft der Immobilien in dem fränkischen Rechtsgebiet, und die allgemeine Abneigung dagegen hat im Gebiet des sächsischen

Rechts ebenso die Umgestaltung der Verwaltungsgemeinschaft veranlasst, wie die Unbequemlichkeit und Ungerechtigkeit des Verfangenschaftsrechts in dem fränkischen Rechtsgebiet den Uebergang zum Theilrecht bewirkte.

Dass das eheliche Güterrecht des Sachsenspiegels einen veralteten den Verhältnissen des 13. Jahrhunderts nicht mehr entsprechenden Standpunkt einnimmt, zeigt sich auch darin, dass dasselbe der vertragsmässigen Festsetzung die engsten Schranken zieht. Es ist bekanntlich bestritten, ob das eheliche Güterrecht des Sachsenspiegels die Constituirung von Sondergut der Frau überhaupt gestattet (Gerber, Schröder), oder ob es dieselbe ausschliesst und das ganze ehefräuliche Vermögen mit Eingehung der Ehe ausnahmslos der Gewere des Ehemannes unterwirft, so dass dieser ein unentziehbares Recht darauf hat, das auch durch Autonomie nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden kann (Martitz, Agricola). Jedenfalls ist nach dem Recht des Sachsenspiegels das ausschliessliche Recht des Ehemannes auf Verwaltung des gesammten Frauenvermögens faktisch vorausgesetzt. Die Umgestaltung, die schon im 13. Jahrhundert dadurch sich vollzieht, dass durch das Ueberhandnehmen der Constituirung von Sondergut der Ehefrau die Möglichkeit gegeben ist, ihr Vermögen theilweise der Verwaltung und Disposition des Ehemannes zu entziehen, gehört lediglich der städtischen Entwicklung an, und es zeigt sich auch hier, dass der Sachsenspiegel, indem er auf diese jedenfalls im Keim bereits vorhandene Gestaltung keine Rücksicht nimmt, der Darstellung des ehelichen Güterrechts Verhältnisse zu Grunde legt, die zur Zeit seiner Abfassung bereits veraltet waren.

Zu demselben Schluss veranlasst der Umstand, dass er die Vergabungen unter Ehegatten weitgehenden Beschränkungen unterwirft. Von Todeswegen können nach dem Recht des Sachsenspiegels Mobilien überhaupt nicht vergeben werden, und, wie es scheint, waren Vergabungen der Frau an den Mann nicht zulässig. Mit der Entwicklung der städtischen

Wirthschaft war aber eine Einrichtung nicht vereinbar, welche durch diese weitgehende Beschränkung der Autonomie jede Umgestaltung des älteren Rechts, die sich in anderen Rechtsgebieten gerade durch die Uebung ausgedehnter Vergabung unter Ehegatten vollzog, in der Hauptsache ausschloss.

Die freiere Gestaltung des Vertragsrechts, welche in den sächsischen Städten schon im 13. Jahrhundert vollzogen ist, hat wesentlich zur Beseitigung der der städtischen Entwicklung nicht mehr entsprechenden Grundsätze des älteren Landrechts beigetragen. Die Zulässigkeit der Verfügung über Mobilien durch Vergabung von Todeswegen ist schon Ende des 13. Jahrhunderts in Magdeburg anerkannt, und ebenso sind dort im 14. Jahrhundert gegenseitige Vergabungen des ganzen Vermögens unter Ehegatten ganz gewöhnlich, in der Art, dass die Ehefrau dem Ehemann ihr ganzes Vermögen aufliess, wogegen ihr im Stadtbuch die Hälfte des ganzen vereinigten Vermögens zugeschrieben wurde, was Schröder mit Recht als Stipulation allgemeiner Gütergemeinschaft auffasst.

In welchem Umfang dagegen der Sachsenspiegel die vertragsmässigen Festsetzungen unter Ehegatten noch beschränken konnte, zeigt sich namentlich bei dem Institut der Morgengabe. Nur am Morgen nach der Hochzeitsnacht vor dem Mittagessen konnte sie giltig constituirt werden, weder vorher noch nachher. Beschränkt war die Zuwendung dem Inhalt nach. Männer von Rittersart konnten der Frau als Morgengabe nur geben ein unfreies Kind unter 12 Jahren, ein gezimmertes Haus und feldgängiges Vieh, während nichtritterbürtige der Frau nur das beste Pferd oder Stück Vieh zuwenden konnten. Das Institut war dadurch ausgezeichnet, dass damit eine Befreiung von der im sächsischen Recht begründeten Nothwendigkeit des Erbenconsenses zur Veräusserung von Immobilien (Unfreie galten nach deutschem Recht als Immobilien) und von dem Verbot der Vergabung von Mobilien gegeben war. Dieses Institut konnte in den Städten schon desshalb nicht heimisch werden, weil die Gegenstände, deren Vergabung es allein zu-

liess, dort gar nicht oder doch nicht regelmässig vorhanden waren. Die Morgengabe des Stadtrechts (gelobte Morgengabe) ist daher ein ganz anderes Institut als das des Landrechts, das weder hinsichtlich der Zeit der Constituirung noch bezüglich des Inhalts an die Regeln des Landrechts gebunden ist, die auf den ersten Blick die Entstehung in grauer Vorzeit erkennen lassen. Die Morgengabe des Landrechts war schon im 13. Jahrhundert eine gesetzliche Morgengabe nur des Ritterstandes geworden, als welche sie sich bis in unsere Zeit erhalten hat; bei dem Bauernstand war sie ganz ausser Gebrauch gekommen, und in den Städten hatte sie sich in die gelobte Morgengabe verwandelt.

Dass der Sachsenspiegel einen der wirthschaftlichen Entwicklung zur Zeit seiner Abfassung nicht mehr entsprechenden Standpunkt einnimmt, zeigt sich endlich darin, dass nur ungenügend für die Wahrung der Rechte der Ehefrau gegenüber den Dispositionen des Ehemannes gesorgt ist. Der Mann verfügt ganz frei über das Mobiliarvermögen der Frau, und ist keinenfalls zum Ersatz des nicht mehr vorhandenen verpflichtet. Das Mobiliarvermögen der Frau unterliegt also der Gewalt des Ehemannes in der Art, dass er dasselbe ohne zum Ersatz verbunden zu sein ganz in den eignen Nutzen verwenden darf. Der Anspruch der Frau auf die Gerade kann als Aequivalent für das von dem Manne verbrauchte nicht gelten, weil die Frau nur erhielt, was an Geradestücken bei Auflösung der Ehe vorhanden war, der Mann dagegen über die die Gerade bildenden Gegenstände unter Lebenden ebenso frei verfügen konnte, wie über alle anderen beweglichen Sachen. Selbst über die zur Morgengabe gehörenden Gegenstände konnte der Mann ohne Ersatzverbindlichkeit frei disponiren. Ueber die Immobilien der Frau konnte er allerdings nur mit ihrer Zustimmung verfügen, und einseitige Veräusserungen derselben konnten von der Frau binnen Jahr und Tag angefochten werden; allein bei Veräusserung mit ihrer Einwilligung hatte sie weder Anspruch auf Ersatz des von dem Mann verbrauchten

Kaufpreises, noch wurden die mit dem Erlös daraus erworbenen Immobilien ihr Eigenthum, wenn sie nicht ausdrücklich auf ihren Namen angeschafft wurden. Diese Schutzlosigkeit der Frau mochte sich ertragen lassen zu einer Zeit, wo die Frau im Erbrecht beschränkt in der Regel nicht grosses Vermögen hatte; sie musste unleidlich erscheinen in einer Zeit, in welcher die Frau im Erbrecht dem Mann gleichgestellt in der Lage war bedeutendes Vermögen in die Ehe zu bringen. Auch war früher, wo das Immobiliareigenthum den wesentlichsten Theil des Vermögens ausmachte, die Stellung der Frau relativ geschützter als später, wo das Vermögen zum grössten Theil aus Mobilien und Forderungen bestand, und der Mann in der freien Disposition über Mobilien und Forderungen die freie Verfügung über die werthvollsten Vermögenstheile anzusprechen hatte. Dabei fand die Frau nicht, wie nach fränkischem Recht, nach welchem sie bei Auflösung der Ehe Eigenthum an allen Mobilien und Leibzucht an den Immobilien erhielt, Ersatz in der Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehe, denn sie blieb den Grundsätzen des älteren Rechts entsprechend nach wie vor auf die Gerade beschränkt, während die übrigen meist viel werthvolleren Mobilien in der Regel dem Mann verblieben. Die Frau war also nicht nur schutzlos gegen die Verschwendung des Mannes, sondern hatte nicht einmal Aussicht, bei Auflösung der Ehe ihr Einbringen, soweit es nicht in Immobilien bestand, ungeschmälert zurückzuerhalten.

Diess gab nicht nur Veranlassung zu Sicherungsmassregeln durch autonome Festsetzungen innerhalb des Rahmens des sächsischen Landrechts, indem durch Constituirung von Sondergut bestimmte Vermögenstheile der Disposition und Mobiliarerbfolge des Ehemannes entzogen wurden, sondern wir haben darin auch die Veranlassung zu suchen, dass in dem Rechtsgebiet des Sachsenrechts selbst mit der Aufnahme des Halbtheilungs- und Drittheilsrechts die Umwandlung der Verwaltungsgemeinschaft in allgemeine Gütergemeinschaft angebahnt wurde.

Es ist bekanntlich in neuerer Zeit von Martitz die Behauptung aufgestellt worden, dass das im Sachsenspiegel dargestellte Recht, namentlich das eheliche Güterrecht, einen älteren Rechtszustand darstelle, der zur Zeit, wo das Rechtsbuch abgefasst wurde, kaum geltendes Recht mehr gewesen sein könne. Indem Martitz namentlich voraussetzte, dass das Magdeburger Recht (Weichbild) im ehelichen Güterrecht die Grundlagen des sächsischen Landrechts verlassen habe, hatte er freilich dem letzteren die praktische Bedeutung abzusprechen guten Grund. Allein gerade darin hat seine Darstellung Widerspruch gefunden; mit Recht wird von Agricola und Schröder entgegengehalten, dass das eheliche Güterrecht des Magdeburger Rechts die Grundlagen des ostfälischen Rechts bewahrt und dieses nur in unwesentlichen Dingen modificirt habe. Dagegen ist Martitz darin beizustimmen, dass von einer Einheit des Rechts in den Ländern des sächsischen Rechts, wie sie nach den Angaben Eikes von Repgow von diesem vorausgesetzt zu sein scheint, und wie sie bis in die letzte Zeit von den meisten als zweifellos begründet angenommen wurde, keine Rede sein kann. Auch wenn, wie hier geschieht, das eheliche Güterrecht des Magdeburger Rechts und das des Sachsenspiegels als in der Hauptsache identisch angesehen wird, hat das Geltungsgebiet des ostfälischen ehelichen Güterrechts, wie es sich aus diesen beiden Rechtsquellen entnehmen lässt, sehr enge Grenzen. Es gilt seit dem 14. Jahrhundert nur in den Rechtsgebieten der Bisthümer Magdeburg, Naumburg und Merseburg, für die ländliche Bevölkerung in Mecklenburg, Holstein, Pommern, der Mark und des Markgrafenthums Meissen, und in einzelnen Städten in Schlesien, Böhmen, Mähren, Pommern und der Mark Brandenburg. Wie sehr im 14. Jahrhundert überhaupt das eheliche Güterrecht in den Ländern des sächsischen Rechts bereits zerklüftet war, ergiebt sich daraus, dass in dieser Zeit in Schlesien der Adel nach dem Recht des Sachsenspiegels, der Bauernstand nach lübischem Recht lebte, während die Städte der Mehrzahl nach Halb-

theilung und Drittheilsrecht angenommen hatten. Die weite Verbreitung des Magdeburger Rechts über den ganzen Nordosten deckt sich nämlich nicht mit der räumlichen Ausbreitung des ostfälischen ehelichen Güterrechts, da die Reception des Magdeburger Rechts in den meisten Orten unter Ausschliessung des ehelichen Güterrechts desselben erfolgte. Aber auch wo diess nicht der Fall gewesen war, trat doch später eine Beseitigung desselben ein.

Es ist oben bereits angedeutet, dass seit dem 14. Jahrhundert die Rechtsentwicklung eine Richtung einschlägt, durch welche in dem grösseren Theil der Länder des sächsischen Rechts eine Umwandlung der Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft in die der Gütergemeinschaft angebahnt wird. Das Recht der Halbtheilung und das Drittheilsrecht, verschieden dem Ursprung nach, treffen in der Tendenz zusammen, die Grundlagen des ostfälischen Güterrechts zu beseitigen. Es tritt diess in folgenden Punkten hervor:

1) Die Unterscheidung des Mobiliarvermögens in Gerade und Ungerade wird aufgegeben.

2) Dem Princip der Restitution des Frauengutes an die Ehefrau oder ihre Erben wird das der Quotentheilung des gesammten in der Hand des Ehemannes vereinigten Vermögens substituirt.

3) Das Frauengut haftet regelmässig für die Schulden des Ehemannes.

4) Der Ehemann hat nicht wie nach ostfälischem Recht freie Disposition über das gesammte Vermögen mit Ausnahme des Immobiliarvermögens der Ehefrau, sondern er hat entweder freie Disposition über das ganze Vermögen, oder er ist der gesammten Hand unterworfen.

Die Frage, ob diese Gestaltungen als Gütergemeinschaft unter Lebenden aufzufassen seien (Schröder), oder ob sie nur eine Gütergemeinschaft von Todeswegen enthalten (Gerber, Agricola), kommt hier zunächst nicht in Betracht; es genügt zu constatiren, dass beide Systeme, das der Halbtheilung so-

wohl als das des Drittheilsrechts, Principien aufstellen, welche mit denen des ostfälischen Rechts in direktem Widerspruch stehen. Eine kurze Skizze der Ausbildung und Verbreitung der beiden Systeme wird uns Anhaltspunkte für die Begründung des oben aufgestellten Satzes gewähren, dass im 14. Jahrhundert die Güterordnung des sächsischen Landrechts Anwendung nur in einem kleinen Theil der sächsischen Länder fand.

Das Recht der Halbtheilung, das sich räumlich eben so weit verbreitet hat, wie das Drittheilsrecht, und das auf die Rechtsentwicklung einen viel nachhaltigeren Einfluss ausgeübt hat als dieses, ist in seinem Ursprung auf die Uebertragung zweier verschiedener Stammesrechte zurückzuführen, nämlich das westfälische Recht und das flämische (niederrheinisch-fränkische Recht. Das Recht der westfälischen Sachsen unterschied sich schon zur Zeit der Volksrechte von dem der ostfälischen Sachsen darin, dass bei Auflösung der Ehe zwar das eingebrachte Vermögen nach der ursprünglichen Zuständigkeit auseinander fiel, wobei die Frau statt ihrer Mobilien die Gerade erhielt, die Errungenschaft jedoch zwischen der Wittwe und den Kindern zur Hälfte getheilt wurde. Daraus hatte sich schon im 11. Jahrhundert im altwestfälischen Recht eine Errungenschaftsgemeinschaft unter Lebenden für die beerbte Ehe ausgebildet, während für die unbeerbte Ehe die Grundsätze der ostfälischen Verwaltungsgemeinschaft erhalten blieben. Diess bildet die Grundlage des Söst-Lübecker Rechts, das durch seine weite Verbreitung im nördlichen und östlichen Deutschland für den einen Theil der Rechtsgebiete der Halbtheilung massgebend wurde. Hiernaeh war bei unbeerbter Ehe die Haftung des Frauengutes für die ehelichen Schulden ausgeschlossen; daher galt auch nicht das Princip der gesammten Hand, der Ehemann konnte vielmehr über seine eigenen Immobilien einseitig, über die der Frau nur mit ihrer Einwilligung verfügen. Bei Auflösung der Ehe wurde, wenn diese unbeerbt war, das beiderseitige Vermögen ausgeschieden, wo-

bei die Errungenschaft zu dem Vermögen des Mannes geschlagen wurde. Der überlebende Ehegatte erbte die Hälfte des Vermögens des Verstorbenen; nach einem Theil der Rechte war er Alleinerbe. Bei beerbter Ehe dagegen trat Haftung des Frauengutes für die Schulden des Ehemannes ein; die Eheleute konnten nur mit gesammter Hand über Immobilien verfügen; mit Auflösung der Ehe trat fortgesetzte Gütergemeinschaft ein; bei Abschichtung wurde das gesammte Vermögen zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern nach Quoten getheilt.

Diese in ihren Grundzügen noch in dem späteren lübischen Recht erhaltene Güterordnung, die als die des altwestfälischen Rechts bezeichnet werden kann, verbreitete sich von Westfalen aus östlich nach Lüneburg, nördlich nach Lübeck, und von da aus in die Städte von Holstein, Mecklenburg, Preussen, der baltischen Provinzen und nach Schlesien als schlesisches Landrecht.

Abweichend davon hatte das flämische Recht die Grundsätze, die das altwestfälische Recht nur für die beerbte Ehe aufgestellt hatte, auch auf die unbeerbte Ehe angewendet. Hiernach haftete das Frauengut bei unbeerbter wie bei beerbter Ehe für die Schulden des Ehemannes; für Immobilien galt gesammte Hand oder ausschliessliches Verfügungsrecht des Ehemannes; bei Auflösung der Ehe wurde das Vermögen nach Quoten (meist zur Hälfte) getheilt. Dieses System wurde theils aus dem westlichen Theil Westfalens (Dortmund), wohin es aus dem niederrheinischen Franken übertragen war, nach ostfälischen Rechtsgebieten (Bremen, Hamburg, Oldenburg) verpflanzt, theils ging es direkt durch die zahlreichen flämischen Colonieen in die Mark Brandenburg, die Preussischen Ordenslande, Schlesien und die Niederungen der unteren Weser und Elbe über.

Die flämische Halbtheilung stimmte also im Princip mit der altwestfälischen überein, und unterschied sich nur dadurch, dass sie die beerbte und unbeerbte Ehe gleichmässig behandelte.

In dem grösseren Theil der Rechtsgebiete, in welchen sich im Mittelalter diese beiden Systeme der Halbtheilung verbreitet hatten, ist später gleichheitlich der Uebergang zur allgemeinen Gütergemeinschaft vollzogen. Es gehören dahin die Provinzen Posen, Ost- und Westpreussen und Westfalen, die hannövrischen Partikularrechte, Bremen und Hamburg. Getheilt ist das Gebiet des lübischen Rechts, da in dem einen Theil desselben (Pommern) die Güterordnung der allgemeinen Gütergemeinschaft, in dem anderen Theil (Holstein, Mecklenburg, Lübeck) die der Verwaltungsgemeinschaft angenommen ist.

Ganz verschieden nach Ursprung und weiterer Entwicklung ist das Drittheilsrecht. Man glaubte dasselbe früher auf Einwirkung des fränkischen Rechts zurückführen zu können, indem man einen Zusammenhang mit der altfränkischen Theilung nach Schwert- und Spindeltheil (⅔ und ⅓) annahm; dieser Vermuthung steht schon der Umstand entgegen, dass sich das Drittheilsrecht besonders in solchen Gegenden ausgebildet findet, in denen eine Einwirkung fränkischer Rechtsbildung nicht anzunehmen ist, namentlich in Böhmen und Mähren. Es sprechen aber auch innere Gründe gegen diese Vermuthung. Das Drittheilsrecht entbehrt des einheitlichen Princips, das bei der Halbtheilung so bestimmt hervortritt, indem es theils auf die Frau beschränkt, theils auf beide Eheleute ausgedehnt, theils nur für beerbte Ehen aufgestellt, theils auch für kinderlose Ehen bestimmt ist. Die Gestaltung, die es in dem Rechtsbuch nach Distinktionen erhalten hat, und die vielfältig für die ursprüngliche und maassgebende gehalten wurde, wobei nämlich die Ehefrau unter Zurücknahme ihres Eingebrachten ein Drittel des Vermögens des Ehemannes als Surrogat des Leibgedings und der Morgengabe erhielt, ist nur die eine räumlich nicht einmal weit verbreitete Gestaltung dieser Güterordnung; viel häufiger findet sich Ausdehnung auf beide Eheleute, indem das Vermögen bei Auflösung der Ehe nach Quoten getheilt wird, und zwar zu ⅔ oder das ganze für den Ehemann, zu ⅓ oder ½ für die Ehefrau. So findet

sich dieses System nicht nur in Böhmen und Mähren, wo diese vermuthlich auf slavischer Grundlage ruhende Gewohnheit vielleicht entstanden ist, sondern auch in dem eigentlichen Sachsen, z. B. in Leipzig. So mannigfaltig auch die Gestaltungen sind, in denen diese Güterordnung in den verschiedenen Rechtsgebieten hervortritt, so zeigt sich doch übereinstimmend eine Hinneigung zur Entwicklung der Gütergemeinschaft, indem sowohl die Haftung des Frauengutes für die ehelichen Schulden als die freie Dispositionsbefugniss über das ganze Vermögen mehr den Grundsätzen der Gütergemeinschaft als denen der Verwaltungsgemeinschaft entspricht. Das Rechtsgebiet des Drittheilsrechts ist ein sehr ausgedehntes. Es verbreitete sich ausser in Böhmen und Mähren namentlich im südöstlichen Deutschland, und lässt sich im sächsischen Kurkreis, dem Markgrafenthum und Bisthum Meissen, der Lausitz und Schlesien nachweisen. Auch ausser diesen Rechtskreisen findet es sich. So ging Stettin im Jahre 1305 vom Magdeburger Recht zum Drittheilsrecht und von diesem später zur Halbtheilung über.

Obwohl das Drittheilsrecht in seiner ursprünglichen Form sich nur in wenigen Rechtsgebieten erhalten hat, so ist es doch von wesentlichem Einfluss auf die Weiterbildung des sächsischen Rechts gewesen, aber in einer dem System der Halbtheilung entgegengesetzten Richtung. Während nämlich, wie oben gezeigt, die Statuten der Halbtheilung zum grössten Theil zur allgemeinen Gütergemeinschaft übergegangen sind, trat im Gebiet des Drittheilsrechts eine rückläufige Bewegung ein, zu welcher die Reception des römischen Rechts den Anstoss gab. Die sächsischen Constitutionen von 1572, welche bis in unsere Zeit für die Entwicklung des sächsischen Rechts von maassgebendem Einfluss gewesen sind, sprachen nur aus, was schon vorher durch Uebung angebahnt war, die Rückkehr zu den Grundsätzen der Verwaltungsgemeinschaft. Es wurde nicht nur die vielfältig beseitigte Unterscheidung zwischen Gerade und Ungerade wieder aufgenommen, sondern es wurde auch die Grundlage des sächsischen Rechts, Unterwerfung des

ehefräulichen Vermögens unter die vormundschaftliche Gewere des Mannes und Ausscheidung des beiderseitigen Vermögens bei Auflösung der Ehe wieder hergestellt, beides freilich nicht direkt, sondern indirekt. Die sächsischen Constitutionen verbinden die Grundlagen des älteren sächsischen Rechts mit den Grundsätzen des gemeinen Dotalrechts, und stellen auf diesem Umweg das Verwaltungsrecht des Ehemannes in einer der ursprünglichen sich annähernden Form wieder her. Soweit die Ehefrau sich nicht Theile ihres Vermögens als Sondergut (bona receptitia) vorbehalten hat, hat das Vermögen, das sie bei Eingehung der Ehe besitzt, Dotalqualität; alles übrige ist Paraphernalgut. Dotalgut und Paraphernalgut unterscheiden sich aber nur darin, dass das erstere der Dotalprivilegien theilhaftig ist, während das letztere nur durch ein stillschweigendes Pfandrecht geschützt wird. Im übrigen sind die Rechte des Ehemannes hinsichtlich des Dotal- und Paraphernalguts die gleichen, nämlich das Recht der Verwaltung und des Niessbrauchs mit der Befugniss der Disposition über die Mobilien, während die Disposition über die Immobilien der Frau deren Zustimmung voraussetzt, eine Einrichtung, die ganz der in dem preussischen Landrecht gegenwärtig bestehenden entspricht. Bei Auflösung der Ehe ist der überlebende Ehemann Mobiliarerbe, und giebt an die Erben der Frau nur die Gerade und den Immobiliarnachlass heraus. Die überlebende Frau hat die Wahl, ob sie die statutarische Portion nehmen will oder nicht. Wählt sie die statutarische Portion, so erhält sie unter Collation ihres Vermögens bei Concurrenz mit Descendenten ein Viertel, bei Concurrenz mit anderen Erben ein Drittel des reinen Gesammtvermögens. Schlägt sie die statutarische Portion aus, so erhält die adelige Wittwe die fräuliche Gerechtigkeit, nämlich Leibgeding, Morgengabe und Mustheil, die nichtadelige Wittwe ihr gesammtes eingebrachtes Vermögen, die Gerade und was ihr vom Manne vermacht ist.

Diese Güterordnung, die man auch als die der privilegirten Erbfolge bezeichnet, galt von da an als die des gemeinen sächsi-

schen Rechts. Nur vereinzelt wurde in dem sächsischen Rechtsgebiet die Verwaltungsgemeinschaft durch das römische Dotalrecht verdrängt, so in Theilen von Hannover, in Mecklenburg und in Braunschweig. So wurde das Stadtrecht von Goslar, das im 14. Jahrhundert als Mittelpunkt eines besonderen Rechtskreises hervortritt und sich besonderer Pflege erfreute, nach Reception des römischen Rechts ausser Anwendung gesetzt. Die Beseitigung des sächsischen Rechts und damit der Verwaltungsgemeinschaft erfolgte in diesen Rechtsgebieten theilweise durch Akte der Gesetzgebung. Andererseits wurde, wie oben angeführt, in denjenigen Landestheilen, welche das Halbtheilungssystem recipirt hatten, vielfältig die Güterordnung der allgemeinen Gütergemeinschaft angenommen. In den übrigen Theilen des sächsischen Rechtsgebiets dagegen blieb die Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft erhalten, überwiegend in der Gestaltung, die ihr in den sächsischen Constitutionen gegeben war.

Die neueste Entwicklungsphase der Verwaltungsgemeinschaft ist durch das preussische Landrecht eingeleitet. Dieses hat unter Beseitigung der Unterscheidung von Gerade und Ungerade auch die Anwendung der Grundsätze des römischen Dotalrechts aufgegeben. Dem Ehemann steht hiernach Verwaltung und Niessbrauch an dem ehefräulichen Vermögen und Disposition über die Mobilien zu, während er über die dazu gehörigen Immobilien und die auf ihren Namen eingetragenen Capitalien nur mit Einwilligung der Ehefrau verfügen darf. Das Mobiliarerbrecht des Ehemannes und das Wahlrecht der Ehefrau ist aufgehoben und durch Restitution des Frauengutes und ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des verstorbenen ersetzt. Diesem Vorgang folgte das k. sächsische Mandat von 1829, und von da ging der gleiche Grundsatz in die Gesetzgebung der meisten thüringischen Staaten über. Neuerdings ist er ebenso in Lübeck und Oldenburg recipirt worden, so dass diese Form jetzt als die überwiegend herrschende bezeichnet werden kann. Dabei ist den

Grundsätzen des älteren Rechts entsprechend die Dispositionsbefugniss des Ehemannes über die Mobilien aufrecht erhalten; nur das sächsische bürgerliche Gesetzbuch macht eine Ausnahme, indem es den Ehemann auf die Rechte beschränkt, welche der Niessbraucher an den zum Niessbrauch überlassenen Sachen hat.

III.

Während in dem Gebiet des sächsischen Rechts die Umgestaltung nur allmählig sich vollzieht, welche für einen grossen Theil der Bevölkerung die Verwaltungsgemeinschaft zu der allgemeinen Gütergemeinschaft überführt, ist in dem Gebiet des fränkischen Rechts die gleiche Entwicklung schon viel früher angebahnt. Es ist jetzt keinem Zweifel mehr unterworfen, dass der Mittelpunkt der Ausbildung der Gütergemeinschaft des deutschen Rechts in Franken zu suchen ist. Von hier aus verbreitete sie sich westlich und südlich nach Alemannien und Bayern, nördlich und östlich nach Westfalen und in das ostfälische Rechtsgebiet. In Franken ist der Sitz der gesammten Hand der Verfangenschaft und des Theilrechts, der Institute, welche zuerst Veranlassung gegeben haben, mit der traditionellen Auffassung der älteren Schule zu brechen, welche das Recht des Sachsenspiegels als einheitliches Recht des Mittelalters ansehend nur zufällige unter sich nicht zusammenhängende Abweichungen einzelner Lokalrechte in der Bestimmung des ehelichen Güterrechts anerkennen wollte. Jetzt, nachdem wir durch die trefflichen Untersuchungen Schröders in den Stand gesetzt sind, den Wanderungen der deutschen Stammesrechte aus ihren ursprünglichen Sitzen in die entferntesten Ausläufer zu folgen, wird der Satz, dass die Grundlagen der Abweichungen der verschiedenen ehelichen Güterordnungen in den Stammesrechten zu suchen seien, keinen Widerspruch mehr finden.

Die Entwicklung der Gütergemeinschaft des fränkischen

Rechts hat als Ausgangspunkt die Errungenschaftsgemeinschaft, die sich schon im 9. Jahrhundert bei den ripuarischen Franken ausgebildet findet. Die Uebung, der Ehefrau als Morgengabe einen Theil der Errungenschaft (tertia collaboratonis) zuzuwenden, verwandelte sich im Lauf der Zeit in einen gesetzlichen Anspruch der Ehefrau auf einen Errungenschaftsantheil in allen Fällen, in welchen nicht durch Ehevertrag eine andere Bestimmung getroffen war. Wir haben darin den Ursprung der gesammten Hand zu suchen, welche als charakteristisches Unterscheidungsmerkmal des fränkischen Rechts hervortritt. Während bei der Verwaltungsgemeinschaft die Disposition des Ehemannes über sein eignes Vermögen in keiner Weise abhängen kann von Zustimmung der Ehefrau, diese vielmehr nur Anspruch darauf hat, dass der Ehemann über ihr Immobiliarvermögen nicht ohne ihre Genehmigung verfüge, giebt das ältere fränkische Recht der Ehefrau einen Anspruch darauf, dass der Ehemann ihr Recht auf einen Errungenschaftsantheil nicht durch einseitige Disposition über seine Immobilien beeinträchtige, bei Veräusserung derselben also ihre Einwilligung ebenso einzuholen habe, wie bei Veräusserung der von ihr eingebrachten Immobilien. Sowie sich aber der Grundsatz Geltung verschafft hatte, dass keiner der Ehegatten während der Ehe einseitig über seine Immobilien verfügen dürfe, war die Annahme einer Gemeinschaft des Immobiliareigenthums eine natürliche Consequenz, die ihren Ausdruck in der schon früh hervortretenden Uebung findet, die Grundstücke in den öffentlichen Büchern auf die Namen beider Eheleute zu schreiben.

Wie die Uebung der Zuwendung eines Errungenschaftsantheils als Morgengabe an die Ehefrau zu einem gesetzlichen Anspruch derselben führte, so bewirkten die gegenseitigen Schenkungen unter den Ehegatten eine Ausdehnung der Gemeinschaft auf die Mobilien, später auf das ganze Vermögen, in der Art, dass dasselbe zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern entweder nach Mobilien und Immobi-

lien oder nach Quoten getheilt wurde. Früher galt es als zweifellos, dass sich die allgemeine Gütergemeinschaft des fränkischen Rechts überall auf Grundlage der Verfangenschaft entwickelt habe, welche im Lauf der Zeit zu dem Theilrecht umgestaltet worden sei; dagegen haben die Untersuchungen Schröders das bestimmte Resultat ergeben, dass sich neben dem Verfangenschaftsrecht, welchem der grössere Theil des Rechtsgebiets angehörte, und gleichzeitig mit demselben in einzelnen Landestheilen ein ursprüngliches Theilrecht ausgebildet habe, welches das Princip der allgemeinen Gütergemeinschaft mit Quotentheilung, zu welchem die Statuten des Verfangenschaftsrechts erst später gelangten, von Anfang an zur Grundlage hatte.

Der Entwicklungsgang des fränkischen Rechts war demnach folgender: Auch nach fränkischem Recht stand die Ehefrau unter der vormundschaftlichen Gewalt des Ehemannes, welchem die Verwaltung des gemeinsamen Vermögens zukam. Ueber Mobilien konnte er frei verfügen, und es kann diess als allgemeine Regel für alle fränkischen Rechte angesehen werden. Das gleiche muss für den Rechtssatz angenommen werden, dass über Immobilien die Ehegatten nur mit gesammter Hand disponiren können. Das letztere steht scheinbar in Widerspruch mit dem Umstand, dass ein Theil der fränkischen Rechte, zu denen namentlich die oberrheinischen Tochterrechte Cölns gehören, dem Ehemann die einseitige Disposition auch über Immobilien belassen, so dass er während der Ehe über das ganze in seiner Hand vereinigte Vermögen für sich allein also ohne Zuziehung der Ehefrau verfügt. Bekanntlich hat ein Theil der jetzt geltenden Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft das gleiche Princip durchgeführt. Ich hatte diese Erweiterung der Befugnisse des Ehemannes als eine spätere Abweichung von der ursprünglichen Gestaltung des fränkischen Rechts aufgefasst; dagegen hat Schröder nachgewiesen, dass sie in einzelnen Landestheilen schon im 12. Jahrhundert hervortritt, und hat sie mit dem gemeinsamen Han-

deln der Eheleute in den andern Statuten auf ein einheitliches Princip zurückgeführt. Er findet nämlich die charakteristische Eigenthümlichkeit der gesammten Hand darin, dass die Eigenthumsverhältnisse der Ehegatten ganz in den Hintergrund treten, und dass demgemäss das beiderseitige Vermögen nach einheitlichen Grundsätzen wie eine Masse behandelt wird. Diess geschieht nun entweder so, dass der Ehemann bei der Disposition über Immobilien die Ehefrau persönlich zuziehen muss, während er bei der Disposition über Mobilien sie vertritt, oder so, dass er sie auch bei der Disposition über Immobilien vertritt, dass er also auch bei der einseitigen Disposition über Immobilien nicht aus eigenem Recht sondern als Vertreter der Gemeinschaft handelt. Diese Auffassung scheint mir gerechtfertigt, und giebt einen Anhaltspunkt für die Unterscheidung der Grundlagen der Verwaltungsgemeinschaft und der Gütergemeinschaft. Bei der Verwaltungsgemeinschaft hat der Ehemann die Disposition über die Mobilien der Frau aus eignem Recht nicht als Vertreter der Frau. Diess wird ohnehin nicht bezweifelt werden können von denen, die mit Martitz und Schröder annehmen, dass nach sächsischem Recht die Mobilien der Frau Eigenthum des Mannes wurden. Aber auch wenn man nicht von dieser Voraussetzung ausgeht, wird man die Dispositionsbefugniss des Mannes nicht auf eine Vertretung der Frau zurückführen können, da er bei Restitution des Frauengutes, die ihm nach sächsischem Recht obliegt, für das von ihm Veräusserte keinen Ersatz zu leisten hat, also Eigenthümer des Erlöses veräusserter Mobilien wird und bleibt. Nach fränkischem Recht dagegen ist die einseitige Dispositionsbefugniss des Ehemannes, mag sie sich auf Mobilien beschränken oder auf das ganze Vermögen erstrecken, immer auf eine Vertretung der Frau zurückzuführen, da bei Auflösung der Ehe nicht eine Ausscheidung des Frauengutes und Restitution an die Frau oder ihre Erben sondern eine Theilung nach Sachgesammtheiten (Immobilien und Mobilien) oder Vermögensquoten eintritt.

In der Verfügung während der Ehe ist die Frau durch die Vormundschaft des Mannes beschränkt; Geschäfte, die sie unter Ueberschreitung ihrer Competenz abschliesst, sind dem Mann gegenüber unverbindlich; doch ist sie selbständig in Haushaltungsgeschäften und vertritt die Gemeinschaft bei Verhinderung des Mannes. Die vorehelichen Schulden jedes Ehegatten haften auf dem Sammtgut. Verfügungen mit gesammter Hand müssen von beiden Ehegatten vertreten werden; für einseitig von der Frau mit Ueberschreitung ihrer Competenz contrahirte Schulden haftet das Sammtgut nicht; die Gläubiger können sich nur an ihre Person und ihr Sondergut halten. Dagegen wird die Frau durch einseitige Schulden des Mannes verpflichtet. Die Befugniss des Ehemannes, durch einseitige Disposition für seine Schulden das Sammtgut und die Ehefrau persönlich zu verhaften ist allgemein fränkisches Recht, und dürfte wie die Dispositionsbefugniss des Ehemannes auf seine Vertretungsbefugniss zurückzuführen sein. Die Schulden haften zunächst auf den Mobilien. Die Wittwe haftet für sämmtliche voreheliche und eheliche Schulden persönlich, hat aber nach den meisten Statuten das Schlüssel- oder Mantelrecht, indem sie unter Verzicht auf das eheliche Vermögen von der persönlichen Haftung sich befreien kann (Dachdingsauftragen des lübischen Rechts, Ausschlagen der Gemeinschaft des französischen Rechts).

Nach fränkischem Recht folgt die Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehe anderen Regeln bei beerbter, anderen bei unbeerbter Ehe. Die Entwicklung zeigt grössere Schwankungen und lokale Abweichungen der letzteren als der ersteren, die sich viel einheitlicher gestaltet haben. Hier, wo die Unterscheidungsmerkmale des fränkischen Rechts nur in allgemeinen Grundzügen ausgeführt werden sollen, werde ich mich darauf beschränken, eine Skizze der für die Auseinandersetzung bei beerbter Ehe geltenden Grundsätze zu geben.

Den Ausgangspunkt der Entwicklung bildet die Theilung der Errungenschaft zu $^2/_3$ für den Mann und $^1/_3$ für die Frau,

die schon im 9. Jahrhundert rechtlich feststeht. Da hier jeder der Ehegatten sein eingebrachtes Vermögen zurücknahm, so hat die erste Phase der Entwicklung des ehelichen Güterrechts in dem fränkischen Rechtsgebiet die Grundlagen, welche der jetzt geltenden Errungenschaftsgemeinschaft eigenthümlich sind. Diese ältere Errungenschaftsgemeinschaft entwickelt sich seit dem 12. Jahrhundert zu allgemeiner Gütergemeinschaft, und zwar in dem einen Theil des Rechtsgebiets durch Ausbildung des Verfangenschaftsrechts, in dem andern durch Entwicklung des Theilrechts. Diese divergirenden Richtungen finden sich in ihren Anfängen schon in den Uebergangsrechten seit dem 10. Jahrhundert angedeutet. In den Uebergangsrechten, welche dann zur Verfangenschaft führten, wurde nämlich nur die Immobiliarerrungenschaft getheilt, das ganze Mobiliarvermögen dagegen bei beerbter wie bei unbeerbter Ehe dem überlebenden Ehegatten allein überlassen. In den Uebergangsrechten, welche zum Theilrecht führten, wurde dagegen der für die Errungenschaft geltende Theilungsmodus auf die Mobilien ausgedehnt, so dass diese in der gleichen Quote wie die Errungenschaft unter den Ehegatten getheilt wurden, und jeder Ehegatte nur die in die Ehe gebrachten Immobilien zurücknahm. Diese „Mobiliargemeinschaft", wie wir sie jetzt nennen, hat sich nur in wenigen Statuten des deutsch-fränkischen Rechtsgebiets erhalten, bildet aber die Unterlage der gesetzlichen Regelung des ehelichen Güterrechts in der napoleonischen Gesetzgebung.

Die weitere Entwicklung erfolgte dann in der Art, dass in dem Gebiet des Verfangenschaftsrechts die sämmtlichen Mobilien wie bisher dem überlebenden Ehegatten verblieben, die Immobilien dagegen eigenthümlich den Kindern zufielen, wobei der überlebende Ehegatte lebenslängliche Leibzucht daran hatte, während in dem Gebiet des Theilrechts die Quotentheilung, die bisher die Mobilien und die errungenschaftlichen Immobilien umfasst hatte, auf die inferirten Immobilien also das ganze Vermögen ausgedehnt wurde. Beide

Richtungen treffen also darin überein, dass sie das Gesammtvermögen zwischen dem überlebenden Elterntheil und den Kindern theilen; dagegen scheiden sie sich in dem Theilungsprincip. Die Verfangenschaftsrechte theilen nach Sachgesammtheiten (Immobilien und Mobilien), die Theilrechte nach Vermögensquoten. In dem nachfolgenden soll nun die Entstehung und Entwicklung dieser beiden Richtungen kurz dargestellt werden.

Das Verfangenschaftsrecht entwickelt sich seit dem 12. Jahrhundert in einem grossen Theil des fränkischen Rechtsgebietes. Das demselben zu Grund liegende Princip besteht bekanntlich darin, dass mit Auflösung der Ehe das Mobiliarvermögen dem überlebenden Ehegatten eigenthümlich verbleibt, das Immobiliarvermögen dagegen den Kindern verfangen ist, d. h. dem Eigenthum nach den Kindern zufällt, während der überlebende Ehegatte lebenslängliche Leibzucht daran hat. Diess ist nach dem überwiegenden Theil der Statuten der juristische Charakter des Instituts, obwohl auch Statuten sich finden, nach welchen die verfangenen Immobilien im Eigenthum des überlebenden Ehegatten mit Beschränkung durch das Wartrecht der Kinder stehen. Ueber die verfangenen Güter kann der überlebende Ehegatte nur mit Einwilligung der Kinder verfügen, doch sind Ausnahmen in Nothfällen gewöhnlich. Bei dem Tod des parens binubus fallen die verfangenen Immobilien ausschliesslich an die Kinder erster Ehe, während die Immobilien der zweiten Ehe und in der Regel alle Mobilien auf die zweitehelichen Kinder vererben.

Die Entstehung dieses eigenthümlichen den Grundsätzen des älteren Rechts so sehr widersprechenden Instituts führt Schröder auf die Ausbildung durch gegenseitige Vergabungen zurück, und er sieht den Keim desselben in der Vergabung zu Leibzucht, also dem Muntschatz der Volksrechte. Der Muntschatz (dos) wurde bei den Franken Alemannen und Bayern gewöhnlich in Immobilien bestellt, und zwar in der

Art, dass das Eigenthum derselben sofort auf die Kinder überging, die überlebende Mutter aber und der überlebende Vater Leibzucht daran hatte. Ebenso bildete sich aus Zuwendungen von Seite der Frau ein Leibzuchtrecht des Mannes an ihrem Vermögen aus, wobei in gleicher Weise das Eigenthum der betreffenden Immobilien auf die Kinder überging. Hatte ein Mann sein ganzes Immobiliarvermögen als Witthum bestellt, und durch Affatomie der Frau Leibzucht an dem Immobiliarvermögen derselben erhalten, so waren, wenn die Frau mit Hinterlassung von Kindern starb, die Verhältnisse einer solchen vertragsmässigen Regelung die gleichen wie nach Verfangenschaftsrecht. Die Kinder erwarben hier den Immobiliennachlass der Mutter kraft Erbrechts, das Immobiliarvermögen des Vaters kraft des Witthumsvertrags, und der Vater hatte an beiden Massen die Leibzucht. Wie die Errungenschaftsgemeinschaft ein gewohnheitsrechtlicher Niederschlag aus den Morgengabeverträgen, so ist die Verfangenschaft ein gewohnheitsrechtlicher Niederschlag aus den Leibzuchtsverträgen. Schon im 12. Jahrhundert war das Institut aus einem bloss vertragsmässigen zu einem gewohnheitsrechtlich festgestellten geworden. Die Ueberlassung des Mobiliarnachlasses an den überlebenden Ehegatten bei beerbter wie bei unbeerbter Ehe war in diesem Rechtsgebiet, wie oben ausgeführt, schon früher gewohnheitsrechtlich festgestellt. Das Verfangenschaftsrecht entwickelte sich zunächst auf Seite des Mannes, und blieb in manchen Gegenden auf ihn beschränkt; überwiegend wurde es auf beide Eheleute ausgedehnt. Von Cöln aus verbreitete sich dieses Institut nach den Tochterrechten dieser Stadt, dann nach Schwaben und vorübergehend nach Bayern und Oesterreich; in den fränkischen Landestheilen drang es überall da ein, wo sich nicht das ursprüngliche Theilrecht ausgebildet hatte, und ebenso durchdrang es die fränkisch-thüringischen Rechte.

Das Verfangenschaftsrecht, das sich demnach in dem grösseren Theil der süddeutschen Statuten eingebürgert hatte, hatte ebenso grosse Unzuträglichkeiten im Gefolge als die

Theilung des Mobiliarvermögens in Gerade und Ungerade. Je nachdem der Hauptbestandtheil des Vermögens Immobiliar- oder Mobiliarvermögen war, bewirkte es in dem einzelnen Fall eine Bevorzugung oder Benachtheiligung der Kinder erster Ehe gegenüber den Kindern zweiter Ehe und dem überlebenden Ehegatten. Und in gleicher Weise war die Wirkung eine verschiedene für Stadt und Land. Dasselbe Institut, das in den Städten eine grosse Benachtheiligung der Kinder erster Ehe zur Folge haben musste, konnte auf dem Land eine Benachtheiligung der zweitehelichen Kinder werden. Desshalb bildet sich gleich mit der gewohnheitsrechtlichen Festsetzung eine Gegenströmung, welche das auf der Basis von Eheverträgen entstandene Institut vertragsmässig wieder umzugestalten bestrebt ist. Vielfältig wurde durch Einkindschaft eine Gleichstellung der erstehelichen und zweitehelichen Kinder herbeigeführt, namentlich aber der Uebergang zum Theilrecht angebahnt, das sich in einzelnen Statuten für die Wittwe, in anderen Rechtsgebieten für beide Eheleute ohnehin selbstständig ausgebildet hatte. Mit der Reception des römischen Rechts wurde dieser Uebergang für die Statuten des Verfangenschaftsrechts fast allgemein durchgeführt, so dass dieses in seiner ursprünglichen Gestalt jetzt nirgends mehr besteht.

Während bei der Verfangenschaft als unterscheidendes Moment die Trennung des Gesammtvermögens nach Sachgesammtheiten, nämlich Mobilien und Immobilien, hervortritt, sowie, dass der überlebende Ehegatte das Gesammtvermögen behält, die Mobilien zu Eigenthum, die Immobilien zu lebenslänglicher Leibzucht, tritt bei dem Theilrecht eine Beseitigung dieser beiden Fundamentalsätze hervor. Die Abtheilung erfolgt nach Quoten des Gesammtvermögens und schon vor dem Tod des überlebenden Ehegatten, gewöhnlich bei seiner Wiederverehelichung, nach einigen Statuten sofort bei Auflösung der Ehe oder mit der Grossjährigkeit der Kinder. Dieses „naturwüchsige Theilrecht“ aus den Quellen nachgewiesen zu haben ist das Verdienst Schröder's. Es findet sich

in zwei räumlich getrennten Rechtsgebieten, nämlich am Ober- und Mittelrhein (Schweiz und Vorarlberg, Elsass, Rheingau) dann in Flandern und am Niederrhein. Die Ausbildung erfolgte am Mittel- und Oberrhein dadurch, dass zunächst durch Eheverträge der für die Errungenschaft geltende Theilungsmodus, der gewohnheitsrechtlich schon auf das Mobiliarvermögen ausgedehnt war, auch auf die eingebrachten Immobilien angewendet wurde, woraus sich dann gewohnheitsrechtlich die Quotentheilung des ganzen Vermögens entwickelte. Am Niederrhein scheint für Herbeiführung desselben Resultats der Einfluss des friesischen und westfälischen Rechts massgebend gewesen zu sein. Vom Niederrhein verbreitete sich dann dieses Theilrecht über einen Theil Westfalens und in das ostfälische Rechtsgebiet, theils aus Westfalen theils direkt durch flämische Colonieen eingeführt, wie diess oben bereits dargestellt wurde.

Für die Entwicklung des ehelichen Güterrechts im fränkischen Rechtsgebiet war der Einfluss des römischen Rechts nicht weniger massgebend als in dem sächsischen Rechtsgebiet. Ein Theil der Landesrechte kehrte zu dem ursprünglichen Ausgangspunkt zurück, der Errungenschaftsgemeinschaft, vielleicht unbewusst, aber durch Vermittlung des gleichen Vorgangs wie in dem sächsischen Rechtsgebiet, nämlich durch Anwendung der Grundsätze des römischen Dotalrechts auf das eingebrachte Vermögen der Frau. Zunächst scheint auch hier nur die Absicht, Sicherstellung des Frauengutes zu erreichen, massgebend gewesen zu sein; vielfältig wandte man sich aber bewusst von den Grundlagen der allgemeinen Gütergemeinschaft ab. In einem Theil des schwäbischen und dem grösseren Theil des bayrischen Rechtsgebiets (Oesterreich) führte diess selbst zur Reception des römischen Dotalrechts. Ein Theil des schwäbischen und der grössere Theil des fränkischen Rechtsgebiets dagegen behielt die Grundlagen der allgemeinen Gütergemeinschaft bei, fast überall aber nur in der Form des Theilrechts, unter Beseitigung des Mobiliarerbrechts des überlebenden Ehegatten und des Verfangenschaftsrechts.

IV.

Das jetzt in Deutschland geltende eheliche Güterrecht, das Resultat einer fünfhundertjährigen Entwicklung, scheidet sich in fünf grosse Gruppen, die sich über das ganze Rechtsgebiet vertheilen, nämlich die Güterordnungen des römischen Dotalrechts, der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft, der Mobiliargemeinschaft und der Verwaltungsgemeinschaft. Die nachfolgende Zusammenstellung soll nun darlegen, welche Bestimmungen als gesetzliches Güterrecht in den einzelnen Rechtsgebieten zur Anwendung kommen.

I. Güterordnung des römischen Dotalrechts.

Das römische Dotalrecht ist der gesetzliche Güterstand in folgenden Rechtsgebieten:

I. Königreich Preussen.

1) Provinz Westfalen in Theilen des ehemaligen Herzogthums Westfalen nach dem Gesetz 16./4. 1860.

2) Provinz Hannover in allen Landestheilen mit Ausnahme der unten aufgeführten Rechtsgebiete der allgemeinen Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft und Verwaltungsgemeinschaft.

3) Provinz Hessen-Nassau in den althessischen Landestheilen des früheren Kurfürstenthums Hessen für die höheren Stände (mit Ausschluss des niederen Bürger- und Bauernstandes).

II. Königreich Bayern.

1) Oberbayern in dem Rechtsgebiet des Salzburger Rechts.

2) Schwaben
   a. in dem Gebiet des Bisthums Augsburg,
   b. in der Markgrafschaft Burgau,
   c. in dem Fürstenthum Oettingen-Spielberg,
   d. in den Fuggerischen Standesherrschaften,
   e. in den Städten Augsburg und Memmingen

für Ehegatten, die nicht in Gewerbsgemeinschaft stehen.

3) Oberfranken nach Bamberger Landrecht, wenn der Güterstand des gemeinen Rechts gilt.

4) Mittelfranken

a. in dem Gebiet des Bisthums Eichstädt für adelige Beamte und den höheren Bürgerstand,

b. in dem Gebiet des Deutschordens in Franken,

c. in dem Fürstenthum Schwarzenberg.

5) Unterfranken in dem Rechtsgebiet der fränkischen Landgerichtsordnung für die Mitglieder der fränkischen Reichsritterschaft.

III. Grossherzogthum Hessen-Darmstadt

in einzelnen Parcellen.

IV. Grossherzogthum Mecklenburg-Schwerin

mit Ausnahme der unten aufgeführten Rechtsgebiete der allgemeinen Gütergemeinschaft und Verwaltungsgemeinschaft in dem ganzen Land.

V. Grossherzogthum Mecklenburg-Strelitz

mit Ausnahme der unten aufgeführten Rechtsgebiete der allgemeinen Gütergemeinschaft in dem ganzen Land.

VI. Herzogthum Braunschweig

in dem ganzen Land.

VII. Fürstenthum Waldeck

in dem ganzen Land.

II. Güterordnung der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Die allgemeine Gütergemeinschaft findet sich in folgenden Rechtsgebieten:

I. Königreich Preussen.

1) Provinz Ostpreussen, Westpreussen und Posen die allgemeine Gütergemeinschaft des preussischen Landrechts, jedoch nicht für den Adel.

2) Provinz Pommern

a. in den Kreisen Lauenburg und Bütow und in den früher westpreussischen Theilen der Kreise Belgard,

Dranburg und Neustettin die allgemeine Gütergemeinschaft des preussischen Landrechts,

b. in den Städten Stettin und Pölitz die allgemeine Gütergemeinschaft des Stettiner Rechts.

3) Provinz Westfalen und in den Kreisen Rees, Essen und Duisburg der Rheinprovinz die allgemeine Gütergemeinschaft des Gesetzes 16./4. 1860.

4) Fürstenthum Hohenzollern-Sigmaringen nach Gewohnheitsrecht.

5) Provinz Schleswig-Holstein

a. nach den Stadtrechten von Schleswig, Flensburg, Apenrade, Hadersleben und Eckernförde,

b. nach dem Eiderstädter Landrecht von 1591 in der Landschaft Eiderstädt und in den Städten Husum und Friedrichstadt,

c. in dem Rechtsgebiet des Land- und Marschrechts nach Herkommen,

d. nach dem Landrecht der Insel Nordstrand von 1572 bei beerbten Ehen.

6) Provinz Hannover

a. in der Niedergrafschaft Lingen nach dem Lingener Landrecht 31./10. 1639,

b. in der Grafschaft Bentheim nach der Bentheimer Hof- und Landgerichtsordnung 23./11. 1690,

c. in den Kreisen Emsbüren und Meppen nach der Münster'schen Polizeiordnung von 1740,

d. in den Städten und Flecken des Fürstenthums Osnabrück nach Gewohnheitsrecht,

e. in den Städten Lüneburg und Uelzen nach dem Lüneburger Stadtrecht von 1679,

f. in den Städten Stade und Buxtehude nach dem Stader Stadtrecht,

g. in der Stadt Verden nach dem Stadtrecht von 1589,

h. in der Stadt Hildesheim nach den Statuten derselben,

i. in dem Lande Hadeln nach dem Hadelner Landrecht von 1583,
k. in dem Altenland nach Gewohnheitsrecht,
l. in dem Lande Wursten nach dem Wurstener Landrecht von 1611.

7) Provinz Hessen-Nassau in dem Rechtsgebiet des ehemaligen Bisthums Fulda die allgemeine Gütergemeinschaft des Fuldaer Rechts nach der Verordg. 17./12. 1719.

II. Königreich Bayern.

1) Oberfranken
a. Fürstenthum Bayreuth nach der Landesconstitution von 1722,
b. Bisthum Bamberg nach dem Landrecht von 1769,
c. Grafschaft Thurnau nach Gewohnheitsrecht.

2) Mittelfranken
a. Fürstenthum Hohenlohe nach dem Landrecht von 1737,
b. Stadt Nürnberg nach der Reformation von 1564,
c. Stadt Dinkelsbühl nach dem Stadtrecht von 1738,
d. Bisthum Eichstädt, Grafschaft Pappenheim, Stadt Weissenburg und Stadt Windsheim nach Gewohnheitsrecht.

3) Unterfranken
a. Bisthum Würzburg nach der fränkischen Landgerichtsordnung von 1618 bei beerbter Ehe,
b. Stadt Schweinfurt nach dem Stadtrecht von 1724 bei beerbter Ehe,
c. Grafschaft Castell nach der Landesverordnung von 1801 bei beerbter Ehe,
d. Grafschaft Erbach nach Erbacher Landrecht,
e. in den zu dem ehemaligen Bisthum Fulda gehörigen Gebietstheilen nach der Verordg. 17./12. 1719.

4) Schwaben
a. Fürstenthum Kempten nach der Johann Erhardischen Landesordnung von 1594,

b. Fürstenthum Oettingen-Wallerstein nach der Verordnung 22./9. 1772,
c. Stadt Kaufbeuern nach Statut 31./5. 1765,
d. Stadt Kempten nach Statut von 1748,
e. Stadt Lindau nach Observanz,
f. Stadt Nördlingen nach dem Stadtrecht von 1650.

III. Grossherzogthum Hessen-Darmstadt.

1) Grafschaft Erbach nach Erbacher Landrecht.
2) Grafschaft Schliz nach Fuldaer Recht.
3) Stadt Wimpfen nach Stadtrecht von 1775.

IV. Grossherzogthum Mecklenburg-Schwerin

in den Städten Parchim, Brüel, Lübz, Goldberg und Plau nach Parchimer Recht.

V. Grossherzogthum Mecklenburg-Strelitz

in den Städten die allgemeine Gütergemeinschaft des märkischen Rechts.

VI. Herzogthum Sachsen-Meiningen.

1) In dem Fürstenthum Hildburghausen nach Gewohnheitsrecht.
2) In der Stadt Saalfeld nach Statut von 1588.

VII. Herzogthum Sachsen-Coburg-Gotha

in den Aemtern Königsberg und Sonnenfeld die allgemeine Gütergemeinschaft des Hildburghauser Rechts.

VIII. Fürstenthum Schwarzburg-Rudolstadt.

1) In der Stadt Rudolstadt nach Statut von 1594.
2) In der Stadt Blankenburg nach Statut von 1594.
3) In der Stadt Teuchel nach Statut von 1611.

IX. Fürstenthum Lippe-Detmold

nach Verordg. 27./3. 1786.

X. Stadt Hamburg

nach Stadtrecht von 1603.

XI. Stadt Bremen

nach den Statuten von 1433.

Die Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft lassen sich nach den für die Abtheilung bei beerbter Ehe geltenden Grundsätzen in folgende Kategorieen theilen:

I. System der Abtheilung mit Beisitz, wobei die Abtheilung nach dem Vermögensstand zur Zeit der Auflösung der Ehe erfolgt, und der überlebende Ehegatte nach den meisten Statuten ein verschieden bestimmtes Beisitzrecht am Kindervermögen hat. Diesem zähle ich folgende Statuten bei: Preussisches Landrecht; Nordstrander Landrecht; Bayreuther Landesconstitution; Hohenloher Landrecht; Nürnberger Reformation; Dinkelsbühl, Stadtrecht; F. Kempten, Landesordnung; Stadt Kempten, Statuten; Lindauer Stadtrecht; Parchim, Stadtrecht; Recht der Strelitzischen Städte.

II. System der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf Gedeih und Verderb, wobei der überlebende Ehegatte die Gemeinschaft mit den Kindern fortsetzt, und die Abtheilung nach dem Vermögensstand zur Zeit der Abschichtung erfolgt. Diesem zähle ich folgende Statuten bei: Stadtrecht von Stettin; Westfalen, Gesetz 16./4., 1860; Hohenzollern-Sigmaringen Observanz; Schleswigische Stadtrechte; Eiderstädter Landrecht von 1594; Land- und Marschrecht; Landrecht der Niedergrafschaft Lingen von 1639; Stadt Verden, bei Ueberleben der Wittwe nach Stadtrecht von 1582; Stadt Stade, Stadtrecht; Hadeln, Landrecht von 1583; Altenland, Observanz; Wursten, Landrecht von 1611; Bamberg, Landrecht von 1769; Grafschaft Thurnau, Observanz; Erbacher Landrecht; Stadt Wimpfen, Stadtrecht; Fürstenthum Hildburghausen, Observanz; Stadt Saalfeld, Statuten von 1588; Stadt Rudolstadt, Statuten von 1594; Stadt Blankenburg, Statuten von 1594; Stadt Teuchel, Statuten von 1611; F. Lippe-Detmold, Verordnung 27./3. 1786; Stadt Hamburg, für die überlebende Wittwe nach Stadtrecht 1603; Stadt Bremen, für die überlebende Wittwe nach Statuten 1433.

III. System des Alleinerbrechts des überlebenden Ehegatten, wobei das ganze Vermögen auf den überlebenden Ehegatten als Alleinerben übergeht, und die Kinder nur ein unent-

ziehbares Erbrecht auf die bei der Abschichtung sie treffende Quote des ganzen Vermögens haben. Hiezu rechne ich folgende Statuten: Grafschaft Bentheim, H.G.O. 1690; Münster, P.O. 1740 in Emsbüren und Meppen; Fürstenthum Osnabrück, Gewohnheitsrecht; Stadt Lüneburg, Stadtrecht 1679; Stadt Verden, Stadtrecht 1582 für den überlebenden Vater; Stadt Hildesheim, Statutarrecht; Bisthum Fulda, V. 1719; Bisthum Eichstädt, Gewohnheitsrecht; Grafschaft Pappenheim, Gewohnheitsrecht; Stadt Weissenburg, Gewohnheitsrecht; Stadt Windsheim, Gewohnheitsrecht; Fränkische L.G.O., Stadt Schweinfurt und Grafschaft Castell L.V. bei beerbter Ehe; Fürstenthum Oettingen, V. 1772; Stadt Kaufbeuern, Statut von 1765; Stadt Nördlingen, Stadtrecht von 1650; Stadt Hamburg, Stadtrecht von 1603 für den überlebenden Vater; Stadt Bremen, Statuten von 1433 für den überlebenden Vater.

III. Güterordnung der Errungenschaftsgemeinschaft.

Die Güterordnung der Errungenschaftsgemeinschaft gilt in folgenden Rechtsgebieten:

I. Königreich Preussen.

1) Rheinprovinz im Bezirk des Justizsenats Ehrenbreitstein
   a. in der Stadt Wetzlar nach dem Mainzer Landrecht von 1755,
   b. in der Grafschaft Solms-Braunfels und Solms-Hohensolms nach dem Solmser L.R. von 1571,
   c. in den Sayn-Hachenburgischen Kirchspielen nach dem Hachenburger Statut 30./5. 1764,
   d. in der Grafschaft Wied-Neuwied und Wied-Runkel nach der Nassau-Katzenellenbogen'schen L.O. von 1616,
   e. in der Stadt Bendorf nach Bendorfer Gewohnheitsrecht.

2) Hohenzollern in dem Fürstenthum Hechingen nach der Hohenzollern'schen L.O. 1698.

3) Provinz Schleswig-Holstein
   a. in Nord- und Süder-Dithmarschen nach dem Dithmarscher L.R. 1567,
   b. auf Insel Fehmarn nach dem Fehmarn'schen L.R. 1563,
   c. in dem Herzogthum Schleswig nach dem Jütisch Low von 1240,
   d. auf Insel Nordstrand nach Nordstrander Landrecht 1572 bei unbeerbter Ehe.

4) Provinz Hannover in den hessischen Enclaven nach der Hessen-Cassel'schen Processordnung 1745.

5) Provinz Hessen-Nassau
   A. in der Stadt Frankfurt nach der Frankfurter Reformation 1578,
   B. in dem Herzogthum Nassau nach der V. 4./6. 1816 und Solmser L.R.,
   C. in dem früher Darmstädtischen Hinterlandkreis nach der Hessen-Darmstädtischen V. 2./3. 1795,
   D. in dem früheren Kurfürstenthum Hessen
      a. in Althessen nach der Prozessordnung 1745 für den Bürger- und Bauernstand,
      b. in der Provinz Hanau nach dem Solmser L.R. 1571 und in den ehemals Mainzischen Gebietstheilen nach dem Mainzer L.R. 1755.

II. Königreich Bayern.

1) Oberbayern und Niederbayern nach dem bayrischen Landrecht von 1756.

2) Oberpfalz
   a. in der Stadt Regensburg nach der Heirathsgedingsordnung 14./9. 1580,
   b. in den übrigen Theilen des Kreises nach dem bayrischen Landrecht 1756.

3) Schwaben
   a. in der Herrschaft Rettenberg nach der Rettenberger L.O. 1538,

b. in dem früheren Gebiet der Stadt Ulm nach Ulmer Stadtrecht 1683,
c. in der Stadt Augsburg nach Statutarrecht für Gewerbtreibende,
d. in der Stadt Memmingen nach der Prozessordnung 1759 für Gewerbtreibende.

4) Oberfranken in dem Bisthum Bamberg nach Bamberger Landrecht 1769 bei Vorbehalt der Frau.

5) Mittelfranken
a. in dem Rechtsgebiet des Deutschordens am Neckar nach Statutarrecht,
b. in dem Fürstenthum Ansbach nach der Amtsordnung von 1608,
c. in dem Rechtsgebiet der Stadt Nürnberg nach der Reformation von 1564 bei zweiten und verdingten Ehen,
d. in Rothenburg an der Tauber nach Statutarrecht.

6) Unterfranken
a. in dem Rechtsgebiet des Kurfürstenthums Mainz nach dem Mainzer Landrecht von 1755,
b. in dem Rechtsgebiet des Bisthums Würzburg nach der fränkischen L.O. von 1618 für kinderlose Ehen,
c. in der Stadt Schweinfurt nach Schweinfurter Stadtrecht für kinderlose Ehen,
d. in der Grafschaft Castell nach der L.V. 1801 für kinderlose Ehen.

III. Königreich Württemberg

nach dem Landrecht von 1610.

IV. Grossherzogthum Hessen-Darmstadt

in den Provinzen Oberhessen und Starkenburg.

1) In den althessischen Landestheilen nach dem Landrecht der oberen Grafschaft Katzenellenbogen von 1589 und der V. 2./3. 1795.

2) In den früher Solmsischen Landestheilen nach der Solmser L.O. 1571.

3) In den früher Mainzischen Landestheilen nach dem Mainzer L.R. von 1755.

4) In den früher Kurpfälzischen Landestheilen nach dem Kurpfälzischen L.R. von 1610.

V. Herzogthum Sachsen-Meiningen.

1) In den Aemtern Schalkau, Neuhaus und Sonnenberg nach den Coburger Statuten von 1616.

2) In den zur Grafschaft Henneberg-Schleusingen gehörigen Aemtern nach der Hennebergischen L.O. von 1539.

VI. Herzogthum Sachsen-Coburg

nach den Coburger Statuten von 1616.

Die Statuten der Güterordnung der Errungenschaftsgemeinschaft lassen sich nach den für die Regelung der Abtheilung bei beerbter Ehe geltenden Grundsätzen in folgende Categorieen theilen:

I. System der Abtheilung ohne statutarische Portion des überlebenden Ehegatten, wonach bei Auflösung der Ehe jeder der Ehegatten sein Sondergut zurückerhält und die Errungenschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen nach Quoten getheilt wird. Hiezu rechne ich folgende Statuten; Hachenburger Statut; Bendorfer Gewohnheitsrecht; Dithmarscher L.R. von 1567; Fehmarn'sches L.R. von 1563; Nordstrander L.R.; Solmser L.R. in Nassau; Kurhessische Prozessordnung 1745; Bayrisches Landrecht; Ulmer Stadtrecht; Memmingen, Prozessordnung; Bamberg, Landrecht; Statuten des Deutschordens am Neckar; Nürnberg, Reformation von 1564; Mainz, L.R. von 1755.

II. System der Abtheilung mit statutarischer Portion an dem ganzen Vermögen, wobei jeder Ehegatte sein Sondergut und seine Quote der Errungenschaft erhält, und der überlebende Ehegatte eine Quote des Vermögens des verstorbenen als Erbe anzusprechen hat. Ich rechne dazu folgende Statuten: Hohenzollern, Landesordnung; Jütisch Low; Statut der Stadt Regensburg; Rettenbergische Landesordnung; Statuten der Stadt Augsburg; Ansbach, Amtsordnung; Statuten der Stadt

Rothenburg an der Tauber; Fränkische Landgerichtsordnung; Schweinfurt, Stadtrecht; Castell, Landesverordnung; Württembergisches Landrecht; Hennebergische Landesordnung; Coburger Statuten.

III. System der Abtheilung mit Mobiliarerbrecht des überlebenden Ehegatten, wobei die statutarische Portion des überlebenden Ehegatten nicht in einer Quote des Vermögens des verstorbenen sondern in einem Theil des Mobiliarnachlasses desselben besteht. Ich rechne dahin folgende Statuten: Nassau-Katzenellenbogen'sche Landesordnung; Frankfurter Reformation; Solmser Landrecht von 1571; Landrecht der oberen Grafschaft Katzenellenbogen; Pfälzer Landrecht.

IV. Güterordnung der Mobiliargemeinschaft.

Diese findet sich in folgenden Rechtsgebieten:

I. Mobiliargemeinschaft des deutschen Rechts.

1) Königreich Preussen, Rheinprovinz im Bezirk des Justizsenats Ehrenbreitstein,

a. in den früher Kurkölnischen Landestheilen nach der Kurkölnischen Rechtsordnung von 1663,
b. in den früher Kurtrierischen Landestheilen nach dem Kurtrierischen Landrecht von 1713,
c. in der Grafschaft Soyn-Altenkirchen nach dem Lamprechtischen Statut 24./4. 1743.

2) Fürstenthum Schwarzburg-Rudolstadt in der Stadt Frankenhausen nach Statut von 1558.

3) Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen in der Stadt Greussen nach Statut von 1556.

II. Mobiliargemeinschaft des französischen Rechts.

1) Königreich Preussen in der Rheinprovinz mit Ausnahme der Kreise Rees, Essen und Duisburg und des Bezirks des Justizsenats Ehrenbreitstein.

2) Königreich Bayern in der Pfalz.

3) Grossherzogthum Baden nach badischem Landrecht.

4) Grossherzogthum Hessen-Darmstadt in Rheinhessen.

5) Grossherzogthum Oldenburg in dem Fürstenthum Birkenfeld.

6) In Elsass-Lothringen.

V. Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft.

Die Verwaltungsgemeinschaft ist das gesetzliche Güterrecht in folgenden Rechtsgebieten:

I. Königreich Preussen.

1) Provinz Sachsen und Schlesien die Verwaltungsgemeinschaft des A. preussischen L.R.

2) Provinz Pommern
   a. in den Städten Pasewalk und Fittnow die V.G. des märkischen Rechts,
   b. in den Städten Neuvorpommerns, Altvorpommerns und Hinterpommerns gilt das Güterrecht des lübischen Rechts von 1586,
   c. im Regierungsbezirk Stralsund gilt das Güterrecht der Bauerordnung 16./5. 1661 und des Patents 12./11. 1804,
   d. in Altpommern mit Ausnahme der Städte gilt das Güterrecht der Bauerordnung 30./12. 1764.

3) Provinz Brandenburg
   a. in den Kreisen Lübben, Guben, Luckau, Sorau, Spremberg, Kalau, Belzig und Jüterbogk die V.G. des A. preussischen L.R.,
   b. in den übrigen Theilen der Provinz die V.G. des märkischen Rechts (Joachimische Constitution).

4) Provinz Schleswig-Holstein
   A. in den Holsteinischen Städten mit Ausnahme von Altona und in den Schleswigischen Städten Tondern und Burg auf Fehmarn gilt das Güterrecht des lübischen Rechts von 1586.

B. in den Schauenburgischen Theilen Holsteins und der Stadt Altona die V.G. des Holstein-Schauenburgischen Rechts,

C. in den übrigen Theilen von Holstein die V.G. des gemeinen Sachsenrechts mit folgenden Partikularrechten:

a. den Neumünster- und Bordesholmischen Amtsgebräuchen in den Aemtern Neumünster und Bordesholm,

b. dem Privilegium der Haubenbandsgerechtigkeit für die schleswig-holsteinische Ritterschaft;

D. Herzogthum Lauenburg. Hier gilt

a. in der Stadt Mölln das Güterrecht des älteren lübischen Rechts,

b. in der Stadt Lauenburg das Polizei- und Stadtrecht von 1599,

c. in den übrigen Theilen des Herzogthums die V.G. des gemeinen Sachsenrechts.

5) Provinz Hannover. Hier gilt

a. in Ostfriesland und dem Eichsfeld die VG. des A. preussischen Landrechts,

b. in der Stadt Otterndorf die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts nach dem Statut von 1514.

6) Provinz Hessen-Nassau. Hier gilt in der Grafschaft Schaumburg (Kreis Rinteln) die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts nach der Schauenburgischen Polizeiordnung von 1615.

II. Königreich Sachsen.

Hier gilt die V.G. des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs 2./1. 1863.

III. Grossherzogthum Mecklenburg-Schwerin.

Hier gilt

a. in mehreren Städten das Güterrecht des älteren lübischen Rechts,

b. in mehreren Städten das Güterrecht des Schweriner Rechts,

c. in der Stadt Rostock das Güterrecht des Rostocker Stadtrechts von 1757,
d. in der Stadt Wismar das Güterrecht des Wismarer Rechts.

IV. Grossherzogthum Sachsen-Weimar

die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts mit dem Erbfolgegesetz 6./4. 1833.

V. Grossherzogthum Oldenburg.

1) In dem Grossherzogthum Oldenburg gilt die V.G. des Gesetzes 24./4. 1874.

2) In dem Fürstenthum Eutin gilt
a. in der Stadt Eutin das Güterrecht des älteren lübischen Rechts,
b. in den übrigen Theilen des Fürstenthums die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts.

VI. Herzogthum Sachsen-Meiningen.

Hier gilt in den Landestheilen diesseits des Thüringer Waldes die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts.

VII. Herzogthum Sachsen-Altenburg.

Hier gilt die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts mit der Eheordnung 12./5. 1837.

VIII. Grossherzogthum Sachsen-Gotha.

Hier gilt die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts mit dem Erbfolgegesetz 2./1. 1844.

IX. Herzogthum Anhalt.

Hier gilt die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts.

X. Fürstenthum Schwarzburg-Rudolstadt.

Hier gilt ausser in den Städten die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts mit der Successionsordnung 1./11. 1769.

XI. Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen.

Hier gilt ausser in der Stadt Greussen die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts mit der Successionsordnung 8./12. 1829.

XII. Fürstenthum Reuss Ä. L.

Hier gilt die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts mit dem Erbfolgegesetz 10./12. 1853.

XIII. Fürstenthum Reuss J. L.

Hier gilt 1) in der Stadt Schleiz das Güterrecht der Statuten von 1625.

2) In der Stadt Greiz das Güterrecht der Statuten von 1658.

3) In den übrigen Theilen des Fürstenthums die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts mit dem Erbfolgegesetz 10./12. 1853.

XIV. Fürstenthum Lippe-Schaumburg.

Hier gilt die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts nach der Schaumburgischen Polizeiordnung von 1615.

XV. Stadt Lübeck.

Hier gilt die V.G. des Gesetzes 10./2. 1862 (neueres lübisches Recht).

XVI. Stadt Hamburg.

Hier gilt 1) in dem zu dem Stadtgebiet gehörenden Amt Bergedorf die V.G. des gemeinen sächsischen Rechts.

2) In der Stadt Bergedorf das Güterrecht des älteren lübischen Rechts.

Die Statuten der Verwaltungsgemeinschaft lassen sich nach den für die Abtheilung bei Auflösung der beerbten Ehe geltenden Grundsätzen in folgende Categorieen theilen:

I. System der Absonderung des Frauengutes: A. Preussisches Landrecht; Sächsisches B.G.B.; Weimar; Oldenburg; Meiningen; Altenburg; Gotha; Sondershausen; Rudolstadt; Reuss Ä. L.; Reuss J. L.

II. System des gemeinen sächsischen Rechts (privilegirte Erbfolge der sächsischen Constitutionen): Holstein; Lauenburg; F. Lübeck; Anhalt; Amt Bergedorf.

III. System der Quotentheilung der Wittwe: Neumünster und Bordesholmische Amtsgebräuche; Otterndorf; Schauen-

burg'sche Polizeiordnung in Hessen und Lippe; Statuten der Städte Schleiz und Gera.

IV. System des Wahlrechts des überlebenden Ehegatten: Joachimische Constitution (Märkisches Recht); Schwerin, Stadtrecht; Schauenburg-Holstein'sches Recht.

V. System des lübischen Rechts:

1) des ältesten lübischen Rechts: Mecklenburgische Städte; Mölln; Eutin; Bergedorf;

2) der Reformation von 1586: Pommerische Städte; Bauerordnung von 1616 und 1764; Holsteinische Städte; Rostock; Wismar;

3) des neuesten lübischen Rechts: Lübeck.

Es finden sich demnach in dem gegenwärtigen Länderbestand des deutschen Reichs 120 Statuten in Geltung, welche das eheliche Güterrecht des Rechtsgebiets regeln. Von diesen gehören 55 der allgemeinen Gütergemeinschaft, 26 der Errungenschaftsgemeinschaft, 6 der Mobiliargemeinschaft und 33 der Verwaltungsgemeinschaft an. In 20 Rechtsgebieten ist das römische Dotalrecht das primär geltende Recht. Für die fünf Güterordnungen ergiebt sich annähernd folgende Bevölkerungsziffer:

I. Dotalrecht	2,740,000.
II. Allgemeine Gütergemeinschaft	11,280,000.
III. Errungenschaftsgemeinschaft .	6,740,000.
IV. Mobiliargemeinschaft . . .	7,000,000.
V. Verwaltungsgemeinschaft . .	13,240,000.
	41,000,000.

III.

Ueber den Rechtsbegriff.

Zu Bierling, Dr. E. K., Prof. in Greifswald, **„Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe“.** Th. I. — Gotha 1877.

Von

Professor Dr. **E. I. Bekker** in Heidelberg.

Der Zweig der Rechtswissenschaft, den wir den filosofischen heissen, dürfte vorzugsweise Förderung von der Rechtsvergleichung zu erwarten haben. Man kann dafür auf vorstehend genanntes Werk sich beziehen; nur nicht direkt. Denn es ist ein gutes Buch, obschon nicht viel darin verglichen wird; und die Bemerkung, dass wenn die Rechtsvergleichung schon mehr vorgearbeitet hätte, das Buch noch besser geraten sein würde, die mag richtig sein, vielleicht sogar vom unbefangenen Verfasser selber zugegeben werden, Dritten, die das Buch noch nicht gelesen haben, kann sie nicht one weiteres einleuchten. Aber die befolgte Methode kommt doch der der rationellen Vergleichung sehr nahe; die Ausführung ist folgerichtig und klar, einladend zu freundnachbarlicher Disputation; und der Stoff enthält Fragen, deren Entscheidung für die Stellung der komparativen Jurisprudenz massgebend sein muss.

I.

Vorauf was von Bierling ans Ende gestellt, aber schon deshalb singulär zu behandeln ist, weil seine eigenen Ansichten dabei nicht völlig zweifellos hervortreten. Das Schlusskapitel XI, §. 111—124 bringt Auseinandersetzungen mit den Ethikern, Trendelenburg an der Spitze. Wol gibt B. zu, mit den ethischen Theorieen vom Rechte im Allgemeinen sich einig zu wissen, im Gegensatz zum älteren Naturrecht, so wie zur Fichteschen Rechtsansicht, übrigens fasst er sein Urteil dahin zusammen:

> Wahr ist, dass man die Lehre vom Rechte als ein Stück Ethik, die Rechtsnormen sämmtlich als eine Art sittlicher Normen betrachten kann. Aber um das Wesen der Rechtsnormen im Verhältnisse zu den andern festzustellen, ist nicht auszugehen von einem allgemeinen „ethischen Prinzip", sondern von der Durchprüfung dessen, was Recht ist, bez. gewesen ist.

Anschliessend betont er den Unterschied von „Rechtsbegriff", der sich nur abstrahiren lasse aus dem Ganzen des wirklichen tatsächlichen Rechts, und „Rechtsidee", nach welcher alles Recht geschäzt, gemessen, beurteilt werden solle; und sieht in dem Mangel strenger Auseinanderhaltung dieser beiden „das Hauptgebrechen, an welchem nicht nur Trendelenburgs, sondern mehr oder weniger die gesammte Rechtsfilosofie leidet". Die Ausführungen sind überzeugend: dass aus dieser Vermengung reine Resultate nicht zu erzielen waren, ist handgreiflich; und die Rechtsfilosofie wird den Vorwurf, der Vermengung sich schuldig gemacht zu haben, kaum zurückweisen können. Erfreulich, dass Bierling, im Gegensatze hiezu, von dem überall anzustrebenden Rechtsideale absieht, und seine Untersuchung darauf beschränkt, „das Wesen des positiven Rechts selbst, seiner Wirksamkeit, seiner

verbindenden Kraft", mit einem Worte den „Rechtsbegriff" zu finden.

Was er aber von jenen anderen Bemühungen hält, die leibhaftige Rechtsidee zu fassen und darzustellen, das spricht er nicht ebenso klar aus.

> Ich leugne nicht, dass in fernster Zukunft einmal, oder überhaupt zu einer bestimmten Zeit, das wirkliche Recht der etwa anzunehmenden Rechtsidee völlig entsprechen könnte. Ohne diese Voraussetzung hätte schon die Annahme einer solchen Idee gar keinen Sinn.

Lezteres wird unbedenklich zuzugeben sein; die Voraussetzung macht mehr Skrupel. Das wirklich geltende Recht sollte einmal dem anzunehmenden Ideal „völlig entsprechen"? auf der ganzen Erde, oder nur bei einem auserwählten Volke? Aber vermögen wir an solche Auserwählung, unverdiente Bevorzugung zu glauben? Also überall auf dem ganzen Erdenrund ein und dasselbe ideale Recht? Aber doch sicher nicht eher, bevor auf der ganzen Erde auch Eine und dieselbe, nicht minder ideale Sprache, gesprochen würde?

Jakob Grimm sah bei Gelegenheit im Englischen die Weltsprache der Zukunft. Aber doch nur in dem Sinne, dass dieselbe einmal die im Weltverkehr von allen bei diesem betheiligten Personen allein zu benutzende Sprache sein werde. Aehnlich kann ich mir wol denken, dass in einer gar nicht allzufernen Zeit, wann Draht und Schienen den ganzen Erdkörper umspannen, gewisse Rechtsinstitute überall in Kraft stehen werden, dass Ein Seerecht, vielleicht Ein Wechselrecht, gleiche Grundsätze über die Anwendung fremder Rechte gelten. Dass die Kinder der Eskimos und der Kaffern gleich damit anheben werden Englisch zu plärren und zu plappern, glaube ich ebensowenig wie an die zu erwartende vollständige Ausgleichung von Familien- Erb- und Grundrecht auf dem ganzen Erdboden.

Ich glaube nicht daran; Bierling scheint daran zu glauben. Ich zweifle aber nicht, dass wir beide gleichmässig die Unmöglichkeit anerkennen, den Widerpart zum eigenen Glaubensbekenntnis herüberzuzwingen. Daraus folgt, nach seinen eigenen Worten, dass es in dem von jeder vernünftigen Erwägung unabhängigen freien Belieben, eben dem Glauben des Einzelnen steht, ob er die Annahme der „Rechtsidee" für sinnlos oder sinnvoll" halten will.

Der Punkt ist aber für die Rechtsvergleichung nicht one Bedeutung. Wenn wirklich die allgemeine Rechtsidee dem menschlichen Geiste zugänglich wäre, so könnte die Vergleichung der einzelnen seienden und gewesenen Rechte unter einander nur von untergeordnetem Werte sein: wozu unvollkommenes noch mit anderm unvollkommenen vergleichen, wenn man bereits das vollkommene kennte, und durch die Vergleichung mit diesem direkt ans Ziel zu gelangen vermöchte? Höchstens als Vorstufe, um die Erkenntnis der Rechtsidee zu erwerben, liesse vielleicht die Rechtsvergleichung gemeiner Art, positiver Rechte mit andern ebensolchen, sich empfehlen.

Sicherlich gehört die Frage, was Recht sein sollte, innerhalb gegebener örtlicher und zeitlicher Schranken, zu denen deren Beantwortung nicht abzulehnen ist. Wir sehen uns selber und andere Kulturvölker mit den Beantwortungsversuchen fast beständig beschäftigt. Dass durch diese Eingrenzung die Frage nicht unwesentlich erleichtert wird, liegt klar zu Tage.

Denkbar ist, die Antwort auf wissenschaftlichem oder auf unwissenschaftlichem Wege zu finden. Fassen wir den Ausdruck „wissenschaftlich" im strengen Sinne, so bedingt er ein Ausgehen von sinnlicher Wahrnehmung, die so zuverlässig sein muss, wie menschliches Können überhaupt gestattet, und ein Aufsteigen mittels einfacher logischer Operationen, die stets nur nächstbelegenes zu fassen vermögen, jeden Sprung verbieten, dafür aber auch die Gewähr bieten, dass das Er-

fasste ebenso zuverlässig werde wie die zu Grunde gelegten Wahrnehmungen sind.

Angewant sehen wir solche streng wissenschaftliche Arbeit bei den gesetzgeberischen Arbeiten der Gegenwart nirgends. Nicht aus Abneigung oder Mistrauen, sondern einfach darum, weil der wissenschaftliche Weg für den praktischen Gebrauch einstweilen noch zu lang, relativ endlos ist. Der Arzt sagt dem Kranken auch nicht: das Wesen des Fiebers kenne ich nicht, ebenso ist das Wie der Wirkungen des Chinins noch nicht festgestellt, wann die Wissenschaft mal dahin gelangt sein wird, werde ich das Richtige verschreiben, bis dahin Nichts. Medizin und Gesetzgebung haben gleiche Geschicke geteilt: beherrscht bald von diesen, bald jenen Theorieen, die im günstigsten Falle als Hypothesen passiren konnten, oft nichts gewesen sind als vage Fantasiegebilde, haben beide ihre Verordnungen meist auf das Geratewohl ergehen lassen, zuweilen mit Glück, zuweilen darohne. Es ist allbekannt, dass die Medizin in unserem Jahrhundert erst einer streng wissenschaftlichen Methode sich zugekehrt hat, die freilich bis auf diesen Tag den Ansprüchen der Therapie in den wenigsten Fällen zu genügen vermag. Noch weiter zurück scheint die Gesetzgebung; vielleicht ist die Behauptung nicht zu hart, dass die rechte wissenschaftliche Methode für dieselbe noch gar nicht gefunden sei, wogegen das Streben nach einer solchen doch schon als vorhanden anzunehmen ist. Zur Entschuldigung könnte übrigens angefürt werden, dass die rationelle Begründung des Lebens und seiner Bedingungen beim Staate oder irgend einer anderen grösseren gesellschaftlichen Gemeinschaft doch noch schwieriger sein dürfte, als bei dem einzelnen Individuum.

Die Folgerungen aus diesen Prämissen sind bald gezogen. Noch sind wir im Zweifel über die besondere Ausprägung unserer wissenschaftlichen Methode, geschweige dass wir im Stande wären, im konkreten Falle mit wissenschaftlicher Sicherheit zu entscheiden, was zur bestimmten Zeit an bestimmter

Stelle Recht sein sollte. Die Frage aber nach einem allgemeinen Idealrecht, der Bierlingschen Rechtsidee, liegt uns zur Zeit so ungeheuer fern, dass wir wissenschaftlich nicht zu entscheiden vermögen, ob sie überhaupt je zu stellen sein wird. Wer uns mit einer angeblichen Lösung entgegentritt, kann diese auf, im strengen Sinne des Wortes, wissenschaftlichem Wege nicht gefunden haben. Dem entspricht, dass wir bei der Herleitung der Lösungen durchgehends die vorerwähnten allgemeinen Kennzeichen wissenschaftlicher Methode vermissen, wie bei den Resultaten die Beständigkeit der gewonnenen Ergebnisse. Ein quasifilosofisches Rechtsideal verdrängt das andere, ganz ebenso wie ein Heilmittel oder ein gesetzgebesches Experiment seinen aus der Mode gekommenen Vorgänger.

Unser offenes Bekenntnis also geht dahin: der filosofische Zweig der Rechtswissenschaft trägt nur bis zum Rechtsbegriffe, oder bis zu den Rechtsbegriffen, zu deren Auffindung die Vergleichung der verschiedenartigsten Rechtsgebilde unerlässlich ist. Die Erreichung der Rechtsidee liegt zur Zeit ausserhalb der Reihe der rechtswissenschaftlichen nicht blos, sondern überhaupt der wissenschaftlichen Probleme, ähnlich wie die Ergründung des Wesen Gottes, des freien Willens, der Dinge nach dem Tode. Nicht gesagt ist, dass auf der Bildungsstufe, die wir jezt etwa einnehmen, die wissenschaftliche als die einzig vollberechtigte Geistestätigkeit zu betrachten sei; wol aber, dass die von der Wissenschaft gefundenen Resultate von den Ergebnissen jeder unwissenschaftlichen Forschung unbeirrt bleiben müssen, und dass die Wissenschaft selber von den ausser ihr stehenden Bestrebungen zwar zu eigner Tätigkeit angeregt, sonst aber in keiner Weise beeinflusst werden kann.

Mag sein, dass Bierling hierin ein Zeugnis „jenes falschen Realismus“ erblickt, der onehin alles Ideale zu leugnen geneigt ist, weil er es nicht mit Händen greifen kann. Aber er selber ist sich doch auch klar bewusst, nur den „Rechtsbegriffen“ nachgegangen zu sein, und ausdrücklich sagt er:

eine Rechtsfilosofie, wie sie jetzt meist noch gefordert wird, ist ein Unding. Die Ergründung des Wesens des positiven Rechts gehört als juristische Prinzipienlehre zur positiven Rechtswissenschaft oder Jurisprudenz selbst. Die Aufsuchung eines idealen Wertmessers zur Beurteilung alles Rechts fällt zusammen mit den Aufgaben der praktischen Filosofie überhaupt.

Vielleicht stehen unsere Anschauungen nah zusammen und nur die verschiedenen Ausdrucksweisen, die Verschiedenheiten namentlich der Begriffe die wir mit den Ausdrücken „wissenschaftlich“ und „filosofisch“ verbinden, erzeugen den Schein des weiteren Auseinandergehens.

II.

Keine Kritik und kein Referat über Bierlings Arbeit soll hier gegeben werden, nur zur Orientirung für die, welche das ebenso empfehlenswerte wie wenig voluminöse Werk (172 Seiten) nicht gleich zur Hand hatten, folgendes.

Es ist erwachsen aus einer litterarischen Streitigkeit des Verfassers mit O. Mejer (vgl. Doves Ztschr. f. Kirchen. X. XI. XIII.) über das Recht der freien Vereinskirchen, ob dieses, wie B. behauptet, an sich und daher stets und überall als „Recht im juristischen Sinne“ zu betrachten sei, oder, wie Ms. gegenwärtige Meinung, nur dann und dort, wo selbiges „vom Staate als solches aufrecht erhalten wurde“. B. anerkennt dasjenige, was er im „ersten Artikel“ über „das Wesen des positiven Rechts und des Kirchenrechts“ ausgefürt, als des Beweises noch bedürfende Aufstellungen; dieser Beweis soll im vorliegenden Buche, von dem bisher nur der erste Teil erschienen ist, geliefert werden.

Thema probandum ist die wesentliche Gleichartigkeit des staatlichen Rechts und der nichtstaatlichen Vereinsnormen: dieselbe wird hergeleitet aus dem Wesen des positiven Rechts, und dieses also formulirt:

A. Der nächsthöhere Gattungsbegriff zu den identischen Begriffen „Rechtssatz, Rechtsnorm, Rechtsregel“ ist der Begriff der „Norm“, d. h. eines Grundsatzes oder einer Regel, die ihre Erfüllung vom menschlichen Willen unter gewissen allgemeinen Voraussetzungen nicht nur erwartet, sondern fordert.

B. Von allen andern Arten der Normen unterscheidet sich die Rechtsnorm dadurch, und blos dadurch, dass sie als Regel des Zusammenlebens eines bestimmten Kreises von Menschen seitens der dazu Gehörigen fortgesetzt anerkannt wird.

Demgemäss wird das Wesen des staatlichen Rechts definirt:

> Normen, die als Regel des staatlichen Lebens seitens der Staatsgenossen fortgesetzt anerkannt werden.

Die „Anerkennung“ eben ist das entscheidende. Was darunter zu verstehen, wird am schärfsten im Gegensatze zur Bedeutung des „Vertrags“ entwickelt:

1) Beim Vertrage, auch dem stillschweigenden (der sich von dem ausdrücklichen nur in der Form der Willensäusserung unterscheidet), setzen wir stets Bewusstsein und freie Willensbestimmung der Betheiligten voraus. Beides ist bei der Anerkennung, wie ich dieselbe fasse, nicht notwendig. Auch die unfreiwillige Anerkennung bleibt Anerkennung, und zwar umfasst dieselbe nicht nur die abgenötigte erzwungene, sondern auch die unbewusste unwillkürliche Anerkennung.

2) Als Objekt des Vertrags pflegt in der Regel ein dadurch zu begründendes Rechtsverhältnis oder bestimmte Rechte im subjektiven Sinne behauptet zu werden, nicht aber die Konstituirung von Grundsätzen für das Handeln . . . . . [wogegen] wir als Objekt der Anerkennung

in erster Linie die Rechtssätze, Rechtsvorschriften oder Normen sehen, also dasjenige, was wir Recht im objektiven Sinne zu nennen pflegen.

3) Vertrag bezeichnet stets eine momentane Form, einen momentanen Ausdruck gemeinsamen Willens. Dagegen ist die Anerkennung, die das Recht m. E. zum Recht macht, nicht ein vorübergehender Akt, sondern ein dauerndes habituelles Verhalten in Beziehung auf die betreffenden Rechtsgrundsätze.

4) Im Vertrage müssen wir stets mindestens zwei Parteien und entsprechend zwei verschiedene Arten der Willensäusserung unterscheiden .... Dagegen folgt nicht nur aus 1 und 2, dass die „Anerkennung" auch völlig einseitig möglich sein muss, sondern zugleich aus 3, dass die Anerkennung überhaupt nicht mit der Aeusserung derselben identisch sein kann. Sogar eine Anerkennung, die noch gar nicht zur Aeusserung gelangt ist, wird nicht geleugnet werden dürfen.

Um es mit Einem Worte zu sagen:

„Anerkennung," one weiteren Zusatz, ist nur ein stetiges ununterbrochenes habituelles Respektiren, sich gebunden oder unterworfen fühlen in Beziehung auf einen gewissen Gegenstand, insbesondere auf gewisse Grundsätze.

Speziell „rechtliche Anerkennung" aber, oder „Anerkennung als Recht" ist nur das dauernde Anerkennen von Grundsätzen innerhalb eines gewissen Kreises, einer gewissen Mehrheit zusammenlebender Personen, als Norm und Regel dieses Zusammenlebens.

Derartige Anerkennung macht das Recht zum Recht, in ihr liegt der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes und überhaupt aller Erscheinungsformen des objektiven Rechts. Der Beweis wird gefürt durch die Widerlegung aller anderen

bekannten Beantwortungen derselben Frage. Diese stehen in zwei Reihen zusammengeordnet, je nachdem sie von den berechtigten Subjekten der Gesetzgebung, oder von den zu beobachtenden Normen ausgehn. In jeder der beiden Reihen finden sich drei Gruppen von Ansichten, in der „ersten Reihe die theokratische oder religiös-politische, die naturalistisch-absolutistische, und die idealistische Gruppe“ (dawider II—VI, §. 11—57); die der zweiten scheiden sich je nachdem „man das konstituirende Moment des Rechts fand, entweder in einem gemeinsamen Willen oder einer gemeinsamen Ueberzeugung als Entstehungsgrund, oder in der Tatsache des Erzwungenwerdens als der charakteristischen Form der Rechtswirksamkeit, oder endlich in dem eigentümlichen ethischen Gehalte der Rechtsnormen“ (VI—XI, §. 58—124); die erste Hauptgruppe der zweiten Reihe zerfällt dann wieder in drei kleinere Gruppen, „1) der Vertragstheorieen im weitesten Sinne des Worts; 2) der Lehre von der Volkssouveränetät, oder richtiger der Souveränetät der jeweiligen Majorität der Staatsgenossen; 3) der Doktrinen der historischen Rechtsschule und der sog. organischen Rechtslehre.“

III.

Ob man den Beweis gelungen erachtet oder nicht, ist für die Wertschätzung des Bierling'schen Werks von untergeordneter Bedeutung, dessen Hauptvorzüge in der korrekten feinen Durchfürung liegen. Wenngleich die Begründung des Eigenen mit der Bekämpfung des Fremden oft sehr kunstvoll verwoben ist, wird der Leser, der mehr als Nachmittagsunterhaltung sucht, doch den Faden nicht verlieren. Der Verf. besizt grosse Belesenheit und daneben in seltenem Grade die Fähigkeiten, Gelesenes nachzudenken darzustellen und zu beurteilen. Mit wenig Strichen werden fremde Ansichten treffend

gezeichnet, ebenso kurz und richtig deren Schwächen aufgedeckt.

Selbstverständlich kommen dabei einzelne Fehlschüsse vor, doch wird kaum eine der angegriffenen Meinungen den Tadel schlechthin zurückweisen und in der alten Stellung one jegliche Konzession sich behaupten können. Bei dem Kampfe nach allen Seiten aber fällt Bierling noch ein Ergebnis gleichsam in den Schoss, das er sicher nicht gesucht und vielleicht kaum beobachtet hat. Indem er das Verhältnis der eigenen Anschauung zu denen der Andern überall mit Sorgfalt prüft, und also die abnormen Aufstellungen alle mit demselben Massstabe misst, zeigt er uns diese als das was sie wirklich sind: Kinder derselben Zeit, Produkte von nahezu gleichwertigen Faktoren.

In gewissem Sinne ist die Aufgabe, den verpflichtenden Grund des Gesetzes und das Wesen des Rechts zu finden, zu schwer für uns. So nützlich es ist, an ihr uns fragend zu üben, so wenig vermögen wir eine ausreichende, nur für unser mangelhaftes Verständnis der Sache ausreichende Antwort zu geben. Fällt diese scharf und fest aus, so sind wir bald im Stande den Fehler darin nachzuweisen; was uns richtiger dünkt und als vorläufig unanfechtbar befriedigt, ist breit und verschwimmend. Und wieder: wenn wir alle die Warheit nicht sehen können, so sind doch die Vorstellungen, die einzelne unter uns von ihr sich machen, weniger weit aus einander liegende, als gewönlich, nach den Worten mit denen man dieselben wiederzugeben gesucht hat, angenommen wird. Bierling fürt gut aus, wie seine eigene Meinung einigen der älteren näher, anderen ferner stehe, wir sehen die verbindenden und die trennenden Stücke, und erkennen dabei zugleich, welche ähnlichen Beziehungen die älteren Meinungen unter einander verknüpfen. Gewisse bleibende Differenzen sollen nicht in Abrede gestellt werden, aber die Vieldeutigkeit vieler Ausdrücke einmal, und daneben dass die meisten dieser Meinungen vorzugsweise im Streite gegen andere Meinungen erwachsen sind, haben den Schein der Verschiedenheit unverhältnismässig

gemehrt. Man gedenke z. B. dessen, was für und gegen die historische Schule in deren kampfmutiger Jugendzeit gesagt und geschrieben worden; das Wort das Einen Widersacher treffen, und wenn's sein kann zermalmen soll, lässt sich selten gegen Alle vertreten. Streift man aber dasjenige ab, was der Einzelne in der Tat mehr gesagt hat als er bei reiflicher Umsicht hätte sagen mögen, und das was die Schlüpfrigkeit unseres Sprachgebrauches verschuldet, so bleibt doch ein ganz respektabler Stock von gemeinsamen Grundüberzeugungen. Selbst die theokratischen Theorieen stehn den übrigen nicht so fern, wie die Sage geht; was zuzugeben freilich noch Anhänger und Gegner gleich wenig geneigt zu sein scheinen.

Wie ich Bierlings Kritik überwiegend für gerecht halte, ebenso könnte ich seine eigene Theorie vom Rechte und dessen Entstehung aus der Anerkennung mir wol gefallen lassen. Er hat über manches schärfer nachgedacht als irgend einer vor ihm, und ich zweifle durchaus nicht, dass, wie ich, auch Andere gern Belehrung von ihm annehmen werden. Handelt es sich doch nicht um ein völlig Neues, sondern um die bessere Entwickelung von Hergebrachtem. Bierlings „Anerkennung" steht augenscheinlich in töchterlichen Beziehungen zu der rechtschaffenden Volksüberzeugung der historischen Schule, und zu manchem anderen guten und wohl bekannten Gedanken. Und wieder werden Andere Jüngere ihm folgen, seine Gedanken noch weiter ausdenken und aus der „Anerkennung" neue Frucht ziehen. Beides, dass er die Arbeit da aufgenommen, wo die Einen sie gelassen, und selber sie da lässt, wo Andere sie wieder aufzunehmen haben, gereicht ihm sicherlich nicht zum Tadel, sondern entspricht gerade dem korrekten Gange des Fortschritts in der Wissenschaft.

Die „Anerkennung" ist ein nicht blos viel umfassender, sondern auch breitgeränderter Begriff. Definirt als „stetiges Respektiren, sich gebunden oder unterworfen fülen", macht es schon einige Schwierigkeit, dies als ein „unbewusstes" Verhalten zu denken, was es doch unter Um-

ständen soll sein können. Gibt es ein unbewusstes Anerkennen, d. h. Menschen die anerkennen, ohne darum zu wissen, dass sie anerkennen, so wird auch die Möglichkeit einer anderen Klasse zugegeben werden müssen, Menschen die selber im Zweifel über sich sind, ob sie anerkennen oder nicht. Wie Dritte bei solchen Fällen zur Entscheidung gelangen sollen, ist noch nicht ganz klar, sie müssten in das Gefül der Zweifler hineindringen können, tiefer als diese selber.

Das Kind, der Wahnsinnige, der Fremde der unseren Boden betritt, auch wenn dies wider seinen Willen geschehen wäre (z. B. das durchgehende Pferd ihn über die Landesgrenze getragen hätte), oder ohne sein Wissen (man denke an Verirrte), der Revolutionär, der auf den Umsturz von Staat und Gesellschaft konspirirt, alle diese stehen unter dem Recht, allen gilt es; weil sie es anerkennen? Oder geht die Lehre dahin: was das Recht schafft und aufrecht erhält, ist die Anerkennung; anerkanntes Recht aber gilt nicht nur für die Anerkennenden selber, sondern auch für gewisse andere Personen, mögen diese dasselbe anerkennen oder nicht. Die verpflichtende Kraft des Rechts beruhte hienach auf Anerkennung nur für die Einen, für die Anderen auf etwas anderem, doch worauf?

IV.

Nur in einer Richtung will ich versuchen, einen Schritt über B.'s Resultate hinaus zu tun. Dabei gehe ich aus von Anschauungen, betreffs deren zwischen uns, wie ich glaube, keine Differenz besteht.

Der Mensch ist ζῶον πολιτικόν, in seine Natur ist der Trieb gelegt, der zur Staatenbildung fürt. Aber die Staatenbildung erscheint nirgends als die erste Betätigung eben des Triebes, allerlei andere Vereinsbildungen gehn vorauf, Familie, Horde, Volk, und wie sonst sie heissen mögen. Die Wörter bezeichnen verschiedene Stufen, zwischen denen die begriffliche Abgrenzung nicht haarscharf durchzuführen ist, und die

auch geschichtlich so allmählich in einander überzugehen pflegen, dass meist schwer zu sagen, wann die eine aufhöre, die andere beginne.

Das höchste bekannte Gebilde, zu dem dieser Trieb zu Vereinigungen mit seines gleichen, und zu immer vollkommenerer Ausbildung der Vereinigungen, den gesunden Menschen hinfürt, ist wie gesagt der Staat. Klüglich geht B. (S. 132) einer Präzisirung des Staatsbegriffs aus dem Wege. Immerhin werden wir uns über zwei wesentliche Merkmale verständigen können: Handlungsfähigkeit, beruhend auf Organisation, d. h. so wohl geordnete und so fest geschlossene Gliederung eines Vereins, dass gewisse Akte gewisser Vereinsglieder als Akte des Vereins selber anerkannt werden; zweitens Souveränetät, welche Unterordnung unter eine ausserhalb des Staates stehende Gewalt verbietet (äussere, negative Seite) und Gehorsam gegen die Staatsgebote von allen Staatsangehörigen fordert (innere, positive Seite). So charakteristisch nun aber auch diese Merkmale sind, wir sehen gleichwol den Uebergang von Nichtstaaten zu Staaten als einen flüssig verschwimmenden vor uns, und können uns auch dem nicht verschliessen, dass das Staatsein selber noch Steigerungen gestattet. Beispielsweise die Germanischen Völkerschaften, wie Cäsar und auch Tacitus dieselben darstellen, erscheinen der mangelhaften Organisation halber unserem Auge als vorstaatliche Gebilde; dagegen ist uns völlig gewis, dass in der Zeit bisher aus diesen selben Völkerschaften Staaten erwachsen sind. Wer vermöchte Tag und Stunde anzugeben, wo die Wandelung sich vollzogen hat? Das aber wissen wir ganz bestimmt, dass von dem ersten Tage an, wo sie Staaten geworden, bis in die Gegenwart herein, diese selben Vereinsgebilde noch einen weiteren bedeutungsvollen Entwickelungsprozess durchgemacht und sehr merklich an Staatlichkeit gewonnen haben. Zwitterbildungen anfangs, halb Nichtstaaten halb Staaten, sind sie schon zu zweifellosen Staaten erwachsen und gehen in gleicher Weise weiter und weiter. Lassen wir

der Fantasie einen Augenblick die Zügel schiessen, so stossen wir auf den Gedanken, dass spätere Generationen an noch viel vollkommenere Staaten gewönt, einstmals das, was wir jezt Staaten heissen, auch noch in die Reihe der vorstaatlichen Vereinigungen einstellen könnten. — Hiezu schliesslich nur noch, dass nach geschichtlicher Erfahrung das allmähliche Anwachsen der Staaten als Regel anzuerkennen ist, welche Ausnahmen nicht ausschliesst.

Mit der Bildung der verschiedenen Vereinigungen Hand in Hand geht die Bildung des Rechts. B. bemerkt:

> Nicht die Gemeinschaft ist Grund des Rechts, sondern das Recht . . . . bildet den Grund jeder wirklichen Lebensgemeinschaft. Nicht die Lebensgemeinschaft ist das ursprünglich gegebene, aus deren Anschauung und nach deren Charakter sich dann die Normen des gemeinschaftlichen Lebens entwickeln, sondern die Normen sind es, die jeder Lebensgemeinschaft, gleichwie sie deren Existenz bedingen, so ihr auch den speziellen Charakter geben.

Ein Verein, eine Lebensgemeinschaft kann one Normen, one Recht im weitesten Sinne gerade eben so wenig bestehn, wie die Normen oder Rechte anders als innerhalb eines Vereins zur realen Existenz gelangen können; es ist Ein Trieb, der die Bildung der Vereine und damit zugleich des Rechts erzwingt. In Beziehung auf das Recht oder die Rechte aber ist unsere Sprache noch dürftiger als bei den Vereinigungen: Die Familie erzeugt ihr Recht, der Stamm das seine u. s. w., und selbst nachdem der Staat schon fertig, schaffen kleinere Vereine in ihm noch weiter ihr Recht; alle diese Rechte sind von einander um nichts weniger verschieden, als die Vereinigungen unter sich, aber die Sprache hat für alle nur den Einen Namen „Recht“, und hilft sich dann höchstens mit den ungeschickten und zum teil misverständlichen Ausdrücken „Recht der Familie“ (ganz unzweideutig wäre das

ganz schwerfällige „in der Familie erwachsendes Recht“), „Recht des Stammes“ u. s. w., während mit „Familienrecht“, „Staatsrecht“ ganz abweichende Bedeutungen verknüpft sind.

Die Armut der Sprache darf aber über den Reichtum der Sache nicht teuschen. Müssen wir bei den Vereinigungen den Gegensatz der staatlichen und nichtstaatlichen als einen sehr erheblichen anerkennen, so fällt unter den Rechten vorzugsweise ein anderer Gegensatz in die Augen. Beide Gegensätze stehn zu einander in dem Verhältnis, dass das staatliche Recht zwar regelmässig der einen Art ist, das nichtstaatliche Recht aber so gut der einen wie der anderen Art sein kann.

Alles Recht lassen wir, mit Bierling, auf Anerkennung beruhn; aber der Begriff der Anerkennung ist, wie wir gesehn, ein sehr weiter. Nach den verschiedenen Arten der Anerkennung unterscheiden wir verschiedene Arten des Rechts. Ob man die Verschiedenheit als qualitative oder nur als quantitative will gelten lassen, soll uns nicht kümmern.

Die Anerkennung schlechthin gibt keine Gewähr ihrer Dauer; wer sich heute noch gebunden fült, kann dies Gefül morgen verlieren, auch wol das Band selber zerreissen. Aber es gibt eine Art, gesteigerte qualifizirte Anerkennung, die jene Gewähr schafft. Hier verbindet sich mit der Anerkennung ein weiteres Tun, das über einfache Erklärung des Anerkennens hinausgreift und einen Zwang herstellt, auch zukünftig in der Anerkennung zu verbleiben. Im Normalfalle erscheint dies als Akt der mit der rechtsbildenden zusammenwirkenden vereinsbildenden Kraft; die Gemeinschaft als solche wird handlungsfähig organisirt und mit dem Rechtsschutz betraut. Man könnte diese den Anerkennenden für die Zukunft bindende Anerkennung mit dem Wort „Unterwerfung“ bezeichnen.

Natürlich bestehen zwischen der gemeinen (revokablen) Anerkennung und der Unterwerfung wieder viele nächst bei einander belegene Zwischenstufen; auch scheinen verschiedene Wege von dem schutzlosen zum geschüzten Rechte zu füren. Der eine geht durch die Selbsthülfe, die Regeln unterworfen,

an feste Voraussetzungen und Formen geknüpft wird, zur bessern Kontrolle nur öffentlich geschehn darf, später (wie die Römische manus iniectio) zu bestimmten Vereinsorganen hinfürt, deren Tätigkeit bei diesem Verfaren sich immer weiter ausdehnt, während die Tätigkeit der sich selbst helfenden Partei endlich zur blossen Ladung, in ius uocatio zusammenschrumpft. Ein anderer Weg geht von frei zu kürenden Schiedsgerichten aus, wie sie etwa das heutige Völkerrecht kennt; noch braucht kein Staat, wo er nicht will, auf ein solches Vorgehn sich einzulassen, noch ist kein derartiger Schiedsspruch erzwingbar, aber die Bildung einer allgemeinen völkerrechtlichen Schiedsinstanz, die auf einseitigen Antrag zu prüfen und zu sprechen hätte, ist doch bereits kein utopistischer Gedanke; während die Herstellung einer den einzelnen Staaten gegenüber selbständigen Exekutivgewalt freilich noch in unabsehbaren Formen liegt.

Dass aber geschüztes und ungeschüztes Recht (welchem ich auch das blos durch die ungebundene Kraft des Berechtigten geschüzte Recht zurechne), in der Tat gar verschiedene Dinge sind, bedarf keines Nachweises. Das praktische Leben erkennt als Recht nur das erzwingbare an, wenn auch der gemeine Sprachgebrauch ein weiterer ist, und die Theorie die Verwantschaft und, wenn man will, Gleichartigkeit, d. h. Stammesgleichheit beider Rechte aufzudecken vermag. Auch ist nicht zu übersehen, dass erst die richterliche Durchprüfung des Rechtes zur rationellen Ausprägung desselben hinleitet.

V.

Bierling lässt den Gegensatz der revokablen und der irrevokablen Anerkennung völlig unbeachtet; entsprechend hat er verschiedene Arten und Abarten des Rechts nicht genügend auseinandergehalten. Gegen die Unterscheidung des geschüzten und des ungeschüzten Rechtes scheint sogar indirekt polemisirt zu werden. Die Inhaltsangabe zu X sagt unter anderem

> die Zwangsanwendung nicht blos kein konstituirendes, sondern auch kein sekundäres Merkmal des Rechtsbegriffs, vielmehr nur Eine Form der Geltungsbewärung neben anderen Formen.

Das widerspricht meiner Auffassung nicht ausdrücklich: denn die Bierling'sche „Zwangsanwendung", Exekution und Strafe (korrekter Strafvollzug) und mein „Rechtsschutz" fallen nicht ganz zusammen; auch ich sehe nicht im Rechtsschutz und noch weniger in der Zwangsanwendung ein „sekundäres Merkmal des Rechtsbegriffs" überhaupt, sondern nur das Merkmal einer Rechtsart, und nichts hindert mich, Rechtsschutz und Zwangsanwendung als besondere Formen der „Geltungsbewärung unter andern ähnlichen Formen" anzunehmen: andererseits sagt B. wörtlich, dass in der modifizirten Zwangstheorie,

> welche die Zwangsanwendung nicht als ein konstituirendes, ursprüngliches Merkmal des Rechts, sondern nur als etwas aus dem Wesen des Rechts naturgemäss sich ergebendes

betrachte, ein beachtenswerter Kern stecke. Aber trotz alledem werden wir beide zugeben müssen, an eine Stelle gelangt zu sein, wo die Konsequenzen unserer Grundanschauungen uns auseinanderdrängen möchten.

Die hierauf bezüglichen Ausfürungen meines lieben Freundes und Gegners scheinen mir auch im einzelnen nicht ganz gelungen. „Die beste Bewärung einer Norm als geltende Norm ist stets die freie Erfüllung derselben." Einverstanden; aber was nüzt, daraus die Konsequenz zu ziehn:

> wo also leztere seitens aller Verpflichteten mit Sicherheit zu erwarten ist, da kann ein Bedürfnis der Zwangsanwendung gar nicht aufkommen;

wenn man dann hinzuzusetzen genötigt ist,

> ob eine solche Erwartung in menschlichen Verhältnissen jemals berechtigt wäre, mag man immerhin bezweifeln.

Auch gegen den übrigen Inhalt von §. 106, gegen §. 107 und §. 108 liegt mir allerlei im Kopfe, was ich nur darum nicht niederschreibe, weil es zur Begründung meiner eignen Meinung eben nicht erforderlich ist.

Ich sage, es gibt verschiedene Arten des Rechts, insonderheit geschüztes (Beispiel das gemeine Privatrecht) und ungeschütztes (Beispiel das gegenwärtige Völkerrecht). — Bierling gibt zu, dass es Recht gebe mit Zwang zur Befolgung, anderes one diesen Zwang; ja er statuirt diesen Unterschied auch innerhalb des staatlichen Rechts, wo mir die Anname ungeschüztes Rechts auch jezt noch sehr bedenklich ist, während ich die Ungleichheit der Intensität des Schutzes staatliches Rechts one weiteres zugeben muss.

Ich meine ferner, dass der Gegensatz des geschüzten und des ungeschüzten Rechts praktisch von grösster und geradezu unbestreitbarer Wichtigkeit sei. Auch Bierling hat sie nicht bestritten. — Die theoretische Rechtfertigung ergibt sich für mich aus dem Gegensatz der Recht schaffenden Anerkennung (schlechthin) und der Unterwerfung. Da Bierling dem Satze, dass die Zwangsanwendung „etwas aus dem Wesen des Rechts naturgemäss sich Ergebendes sei", nicht entgegentritt, so wird er das gänzlich ungeschüzte Recht als ein in seiner natürlichen Entwicklung zurückgebliebenes, verkümmertes annehmen müssen.

Wenden wir uns nun zu dem Ausgangspunkte der Bierlingschen Untersuchungen, wäre es auch nur, um zu sehen, wie viel noch fehlt, um zu wirklicher Entscheidung der aufgeworfenen Frage zu gelangen. Dass „das Recht einer freien Vereinskirche", will sagen „die Normen, die von den zu ihr Gehörigen als Regel ihres Zusammenlebens fortgesezt anerkannt werden", in der Tat „Recht", und dass es angemessen, den Namen „Recht" darauf anzuwenden, das hat meines Erachtens Bierling voll bewiesen. Auch die Möglichkeit der Geltungsbewärung, und zwar in ihrer „besten Form, durch freie Erfüllung" seitens der Beteiligten (der Mitglieder der

einzelnen freien Vereinskirche), wird sich vernünftigerweise nicht anzweifeln lassen. Denken wir aber, dass diese freie Einwilligung einmal aufhören könnte, und fragen wir, wie es alsdann mit dem Schutze dieses Rechts stehen würde, so werden wir bekennen müssen, hierüber von B. nichts erfahren zu haben.

Nichtstaatliches Recht (ich verstehe darunter, ganz nach B.'s Definition, aus der Anerkennung der Genossen eines nichtstaatlichen Vereins hervorgegangenes Recht) kann geschüzt werden entweder durch die Organe (Gerichte) des Vereins selber, oder durch die Gerichte des Staats, der über diesem Verein steht. In Zeiten vor Abschluss der Staatenbildung braucht nicht jeder Rechtsschutz zu fehlen, nur muss er wegen der Mangelhaftigkeit der Organisation selber noch zu wünschen lassen; die Rechtsvergleichung wird wol noch manches darüber zu Tage fördern. Wichtiger für uns, dass mit dem anzunehmenden Abschluss der Staatenbildung, die Tätigkeit der Gerichte der Vereine in und unter dem Staate keineswegs ihr Ende findet. Rom kennt Familiengerichte und Priestergerichte, die Gerichtsbarkeit der katholischen Kirche hat lange Zeit durchaus selbständig in verschiedenen Staaten bestanden; weitere Beispiele liefert die deutsche Rechtsgeschichte. Kurzum, ganz allgemein ist die Möglichkeit, dass eine freie Vereinskirche in einem Staate den Schutz ihrer Rechtsnormen durch eigene Organe bewirken könne, nicht zu verleugnen. Dagegen glaube ich nicht, dass dieselbe für Deutschland in der Gegenwart besteht. Der moderne Staat neigt überhaupt dahin, die Gerichtsbarkeit als eine ihm ausschliesslich zuständige Berechtigung zu erfassen, und wenn auch noch darüber gestritten werden mag, ob unsere Institutionen durchgängig dieser Neigung entsprechen, so lässt sich dafür doch einstweilen anführen „15 des Einf.-G. zur Gerichtsverfassung f. d. Deutsche Reich: die Gerichte sind Staatsgerichte“. Völlig unzweifelhaft ist dann wieder, dass der Staat nicht jedem Vereine, der in ihm existirt, die Befugnis zuerkennen kann, sein eigenes

Vereinsrecht durch eigene Vereinsgerichte mit Zwangsgewalt gegen die Vereinsglieder zu schützen. Also würde nachgewiesen werden müssen, dass gerade die freien Vereinskirchen zu den bevorzugten Ausnahmen gehörten.

Schwieriger scheint die Entscheidung darüber, ob und wieweit die Staatsgerichte das Recht der freien Vereinskirchen zu schützen berufen seien. Fest steht zweierlei: dass die Staatsgerichte nicht alles Recht, das nichtstaatliche Vereinigungen im Staate produziren, anerkennen und schützen dürfen; und dass sie einiges Recht der Art anzuerkennen und zu schützen haben.

Nicht alles. Von dem Vereine, der Rechtsnormen zu schaffen im Stande sein soll, verlangt Bierling ein bestimmtes Verhalten zum Staate ebensowenig wie zur Sittlichkeit, auch positiv widerstaatliche und unsittliche Vereine können „Recht“ schaffen. Die „Norm“ fordert ihre Erfüllung vom menschlichen Willen, die „Rechtsnorm“ wird als Regel des Zusammenlebens eines bestimmten Kreises von Menschen seitens der dazu Gehörigen fortgesezt anerkannt; solche Rechtsnormen kommen bei vielen unschuldigen und schuldigen, geheimen und offenen Bünden und Vereinen zur Entstehung, Mormonen und Skopzen, Camorra und Maffia, Tugendbund und Mannheim, studentische Verbindungen und Spielklubs, Freimaurer und was es sonst dergleichen gibt, alle haben ihr „Recht“.

Aber doch einiges. Dass gewisse Autonomieen und Observanzen, handelsrechtliche zumal, von den Deutschen Gerichten der Gegenwart zu schützen sind, steht über allem Zweifel. Alle neu entstehenden partikularen Gewohnheiten werden zu diesem nichtstaatlichen Recht gezält werden müssen; bekanntlich verhalten sich die Staatsgesetze zu ihnen verschieden, aber bisher ist Beachtung nicht durchgängig untersagt, und voraussichtlich wird auch die grosse Reform unseres Civilrechts das nicht tun. Die Einzelheiten des gegenwärtigen Rechtszustands in dieser Beziehung zu eruiren würde hier zu

weit füren; die Aufsuchung des Ideals, wie der Staat gegen derartiges Recht sich verhalten solle, liegt gänzlich ausser unserem Bereich.

Schliesslich sind wir mit alledem nicht viel weiter gediehen, als wo Bierling auf der ersten Seite steht, indem er gegen Mejer behauptet, dass Recht, das nicht vom Staate als solches aufrecht erhalten werde, dennoch Recht im juristischen Sinne sei. Damit ist ausgesprochen, dass aus der Bezeichnung von Normen als „Recht im juristischen Sinne“ nichts für die Anerkennung und Aufrechterhaltung dieses Rechts seitens der Staatsgewalt zu folgern sei. Unsere Behauptungen also widersprechen einander nicht, und wenn trotzdem das Gefül einer Divergenz der Anschauungen, wie ich vermute, auf beiden Seiten sich einstellt, so wird der Grund darin zu finden sein, dass ich zu wenig nach dem „Recht im juristischen Sinne“ an sich, und zuviel nach der Wirksamkeit dieses Rechts frage; oder vielleicht auch darin, dass ich neugierig schon jezt vorgestossen bin auf Fragen, die B. erst in dem ausstehenden zweiten Theile zu erledigen beabsichtigte. Soviel für dies Mal.

IV.

Zur Geschichte der Checks.

Von

G. Cohn.

Unter den verschiedenen Disciplinen der Rechtswissenschaft kann das Handelsrecht die vergleichende Methode am wenigsten entbehren; sind doch mit dem Handelsverkehr fremde Gewohnheiten und fremde Satzungen in grosser Menge von einer Nation zur anderen übergegangen; trägt doch das Handelsrecht in weit höherem Grade als das bürgerliche Recht einen „anationalen Charakter". Die Bedeutung der ausserdeutschen Handelsgesetzgebungen für die Ausbildung unseres einheimischen Rechts ist denn auch von unseren hervorragendsten Handelsrechtslehrern übereinstimmend anerkannt [1]).

In den folgenden Artikeln soll nun der Versuch gemacht werden, die comparative Methode auf ein handelsrechtliches Institut anzuwenden, das verhältnissmässig jüngeren Ursprungs ist, aber in ungewöhnlich schneller Zeit in fast allen Kulturstaaten Eingang gefunden, hier naturwüchsig dem wirthschaftlichen Bedürfniss entsprossen, dort durch die Gesetzgebung

---

[1]) Endemann p. 6. Goldschmidt I, p. 11. 292. 375. Thöl I, p. 18.

künstlich übertragen, im einzelnen auf das mannigfachste bei den verschiedenen Nationen variirend, in den Grundzügen übereinstimmend organisirt in allen Ländern.

Dieses Institut, dessen Geschichte uns zunächst beschäftigen soll, ist der Check, die Anweisung auf ein Guthaben in laufender Rechnung.

Ich gebrauche das fremde Wort, da es aller Orten üblich, von der Deutschen Reichsgesetzgebung recipirt und durch Kürze ausgezeichnet ist. Die von Munzinger[2]) vorgeschlagene und von Mittermaier[3]) adoptirte Verdeutschung in „Bankanweisung“ scheint mir weniger angezeigt, zumal sie dem Begriff eine Beschränkung giebt, die ihm nicht innewohnt[4]).

§. 1. Literatur.

Im Gegensatz zu der Volkswirthschaftslehre und der ausserdeutschen Rechtswissenschaft hat die deutsche Jurisprudenz sich bisher noch wenig mit den Checks beschäftigt. Ausser den kurzen Bemerkungen in den Compendien[5]) und ein Paar mehr gelegentlichen Notizen in den wechselrechtlichen Schriften von Bender, Biener, Kuntze, Wächter und Franck[6]) sind aus

---

[2]) Walther Munzinger, Motive zu dem Entwurfe eines schweizer. Handelsrechts. Bern 1865, p. 397 ff.

[3]) Dr. Franz Mittermaier in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht X, p. 1 ff.

[4]) Vgl. §. 9 bei Note 14. — Ueber die Schreibweise »check« oder »cheque«, vgl. §. 7, Note 2.

[5]) Endemann p. 386. 608. Thöl I, p. 107. 524. — Goldschmidt hat bisher nur gelegentlich I, p. 1188. 1219. 1221. 1223 die Checks berühren können. Vgl. auch Dernburg, Preuss. Privatrecht II, p. 188, Note 5 und Dahn, Deutsches Rechtsbuch p. 345. 346. 369.

[6]) Bender, Grundsätze des Wechselrechts II, p. 19; Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen p. 445. Carl Franck, Darstellung des englischen Wechselrechts in Borchardt's vollständiger Sammlung der geltenden Wechsel- und Handelsgesetze aller Länder I, p. 154 ff. Kuntze, Wechselrecht p. 226. O. Wächter, Wechsellehre (1861) p. 85.

der deutschen Rechtsliteratur nur ein Referat Voigt's über „crossed checks" (im Neuen Archiv für Handelsrecht III, p. 225—240) und vornämlich der treffliche Aufsatz von Dr. Franz Mittermaier: „Die Bank-Anweisung (check) und das französische Gesetz vom 14. Juni 1865 über dieselbe" (in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. X, p. 1—40) hervorzuheben. Als Nachträge zu diesem Aufsatze kommen noch die 3 Berichte des nämlichen Gelehrten über englische Stempelgesetze 1870, über die belgische Handelsgesetzgebung 1873 und über die französische Handelsgesetzgebung 1874 in Betracht [7]).

So verdienstvoll diese Arbeiten Mittermaier's sind, so können sie doch nicht als abschliessend gelten; Mittermaier hat vielmehr selbst den Wunsch ausgesprochen, zu neuen Untersuchungen über die Checks anzuregen. Hierzu liegt jetzt um so mehr Anlass vor, als eine Reihe gesetzgeberischer Akte bezüglich der Checks (in Malta, Canada, Deutschland und England) hinzugekommen sind, welche auch in jenen Nachträgen keine Erwähnung gefunden haben; sodann dürfte bei der bevorstehenden Revision unseres Handelsgesetzbuches, welche wohl auch die Checks nicht übergehen wird, die erneute und speciellere Erörterung der wichtigsten Fragen auf der Basis der fremden Rechte nicht ganz ohne Interesse sein; endlich hat die ausserdeutsche Jurisprudenz sich gerade neuerdings so eingehend mit den Checks beschäftigt, dass eine Berücksichtigung derselben auch für den deutschen Juristen geboten erscheint. Ausser den bereits von Mittermaier Z. X, p. 2. 3 genannten 11 fremden Autoren [8]) sind hervorzuheben:

---

[7]) Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht XVII, p. 124. XX, p. 112 bis 117. XXI, p. 148—152. Ich citire die qu. 4 Arbeiten Mittermaier's als Mitt. Z. X, XVII, XX, resp. XXI.

[8]) Dem Holländer Holtius, dem Schweizer Munzinger, den Engländern Macleod und Chitty, dem Amerikaner Story und den Franzosen Dufour, Michaux-Bellaire, Rey de Foresta, Coullet, Courcelle Seneuil und Nouguier.

a) Aus der französischen Litteratur:

J. Alauzet, commentaire du code de commerce. Tome III, appendice, p. 601—672. Paris 1868.

Edmond le Mercier, étude sur les chèques. Paris 1874.

J. Bédarride, commentaire de la loi sur les chèques. Paris 1874.

L. Nouguier et P. Espinas, des chèques. Commentaire des lois de 1865 et 1874. 2. Ed. Paris 1874.

Höchster, Sacré et Oudin, manuel de droit commercial français et étranger. 1874 p. 669 ff. [9]).

b) Aus der englisch-amerikanischen Litteratur:

Leone Levi, international commercial law. 2. Ed. London 1863, p. 484—490.

H. D. Macleod [10]), the theory and practise of banking. 2. Ed. 1866 I, p. 120 ff. 286 ff.; II, p. 267 ff. und the principles of economical philosophy. 2. Ed. 1872 I, p. 440 ff. 563 ff.

Th. Parsons, the laws of business for business men in all the states of the Union. Boston 1869, p. 94 ff.

G. J. Shaw, a practical treatise on the law of banker's cheques. London 1871.

G. G. Newman, a summary of the law relating to checks. London 1870.

E. Seyd, The London Bank-, Check- and Clearing-House-System; ins Deutsche übersetzt von Sjöström, Leipzig 1874, ins Französische durch Weber.

---

[9]) Die Darstellung ist unvollständig; so ist z. B. das belgische Gesetz von 1873 ganz übergangen, obwohl die Vorrede vom März 1874 datirt.

[10]) Es kommen vier Werke dieses Schriftstellers in Betracht, einerseits die von Mittermaier bereits citirten elements of political economy und dictionary of polit. econ., andererseits die beiden im Text genannten Werke. Ich citire dieselben: Macleod, dict., — elements, — banking, — principles.

M. B. Byles, a treatise of the law of bills of exchange, promissory notes, bank-notes and checks, with notes from the 6. American edition. 12. Ed. London 1876, p. 57—108.

J. D. Walker, a treatise on banking law. London 1877, p. 13—28.

c) Aus der holländischen Litteratur:

J. G. Kist, beginselen van handelsregt. 2. Ed. Amsterdam 1874 I, p. 146—151; II, 307 ff. 393—406.

G. Diephuis, handboek voor het Nederlandsch handelsregt. 2. Ed. 1874 I, p. 141—144. 294—309.

de Wal, het nederlandsche handelsregt. Leiden 1869. I, p. 143. 280—287.

Wetboek [11]) van koophandel met Aanteekeningen von Asser, Berg v. Dussen Muilkerk, Godefroi, Tydeman en J. d. Vries. 2. Ed. Amsterdam 1873, p. 96—104.

C. A. Cosman, de verbindtenissen jegens toonder. Academ. Proeve. Amsterdam 1863, p. 343—357.

und ganz besonders die trotz mancher Mängel [12]) werthvolle Dissertation.

Barend Hulshoff, de cheque uit een economisch en juridisch oogpunt beschouwd. Academ. Proefschrift. Amsterdam 1870,

welche ergänzt wird durch die Abhandlung desselben Verfassers:

---

[11]) Ich citire diesen Commentar in der Folge nur unter dem Namen Asser.

[12]) Die Disposition tadelt mit Recht Kist in der Themis XXXII, p. 213 ff. Noch weniger kann ich es billigen, dass Hulshoff Gesetze, die sich nur auf Anweisungen im Allgemeinen oder nur auf kaufmännische Anweisungen beziehen (wie das A. D. H.G.B., das Badische Landrecht, einzelne Schweizer Wechsel-Ordnungen, das spanische und brasilianische H.-Gesetzbuch), zu den Quellen des Checkrechts zählt, ja sogar gegen Mittermaier, der in diesen Fehler nicht verfallen, deswegen p. 29, Note 2 polemisirt. Vgl. unten §. 10 zwischen Note 6 und 7 und bei Note 16 und Note 26.

de cheque volgens het Engelsche recht in der Themis, regtskundig Tijdschrift. S'Gravenhage 1871, XXXII, p. 430—472.

d) Aus der italienischen Litteratur:

Luigi Borsari, codice di commercio del regno d'Italia annotato. Torino 1868, I appendice „les chèques", p. 949—960 (wesentlich auf der Basis der französischen Jurisprudenz).

e) Aus der portugiesischen Litteratur:

Diogo Perreira Forjaz de Sampaio Pimentel, annotações ou synthese annotada do codigo do commercio. Nova edição. Coimbra 1875, I, p. 352—355; II, p. 159.

Aus der deutschen volkswirthschaftlichen Litteratur hebe ich hervor:

R. Hildebrand, das Chequesystem und das Clearinghouse in London, Jahrb. f. National-Oek. und Statistik. Jena 1867, VIII, p. 127—162.

Schäffle, das gesellschaftliche System der menschlichen Wirthschaft. 3. Ed. 1873, I, p. 245 ff.

H. Bischof, Nationalökonomik. Graz 1874, p. 397 ff.

Knies, Geld und Credit, I, p. 156 ff. 204; II (1876), p. 272—283.

Erwähnung verdient endlich noch der kurze, aber gehaltvolle Artikel „Checks" in Brockhaus' Conversations-Lexikon, 12. Auflage, Bd. IV, p. 549.

§. 2. Alterthum.

Macleod [1]) behauptet wiederholt und mit aller Bestimmtheit, dass der Check schon den Römern unter der Benennung

[1]) Dict. 214. 215. 424, banking I, 286 ff., principles I, p. 489. 546.

attributio oder perscriptio bekannt gewesen sei. Er beruft sich hierfür nicht nur im Allgemeinen auf die hohe Ausbildung, welche das Bankgeschäft im alten Rom erreicht hatte, sondern auch speciell, was Hulshoff[2]) übersehen, auf die Briefe des Cicero, insbesondere ad Atticum XVI, 2, sowie auf eine Stelle im Phormio des Terenz. Die Worte Cicero's „qui de CCCC. Hs CC praesentia solverimus, reliqua rescribamus" übersetzt Macleod allen Ernstes:

> „of the remaining 400 sestertia I have paid 200 in cash, and I shall send a **cheque** for the rest;"

und in gleicher modernisirender Weise lässt er den Phormio (V. 8, 29 ff.) auf die Aufforderung des Demipho

> „sed transi, sodes, ad forum, atque illud mihi argentum rursum jube rescribi, Phormio"

zur Antwort ertheilen:

> „what, that for which I have already given cheques to my creditors",

wodurch er die Worte des Originals:

> „quodne ego perscripsi porro illis, quibus debui"

wiedergegeben zu haben vermeint.

Lediglich auf Grund dieser beiden Stellen, — denn die übrigen von ihm citirten Aussprüche enthalten nicht einmal die fraglichen Ausdrücke, — gelangt Macleod zu der Behauptung:

> „rescribere or perscribere was to transfer a sum from one account to another by means of a cheque."

So sicher nun auch rescribere und perscribere die Umschreibung einer Summe in den Handlungsbüchern der römi-

---

[2]) Hulshoff p. 33, Note 2 übergeht die Frage, da Macleod keinen einzigen Beweis für seine Behauptung angeführt habe. Die Beweisstellen Macleod's stehen allerdings nicht im dict. s. v. »cheque«, wohl aber dort s. v. »banking« p. 215 und in den anderen Note 1 citirten Werken Macleod's.

schen Banquiers von dem Conto des einen Kunden auf das Conto des anderen bedeutet, so fehlt doch gerade für die entscheidenden Schlussworte „vermittelst eines Checks“ (by means of a cheque) jede Spur des Beweises. Ein Umschreibungsauftrag braucht ja keineswegs schriftlich ertheilt zu sein; gerade jener Vers des Terentius: „transi ad forum atque jube rescribi“ giebt zu erkennen, dass wir es mit einem mündlichen, persönlich dem argentarius zu ertheilenden jussus, nicht aber mit einem schriftlich übermittelten Auftrag, geschweige einem „Präsentationspapier“ zu thun haben; die scriptura des rescribere und perscribere liegt in der Buchführung des Banquiers, nicht in einer Trassirung Seitens des bisherigen Gläubigers.

Auch der Brief Cicero's enthält keine Andeutung einer schriftlichen Anweisung; die Worte „reliqua rescribamus“ erläutert der sorgfältige Commentar von Boot [3]) einfach und treffend durch die Wendung: „per argentarium solvi jubeamus;“ ein jussus, kein Check ist gemeint.

Was das Wort „attributio“ anlangt, welches gleichfalls Check bedeuten soll, so finden wir es, wenn auch nicht an den von Macleod bezeichneten Stellen, so doch allerdings in einem Briefe Cicero's ad Atticum (XVI, 1. 6); allein auch hier brauchen wir nicht an ein checkähnliches Papier zu denken; die Stelle erklärt sich vielmehr auf das natürlichste durch Annahme einer Delegation [4]). In den Pandekten [5]) wird der Ausdruck „attributio“ bekanntlich in einem ganz andern Sinne gebraucht, nämlich von der richterlichen Ueberweisung der Forderungen und Schulden im Erbtheilungsverfahren.

Müssen wir hiernach die Macleod'sche Behauptung auch als unerwiesen bezeichnen, so ist andererseits doch nicht zu verkennen, dass schon im antiken Geldverkehr alle Vor-

---

[3]) Boot, J. C. G., Ciceronis epistol. ad T. Pomp. Atticum, Vol. II, p. 347 (Amstld. 1856).

[4]) Boot p. 346. Ganz gleiche Bedeutung hat das Verbum »attribuere« bei Cicero ad Att. XIII, 2. 1; 22. 4.

[5]) l. 3 D. X, 2.

bedingungen vorhanden waren, aus denen sich schriftliche Anweisungen, Wechsel und Checks hätten entwickeln können; war es doch Sitte der Besitzenden geworden, ihr Baarvermögen den Wechslern zur Verwaltung und Benützung zu überlassen und dagegen, sobald sie Zahlungen zu leisten hatten, dem Depositar die Entrichtung oder Umschreibung anzubefehlen [6]). Vielleicht war auch in der ἐπιστολή, von deren Gebrauch in Geldangelegenheiten bei Aegyptern, Griechen und Römern sich vereinzelte Spuren erhalten haben [7]), bereits das Mittel geschaffen, welches einem wirklichen Anweisungs- und Checkverkehr hätte dienstbar gemacht werden können. Unsere Nachrichten sind jedoch viel zu spärlich, und das völlige Schweigen unserer gesammten Rechtsquellen ist denn doch zu beredt, als dass wir, mindestens für die Kaiserzeit, den Gebrauch schriftlicher Zahlungsanweisungen annehmen dürften.

§. 3. Mittelalter. Quittancien.

Als im späteren Mittelalter das Geldgeschäft einen mächtigen Aufschwung nahm, als in Italien [1]) die campsores und bancherii, in den Hansestädten [2]) der Rath und die Corporation der Kaufleute Darlehen und Deposita von Privatpersonen, sowie von weltlichen und geistlichen Grossen in Menge empfingen, da konnte auch die Ziehung von Anweisungen auf die deponirten Gelder nicht ausbleiben. Diese

---

[6]) Biener p. 29. Endemann, Studien in der römisch-kanonischen Wirthschafts- und Rechtslehre I, p. 76, derselbe: der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte i. d. Z. f. d. g. H.-R. IV, p. 59. 205. Vgl. auch Roscher, Syst. der Volkswirthsch. 9. Ed. p. 254, Note 13 und Dziatzko, Komödien des Terenz I, p. 90 zu V. 922.

[7]) Gneist, die formellen Verträge p. 336. 436. 496. Biener a. a. O.

[1]) Martens, Ursprung des Wechselrechts p. 26 ff. Endemann, Studien p. 97. 141. 168. Z. f. H.-R. IV, p. 60.

[2]) Neumann, Geschichte des Wechsels im Hansagebiet. Beilageheft z. Z. f. d. g. H.-R. VII, p. 140 ff.

Ziehungen bewegten sich zumeist in den Formen des Wechsels, resp. des Ueberkaufs [3]).

Daneben begegnet uns aber in Deutschland eine Klasse zahlreich wiederkehrender Ueberweisungen, denen es eigenthümlich ist, dass der Ueberwiesene in einem fortdauernden Schuld- und Abrechnungsverhältniss zum Assignanten steht, und dass der Letztere über sein Guthaben je nach Bedarf in einer Reihe von Einzelbeträgen verfügt. Es sind dies die Quittancien der Landesherren. Seit dem dreizehnten Jahrhundert pflegten nämlich die Kaiser, sowie einzelne Fürsten die ihnen von manchen Städten gebührenden Gefälle dritten Personen zu übereignen. So wurden die Abgaben und Schutzgelder, welche dem Kaiser und anderen Machthabern an Lübeck zustanden, theils in kleineren Raten, theils in grösseren Summen von Rudolph I., Ludwig von Bayern, Carl IV., Erich von Dänemark u. A. ihren Gläubigern schriftlich überwiesen. Diese Anweisungen sind gar nicht selten au porteur gestellt und lauten dann wie folgt:

> ...exhibitori presencium velitis . . assignare, pro quibus sibi commissis vos dimittimus liberos, quitos et penitus excusatos... [4]).

Noch bedeutsamer als diese Lübeck'schen Assignationen sind die polnischen Königsquittancien vom Ende des fünfzehnten Jahrhunderts. Nach den Mittheilungen Neumann's (p. 104 bis 119) waren nämlich durch den Frieden von Thorn 1466 die preussischen Städte, zumal Danzig, der polnischen Krone zu hohen Abgaben verpflichtet worden; die in beständiger Geldnoth befindlichen Könige warteten nun den Eingang der

---

[3]) Neumann p. 121 ff. 159. Gareis Z. f. H.-R. XXI, p. 355. Salpius, Novation und Delegation p. 488 N. 3. Vgl. auch Hirsch, Danzigs Handelsgeschichte (1858) p. 236 ff.

[4]) Neumann p. 103 ff. Note 77. 84. 86. Ueberweisungen aus d. J. 1243, 1247, 1263, 1282 bei Stobbe, Z. f. d. g. H.-R. VIII, p. 28 ff.; aus dem Jahr 1279 bei Schröder und Lörsch, Urk. z. Gesch. des Deutschen Privatrechts p. 87.

verschiedenartig benannten Tribute und Abgaben selten ab, sondern wiesen auf die fälligen und fällig werdenden Raten so oft und in so kleinen Beträgen an, als wäre der Rath der Stadt Danzig ihr eigentlicher Kassierer gewesen. Mit diesen Anweisungen bezahlte die Krone Polen ihre Gläubiger, mit ihnen wurden die Getreuen beschenkt, die Bedürftigen vorschussweise unterstützt; selbst die ganz unbeträchtlichen Apothekerforderungen für Arzneien der Königin wurden 1491 und 1492 nicht per Cassa, sondern durch solche Anweisungen auf den Danziger Rath berichtigt. Die Stadt führte genaue Rechnung bezüglich dieser Papiere; nicht gar selten stellte es sich heraus, dass der König sein Guthaben „überzogen" hatte, und Reclamationen wurden denn auch mit mehr oder weniger Erfolg erhoben [5]). Wir dürfen hiernach wohl an eine Art Conto-Corrent-Verkehr zwischen dem Könige und dem Rath denken und in jenen königlich polnischen Urkunden, wenn auch keine Checks, so doch gewissermassen die ersten Vorläufer derselben erblicken. Ihre Durchschnittsform war:

> ... mandamus vobis ... generoso N. quittanciam de ... flor. festo .. proximo futuro per vos nobis solvendis suscipiatis et extradatis ... [6]).

Zum Wechsel fehlte diesen Urkunden nicht nur das cambium der Geldsorten, sondern auch die Angabe eines bestimmten Zahlungstages. Oft wurde allerdings der Termin der Auszahlung durch Hinweisung auf die bezügliche, zu Weihnachten oder Johannis fällige Halbjahrsrate angedeutet; doch heisst es auch dann und wann: „in effectu, ut tanto celerius" [7]). Diese Anweisungen hatte der Assignatar zur Zahlung zu präsentiren; ob ihm noch daneben eine eigentliche Quittung übergeben wurde, ist nicht ganz zweifellos. So lange der König nur über fällige Raten, also über wirkliches Guthaben, verfügte,

---

[5]) Neumann N. 89.
[6]) Neumann N. 87.
[7]) Z. B. 1475 vgl. Neumann N. 85 und 109.

bedurfte es keiner Acceptation; Präsentation und Zahlung folgten unmittelbar auf einander. Als aber die Krone in ihrer Geldnoth weit über den Betrag der geschuldeten Steuern hinaus trassirte, legte die Stadt Register an, in welche sie die Quittungs-Inhaber in der Reihe ihrer Präsentationen eintrug, um sie danach aus den später fällig werdenden Raten zu bezahlen [8]); allmälig entwickelte sich hieraus die Präsentation zum Accept [9]).

Diese Quittungen nahmen im Geldverkehr zwischen Polen und Preussen einen bedeutenden Platz ein; sie wurden von den Assignataren auf Dritte übertragen und treten allmälig auch, wie die Lübeck'schen Urkunden, in der Form der Inhaberpapiere uns entgegen [10]).

Immerhin aber scheint die Ausstellung solcher Anweisungen auf die Machthaber beschränkt geblieben zu sein; gab doch das Subordinationsverhältniss des Bezogenen zum Aussteller dem Papier seinen specifischen Charakter; aus königlicher Machtvollkommenheit und ohne weiteren Prozess befiehlt der Assignant in den nicht ganz seltenen Fällen der Säumniss dem Assignaten unter Strafandrohung, die Zahlung zu leisten (Neumann, p. 112). Diese Zwangsgewalt des Ausstellers mag nicht zum geringsten Theil den Quittancien ihren Credit gesichert und ihre Circulation befördert haben. Ihr Gebrauch lässt sich für Danzig bis in das 16. Jahrhundert hinein verfolgen; welche Ursachen die Anwendung dieser Zahlungsform späterhin inhibirten, habe ich nicht zu ermitteln vermocht. Das Institut der landesherrlichen Quittungsanweisung starb in Deutschland gerade zu einer Zeit ab, als ganz unabhängig davon in Holland aus kleinen Anfängen das für die Ausbildung der Checks entscheidende Papier sich zu entwickeln begann: die kaufmännische Quittungs-Anweisung, das sog. Kassiersbriefje.

---

[8]) A. a. O. p. 116.

[9]) Eine entfernte Analogie werden wir später in dem sog. »marking« der englischen Checks kennen lernen.

[10]) Neumann, p. 113 und N. 102.

§. 4. Die Kassiersbriefje von Amsterdam.

Nach einer in „Hollands Reichthum“ überlieferten Erzählung [1]) pflegten einige Zaandammer Kaufleute aus Bequemlichkeit ihre Gelder nicht jedesmal aus Amsterdam wieder nach Hause mitzunehmen, dieselben vielmehr bei zuverlässigen Bekannten daselbst zurückzulassen. Man fand dies einfache Mittel, der eigenen Kassenbewahrung überhoben zu sein, höchst praktisch, und so wurde es noch im 16. Jahrhundert in Amsterdam allgemein üblich, das baare Geld nicht im eigenen Hause zu verwahren, sondern dasselbe dritten Personen gegen eine kleine Aufbewahrungs-Provision anzuvertrauen. Bald übertrug man eben diesen Personen auch die Einziehung der ausstehenden Forderungen, sowie die Auszahlung der fälligen Schulden, und so entwickelte sich allmälig ein besonderer Berufsstand der gewerbsmässigen Kassenverwalter, der sog. Kassiers [2]). Die „Heeren van den Gherechte der stad Amsterdam “betrachteten indess diese neue Einrichtung keineswegs mit günstigen Augen; wohl nicht ganz ohne Grund standen bei ihnen die Kassiers im Verdachte, zu „bicquetteeren“, d. h. die schweren Münzen aus dem Verkehr zu ziehen, umzuprägen und durch leichte zu ersetzen. Nachdem schon durch Keure vom 5. Juni 1604 und „Plakkaat der Staten-Generaal“ vom 21. März 1606 dem Kassiersgewerbe erhebliche Schranken gezogen worden [3]), erfolgte durch Keure vom 15. Juli 1608 [4]) die vollständige Auf-

[1]) Elias Luzac, Hollands Rijkdom III, p. 394 (1782).

[2]) Ueber die Kassiers handelt ausführlichst Frets in den Bydragen tot regtsgeleerdheid en wetgewing X (1836), p. 362—419; vgl. auch Voorduin, geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken (1840), VIII, p. 334 ff. Mees, proeve eener geschiedenis van het bankwezen in Nederland, 1838, p. 24 ff. 253 ff. Asser, p. 39 ff. Holtius, p. 180. Diephuis I, p. 142 ff. Kist, p. 146 ff. und Hulshoff, p. 31 ff.

[3]) Mees, p. 21. 25. 26.

[4]) Abgedruckt bei Mees, p. 279 ff. und bei Roosebom, Receuil van verscheyde Keuren en Coutumen, Amstd. 1656, Cap. 53, p. 272.

hebung der Kassierderij; bei 25% Strafe war es „einem jeglichen wohl schärflich verboten, für Kaufleute Gelder oder Kasse zu verwahren oder für dieselben Gelder von dritten Personen einzunehmen oder auszugeben, es sei mittelst Assignationen, Wechselbriefen oder Ueberweisungen (overwijsinge), mündlich oder in anderer Art, direct oder indirect". Diese engherzige Bestimmung rief aber einen so lebhaften Widerspruch der Kaufmannschaft hervor, dass jene Keure schon 14 Tage darauf dahin „geinterpreteert ende gemodereert" werden musste, dass jeder Kaufmann ausser seiner Behausung einen Kassier halten, jeder Kassier aber nur einem „meester" dienen dürfe [5]). Diese letztere Beschränkung muss indess auch bald darauf gefallen sein; denn schon in der Keure vom 19. Juni 1621 und der Instruktion vom gleichen Tage [6]) wird es den Kassiers geradezu zur Pflicht gemacht, „einem Jeglichen zu Diensten zu stehen, der ihrer begehren würde, um Gelder einzuziehen, zu verwahren und auszuzahlen". Gleichzeitig ergingen Bestimmungen über ihre Ernennung und ihre Cautionspflicht; der freie Gewerbebetrieb war der öffentlichen Concessionirung gewichen. Trotz dieser halbamtlichen Stellung misstraute die Regierung dennoch den Kassiers fort und fort; noch in einer Keure vom 6ten April 1684 werden sie mit den Wechslern und Juden zu den gefährlichen Leuten gerechnet [7]). Gleichwohl stieg ihre Bedeutung von Jahr zu Jahr. Im Jahre 1715 lernte der Schotte John Law das Institut der Kassierderij kennen und beeilte sich, es seinen Landsleuten zur Nachahmung anzuempfehlen [8]). Zwischen den Jahren 1770 und 1780 gab es nicht weniger als 54 Kassiers

---

[5]) Mees, p. 282 ff. Roosebom a. a. O. Art. 9 und 10.

[6]) Beide abgedruckt i. d. »tweede vervolg van de handvesten etc. der stad Amstelredam. 1778 (pars II, 3. 14), p. 97 und 98 und bei Mees, p. 289 ff.

[7]) Hulshoff, p. 31.

[8]) Macleod, dict., p. 219. 424.

zu Amsterdam, die durch ein Abkommen regelmässige Compensationen unter sich eingeführt hatten [9]); ja, die Blüthe des niederländischen Handels im vorigen Jahrhundert wird nicht ohne Grund zum guten Theil gerade auf die Amsterdamer Kassiers zurückgeführt [10]).

Zur Bewirkung ihrer Zahlungen bedienten sich nun die Kaufleute des sog. Kassiers-briefje. Es war dies in der Regel eine Quittung (quitantie), in welcher der Kaufmann im Voraus bekannte, eine Summe Geldes von seinem Kassier erhalten zu haben; diese quitantie gab der Aussteller statt baaren Geldes in Zahlung; der Inhaber erhob den Betrag vom Kassier und händigte ihm dagegen das Papier aus. Seltener wählte man die Form der reinen Anweisung (assignatie). In welchem Jahre diese Kassiersbriefje üblich wurden, lässt sich nicht ganz bestimmt angeben; da jedoch schon die Keure vom 15. Juli 1608 den Kassiers die Auszahlung „by... overwijsinghe by monde ofte andersints" verbietet, so dürfte der Gebrauch der Kassiersbriefje wohl noch vor 1608 entstanden sein.

Die rechtlichen Wirkungen der Kassiersbriefje zu bestimmen, blieb lange Zeit der Handelspraxis überlassen; spät erst folgte das Gesetz der Gewohnheit nach. Auf Petition vieler Kaufleute und Kassiers erging endlich am 30. Januar 1776 eine Keure [11]), welche wenigstens die wichtigsten Rechtsfragen bezüglich der Quitantie entscheidet und von um so höherer Bedeutung ist, als sie die Grundlage des heutigen niederländischen Checkrechts geworden.

---

[9]) Mees, p. 250.

[10]) Luzac, p. 391 ff.

[11]) tweede vervolg van de Handfesten II (boek I, hoofdstuck 54) p. 83.

§. 5. Die bewijsinge von Antwerpen.

Auch ausserhalb Amsterdams hatte der Handelsverkehr ähnliche Papiere geschaffen, welche jedoch, wie in den parlamentarischen Verhandlungen Hollands 1834 wiederholt hervorgehoben wurde[1]), in den verschiedenen Handelsstädten abweichende Ausbildung gefunden. Leider ist nirgends genauer auf diese Urkunden eingegangen; nur bezüglich Antwerpens konnten wir einigen Aufschluss gewinnen. Nach einer nicht näher bezeichneten alten Chronik soll nämlich im Jahre 1557 oder gar schon 1537[2]) Sir Thomas Gresham, der Banquier der Königin Elisabeth, bei einem Aufenthalt in Antwerpen die dort übliche Methode, mittelst sog. bewijs[3]) Zahlungen zu leisten, kennen gelernt und demnächst die Einführung dieses Systems in England versucht haben. Es ist nun allerdings, wie schon Mittermaier Z. XX, p. 114 hervorgehoben, ein Anachronismus, im Jahre 1557 von einem Banquier der erst 1558 zur Regierung gelangten Königin zu sprechen; immerhin aber könnte der incorrecten Bezeichnung des Chronisten ungeachtet — (sofern nämlich der historische Irrthum überhaupt dem Chronisten und nicht vielmehr der belgischen Nationalbank[4]) zur Last zu schreiben) — die Thatsache selbst auf Wahrheit beruhen. Aus einem anderen Grunde dagegen wird man die Erzählung anzweifeln dürfen; wäre nämlich die Zahlung mit „bewijsen“ wirklich schon 1557 so allgemein verbreitet gewesen, dass ein englischer Staatsmann ihr eine hohe Bedeutung zuschreiben konnte, so sollte man

---

[1]) Voorduin VIII, p. 724. 749. Vgl. auch Schulin, niederländische, dänische und grossbritannische Wechsel- und Münzgesetze, p. 96.

[2]) Pasinomie belge, p. 182. 185.

[3]) Nicht brewijs, wie es Z. XX, p. 113 irrthümlich heisst.

[4]) Aus einem Bericht der Nationalbank an den Finanzminister ist die Notiz in die parlamentarischen Aktenstücke übergegangen. Pasinomie belge a. a. O.

doch erwarten, in den Gesetzen jener Zeit das Institut auch nur mit einem Worte erwähnt zu finden. Dennoch ist dies nicht der Fall; die Antwerpner Costumen [5]) enthalten weder in ihrem ersten, noch in ihrem zweiten Entwurf, den sog. antiquissimae vom Jahr 1545 und den consuetudines antiquae vom Jahr 1570, irgend eine Bestimmung über den bewijs.

Erst in der dritten zwischen 1578 und 1582 ausgearbeiteten Redaktion, den sog. impressae [6]), begegnen zwei kurze Artikel über „bewijsinge"; es wird durch dieselben aber lediglich bestimmt, dass Niemand wider seinen Willen Forderungen im Wege der Anweisung („by maniere van bewijsinge") in Zahlung zu nehmen brauche, und dass eventuell der erste debiteur dennoch bis zur wirklichen Befriedigung des Gläubigers verhaftet bleibe, da Anweisung keine Zahlung sei („midts dat bewijsinge gheen betalinghe en is").

Diese Sätze sind sodann zwischen 1592 und 1608 mit einer erheblichen Modification in den vierten Entwurf, die sog. compilatae, übergegangen [7]) und haben schliesslich mit dem 4. Theile dieser Redaktion Gesetzeskraft erlangt. Jene Modification besteht in der Ausschliessung der Parömie „Anweisung ist keine Zahlung" für die Fälle der Fristgewährung oder mora Seitens des Assignatars; binnen der „merckelijken tijt" von drei Monaten soll Einziehung versucht, resp. von der ausgebliebenen Zahlung Nachricht gegeben werden.

So wichtig diese Sätze für die Geschichte der Anweisung sind, so lassen sie es doch zweifelhaft, ob wir es hier mit einer Specialvorschrift für checkähnliche Urkunden oder nicht vielmehr mit einer allgemeinen Rechtsbestimmung für Assignationen überhaupt zu thun haben. Eine Definition des

---

[5]) Vgl. über dieselben neuerdings Brunner, Z. f. d. g. H.-R. XXII, p. 4 ff. Note 5.

[6]) Recueil des anciens coutumes de la Belgique. — Brabant, quartier d'Anvers. II, p. 522 ff., Titel 64, Art. 1 und 2. Die »quittantien oft bekentnissen" des Art. 3 haben auf unsere Frage keinen Bezug.

[7]) Recueil IV, p. 378, Theil 4, Tit. 15, Art. 11—16.

bewijsing oder bewijs [8]) sucht man in den Costümen vergeblich; ein Depositalverhältniss oder eine laufende Rechnung wird als Voraussetzung nirgends erwähnt.

Der Name „bewijs“ begegnet ausser in Brabant uns auch in Flandern [9]).

Genauere Aufschlüsse über die bewijsinge dürften sich wohl nur an Ort und Stelle gewinnen lassen [10]).

§. 6. Das niederländische Kassierspapier der Gegenwart.

Der im Jahr 1811 in Holland zur Einführung gelangte code de commerce enthielt keinerlei Bestimmungen über die Kassiersbriefje. Als nun das fremde Gesetzbuch durch eine nationale Legislation ersetzt werden sollte, wollte man auch das heimische Institut der Kassierderij nicht unerwähnt lassen. Hierbei fehlte es freilich nicht an lebhafter Opposition; ganze Sektionen der Kammer erklärten sich mit Rücksicht auf die mannigfach verschiedenen Lokalusancen gegen jede einheitliche Regelung der Kassiersbriefje [1]). Dennoch hat das Wetboek van Koophandel nach einer Reihe von Umarbeitungen das Kassierspapier als ein besonderes, von der gewöhnlichen Assignatie nach Form und Rechtsfolgen verschiedenartiges Institut anerkannt und es für die ganze Monarchie einheitlich, wenn auch nicht gerade glücklich geregelt [2]). Die Grundlage

---

[8]) Die kürzere Form »bewijs« ist nur ein einziges Mal in den Costumen gebraucht, und zwar Compilatae a. a. O. Art. 16.

[9]) Placcaert-boek van Vlaendern. ed. Gend. 1767, General-Index p. 53 verweist s. v. bewijs auf Assignatien, deren Gebrauch den Rentmeistern in den Münzordonnanzen von 1619 und 1633 (Vol. II, p. 486; III, p. 528) untersagt ist.

[10]) Vgl. auch Hecht, Zur Gesch. der Inhaberpap. in den Niederl. p. 2 und 3.

[1]) Voorduin VIII, p. 724, 749. 762. Schulin, p. 96. Bender II, p. 19.

[2]) Boek I, Tit. VIII, Afdeeling 3, Art. 221—226. 228. 229. (bei Borchardt I, 1. p. 293 ff., I, 2. p. 209 ff.)

der niederländischen Codification bildet die oben erwähnte Keure von Amsterdam vom 30. Januar 1776.

Nach dem Wetboek kann nun das Kassierspapier sowohl in der Form der Quittung, als in der Form der Assignation auftreten; die Rechtswirkungen sind in beiden Fällen die gleichen [3]). In beiden Fällen muss es aber auf den Inhaber lauten. Durch die Stellung an Ordre verliert es seine juristische Eigenschaft und verwandelt sich aus einem Kassierspapier in der Form der Assignatie in eine reine Assignatie [4]), welche ganz anderen Normen in Bezug auf Präsentationsfrist und Protest folgt [5]). Hulshoff p. 107 unterscheidet hiernach für das moderne holländische Recht

1) Checks auf den Inhaber oder Kassierspapiere
   a. in der Form der Quittung,
   b. in der Form der Assignation;
2) Checks an Ordre oder Assignationen [6]).

Dass diese verschiedenartige Behandlung der Inhaber- und Ordre-Checks durch innere Gründe geboten wäre, lässt sich schwerlich behaupten; Hulshoff plaidirt daher mit Recht (p. 68) für eine Umarbeitung und eine Vereinigung der verschiedenen Bestimmungen über Assignatien und Kassierspapiere.

Dass das Kassierspapier juristisch dem englischen Check gleichsteht, wird von allen Schriftstellern, auch von Mitter-

---

[3]) Cosman, p. 344. Kist II, p. 393.

[4]) Hulshoff, p. 80 ff. 107 ff.

[5]) Boek I, Tit. 7, Afdeeling 2, Art. 210—220.

[6]) Allerdings kann auch eine Assignatie ein Check sein, sofern nämlich die später zu erörternden speciellen Voraussetzungen eines solchen vorhanden sind; aber nicht jede Assignatie ist schon an sich ein Check.

Ueber die Frage, welche Wirkungen eine nicht auf den Inhaber gestellte Quittung erzeugt, schweigt das Gesetz und die Literatur; dass der Handel auch Quittungen an Ordre geschaffen hat, belegt Bédarride, p. 18. Die deutsche Reichsbank kennt Quittungschecks mit »crossing«.

maier anerkannt [7]); dagegen meint der Letztere Z. X, p. 25, dass der Kassiersbrief wirthschaftlich doch gar sehr von dem englischen Check verschieden sei, und zwar „aus dem einfachen Grunde, weil der Kassier kein Bankier ist". „Der Kassier," fährt Mittermaier fort, „erhält die Gelder nur zur Aufbewahrung und Auszahlung, somit wird der Kassiersbrief auf Grund einer wirklichen Hinterlegung, eines Deposits „zur Aufbewahrung und Verwaltung" ausgestellt, während der englischen Bank-Anweisung ein Deposit „zur Benutzung" oder eine Kreditbewilligung zu Grunde liegt." Diese Ausführung hat gewiss ihre Berechtigung für die Kassiersbriefe der älteren Zeit; sie entspricht auch dem Wortlaut der gesetzlichen Definition des Kassiersgewerbes [8]); dennoch steht sie im Widerspruch mit den faktischen Zuständen der Gegenwart. Mittermaier übersieht nämlich, dass schon im vorigen Jahrhundert die holländische Kassierderij ihr Wesen verändert hat, dass die Kassiers seit den Zeiten Luzac's Depots nicht mehr blos zur Aufbewahrung und Verwaltung, sondern auch zur Benutzung annahmen, dass sie die früher in den Kellern lagernden Capitalien produktiv zu machen und auszuleihen begannen, ja gerade zu ihren „Meistern" in Vorschuss zu treten pflegten [9]). Diese Vorschüsse waren es auch, welche bei Berathung des Wetboek zu lebhaften Agitationen Anlass gaben; im Wege der Petition wurde die Streitfrage sogar bis an die Person des Königs gebracht. Es handelte sich aber dabei nicht etwa um ein Verbot der veränderten Geschäftsführung, sondern nur um das von den Kassiers prätendirte Privileg, auch ohne notarielle Verpfändung wegen ihrer Vorschüsse aus den Depots

---

[7]) Holtius I, p. 466. Kist I, p. 147. Hulshoff, p. 30, Note 1. Mittermaier Z. X, p. 23 und p. 4 Note.

[8]) Art. 74 »Kassiers zijn personen aan wie, tegen genot van zeker loon of provisie; gelden ter bewaring en uitbetaling worden toevertrouwd.«

[9]) Kist I, p. 149 ff. Hulshoff, p. 32. Frets, p. 372. 380. 402 ff. Mees, p. 254. Asser, p. 39. Luzac III, p. 392.

ihrer Kunden vorzugsweise befriedigt zu werden[10]). Blieb ihnen dies Privileg nun auch versagt, so fuhren die Kassiers doch fort, die Depots zu benutzen und ihren Klienten Vorschüsse zu gewähren. Es mag diese Art der Geschäftsführung der Definition des Art. 74 zuwider laufen; thatsächlich aber, und darauf kommt es für die Beurtheilung der wirthschaftlichen Stellung doch hauptsächlich an, thatsächlich sind die Kassiers allerdings zu Bankiers und die regulären Deposita zu irregulären geworden[11]). Ist hernach auch die Mittermaier'sche Begründung irrig, so ist es nichts desto weniger wahr, dass den Kassierspapieren nur eine geringe wirthschaftliche Bedeutung zukommt; denn der Gebrauch, der von ihnen gemacht wird, ist numerisch unbedeutend. Das ganze Institut der Kassierderij ist im starken Rückgang begriffen, und die Gesetzgebung ist von der Mitschuld nicht ganz frei zu sprechen; indem sie nämlich dem Kassier in Art. 74 den Anspruch auf Depositalprovision garantirte, entfremdete sie ihm jenen Theil der Kaufmannschaft, der diese Ausgabe scheute und seine Gelder lieber jenen neugegründeten Bankinstituten zuwendete, welche Depots nicht nur unentgeltlich annehmen, sondern zuweilen den Deponenten sogar noch einen kleinen Zins bewilligen[12]).

Die Bestimmungen des Wetboek van Koophandel sind mit geringen, nur auf die Fristbestimmungen bezüglichen Modificationen 1846 auf die indischen Kolonieen[13]) und 1868 auf Surinam[14]) und Curaçao[15]) übertragen worden.

---

[10]) Voorduin VIII, p. 365. Frets, p. 361. Diephuis, p. 143, N. 1.

[11]) Asser, p. 40. Hulshoff, p. 32. Selbst Frets, der den Ansprüchen des Kassiers am schärfsten entgegentritt, muss p. 402 doch einräumen; »eene volstrekte bewaring (Dépôt) te denken, ware even zoo verkeerd, als eene beleening te onderstellen.«

[12]) Hulshoff, p. 32. 36.

[13]) Wetboek, van Koophandel voor Nederlandsch Indie, Art. 220 ff. bei Borchardt, vollständige Sammlung I, 1. p. 298. I, 2. p. 223.

[14]) W. v. K. v. d. Kolonie Suriname, Art. 205 ff. bei Borchardt I, 1. p. 302. I, 2. p. 238.

[15]) W. v. K. v. d. Kolonie Curaçao, Art. 203 ff. bei Borchardt I, 1. p. 306. I, 2. p. 252.

§. 7. Der englisch-amerikanische Check.

Was Sir Thomas Gresham vergeblich erstrebt, was John Law umsonst seinen Landsleuten empfohlen, das vollzog sich ohne gesetzgeberischen Eingriff und ohne direkte Uebertragung zwischen 1759 und 1772 in der Praxis der Londoner Banquiers [1]). Während dieselben nämlich zuvor ihren Kunden für die deponirten oder diskontirten Beträge auf den Inhaber gestellte Noten übergeben hatten, creditirten sie ihnen nunmehr die hingegebenen Werthe in ihren Handlungsbüchern, indem sie ihnen gleichzeitig Hefte mit Anweisungsformularen aushändigten. Diese an den Banquier gerichteten Formulare füllten die Kunden je nach Bedürfniss aus und gaben sie als Zahlungsmittel an ihre Gläubiger. Anstatt also, wie vorher, mit eigenen Verpflichtungsscheinen zu zahlen, zahlten die Banquiers jetzt mit der Genehmigung zur Ziehung von Anweisungen. Diese Anweisungen der Kunden auf ihre Banquiers nannte man checks oder cheques.

Was den Namen anlangt, so leitet ein englischer Schriftsteller [2]) denselben von dem französischen Wort „echecs“ ab und führt die Benennung auf die Anwendung jener schachbrettförmigen Bretter zurück, deren man sich bei Abzählung von Geldern bediente. Dagegen nimmt die französische Jurisprudenz [3]) an, dass der Name von dem englischen Verbum „to check“ abstamme, welches soviel als „vérifier, contrôler“ bedeute.

In England und Holland [4]) wird das Wort sowohl check,

---

[1]) Macleod, dict. p. 71. 424; elements p. 287; banking p. 120; principles p. 563.

[2]) Gilbart, a practical treatise on banking 1865, p. 17. bei Hulshoff, p. 15, Note 1.

[3]) Michaux-Bellaire in der Revue d. droit commercial., p. 4, N. 1. Le Mercier, p. 1.

[4]) Kist schreibt check, Hulshoff dagegen cheque.

als auch cheque geschrieben; officiell ist jedoch in England nur die letztere Schreibart [5]); sie ist es auch, welche in Frankreich, Belgien und Italien ausschliesslich recipirt ist.

Die deutsche Gesetzgebung hat sich dagegen für die Schreibart „check“ entschieden.

Das neue Institut blieb anfangs auf die Privatbanquiers beschränkt; die lukrative Methode, mittelst Buchkredit und Checkeinlösung das Depositengeschäft zu betreiben, schien grösseren Handelsgesellschaften durch das Privileg der Bank of England verwehrt. Erst 1828 wurde von Joplin nachgewiesen und von den Kronjuristen anerkannt, dass jenes Monopol sich nur auf Banknoten, nicht aber auch auf Checks beziehe, und in schneller Folge schoss nun eine grosse Anzahl von joint stock banks zur Pflege des Depositen- und Checkverkehrs in England empor [6]). Die Sitte, mittelst Checks Zahlungen zu leisten, dehnte sich bald auch auf die Nichtkaufleute aus und hat heutzutage ganz ungeahnte Dimensionen angenommen [7]). Nach Seyd (p. 29) gingen im Jahre 1871 täglich 60—80,000 Checks allein durch das Clearing-House, und die Checkliste eines einzigen Banquiers soll bereits die Länge von 400′ betragen haben. Hillebrand versichert (p. 132), dass es in der city geradezu als Anstandssache gelte, „to keep a banker“, und nach jener in die parlamentarischen Aktenstücke Frankreichs und Belgiens übergegangenen Anekdote [8]) Alphonse Esquiro's beantwortete ein englischer Krämer die Frage nach dem Unterschied zwischen einem gewöhnlichen Menschen und einem „gentleman“ ohne Besinnen dahin, dass Ersterer seine Einkäufe sofort und baar bezahle, der „gentleman“ dagegen

---

[5]) Die Bank of England schreibt nur »cheque office«; vgl. Hulshoff, p. 15.

[6]) Macleod, diction. p. 108 und 121.

[7]) Zahlenangaben aus jüngster Zeit bei Hillebrand, p. 133. 142. 151 ff. Themis 1871, p. 431. Le Mercier, p. 17 ff.

[8]) Sie findet sich sowohl in dem Darimon'schen rapport der französischen, als in dem Cornesse'schen Bericht der belgischen Kammer-Commission. Vgl. Bédarride, p. 225. Pasinomie belge, p. 184.

auf Credit kaufe und nach 6 Monaten einen Check auf seinen Banquier als Zahlung sende.

In Schottland und Irland hat der Check eine geringere Verbreitung gefunden; es ist dies bezüglich Schottlands um so auffallender, als gerade dort das Depotwesen eine so hervorragende Rolle spielt [9]).

Die englische Gesetzgebung hat im Allgemeinen auch bezüglich der Checks der Handelsgewohnheit freien Spielraum gelassen; dennoch ist es nicht ganz richtig, wenn Hillebrand p. 159 meint, dass der Staat sich so gut wie gar nicht um diese Seite des Bankgeschäfts bekümmert habe. Wir besitzen vielmehr eine ganze Reihe [10]) gesetzgeberischer Akte, welche zum Theil zur Wahrung des fiskalischen Stempelinteresses erlassen, zum Theil aber wichtige Controversen aus dem materiellen Checkrecht zu entscheiden bestimmt sind. Aus der jüngsten Zeit sind in erster Beziehung „the Stamp Act 1870" (33 u. 34 Vict. c. 97 [11]), in letzter Hinsicht „the Crossed Cheques Act 1876" (39 u. 40 Vict. c. 81) hervorzuheben [12]).

Von den englischen Colonien besitzen Malta und Niedercanada schriftliche Bestimmungen über die Checks, und zwar Malta in der Ordinanza Nr. XIII vom 2ten October 1857, welche in Art 245. 246 und 313 ein Paar Normen über die „mandati o cheques sopra banchieri" enthält [13]), Niedercanada in seinem Civil code vom Jahre 1866, Buch IV, Art. 1. ch. 3 §§. 2349—2354 [14]).

---

[9]) Macleod, dict., p. 305. Hulshoff, p. 22 ff.

[10]) Cornesse (Pasinomie belge, p. 185) und Le Mercier, p. 1 sprechen von zwölf Akten, in Chitty's collection of statutes (1865) 3. Ed., I, p. 235 ff. sind nur sechs abgedruckt, denen die beiden Gesetze von 1870 und 1876 nunmehr hinzutreten.

[11]) Bei Walker, p. 327 ff. abgedruckt.

[12]) Abgedruckt bei Walker, p. 340 ff. Hierdurch sind die beiden früheren Akte über das sog. Crossing der Checks, nämlich 19 und 20. Vict. c. 25 und 21 und 22. Vict. c. 79 beseitigt.

[13]) Borchardt. I, 1. p. 259; I, 2. p. 173.

[14]) Borchardt I, 1. p. 242; I, 2. p. 161.

Die Vereinigten Staaten von Nordamerika haben auch bezüglich des Checks die englische Handelssitte adoptirt. Die wirthschaftliche Bedeutung des amerikanischen Checks geht sogar noch über diejenige des englischen hinaus; wurden doch im Jahre 1863 in Newyork täglich fast 5 Millionen £ durch Checks gezahlt[15]). Während aber im Mutterlande die Checks zumeist auf Privatbanquiers gezogen werden, sind es jenseits des Oceans fast ausnahmslos corporative Banken, welche dem Checkverkehr dienen[16]).

Die Gesetzgebung der Union hat sich mit den Checks noch nicht beschäftigt; dagegen haben einzelne Staaten, wie Delaware, Illinois, New Jersey und Ohio, wenigstens in einer Beziehung, durch Abschaffung der Respekttage, legislativ den Check berücksichtigt[17]).

Eine umfassendere Regelung finden wir nur in dem revidirten Entwurf des civil code of New York von 1862 Art. 1348 und 1349[18]), resp. von 1865 §§. 1825 und 1826[19]). Ist derselbe auch nicht in New York selbst Gesetz geworden, so gilt er doch in Dacota und Californien[20]) und bleibt immerhin ein wichtiges Zeugniss für die amerikanische Praxis.

§. 8. Die portugiesischen mandati sobre banqueiro.

Schon bei José da Silva Lisboa[1]) findet sich unter den sieben Gattungen in Portugal gebräuchlicher Handels-

---

[15]) Hulshoff, p. 24. 28.

[16]) Story, p. 662.

[17]) Borchardt I, 1. p. 338; I, 2. p. 297. 304. 308. 312.

[18]) Mittermaier, Z. X, p. 16 Note.

[19]) Hulshoff, p. 178.

[20]) Goldschmidt I, p. 276, Note 7.

[1]) Principios di direito mercantil. (1811) IV, p. 18. »Notas de Banco sao bem connecidas em Ingleterra e em outros grandes Praças, onde se achâo estabelecidas Casas, Companhias ou Banco de Desconto da proteccâo do Governo. Ellas sâo verdadeiros Assignados ou Letras di Credito da Banco cum clausula de serem pagareis ao Portador; sacadas sobre os Caixeiros, Accionistas e Accreditados do mesmo Banco.«

papiere eine Kategorie von Anweisungen erwähnt, welche an die Checks erinnert. Es sind dies die „Notas de Banco", von denen da Silva berichtet, dass sie in England und an anderen grossen Bankplätzen wohl bekannt seien; er nennt sie echte Anweisungen (verdadeiros Assignados) oder Bankcreditbriefe mit der Inhaberclausel und beschliesst seine Definition mit den nicht ganz zweifellosen Worten: gezogen auf die Kassirer, Actionäre und Accreditirten derselben Bank. Nach dem Wortlaut erscheinen neben den Kassirern auch die Actionäre und Accreditirten als Assignaten; da nun aber über die Assignanten keine Auskunft gegeben wird, so sind wir vielleicht berechtigt, zwischen „Kassier" und „Actionäre" die Präposition „durch" einzuschieben und jene Banknoten als Anweisungen der Bankkunden auf die Bankkasse aufzufassen. Für diese Auffassung spricht auch das von da Silva, charakteristisch genug in englischer Sprache, beigefügte Formular einer nota de banco, obwohl wir auch hier eine kleine Emendation vorzunehmen gezwungen sind. Dieses Formular lautet nämlich:

To the cassiers (of?) the Bank of England.

Aug. 21. 1790.

To pay Mr. A. B. or bearer
on demand 200 £ 10 sh. 2 d.
for account of

£ 200. 10 sh. 2 d. C. D.

Die Einschiebung des „of" scheint geboten; anderen Falls wäre the Bank der Nominativ, und es bliebe unaufgeklärt, inwiefern neben ihr noch C. D. als Unterzeichner auftreten könnte. Sind unsere beiden Einschaltungen statthaft, und erwägt man die wiederholte Bezugnahme da Silva's auf England, so scheint die Annahme gerechtfertigt, dass nach englischem Muster am Ausgange des vorigen Jahrhunderts der Check in Portugal Eingang gefunden hat.

Als unter dem bedeutsamen Einflusse des Silva'schen Werkes einerseits und des Niederländischen Handelsgesetz-

Entwurfs von 1830 andererseits der Codigo commercial Portuguez vom 18. September 1833 zu Stande kam[2]), erfolgte auch die gesetzliche Regelung der Checks; das Papier führt freilich nicht mehr den Namen der nota de banco; es tritt jetzt vielmehr unter der Doppelbezeichnung des cheque oder des mandato sobre banqueiro in Art. 430—433 uns entgegen[3]). Die bezüglichen Bestimmungen des portugiesischen Gesetzbuchs sind im höchsten Grade lückenhaft; es ist dies mit Recht von Mittermaier Z. X. p. 26 ff. gerügt. Irrig dagegen ist es, wenn Mittermaier und im engsten Anschluss an ihn Hulshoff p. 76 in Folge dieser Lückenhaftigkeit und im Hinblick auf die vom Gesetze gebrauchten Beziehungen „mandato“ und „mandatario“ zu der Annahme gelangen, der Gesetzgeber habe den Check nicht als wechselähnliches Papier, sondern nur als Auftrag des bürgerlichen Rechts betrachtet wissen wollen. Einerseits muss Mittermaier selbst zugestehen, dass die Sätze über den Check mitten unter den Vorschriften über eigene Wechsel und Platzwechsel stehen, so dass man wohl zu der Annahme berechtigt ist, auch der Check solle eine ähnliche Stellung, wie diese Papiere, einnehmen; andererseits wird der Check in der Legaldefinition (Art. 431) als „una ordem“ bezeichnet, was mit dem Auftrag des bürgerlichen Rechts schwerlich identisch ist; sodann kann das portugiesische Papier auch an Ordre oder sogar auf den Inhaber lauten[4]), was dem Mandat kaum entsprechen dürfte; endlich und hauptsächlichst hat die portugiesische Jurisprudenz die Lücken des Gesetzes gerade in einer der Mittermaier'schen Ansicht entgegengesetzten Richtung ergänzt. Während nämlich der deutsche Gelehrte dem Nehmer des Papiers „keinerlei wechselähnliches Recht gegen den Aussteller“ einräumen will und in dem

[2]) Goldschmidt I, p. 241.

[3]) Abgedruckt bei Borchardt I, 1. p. 359; I, 2. p. 362. Die Uebersetzung ist nicht ganz correct; so sind in Art. 430 die wichtigen Worte »ou á sua ordem« gar nicht wiedergegeben.

[4]) Sampajo, p. 353. Vgl. auch oben Note 3.

etwaigen Indossatar nur den Unterbevollmächtigten des Nehmers erblickt, der als solcher kein eigenes Recht gegen den Aussteller habe, erklärt der portugiesische Jurist Diogo Pereira Forjaz de Sampaio Pimentel [5]), dass die Lücke bezüglich der Haftung des Ausstellers durch die analoge Gesetzgebung über die Wechselbriefe ausgefüllt werden müsse, dass daher dem Inhaber des nicht honorirten Checks nicht nur Regress gegen den Aussteller und die Indossanten, sondern auch die Klage gegen den in Besitz der Deckung befindlichen Bezogenen in gleicher Weise wie einem Inhaber eines Wechselbriefs zustehe. Diese Erklärung Sampaio's wird auch dadurch nicht abgeschwächt, dass Sampaio in etwas tumultuarischer Weise als analoge Rechtsbildungen die französischen mandats, rescriptions, assignations, billets ou bonds ou porteur, sowie die brasilianischen „escriptos particulares ou creditos" [6]) und endlich auch die holländischen assignatieen anführt, dagegen die Kassierspapiere auch nicht mit einem Worte erwähnt.

Wenn wir abweichend von den früheren Paragraphen hier im historischen Theil bereits die rechtliche Natur und die Wirkungen des Checks kurz berührt haben, so war dies erforderlich, um dem portugiesischen Papier seine wirth-

---

[5]) I, p. 354. 355. »A respeito da responsabilidade para com o portador da ordem nâo cumprida deve ser supprida a omissâo do codigo pela legislaçâo analoga das letras de cambio. E por isso tem recurso nâo só contra o passador e indossados, mas contra o proprio banqueiro ou correspondente, que tendo provisâo recusou pagar, havendo acçâo contra este por cessâo d'aquello, do mesmo modo e nos mesmos termos em que pertence egual direito ao portador da letra de cambio pelo art. 330«.

[6]) p. 353. Diese brasilianischen escriptos particulares ou creditos com promessa ou obrigaçâo de pagar quantia certa, e com prazo fixo (Art. 426) sind nicht Anweisungen, sondern kaufmännische Verpflichtungsscheine; Pimentel wenigstens stellt sie selbst, p. 349 zu Art. 424 ff, neben die englische promissory note. Vgl. auch Borchardt I, 1. p. 45; I, 2. p. 37. Geradezu falsch ist es, wenn Hulshoff p. 183 die Eingangsworte des Brasilianischen Art. 426 »as notas promissorias« mit »Anweisungen« übersetzt, während es »Zahlungsversprechen« bedeutet. (Borchardt a. a. O.)

schaftliche Bedeutung gegenüber unbegründeten Angriffen sichern zu können. Mittermaier behauptet nämlich a. a. O. p. 28, dass die wirthschaftliche Stellung des portugiesischen Checks in Folge der eigenthümlichen Auffassung durch den Gesetzgeber nur eine sehr untergeordnete sein könne; da der Aussteller nicht zur Einlösung seines Papiers verpflichtet sei, müsse dasselbe nur ein sehr geringes Vertrauen geniessen; der portugiesische Check könne daher nicht einmal die Bedeutung des holländischen Kassiersbriefs beanspruchen. Diese ganze Deduktion fällt aber mit der für irrig erkannten juristischen Voraussetzung; der Gesetzgeber hat eben jene ihm imputirte Auffassung gar nicht gehabt, und der Aussteller ist alles weniger als regressfrei. Der portugiesische Check kann auch keine so ganz unbedeutende Anwendung in der Praxis gefunden haben; es wäre sonst schwer zu verstehen, warum der sonst doch nicht so überaus casuistische codigo in Art. 724 gerade der Checkformulare gedenkt, um eine Präsumtion für die Kenntniss von der erfolgten Auflösung einer Handelsgesellschaft daran zu knüpfen [7]). Auch der stetig zunehmende Depositenverkehr der Bank von Lissabon, zu deren Thätigkeit „die Annahme von Depositen in Conto Corrent und die Befolgung von Verfügungen darüber" statutenmässig gehört [8]), dürfte gleichfalls gegen Mittermaier's Ansicht streiten. —

In dem von Sampajo in jüngster Zeit ausgearbeiteten Entwurf eines Codigo di commercio habe ich über die Checks auffallender Weise gar keine Bestimmung aufgefunden; auch die beigefügten Motive gewähren keinerlei Aufschluss [9]).

---

[7]) Art. 724. A mudanca na fórma do cheque usado por uma casa de banqueiros é sufficiente noticia da dissoluçao da sociedade para com aquelles, que passassem cheques sobre a nova firma. Vgl. hierzu Sampajo II, p. 159.

[8]) Hübner, Banken, p. 400. 403.

[9]) Sampajo, Tomo IV. Coimbra 1875. projecto de codigo do commercio.

§. 9. Der französische chèque und seine Nachbildungen.

Während in Holland, England und wohl auch in Portugal die Handelsgewohnheit der Gesetzgebung voran geeilt war, und der Staat schliesslich nur das Bestehende zu sanktioniren und das Zweifelhafte zu entscheiden brauchte, zeigt sich neuerdings in einer Reihe von Staaten das umgekehrte Verhältniss zwischen Legislation und Usance gerade bezüglich der Checks. Der grosse Aufschwung des englischen Depositalwesens und die unleugbaren Vortheile desselben waren auch im Auslande nicht unbeachtet geblieben, und da die Sitten des eigenen Volkes dem fremden Gebrauch nicht schnell genug entgegen kamen, suchte man im Wege der Gesetzgebung der englischen Methode zur weitesten Verbreitung zu verhelfen. In vielleicht etwas zu emphatischer Weise wurde dem Check officiell nachgerühmt, dass er nicht nur dem Einzelnen Zeit, Mühe und Kosten der eigenen Kassehaltung erspare und ihn vor den Gefahren des Diebstahls, des Verlierens und des Verzählens sichere, sondern auch, dass seine Anwendung die unproduktive Ansammlung von Werthmitteln hemme, dem Handel und der Industrie neue Capitalien zuführe, zur Sparsamkeit anrege, den Preis des Metallgeldes verringere, die übermässige Emission von Papiergeld beschränke und hiermit die Gefahr einer Geldkrisis ermässige [1]). Es kann für die Zwecke dieser Untersuchung dahin gestellt bleiben, ob jene letzteren Erwartungen nicht etwas zu hoch gespannt sind, oder ob sie sich nicht, wie Knies [2]) treffend bemerkt, auch durch andere Mittel, als gerade den Check realisiren liessen; dagegen

---

[1]) Vgl. die Motive des französischen Gesetzes bei Bédarride, p. 262, des schweizerischen Handelsgesetz-Entwurfes bei Munzinger, p. 399 ff. und den Rapport der belgischen Kammer-Commission in der Pasinomie belge, p. 184.

[2]) Knies, der Credit, p. 280.

möchten wir doch darauf hinweisen, dass neben den unzweifelhaften Vorzügen, welche der Check besitzt, auch manche Gefahren mit seiner Verbreitung verknüpft sind, dass Fälschung und Betrug sich auch dieses Papiers bemächtigt haben, und dass durch schlaue Manöver, — wir erinnern nur an das sog. kiting der Checks [3]) — schon so mancher Schade erwachsen ist, der bei der altväterischen Baarzahlungsmethode nun und nimmer erwachsen wäre, gegen den sich zu schützen selbst der gewiegteste Bankier nicht immer im Stande ist [4]).

Immerhin aber überwiegen die wirthschaftlichen Vortheile in so hohem Grade, dass man es der französischen Regierung zum Verdienst anrechnen darf, die gesetzliche Regelung der Checks herbeigeführt und dadurch auch die Wissenschaft zu einer eingehenderen Beschäftigung mit denselben angeregt zu haben.

Allerdings hat es in Frankreich auch schon vor dem Jahre 1865 nicht ganz an Papieren gefehlt, durch welche man Rückzahlungen von Bankdepositen im Conto-Corrent-Verkehr zu bewirken im Stande war; es existirten vielmehr schon frühzeitig sog. „bons de caisse“, welche die französische Jurisprudenz als „chèques à l'état embryonnaire“ zu charakterisiren liebt [5]). Mancherlei stand jedoch der Entwicklung dieser Institution entgegen: einerseits die Neigung der Bevölkerung zur unproduktiven „thésauration“, jene von Morny verspottete Vorliebe für den Geldstrumpf [6]), andererseits die Stempelgebühr von

[3]) Hulshoff, p. 26.

[4]) Strafrechtliche Fälle aus der italienischen Praxis in der Giurisprudenzia commerciale Italiana 1870, X, p. 7; aus der schweizerischen in der Z. f. Schweizerische Ges. und Rechtspflege 1875, I, p. 555; aus der englischen Shaw, p. 140 ff. 148 ff. Vgl. auch Michaux-Bellaire in der Rev. d. dr. comm., p. 6. Dufour ebendas. p. 304. de Germiny's Rapport für den französischen Senat bei Bédarride, p. 190, Questions de droit crim. qui naissent de la loi sur les chèques in Morin's Journ. du droit crim. Bd. 37. p. 353 ff. und Newman, p. 20. 21.

[5]) Nouguier, p. 16. Le Mercier, p. 46.

[6]) Bédarride, p. 240.

½ ‰, welche auf allen mandats de payement nach dem Gesetz vom 5. Juni 1850 lastete. Der Handel griff natürlich zu Umgehungen; er wählte, um Auszahlungen zu veranlassen, die Form der Quittungen, welche ja auch die Kaufleute von Amsterdam und die deutschen Landesherren, wenn auch aus so ganz anderen Motiven, zu gleichen Zwecken angewandt hatten. Freilich waren auch diese Quittungen, welche man reçus, récépissés oder reçus de caisse nannte, nicht ganz steuerfrei; aber die Steuer war mässig; sie betrug nie über 50 Centimes, und selbst dieser kleine Betrag pflegte im Hinblick auf die geringe Stempelstrafe ziemlich allgemein defraudirt zu werden [7]). Endlich waren der Entwicklung des Checkverkehrs auch die Bestimmungen des Handelsrechts nicht gerade förderlich; kaufmännische Anweisungen mit wechselmässigen Wirkungen kannte der code de commerce ebensowenig, als Tratten auf den Ort der Ausstellung; eine Petition der Pariser Banquiers um Zulassung einer neuen Gattung von wechselmässigen Zahlungsaufträgen, mandats de change, war 1835 abgewiesen worden [8]).

Diese Ursachen erklären es, dass bis in den Anfang des vorigen Jahrzehnts ein Checkverkehr nur bei der Banque de France und einer höchst geringen Anzahl Pariser Bankinstitute stattfand [9]).

Nachdem schon im März 1861 Michel Chevalier die Aufmerksamkeit der académie des sciences morales et politiques auf das englische Checkwesen gelenkt und die Uebertragung desselben empfohlen hatte [10]), gab im November desselben Jahres eine Streitfrage über die Wirkungen des reçu dem General-Advokaten Blanche Veranlassung, vor dem Pariser

---

[7]) Darimon, rapport bei Bédarride, p. 220. Le Mercier, p. 45 ff.

[8]) Holtius I, p. 452.

[9]) Nouguier, p. 12. Michaux-Bellaire, p. 13. Le Mercier, p. 3. 30 ff. Nur die billets blancs (nicht auch die billets rouges) der Banque de France waren Checks und zwar in Quittungsform. Ebenso jetzt bei der Deutschen Reichsbank, vgl. §. 10, N. 15.

[10]) Cornesse in der Pasinomie, p. 185.

Cassationshof auf den englischen Check zu exemplificiren. Hiermit war die Frage nach einer gesetzgeberischen Reform auf die Tagesordnung gesetzt, und in einer Reihe von Aufsätzen wurde in den Jahren 1862—1864 die Einführung des englischen Instituts diskutirt[11]). Hierbei war es indess vorwiegend die ökonomische Seite, welche erörtert, mehr das Clearing-House, als der Check, welche geschildert wurden, eine Einseitigkeit, die Dufour mit Recht tadelt, ohne doch selbst von ihr sich frei zu erhalten; wenigstens hindert ihn sein Programm „je veux ici parler droit et pas autre chose" keineswegs daran, mit dem Vorschlage verzinslicher Checks zu debutiren und den ganzen Mechanismus der oft beschriebenen Skontration in dem Abrechnungssaale von Lombardstreet nochmals ausführlichst vorzuführen[12])

Dem Druck der öffentlichen Meinung konnte sich die Regierung nicht entziehen, und so machte sie denn im Entwurf des Budget-Gesetzes für das Jahr 1865 (Art. 6—8) den Vorschlag, den Stempel für nicht indossable Anweisungen auf 10 Centimes herabzusetzen. Da diese Ermässigung nicht weitgehend genug befunden wurde, fand eine Vertagung der Frage auf die nächste Session statt. In dieser brachte die Regierung einen auf Grund einer Enquête ausgearbeiteten Gesetzentwurf ein, der den Checks nicht nur temporäre Steuerfreiheit sicherte, sondern auch das Institut vollständig zu regeln bestimmt war. Nicht ohne mannigfache Abänderungen wurde dieser Entwurf am 23. Mai resp. 14. Juni 1865 zum Gesetz erhoben. Man kann dies Gesetz nicht treffender charakterisiren, als es durch die Worte des Referenten Alfred Darimon[13]) geschah: „comme le point de départ du projet est une question

[11]) Von Audigaune, Dalloz, Rey de foresta und Coullet. Vgl. Le Mercier, p. 41 ff. Dufour, p. 302.

[12]) Dufour, p. 295. 302. 303. 314 315.

[13]) Bédarride, p. 223. Auch Mittermaier XXI, p. 151 bezeichnet »die unselige Stempelsteuer« als Veranlassung der verkehrten Vorschriften des Gesetzes.

fiscale, la préoccupation de sauvegarder les intérêts du trésor se réproduit nécessairement dans la plupart des articles et tient la première place dans le projet." In der That hat die Furcht, dass der Handel die Steuerfreiheit missbrauchen, dass er statt des stempelpflichtigen Wechsels sich des stempelfreien Checks bedienen werde, eine Reihe engherziger Vorschriften und Strafbestimmungen in das Gesetz hineingetragen, die weder dem holländischen, noch dem englischen oder portugiesischen Recht bekannt sind. In einer Beziehung freilich ist der französische chèque freier gestaltet, als die analogen Rechtsbildungen jener Staaten; der Bezogene braucht weder Kassier, noch Banquier zu sein; es ist vielmehr gestattet, auf Jeden, bei welchem man disponible Fonds stehen hat, Checks abzugeben. Gerade diese Erweiterung der passiven Checkfähigkeit hat aber lebhafte Missbilligung erfahren [14]). Ohne auf die Frage hier schon genauer eingehen zu können, scheint doch für die französische Neuerung zu sprechen, dass durch sie ein lukratives Privileg eines einzelnen Gewerbes beseitigt, und es dem Capitalisten ermöglicht wird, seine Gelder, ohne der Annehmlichkeit der Emission von Cheks entbehren zu müssen, bei dem Manne seines Vertrauens zu deponiren, mag derselbe auch nicht Banquier, sondern etwa, wie in Frankreich die Regel, ein Notar sein [15]); überdies ist die Frage, wer Banquier ist, keineswegs in allen Fällen leicht zu entscheiden. Jedenfalls darf man jetzt die Banquiers-Eigenschaft des Bezogenen nicht mehr zu den unabweislichen Voraussetzungen der Checks zählen, und schon aus diesem Grunde ist die Bezeichnung „Bank-Anweisung" als ungeeignet abzulehnen.

Durch Dekret vom 9. Januar resp. 13. Februar 1867 wurde das Gesetz auch in den französischen Colonieen eingeführt [16]).

Die in Folge der Ereignisse von 1871 veränderte Finanz-

---

[14]) Mittermaier X, p. 33. Knies Credit, p. 275. 283. Vgl. N. 18.

[15]) Pouyer-Quertier in der Sitzung vom 13. Februar 1874. Vgl. Le Mercier, p. 229. Bédarride, p. 28. 33.

[16]) Le Mercier, p. 141.

lage Frankreichs entzog dem Check die Steuer-Immunität noch vor Ablauf der gewährten Frist; durch Art. 18 des Gesetzes vom 23. August 1871 wurde er einem Stempel von 10 Centimes unterworfen [17]).

Aber auch hierbei sollte es nicht sein Bewenden haben; die „question fiscale" machte sich in der Wintersession 1873 bis 1874 von Neuem geltend. Wenn es dem Finanzminister Magne auch nicht glückte, den Check der vollen Wechselstempelsteuer zu unterwerfen, wenn auch der Vorschlag Achille Adam's, die passive Checkfähigkeit auf Banquiers zu beschränken, abgelehnt wurde [18]), so erhöhte doch das Gesetz vom 19. Februar 1874 nicht blos den Stempel für die „chèques de place à place" auf 20 Centimes, sondern fügte auch mit Bezug auf alle Checks zu den früheren Bestimmungen, welche zahlreiche Umgehungen nicht zu verhindern vermocht hatten, eine neue Reihe von Formvorschriften und Strafandrohungen hinzu [19]).

Was die praktischen Resultate des französischen Gesetzes anbetrifft, so hat die Anwendung der Checks allerdings in einem relativ nicht unerheblichen Grade zugenommen [20]); die englischen Ziffern sind freilich auch nicht entfernt erreicht. Wesentlich sind es aber nur die Gewerbtreibenden, welche sich des neuen Papiers bedienen; das Privatpublikum verhält sich immer noch ablehnend. Dass die Fesseln, welche die Novelle von 1874 neuerdings dem Institut angelegt hat, zu seiner Verbreitung nicht gerade beitragen dürften, kann wohl vermuthet werden.

---

[17]) Le Mercier, p. 212. Mittermaier, Z. XVIII, p. 101.

[18]) Le Mercier, p. 226 ff.

[19]) Ueber die Novelle von 1874 handeln Mittermaier, Z. XXI, p. 150—152, Nouguier, 2. Ed. p. 211—232 und Le Mercier, p. 217—234.

[20]) Statistische Mittheilungen aus dem Pariser Clearing-house aus den Jahren 1873 und 1874 bei Le Mercier, p. 45. 99. 235. — Gegenüber diesen Ziffern scheint Seyd's Behauptung (§. 46), dass das Checksystem in Frankreich trotz des Gesetzes von 1865 nur wenig Erfolg gehabt, doch zu weitgehend.

Nach dem Vorgange Frankreichs schritt Belgien 1873 an die Regelung der Checks. Auch in Belgien hatte es schon zuvor nicht ganz an Surrogaten gefehlt; im Rapport der Finanzkommission des Senats werden uns in dieser Beziehung die reçus, récépissés, mandats d'ouverture de credit und die Accreditive genannt[21]); aber selbst diese unvollkommenen Ersatzmittel der Checks hatten nur eine geringe Verwendung gefunden, zumal auch hier die wichtigsten Rechtswirkungen bestritten waren. Durch gesetzliche Entscheidung der Controversen und durch Gewährung vollster Steuerfreiheit hoffte man nunmehr den Check in seiner echten Form in den Verkehr einzubürgern. Als „Ideal" schwebte der Regierung das Londoner Check- und Clearinghouse-System vor Augen. Hatte doch der Finanzminister Malou, „pour faire connaître cet idéal", die Brochüre Seyd's übersetzen und verbreiten lassen[22]). Dennoch war nicht das englische Recht, sondern das französische Gesetz die Schablone, nach welcher die belgische Gesetzgebung arbeitete. Einzelne Bestimmungen wurden geradezu wörtlich, andere mit Modificationen aus dem französischen Gesetz herübergenommen[23]). Das belgische Gesetz wurde am 20. Juni 1873 sanctionirt. Es führt den übrigens unvollständigen[24]) Titel: „loi sur les chèques et autres mandats de payement et offres réelles."

Endlich steht augenblicklich auch Italien im Begriff, die französische Gesetzgebung zu adoptiren.

Wie nämlich Massé in der Académie des sciences morales et politiques zu Paris am 15. Juni 1877 mittheilte, hat das Präliminarprojekt des in Revision begriffenen italienischen

---

[21]) Pasinomie belge, p. 187. — In Brüssel gab es gar keinen Checkverkehr, dagegen stand in Antwerpen derselbe unter den Kaufleuten im Flor. Hulshoff, p. 29. 30.

[22]) Pasinomie p. 182. exposé des motifs.

[23]) Z. B. bezüglich der Präsentationsfrist. Vgl. hierüber Seyd, p. 46.

[24]) Cornesse in der Pasinomie, p. 182. — Abdruck des Gesetzes bei Mittermaier XX, p. 114 und bei Namur, le code de commerce belge revisé, I, appendice p. 503; Namur giebt keinen Commentar zu diesem Gesetze.

Handelsgesetzbuchs in tit. IX die Bestimmungen des französischen Gesetzes über die Checks von 1865 reproducirt[25]). Was die Verbreitung des Papiers anbetrifft, so bemerkt Borsari nur ganz allgemein, dass der Check die Alpen überschritten hat und in schnellem Lauf in die Handelsgewohnheiten des Landes eingedrungen ist[26]).

§. 10. Der Check in der Schweiz, Deutschland und anderen Staaten.

Etwa gleichzeitig mit den ersten französischen Legislationsversuchen begann man auch in der Schweiz sich mit dem Check, welcher in Zürich, Bern und Basel bereits Eingang gefunden hatte, zu beschäftigen[1]). Es geschah dies bei Ausarbeitung eines gemeinsamen Handelsrechts. Der im Juni 1864 veröffentlichte Entwurf kennt den Check oder die Bankanweisung als eine besondere Art der Anweisung und stellt für ihn kurze, aber treffliche Normen auf[2]), die gesetzgeberische Neuerung ist sodann von Munzinger in den 1865 publicirten Motiven auf das Sorgsamste begründet worden. Bekanntlich ist jener Entwurf bei den inzwischen auf volle Rechtseinigung gerichteten Bestrebungen liegen geblieben[3]), und wenn auch wesentliche Theile desselben in den 1869—1872 ausgearbeiteten „Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechts“ übergegangen sind, so wurden doch gerade die auf den Check

---

[25]) Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger. 1877. I, p. 515. Im Buchhandel ist jenes Projekt, soweit mir bekannt, noch nicht erschienen. Massé hat, wie er mir auf Anfrage mitgetheilt, den Entwurf von der italienischen Regierung zur Begutachtung übersandt erhalten.

[26]) Borsari, p. 953. Ueber ein italienisches Criminalerkenntniss bezüglich Checkfälschungen vgl. oben §. 9, Note 4.

[1]) Munzinger, Motive, p. 397. 406 ff.

[2]) Art. 443 und 444, abgedruckt bei Hulshoff, p. 178 ff.

[3]) Goldschmidt I, p. 224.

bezüglichen Specialbestimmungen beseitigt; man mochte es für ausreichend halten, generelle Vorschriften über „Anweisungen an Ordre“, „andere Ordre-Papiere“ und „Inhaberpapiere“ zu erlassen [4]). Auch der neueste Entwurf des Schweizerischen Obligationenrechts vom Jahre 1876 hat die Munzingerschen Vorschläge nicht wieder recipirt, vielmehr sich auch damit begnügt, über jene drei Kategorien Bestimmungen aufzustellen [5]). Wenn es auch hier dahin gestellt bleiben kann, ob das von Munzinger doch so lebhaft betonte Bedürfniss einer gesetzlichen Regelung der Checks in der Schweiz nicht auch heute noch vorhanden ist, so ist doch die Elidirung jener speciellen Normen um so mehr zu bedauern, als einerseits der 27. Titel über Inhaberpapiere nur von Verpflichtungsscheinen auf den Inhaber handelt, hiermit aber die Statthaftigkeit von Anweisungen auf den Inhaber auszuschliessen scheint [6]), und andererseits der 26. Titel nur der Ordrepapiere Erwähnung thut. Es würde mithin der Check gerade in seiner häufigsten Form als Inhaberanweisung unstatthaft sein oder doch mindestens bezüglich seiner Wirkungen zu Streitfragen vielfachen Anlass geben.

Auch den einzelnen Kantonen fehlt es an speciellen Checknormen. Wenn Hulshoff (p. 127. 179 ff.) hiergegen die Basler Wechsel-Ordnung §. 52, das Schweizerische Concordat §§. 91. 92 und die Wechsel-Ordnung von St. Gallen tit. X, §§. 1—3 citirt, so ist dies nur die Folge seiner Confundirung des Checks mit der wechselmässigen Anweisung.

---

[4]) Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Commission. October 1869 und October 1872. Art. 878 ff.

[5]) Entwurf bearbeitet nach den Beschlüssen einer Commission vom 16. bis 21. Mai 1876 und vom 18. September bis 7. Oktober 1876. Bern 1877. Art. 878 ff. Die erste Kategorie ist hier indess erweitert; nicht blos die »Anweisungen an Ordre«, sondern alle »wechselmässigen Ordrepapiere« werden behandelt.

[6]) Art. 885 »hat sich der Aussteller einer Urkunde zu einer Leistung an jeden Inhaber dieser Urkunde verpflichtet, so ist...«

Was Deutschland betrifft, so fehlte es zwar im siebenzehnten Jahrhundert nicht an Ueberweisungen zum Zweck der Zahlung, zumal in den Messplätzen; doch zeigte sich die Gesetzgebung denselben nicht gerade geneigt; so machte am 16./8. 1610 in Hamburg die Bürgerschaft die Nebenproposition, dass die An- und Ueberweisungen möchten verboten werden [7]), und die Nürnberger Reformation von 1611 erklärte in Befürchtung der „Irrungen", die bei Fallissements einzutreten pflegten, Ueberweisungen nur dann für kräftig, wenn ausdrückliche Acceptation des Assignaten und des Assignatars hinzugetreten wäre [8]). Erst im 18. Jahrhundert bildet sich in einzelnen Orten eine an den Check erinnernde kaufmännische Kassen-Anweisung aus, und es fehlt nicht an Wechsel-Ordnungen, welche solche Anweisungen auf „Geld, welches bei dem Dritten auf dem Platze in dessen Kasse liegt", anerkennen und ihre Annahme in Zahlung zur Pflicht machen [9]). Insbesondere wurde es in Hamburg kaufmännische Sitte, keine Kasse zu halten, und alle diejenigen Zahlungen, die nicht in Banco lauteten und daher nicht durch Abschreibung bei der Hamburger Bank geschehen konnten, auf einen Geldwechsler anzuweisen; die Ablehnung einer solchen Anweisung galt als Ausnahme von der Regel [10]).

In anderen deutschen Staaten hingegen stand der Ausbildung der Kassenanweisung jenes Hemmniss entgegen, welches in Frankreich dem Check so verhängnissvoll geworden war: die

---

[7]) Pöhls, Handelsrecht I, p. 300.

[8]) Nürnberger Reformation von 1611. XXIV, p. 144.

[9]) Bender II, p. 19, Note b. a. Frankfurter W. O. (1739) §. 41. Meissner I, p. 871, »das baare Geld bei einem tertio zu empfangen«. Braunschweiger W. O. von 1715 Art. 50 (Meissner I, p. 580); »bei einem Tertio baar Geld«. Churpfälz. W. O. (1726) bei Meissner I, p. 502, Art. 55, »wo das Geld per Cassa zu zahlen parat liegt«. Dagegen spricht die Leipziger W. O. von 1682, §. 25, welche Bender auch hierher zieht, nur von »dem Creditori anständigen Assignationes« (Meissner I, p. 295).

[10]) Poehls I, 300. Ladenburg, Vollmacht i. Z. f. H.-R. XI, p. 84. Nach Sachs, Abschaffung der hamburgischen Bankvaluta, i. Z. f. H.-R. XVIII, p. 542, gab es im 17. Jahrhundert in Hamburg gemeinschaftliche Kassirer, wie in Amsterdam.

Stempelsteuer; auch hier wusste man aber das Stempelgesetz durch Quittungen, Accreditive, Stellzettel und Dispositionsscheine zu umgehen[11]). Auch das früher in Preussen für die Privatbanken bestehende Verbot der Annahme verzinslicher Depositen[12]) wirkte hemmend; nur einzelne Institute, wie die Frankfurter Bank, der Berliner Kassenverein und die Danziger Privat-Aktien-Bank cultivirten diesen Geschäftszweig in grösseren Dimensionen[13]). In der Gegenwart soll die Deutsche Reichsbank, zu deren Geschäftskreis „die Leistung von Zahlungen nach vorheriger Deckung" gemäss §. 13, No. 5, Ges. vom 14. März 1875 gehört, mit ihren Girokunden einen lebhaften Auszahlungsverkehr unterhalten. Diese Auszahlungen der Reichsbank erfolgen indess nicht gegen Anweisungen, sondern genau so, wie einst in Frankreich, gegen Quittungen, sog. weisse Checks, deren Formulare[14]) die Bank ihren Kunden heftweise übergiebt[15]).

Die allgemeine deutsche Gesetzgebung hat den Check bis zum Jahre 1869 ganz vernachlässigt; bei Berathung der Wechsel-Ordnung war die Regelung der Anweisungen abgelehnt worden, und auch das Handelsgesetzbuch hat in Art. 300—303 nur über die kaufmännischen Ordrepapiere in einzelnen Beziehungen disponirt. Die gesetzliche Ordnung blieb im Uebrigen Sache der Einzelstaaten; aber auch diese haben nur die kaufmännische an Ordre gestellte Anweisung behandelt, dagegen die Inhaber-

---

[11]) Bender, II, p. 36. Hulshoff, p. 29. Wächter, Wechsellehre, p. 87.

[12]) Bremer Handelsblatt 1871, p. 172, No. 1022.

[13]) Kautsch, Bank- u. Börsenwesen, 2. Ed. p. 77 ff. Bremer Handelsblatt No. 1022. — Die Städtische Bank zu Breslau hat den seit 1847 gepflegten Checkverkehr seit 1872 gänzlich eingestellt.

[14]) »Von der Reichsbank Mark ... auf Giro-Conto erhalten.
N. d. ...ten ... 18 ... N. N.«

[15]) Bestimmungen des Reichsbank-Direktorium für den Giro-Verkehr der Reichsbank vom 25. Februar 1876 No. 7. Vgl. oben §. 9, N. 9. Die rothen Checkformulare sind auch hier nur zu Uebertragungen auf andere Conten bestimmt. Die weissen Checks können durch crossing und zwar durch Querschrift der Worte: »nur zahlbar an einen Giro-Kunden der Reichsbank« die Qualität des Inhaberpapiers verlieren. Vgl. oben §. 6, N. 6 a. E.

anweisungen und die nichtkaufmännischen Anweisungen übergangen[16]). Nirgends wird der Check im Gegensatz zu den übrigen Anweisungen hervorgehoben; die materielle Voraussetzung, mag man sie in der laufenden Rechnung, im Depositum oder im Guthaben der Assignanten finden, ist gar nicht berücksichtigt.

Dennoch ist es nicht mehr durchaus blosses Gewohnheitsrecht, wie noch Mittermaier (Z. X. p. 17) annehmen durfte, auf Grund dessen man sich in Deutschland des Checks bebedient; der Name und Begriff desselben hat vielmehr inzwischen auch in die deutsche Reichsgesetzgebung Eingang gefunden. Wie anderwärts, bot auch hier die Frage des Wechselstempels den Anlass. Durch §. 24 des Norddeutschen Bundesgesetzes vom 10. Juni 1869 (seit 1871 Gesetz des Deutschen Reiches), werden von der Stempelabgabe neben anderen Papieren auch die Checks unter gewissen Umständen befreit; gleichzeitig werden sie definirt als „Anweisungen auf das Guthaben des Ausstellers bei dem die Zahlungen desselben besorgenden Bankhause oder Geldinstitute". Im Gegensatz zu den lebhaften Debatten im Französischen Corps législatif schloss sich der Deutsche Reichstag fast ohne Diskussion dem Entwurfe des Bundesraths an; nur in Bezug auf die passive Checkfähigkeit erfolgte eine übrigens unerhebliche Modification durch die Kommission des Reichstags[17]). Von der Definition und der Steuerfreiheit abgesehen, enthält das Reichsgesetz keine Normen über die aus der Checkemission hervorgehenden Rechtsverhältnisse; es ist also auch jetzt der Praxis überlassen, die Fragen

---

[16]) Thöl, Protokolle, p. 13. 16 ff. 234 ff. Gensel, Zur Frage einer gemeinsamen Gesetzgebung über die kaufm. Anweisungen. Leipzig 1870, p. 14 ff. Kletke, Encyclop. des Wechselrechts, I, p. 374 ff. Königl. Sächs. Gesetz vom 7. Juni 1849. Bayr. Gesetz vom 29. Juni 1851. Sachsen-Weimar. Gesetz vom 13. Juli 1849. Schleiz. Gesetz vom 30./7. 1852. Reuss-Greiz. Gesetz vom 3./8. 1854. Sachsen-Altenburg. Gesetz vom 30./3. 1864. Die nach Satz 191. 192 des Anhangs zum Bad. L.-R. statthaft gewesenen »Zettel auf Inhaber« dürfen nach §. 1, Ges. v. 5. Juni 1860 nicht mehr ausgegeben werden.

[17]) Hoyer, Preuss. Stempelgesetzgebung, p. 203.

bezüglich der Deckung, der Präsentationsfrist und des Regresses nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Richterliche Erkenntnisse sind über diese Fragen meines Wissens noch nicht ergangen; das Reichsoberhandelsgericht hat wenigstens bisher nur die Frage nach den Essentialien des steuerfreien Checks zu entscheiden Gelegenheit gehabt[18]).

Im Reichsland Elsass-Lothringen hat das Französische Gesetz vom 14. Juni 1865 seine Gültigkeit bewahrt[19]).

In Oesterreich[20]) hatte die Wechselordnung von 1763 „zu Beförderung des Commercii und Ersparung doppelter Ueberzählung" den Inhaber eines Wechselbriefs verpflichtet, Anweisungen auf das „bei einem Tertio parate Geld" in Wechselzahlung anzunehmen, und zugleich eine Präsentationsfrist für solche Anweisungen („inner 24 Stunden oder rechter Zeit nach verflossenen Respecttagen") festgesetzt. Diese Bestimmung wurde durch Hofkammer-Decret vom 4. October 1802 dahin interpretirt, dass „eine Zahlungs-Assignation statt der baaren Bezahlung anzubieten nur dann erlaubt sei, wenn die baare Bezahlung derselben binnen 24 Stunden geleistet wird und die Assignation nicht weiter als in die dritte Hand geht". Aus diesen Zahlungsanweisungen hätte sich vielleicht der Check entwickeln können; dennoch ist eine solche Ausbildung nicht erfolgt. Dem Aufschwunge steht auch hier die Stempelpflicht, so gering sie ist, hemmend entgegen[21]); auch die dürftigen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Anweisungen können den Rechtsverkehr zur Aufnahme des

---

[18]) Entsch. des R.O.H.G. vom 24. October 1875, XIX, p. 73 ff.

[19]) Holtzendorff, Handbuch des Strafrechts IV, p. 733, No. 5.

[20]) Bei Meissner, Codex, I, p. 25. 45.

[21]) Sie beträgt nur zwei Kreuzer per Stück. Kautsch, p. 80. Brockhaus, Convers.-Lexikon, s. v. Check. Hildebrand, Jahrb. f. Nat.-Oek. und Statistik 1870, II. — Nach Hulshoff, p. 30, Note 1 und p. 44 werden in Oesterreich mancherlei Papiere Checks genannt, denen dieser Name gar nicht zukommt; vgl. auch Faucher's V. J. S. XIII. 1866, (I), p. 105 Note.

englischen Instituts nicht gerade anregen. Nur bei der niederösterreichischen Escomptegesellschaft hat ein Checkverkehr in etwas grösseren Dimensionen sich zu entwickeln begonnen [22]). Das neue Ungarische Handelsgesetz (XXXVII. G. A. vom Jahre 1875) hat zwar in §§. 291—294 und §. 298 die Bestimmungen des Deutschen Handelsgesetzbuchs modificirt und das Gebiet, sowie die Rechtswirksamkeit der kaufmännischen Anweisungen erweitert [23]); dennoch ist der Check nicht besonders berücksichtigt.

Nach Spanien gelangten die Checks einer Notiz Michaux-Bellaire's zufolge [24]) gegen das Jahr 1847; eine besondere gesetzliche Regelung ist bisher noch nicht erfolgt; denn die allgemeinen Bestimmungen des Codigo di commercio vom 30. Mai 1829 über die libranza [25]), auf welche Hulshoff [26]) sich wiederholt beruft, können als Quellen des Checkrechts nicht anerkannt werden. Schon der Umstand, dass nur die von einem Kaufmann auf einen Kaufmann gezogenen Anweisungen unter die Bestimmung der Art. 558 ff. fallen, sowie das Erforderniss des Valutenbekenntnisses zeigen, wie bedenklich es wäre, die spanischen Bestimmungen über Anweisungen als Eigenthümlichkeiten des Checks aufzufassen. Mit dem nämlichen, ja vielleicht noch grösserem Rechte als die spanischen „livrancas“ und die brasilianischen „notas promissorias“ [27]) hätte Hulshoff die in Guatemala noch heute geltenden Ordonnanzen der Stadt Bilbao hierherziehen können, da sie in Cap. XIV. §§. 7 u. 8 solche kaufmännische Anweisungen, die wie baar Geld gegeben werden (como en dinero en contado), in sehr zweckmässiger Weise regeln [28]).

---

[22]) Kautsch, a. a. O. giebt statistische Nachweisungen.
[23]) Goldschmidt i. d. Z. f. H.-R. XXI, p. 170.
[24]) Revue de droit commercial, p. 6.
[25]) Borchardt I, 1. 567 ff. I, 2. p. 484 ff.
[26]) p. 29. 67. 77.
[27]) Vgl. oben §. 8, Note 6.
[28]) Borchardt I, 1. p. 273. I, 2. p. 184.

In Schweden ist der Check vor etwa zwanzig Jahren adoptirt worden [29]); auch in Norwegen und Dänemark fand er unter dem Namen „Anwisning“ Aufnahme und eine sehr erhebliche Ausbreitung, namentlich im Geldverkehr zwischen Kristiania und den kleineren Handelsplätzen. Die Gesetzgebung hat bisher den Check unberührt gelassen; auch die Rechtsprechung hat noch keine genügende Gelegenheit gehabt, hinsichtlich der wichtigsten Streitfragen zu entscheiden [30]). In Schweden, wo der inländische Wechsel stempelfrei cursirt, geben die Banken ihren Kunden wechselmässige Checkformulare; diese nicht acceptablen „Sola-Vexel“ unterscheiden sich von dem gewöhnlichen Wechsel nur durch den Schlussvermerk der Zahlungsaufforderung „som påföras i Upp-och Afskrifnings-Räkning“ [31]). Gerade durch diesen Hinweis auf das Conto-Corrent scheinen die Schweden das charakteristische Unterscheidungsmerkmal zwischen Anweisung resp. Wechsel und Check getroffen zu haben.

Zum Schlusse unserer Umschau können wir noch bemerken, dass auch die russischen Banken das Checksystem in den verzinslichen laufenden Rechnungen seit 1874 acceptirt haben, ja dass selbst in China seit geraumer Zeit der Checkverkehr bei den nationalen Banken im Gebrauch ist [32]).

---

[29]) Seyd, p. 46 Note.

[30]) Nach gütiger Auskunft des Herrn Gesandtschafts-Attaché Ebbe von Hertzberg aus Kristiania.

[31]) Nach gütiger Mittheilung des Herrn Dr. Afzelius in Upsala. Ein mir von dem genannten Gelehrten freundlichst übersandtes Checkformular lautet, wie folgt:

No. ... Fol. ... Upp-och Afskrifning. Not. ...

... den ...ten ... 18 För ... kronor ... öre.

Vid uppvisandet betalas emot denna Sola-Vexel till ... eller Order ... kronor ... öre, som påföras i Upp-och Afskrifnings-Räckning.

Till

Uplands Enskilda-Bank. ...

Vgl. die analoge Hinweisung auf das Giro-Conto bei den Quittungs-Checks der deutschen Reichsbank oben Note 14.

[32]) Brockhaus a. a. O.



Mitarbeiter-Verzeichniss.

Die Herren: *Dr. Ivar Afzelius,* Docent an der Universität Upsala; Prof. *Dr. Karl von Amira* in Freiburg; Prof. *Dr. T. M. C. Asser,* Ministerialrath in Amsterdam; Prof. *Dr. J. Baron* in Berlin; Prof. *Dr. A. Bechmann* in Erlangen; Prof. *Dr. J. F. Behrend* in Greifswald; Geh. Hofrath Prof. *Dr. E. J. Bekker* in Heidelberg; *Wladimir Besobrasoff,* Mitglied der Akademie der Wissenschaften in Petersburg; Geheimer Rath Prof. *Dr. J. C. Bluntschli* in Heidelberg; Prof. *Dr. S. Brie* in Rostock; Prof. *Henri Brocher* in Genf; *Dr. Felix Bruck,* Docent an der Universität Breslau; Prof. *Dr. Brunner* in Berlin; Geh. Justizrath Prof. *Dr. Bruns* in Berlin; Prof. *Dr. Brusa* in Modena; Prof. *Dr. R. Freiherr von Canstein* in Czernowitz; Prof. *Dr. Max Cohn* in Amsterdam; Prof. *Dr. Felix Dahn* in Königsberg; Prof. *Dr. A. Dochow* in Halle a. S.; Prof. *Dr. E. Eck* in Breslau; Prof. *Dr. Pasquale Fiori* in Turin; Prof. *Dr. H. Fitting* in Halle a. S.; Prof. *Dr. E. Friedberg* in Leipzig; *Dr. K. H. H. Fuchs,* Staatsanwalt in Breslau; Prof. *Dr. C. Gareis* in Giessen; Prof. *Bernhard Getz* in Christiania; *Dr. A. Geyer* in München; Geh. Justizrath Prof. *Dr. Goldschmidt* in Berlin; Prof. *Dr. C. E. Güterbock* in Königsberg i. Pr.; Prof. *Dr. C. Hiller* in Czernowitz; Prof. *Dr. P. Hinschius* in Berlin; Geh. Justizrath Prof. *Dr. Ph. E. Huschke* in Breslau; Prof. *Dr. J. Jolly* in Würzburg; Advokat *Dr. Eduard Koernyei* in Budapest; Prof. *Dr. Paul Laband* in Strassburg; Prof. *Dr. B. M. Leist* in Jena; *Dr. O. Lenel,* Dozent an der Universität Leipzig; *J. A. Levy,* Advokat in Amsterdam; Prof. *Charles Lyon-Caen* in Paris; Prof. *Dr. Edgar Loening* in Dorpat; *Dr. Richard Loening,* Docent an der Universität Heidelberg; Prof. *Dr. H. S. Maine,* member of Indian Council in Oxford; Prof. *Dr. G. Meyer* in Jena; *Léon de Montluc,* Advokat in Paris; *Dr. K. d'Olivecrona,* Rath am höchsten Gerichtshof in Stockholm; Prof. *Dr. A. Pernice* in Halle a. S.; Prof. *Dr. L. Pfaff* in Wien; Prof. *Dr. A. Randa* in Prag; Geheimer Rath Prof. *Dr. A. Renaud* in Heidelberg; Prof. *Dr. F. Rive* in Freiburg i. Br.; Prof. *Dr. A. P. O. Rivier* in Brüssel; Prof. *Dr. Paul von Roth* in München; Prof. *Dr. E. Rubo,* Stadtgerichtsrath in Berlin; Prof. *Dr. L. Schiffner* in Czernowitz; Prof. *Dr. S. Schlossmann* in Bonn; Prof. *Dr. H. Schott* in Kiel; Prof. *Dr. R. Schröder* in Würzburg; *Dr. C. F. Schulz,* Docent an der Universität Jena; Prof. *Dr. F. Schupfer da Chioggia* in Padua; *Dr. W. Sickel,* Docent an der Universität Göttingen; Prof. *Dr. R. Sohm* in Strassburg; Prof. *Dr. R. Steinlechner* in Innsbruck; Prof. *Dr. Otto Stobbe* in Leipzig; Prof. *Dr. A. Teichmann* in Basel; Prof. *Dr. A. Thon* in Rostock; Prof. *Dr. W. Vogel* in Erlangen; *Dr. Ed. Zimmermann* in Berlin.

BODLEIAN
4 5 18 8
LIBRARY

CARL HEYMANN'S VERLAG IN BERLIN W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

ZEITSCHRIFT
für
DEUTSCHEN CIVILPROZESS

Unter Mitwirkung der Herren:

Ober-Appellationsgerichtsrath **Ayrer** in Celle, Professor Dr. **Baron** in Berlin, Hofrath Professor Dr. **Behaghel** in Freiburg, Ober-Gerichtspräsident **Becker** in Oldenburg; Professor Dr. **Bolgiano** in München; Kreisgerichtsrath Professor Dr. **Eccius** in Greifswald, Staatsrath **von Eisenhart** in München, Professor Dr. **Endemann** in Bonn, Ober-Appellationsgerichtsanwalt Justizrath **Evers** in Celle, Appellationsgerichtsrath **Frank** in Celle, Appellationsgerichtspräsident Dr. **Franke** in Celle, Professor Dr. **Fuchs** in Marburg, Notar **Ed. Graf** in München, Ober-Appellationsgerichtsanwalt Justizrath **Haarmann** in Celle, Ober-Tribunalsrath **Hartmann** in Berlin, Kreisgerichtsrath **Heinsheimer** in Mannheim, Geh. Justizrath Professor Dr. **Hinschius** in Berlin, Reichsoberhandelsgerichtsrath **Hullmann** in Leipzig, Appellationsgerichtsanwalt **Jüdell II.** in Celle, Appellrath **Keller** in Kolmar, Geh. Ober-Finanzrath Dr. **Koch** in Berlin, Geh. Justizrath Appellationsgerichtsrath **von Kraewell** in Naumburg a. S., Professor Dr. **Laband** in Strassburg, Dr. jur. **Lamprecht** in Lübeck, Rechtsanwalt **Levy** in Berlin, Appellationsgerichtsrath Dr. **Loewenstein** in Hamm, Justizamtmann Dr. **Martin** in Jena, Rechtsanwalt Dr. **F. Meyer** in Frankfurt a. M., Appellationsgerichtsrath **Meischeider** in Celle, Appellationsgerichtsanwalt **Meyersburg** in Celle, Ober-Gerichtsanwalt **Müller** in Celle, Ober-Appellationsgerichtsrath **Nöldecke** in Celle, Professor Dr. **Osterloh** in Leipzig, Kammerpräsident **J. Petersen** in Strassburg, Reichsoberhandelsgerichtsrath Dr. **Puchelt** in Leipzig, Geh. Hofrath Professor Dr. **Renaud** in Heidelberg, Obergerichtsdirector **Roscher** in Celle, Staatsrath Dr. **von Sarwey** in Stuttgart, Appellationsgerichts-Vicepräsident **Schmidt** in Celle, Appellationsgerichtsrath **Schneider** in Celle, General-Staatsanwalt Dr. **von Schwarze** in Dresden, Professor Dr. **Seuffert** in Giessen, OberAppellationsgerichts-Vicepräsident Dr. **Siebenhaar** in Dresden, Ober-Tribunalsrath **von Streich** in Stuttgart, Kreisgerichtsrath **von Strombeck** in Gardelegen, Ober-Tribunalsrath **Struckmann** in Berlin, Kreisgerichtsdirector **Thilo** in Delitzsch, Ministerialrath Freiherr **von Völderndorff** in München, Professor Dr. **Wach** in Leipzig, Ober-Appellationsgerichtsrath Dr. **Wagemann** in Celle, Appellationsgerichtsrath **Wengler** in Zwickau, Appellationsgerichtsanwalt **Westrum** in Celle, Justizrath **von Wilmowski** in Berlin,

herausgegeben
von

H. Busch,
Kreisgerichtsrath in Sondershausen.

Immer näher rückt der Tag heran, an welchem die **Reichs-Justizgesetze** ihre Herrschaft in sämmtlichen Deutschen Landen anzutreten haben werden und Reich und Einzelstaaten arbeiten emsig an den Vorbereitungen, um beim Eintritt des Termins den neuen Schöpfungen freie Bahn zu beschaffen. Nicht minder eifrig ist die Wissenschaft bemüht, ihr hohes Amt und Recht bei Gestaltung des neuen Verfahrens zu üben und eine reiche Literatur spriesst empor, welche lediglich das Gefolge der grossen Gesetze zu bilden bestrebt ist. Wohl nimmt dieselbe zur Zeit mit Vorliebe die einzelnen Gesetze als Ganzes zur Aufgabe und wählt fast ausschliesslich die Kommentarform; allein schon beginnen auch Bearbeitungen einzelner Theile und sind eifrig bemüht, die Einfügungen derselben in das Ganze zu festigen und zu glätten.

Diesen letzteren Arbeiten zu dienen, der Zersplitterung derselben in die verschiedensten Blätter vorzubeugen, sie in ein einziges Organ zu konzentriren, ist der Zweck unserer Zeitschrift. Dem Strafprozess fehlt es nicht an solchen Sammelplätzen, wohl aber dem Civilprozess, und bei der fast unübersehbaren Tragweite der neuen Civilprozess- und Konkursordnung haben dieselben gewiss einen berechtigten Anspruch auf eine ausschliesslich ihrem Dienste bestimmte Zeitschrift.

So hat sich denn auch unser Unternehmen von allen Seiten der lebhaftesten Billigung zu erfreuen gehabt, und die hervorragendsten Vertreter der Wissenschaft haben demselben ihre Mitwirkung und Beihülfe bereitwilligst zugesagt.

Mag auch dieser günstige Erfolg zunächst der inneren Berechtigung des Projectes selbst beizumessen sein, so würden wir denselben doch nicht erreicht haben ohne die mächtige Unterstützung von Freunden und Gönnern, welche in weiten und hohen Kreisen, die dem Unterzeichneten sonst wohl kaum zugänglich gewesen wären, dem Unternehmen die besten Kräfte zugeführt haben. Mögen sie unsern wärmsten Dank, den wir hiermit aussprechen, freundlichst aufnehmen!

Theorie und **Praxis** haben Anspruch auf gleiche Beachtung und die Zeitschrift soll beiden gleichmässig dienen. Die Praxis dürfte freilich erst mit dem Inkrafttreten der Reichs-Justizgesetze zu

voller Bedeutung gelangen; allein schon jetzt werden die gesetzgeberischen Arbeiten zur Ausführung der Reichsgesetze manche practische Lehre zu Tage fördern.

Vollständige Kenntniss der sich so reich entwickelnden **Literatur** über die Reichs-Justizgesetze zu verbreiten, liegt im wechselseitigen Interesse des Publikums und der Autoren. Es wird Aufgabe der Redaction sein, in jedem Bande die neuen Arbeiten auf diesem Felde zu registriren und zu besprechen.

Die Redactionsgeschäfte wird vorläufig und mit dem ausdrücklichen Vorbehalte definitiver Organisation der mitunterzeichnete *Kreisgerichtsrath* **Busch** *in Sondershausen* übernehmen.

Es ist demselben nicht möglich gewesen, an alle Vertreter des deutschen Prozessrechtes einzeln Einladungen zur Betheiligung an der Zeitschrift zu richten.

Möge es ihm gestattet sein, diese Bitte auf diesem Wege an die Adresse der gesammten deutschen Juristenwelt richten zu dürfen!

Die Verlagshandlung, deren Unternehmungen sich fast ausschliesslich auf dem Gebiete der rechts- und staatswissenschaftlichen Literatur bewegen, wird sich bemühen, **die Zeitschrift für deutschen Civilprozess** ihrem hohen Zwecke gemäss zu gestalten und den weitesten Kreisen zugänglich zu machen.

Lediglich im Dienste der neu aufstrebenden deutschen Rechtswissenschaft haben wir das Unternehmen begonnen; möge ihm die Mitwirkung ihrer Vertreter und eine freundliche Aufnahme beim Publikum nicht fehlen!

Die Redaction.

H. Busch,
Kreisgerichtsrath in Sondershausen.

Erscheinungsweise und Bezugsbedingungen
der
Zeitschrift für Deutschen Civilprozess.

Das Interesse der Juristenwelt ist gegenwärtig vorwiegend und mit äusserster Spannung den Reichsjustizgesetzen und ihrer Entwickelung zugewendet. Dem entsprechend soll die Zeitschrift in

Heften erscheinen, und zwar sind deren jährlich 4 in Aussicht genommen, welche einen Band von **ca. 35 Druckbogen** füllen sollen.

Ein ausführliches Quellen- und Sach-Register wird jedem Bande beigegeben werden.

Der Preis des Bandes wird **12 Mark** betragen, die Ausstattung wird eine gute sein, das Format Gross-Octav.

Heft I. erscheint im **Sommer 1878;** die folgenden in etwa einvierteljährigen Zwischenräumen.

Alle Buchhandlungen und Postanstalten nehmen Bestellungen an und liefern das erste Heft zur Ansicht.

Man wolle sich gefl. des untenstehenden Bestellzettels bedienen.

BERLIN W., im April 1878.

Carl Heymann's Verlag.

Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Bestellzettel. Gefl. abzuschneiden.

CARL HEYMANN'S VERLAG IN BERLIN W.

3 Pfennig-Marke.

Bei der Buchhandlung von .....

.....

in .....

bestelle ich hiermit zur Ansicht:

. . . Exempl. **Zeitschrift für Deutschen Civilprozess.**

Herausgegeben von Kreisgerichtsrath **Busch.** Band I. Heft 1. Preis des ganzen Bandes Mark 12. —.

Name: Ort:

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

V.

Avitum et patritum und der ager vectigalis.

Von

Professor Dr. **Huschke.**

Ueber den grossen von Professor de Petra in Neapel bekannt gemachten Pompejanischen Fund von Quittungswachstafeln, fast sämmtlich den Jahren 53—62 n. Chr., also im Ganzen der Regierungszeit Nero's angehörig, hat Mommsen dem deutschen Publikum im Hermes XII. S. 88—141 eingehenden Bericht erstattet und zugleich die für das sachliche Verständniss dieser Urkunden wichtigsten Seiten so gründlich erörtert, dass auch dem Juristen, den sie naturgemäss neben dem Epigraphiker am meisten interessiren, ausser der dankbaren Aneignung der gegebenen neuen Aufschlüsse meistens wenig Anderes übrig bleiben wird, als diese für Einzeluntersuchungen weiter zu verwerthen.

Der in der Ueberschrift bezeichnete Gegenstand gehört, wenn nicht zu dem wichtigsten, doch gewiss zu dem interessantesten Neuen, womit uns diese Wachstafeln überraschen.

Der L. Cäcilius Jucundus, dem diese sammt seinem Hause am 5. Febr. 63 verschüttete Quittungssammlung angehörte, scheint ein sehr industriöser Mann gewesen zu sein.

Er betrieb als Argentarius das Auctionsgeschäft und bei weitem die meisten erhaltenen Documente sind Quittungen der

Personen, für welche er Auctionen angestellt hatte, über den ihnen ausgeschütteten Ertrag derselben.

In einigen wird ihm aber auch von dem Sclaven und Actor der Stadtgemeinde Pompeji (nach deren damaligen officiellen Namen: colonorum coloniae Veneriae Corneliae servos), der im Jahre 53 Privatus, in den Jahren 58—60 Secundus hiess, und zwar jedesmal in Gemässheit der Vorschrift der L. un. C. de solut. et lib. debit. civit. (11, 40) auf Geheiss der (zeitigen) duoviri iure dicundo, über verschiedene Arten, wie es scheint, von Pachtgeldern quittirt, in N. 117 vom 19. Febr. 58; N. 118 vom 14. Juli (Aug. nach Mommsen ist Schreibfehler) 58; N. 119 vom 10. Juli 59; N. 120 vom 8. Mai 60 ob fullonica (oder fullonicas oder fullonicam) im ersten, zweiten, dritten und vierten Jahr (für das fünfte fehlt die Quittung) jedesmal über 1652 Sesterze [1]); in N. 121 vom 5. Jan. 58; N. 122 vom Juni 58; N. 124 vom 18. Juni 59 ob pasquum (oder pasqua oder pasquam oder vectigal publicum pasquorum) für drei Jahre jedesmal über 1675 Sesterze (nur das erste Jahr ist ausdrücklich angegeben, die Quittungen über

---

[1]) Nur für das dritte Jahr blos 1651½ Sesterze, wofür Mommsen S. 121 keine Erklärung zu haben bekennt. Vermuthlich betrug die Rate für das fünfte Jahr eben so viel, also das Pachtgeld für das ganze Lustrum 8259 Sesterze, eine ungerade Zahl, die sich aus der ohne Zweifel schon damals bestehenden Sitte, die Vectigalien der Städte versteigerungsweise zu verpachten, erklärt. Vgl. L. 3. C. de loc. praed. civ. (11, 70). Die auch anstössig gewordene Bezeichnung jener Summe in der genauen Haupturkunde der N. 119: sestertios mille sescentos quinquaginta nummos numm (um) I libellas quinque wird so zu deuten sein, dass sie genau die Zahlungsweise ausdrücken sollte; 1650 Sesterze wurden in hartem Gelde (Gold- oder Silbermünzen, mindestens also Denaren), die 1½ in Scheidemünze (Sesterz und Assen) bezahlt, vielleicht nach einer z. B. den §§. 76. 77. des A. Preuss. Landrechts I. 16. ähnlichen Bestimmung der Lex Julia nummaria. So gezahlt, waren sie als probi unanfechtbar gezahlt, weshalb dieses in der genauern Haupturkunde bemerkt wurde. Vgl. L. 24. D. de pecun. const. (13, 5) L. 40. D. de reb. cred. (12, 1), obgleich dieser Ausdruck auch aus andern Gründen verwerfliche Münzen ausschliesst. L. 24. §. 1. D. de pigner. act. (13, 7.)

das vierte und fünfte Jahr fehlen). Endlich noch in N. 125 vom 14. März 53 ob avitum [et] patritum fundi Rudiani ohne Angabe eines wie vielten Jahres über 776 Sesterze. Kürzer kommt dieser Schuldgrund dann auch noch in der blos im äusseren Exemplar und auch da sehr lückenhaft erhaltenen, namentlich datumlosen, aber auch schon von Privatus ausgestellten und darum wahrscheinlich spätern N. 126 mit einer andern Summe HS. ∞ LII (?) . . . nehmlich mit dem blossen ob avitum fundi R(u)dia(ni) . . . vor, wie er aber auch in dem äussern Exemplar der N. 125 lautet. Regelmässig besteht nehmlich jede Quittung nach der bekannten Einrichtung der Römischen Beweisurkunden (hier meistens Triptychen) in einem verschlossenen innern und Hauptexemplar und einem weniger genau gefassten äussern Nebenexemplar, von deren Verhältniss zu einander hier nicht weiter zu handeln ist, und von N. 125 haben sich beide erhalten, von N. 126 ist nur das äussere vorhanden. Da wir uns hiernach für unser ob avitum et patritum blos an N. 125 und zwar deren Hauptexemplar zu halten haben werden, so setzen wir dieses nach Mommsen's Abdruck S. 141 vollständig her:

Q. Coelio Justo L. H[el]vio
Blaesio Proculo II vir. i. d.
pr. idus Martias
Secundus [colonoru]m coloniae
[Vener]iae Corneliae servos
accepi a Terentio Primo
HS. N. DCCLXXVI reliquos ob avitum [et]
patritum fundi Rudiani
nomine Stali Inventi
iussu Caltili Justi
Helvi Procu[li].
Act. Pompeis
D. Junio Torq[uato] Silano
Q. Haterio Antonino cos.

In dem äussern Exemplar fehlen die Worte von Z. 9—11 (nomine . . . Proculi), wogegen dafür die eine frühere Zahlung und Quittung in Erinnerung bringenden Worte stehen: et accepi ante hanc diem HS. VCCXXIIII, wonach die ganze Zahlung, wahrscheinlich doch für ein Jahr, 6000 Sesterze betrug, also bedeutend mehr als die Jahressumme für die gepachteten städtischen Walkereien und Weidegrundstücke.

Es fragt sich nun: was ist avitum et patritum? Da es das im Genitiv folgende Grundstück selbst nicht sein kann und genau genommen ein S c h u l d grund bezeichnet sein muss, so wird nur eine Abgabe von dem Grundstück verstanden werden können und also wohl vectigal dazu zu denken sein, gleichwie auch in N. 124 genauer ob vectigal publicum pasquorum — ähnlich dem publicum Interamnitum vectigal balnearum bei Orelli-Henzen 6661 — steht, was sonst, namentlich in N. 121 und 122 bei zum Theil unsicherer Lesung mit ob pasqua oder pasquum (pasquam könnte auch richtig sein und auf silva pascua gehen, vgl. Hygin. p. 116, 26) ausgedrückt wird, und gewiss auch bei den von der Stadt verpachteten Walkereigrundstücken [2]) statt ob fullonica (fullonicas oder fullonicam lässt an tabernas oder tabernam mit Zubehör denken) genauer ob vectigal fullonicorum hätte gesagt werden können. Bekanntlich werden auch die Vectigalien, welcher Ausdruck zugleich auf das Forderungsrecht des Staates oder der Stadt und die Schuld des Pflichtigen geht, ganz gewöhnlich mit blossen Adjectiven bezeichnet, z. B. publicum (schlechthin oder mit Zusätzen), portorium, vicesima, quadragesima, octavarium u. s. w.

Im Uebrigen erweitert Mommsen zunächst unseren Gesichtskreis für das richtige Verständniss dieses avitum durch Hinweisung auf eine ‚bisher unverstandene aber offenbar gleichartige' Inschrift von Ferentinum bei Grut. 461 zu Ehren eines freigebigen Mitbürgers, des A. Quinctilius Priscus, zwar ohne

[2]) Vgl. dazu meine Schrift: Die Multa und das Sacram. S. 539.

Angabe eines Consulats, aber offenbar auch aus der frühern Kaiserzeit. Die einschlagenden Worte, deren richtige Wiedergabe Mommsen nach Autopsie der Inschrift bezeugt, lauten:

> hic ex s(enatus) c(onsulto) fundos Ceponian(um) et Roianum et Mamian(um) et pratum Exosco ab r(e) p(ublica) redem(it) HS LXX m(ilibus) n(ummum) et in avit(um) r(ei) p(ublicae) reddidit, ex quorum reditu de HS IV m(ilibus) cc quod annis VI id. Mai. die natal(e) suo perpet(uo) daretur (folgen die Spenden).

Er bemerkt dann dazu: ‚Augenscheinlich liegt hier eine jener Rentenschenkungen vor, welche in dem Municipalwesen der Kaiserzeit eine so grosse Rolle spielen. Sie beruhen durchaus darauf, dass ein der Gemeinde gehöriges Grundstück mit einem festen Kanon belastet wird, den jeder Besitzer desselben an die Gemeinde zu zahlen und diese zu einem bestimmten Zweck zu verwenden hat. Ob die Stiftung in der Weise erfolgt, dass der Schenker ein ihm gehöriges Grundstück auf die Gemeinde überträgt und dann dasselbe zu Erbpacht zurücknimmt, wie dieses von Plinius (ep. 7, 18) geschah, oder ob der Schenker ein, sei es schon früher der Gemeinde gehöriges, sei es besonders für diesen Zweck von ihr gekauftes Grundstück von dieser für das zu schenkende Capital erwirbt und dann dasselbe unentgeltlich zurückgiebt unter der Bedingung, dasselbe gegen einen dem Zins jenes Capitals entsprechenden Kanon in Erbpacht zu geben, wie der ferentinatische Schenker that (hier betrugen die von den Grundstücken jährlich zu entrichtenden 4200 Sesterze 6 % Jahreszinsen des Capitals von 70000 Sesterzen), ist im Ergebniss gleichgültig; bei beiden Proceduren, der Renten- und Capitalschenkung entsteht für die Gemeinde ein durch ein festes Erbpachtrecht beschränktes Eigenthum. Dass die technische Bezeichnung für dieses municipale Obereigenthum in der ältern Rechtssprache avitum, vielleicht auch avitum et patritum gewesen ist, lernen wir aus den Documenten von Ferentinum und Pompeji. Es ist hinreichend bekannt, dass patritus et avitus bei den Römern

ungefähr so gebraucht wird, wie wir von altem und befestigtem Besitz sprechen — Cic. Tusc. 1, 19. 45. patritam et avitam, ut ait Theophrastus, philosophiam. Varro bei Non. p. 161. patrito et avito more precabamur — und dass in gewissen Fällen, wenigstens im ius praediatorium, dem ererbten Grundbesitz besondere Vorrechte zustanden (Ackergesetz C. I. L. I. p. 813. 28. tantidem pro patrito redemptum habeant, p(ro) p(atrito) supsignent). Daran konnte sich leicht der — vielleicht mehr der Umgangssprache als der technischen angehörige — Gebrauch anlehnen, bei dem gegen einen festen Kanon auf ewige Zeiten verpachteten oder verkauften ager vectigalis, eben weil der Erbpächter factisch dem Eigenthümer sich nähert, im Gegensatz dazu der Gemeinde als der dennoch vollberechtigten Eigenthümerin das ius patritum et avitum beizulegen und also dies Rechtsverhältniss als Hingabe in avitum zu formuliren. — Bemerkenswerth ist noch, dass in dieser Urkunde nichts auf eine zu Grunde liegende Location hindeutet; wie es denn auch durchaus nicht glaublich ist, dass derartige Renten von der Gemeinde zur Erhebung weiter verpachtet worden sind. Vielmehr wird Jucundus den Fundus Rudianus entweder selbst zu Erbpacht besessen oder dem Erbpächter abgepachtet haben und insofern verpflichtet gewesen sein, den darauf haftenden Kanon an die Gemeindekasse zu entrichten'. So weit Mommsen.

Wenn er hiernach zu avitum et patritum das Substantiv ius hinzudenkt, also eine Art Eigenthumsrecht statt eines Forderungsrechts versteht, so geht schon aus dem Obigen hervor, dass und weshalb uns dieses nicht richtig scheint, auch dürften sich keine Beispiele von absoluten Adjectiven mit diesem hinzugedachten Begriffe nachweisen lassen. In wie weit diese Discrepanz auch sachlich von Bedeutung ist, wird sich später zeigen. Ebenso möchte die Annahme keinen Beifall verdienen, dass Jucundus das Rudianische Grundstück selbst zu Erbpacht besessen oder dem Erbpächter abgepachtet habe. Die Quittung N. 125 ergiebt, dass Jucundus diese Zah-

lung durch den Terentius Primus nicht für sich, sondern nomine Stali Inventi machte, der denn auch wohl in N. 126 als eigentlicher Schuldner vorgekommen sein wird, und dem wahrscheinlich ein genaueres, namentlich auch das Jahr, für welches das Vectigal entrichtet war, angebendes Duplicat derselben ausgestellt war. Jucundus selbst wird in der Quittung N. 125 gar nicht erwähnt, nur deren Besitz sicherte ihn gegen jenen eigentlichen Schuldner, dem er diese für ihn gemachte Zahlung, also auch ohne vorherige transcriptio a persona in personam (Gai. 3, 130) im Stadtbuch, welche expensilatio überhaupt nur für wirkliche Privaten, nicht auch für moralische Personen gelten mochte, in Rechnung gestellt hatte. Bei den Zahlungen ob fullonica und ob pasqua in N. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 124, welche Quittungen sämmtlich die von Jucundus in dessen eigenem Namen geleistete Zahlung bescheinigen, wird denn auch dieser selbst der Pächter gewesen sein. Diese Verschiedenheit der Quittungen ist auch für das Institut des avitum et patritum nicht ganz gleichgültig. Pachtungen von Walkereien und (von den Bürgern der Stadt benutzten) Viehweiden auf fünf Jahre konnte der in der Stadt wohnende Argentarius unbeschadet seines eigentlichen Berufs wohl von da aus unternehmen. Für den Betrieb der Landwirthschaft, welchen, selbst im Falle einer Abpachtung, das avitum et patritum eines nicht unbedeutenden Guts — die Mommsen'sche Annahme eines Erbpachtverhältnisses vorausgesetzt — erforderte, wäre dieses ohne Wechsel des Berufs wenigstens sehr unwahrscheinlich, da weder ein Betrieb durch Sclaven bei solchen Gütern gewöhnlich gewesen sein wird, noch auch anzunehmen steht, dass Jucundus, im Jahre 53 noch Landwirth und Erbpächter, später Argentarius in der Stadt Pompeji geworden sei; denn selbst einige der wenigen von Mommsen mitgetheilten Quittungen, wie N. 3 und 112 vom J. 54, N. 8 vom J. 55 bezeugen, dass er wenigstens schon in diesen Jahren das Banquiergeschäft betrieb. In diesem lag es nun auch ganz und gar, dass er für Andere in deren Auftrage

Zahlungen, also hier für den Stalius Inventus die obige Zahlung ob avitum et patritum machte.

Der von Mommsen geäusserte Grundgedanke hat nun aber doch auf den ersten Blick viel Ansprechendes. Wie mag es sich in Wirklichkeit mit der Sache verhalten?

Treten wir der Sache näher, um das hier vorliegende Rechtsverhältniss richtig zu bestimmen, so sind unter den in der frühern Kaiserzeit vorkommenden ‚Rentenschenkungen' von Privaten an Städte zuvörderst auszuscheiden die, welche zwar auch auf Grundstücke radiciert wurden, aber so, dass das der Stadt, beziehungsweise im jährlichen Ertrage jederzeitigen Angehörigen derselben zugewandte Stiftungscapital nach dem Vorbilde der bekannten alimentarischen Stiftungen von Nerva und Traian einzelnen Bürgern derselben gegen obligatio gewisser Grundstücke verzinslich und vielleicht Seitens des Schuldners und Eigenthümers möglichst (durch verabredete Privatstrafe) unkündbar, zum Darlehen gegeben, oder die Jahreshebungen den Hebungsberechtigten vom Erben des Stifters, welcher Grundstücke dafür verpfänden sollte, als Vermächtniss hinterlassen wurden [3]). Man sagt nun zwar auch von agri vectigales, dass sie dem Volk oder der Stadt obligantur vectigalibus oder obligati seien (Hygin. de condic. agr. 116, 5. 19); verstanden werden kann aber diese Unterwerfung unter Vectigal doch nur, wenn eben vectigalibus zu obligari hinzugefügt ist, welches allein gesetzt stets nur Ver-

[3]) Vgl. Henzen tabula alim. Baebiorum Romai 1845. p. 16 seq. Ein Beispiel der letztern Art enthält die Inschrift von Ariminum bei Grut. 1100, 6 = Orelli 3116. Hier hatte L. Septimius Liberalis letztwillig nach Erbeseinsetzung der Septimia Prisca für immer den Decurionen und Vicanen von sieben zu Ariminum gehörigen Dörfern jährliche kleine Gaben, wofür 21 Grundstücke obligiert werden sollten (obligari iussit), vermacht und, da von diesen Vermächtnissen wegen Verletzung des Falcidischen Viertels ein Sechstheil in Abzug kam, die Tochter der Erbin auf diesen Abzug zu Gunsten der Stadt (populus) verzichtet. Man sieht nicht, ob dieser auch die Grundstücke vermacht waren. Wahrscheinlich war auch das alimentarische Vermächtniss in Orelli-Henzen 6669 ähnlich fundiert.

pfändung bezeichnet, und wenn Henzen (l. c. p. 25 seq.) auch die Traianischen Stiftungen mit obligatio praediorum schlechthin sich doch in ähnlicher Weise vollzogen dachte, wie die des Plinius (ep. 7, 18), d. h. durch Belastung der Grundstücke mit Vectigalien, so bewog ihn dazu nur die irrige Meinung, dass eine Verpfändung die Grundstücke blos für das geliehene Capital, nicht auch für die Zinsen haftbar gemacht haben würde [4]). Vielmehr ist auch bei diesem obligare, wie in L. 12. D. de alim. leg. (34, 1) L. 9. D. de ann. leg. (33, 1) an Verpfändung zu denken, welche ohne Zweifel an Städte nach altem republicanischem Recht durch subsignatio (Lex Malacit. c. 60. 63), bei den Stiftungen des Kaisers, welcher sich in Fiscalsachen wie ein anderer Privatus verhielt, durch gewöhnlichen Pfandvertrag mit dessen Beamten oder stillschweigend nach der lex vacuaria (Fr. de iure fisci 5) geschah [5]).

---

[4]) Eben so, aber nach einer andern irrigen Ansicht, dass nehmlich obligare, welches auf den alimentarischen Urkunden zwar regelmässig den Eigenthümern und Pfandschuldnern, aber einige Male auch dem Vertreter des Kaisers beigelegt wird, nicht auch vom Pfandgläubiger gesagt werden könne, Bachofen, Röm. Pfdr. I. S. 227 fg. Gelegentlich möge hier die Vermuthung einen Platz finden, dass im Eingang zu der Stiftung für die Bäbier (Orelli-Henzen 6664) zunächst ex auctoritate statt ob liberalitatem und dann an der lückenhaften Stelle obligarunt praedia ... to Ligures Baebiani, welche von Borghesi mit de proprio, jetzt gewöhnlich nach Henzens Vorschlage mit dem eben so wenig passenden ex proposito ausgefüllt wird, vielmehr ob HS. [IIII] et octo zu ergänzen ist. Denn auch auf der Veleiatischen Tafel steht die Gesammtsumme im Eingange mit ob davor, sowohl in der Haupturkunde als auch in der obl. facta per Corn. Gallicanum. Zugleich erfahren wir damit den Betrag der einzigen unlesbar gebliebenen Pfandsumme der Bäbischen Stiftung (col. I. v. 19—25), nehmlich 7800 Sesterze. Denn rechnet man alle einzelnen Pfandsummen zusammen, und auf die eine fehlende nach einem mittleren Betrage 7800, so kommen eben 408,000 als Gesammtsumme heraus. Ueber die Bezeichnung der Zahlen vgl. Zell, Handb. der Röm. Epigr. II. 5. 19; Marquardt, Röm. Alt. V. 2. S. 42. Zugleich ist zu beachten, dass die Bäbische Urkunde Alles abgekürzt giebt.

[5]) Mein Census der frühern Kaiserzeit S. 128. Anm. 259. Ueber die verschiedenen andern Meinungen, die nicht so unterscheiden, vgl. Savigny,

Bleiben wir nun bei Radicierungen durch aufgelegtes Vectigal stehen und suchen uns darüber näher zu orientieren, so sagt zunächst Hyginus l. c. von den Vectigaläckern überhaupt:

> Vectigales autem agri sunt obligati quidam r. p. p. R., quidam coloniarum aut municipiorum aut civitatium aliquarum, qui et ipsi plerique ad populum Romanum pertinentes ex hoste capti partitique ac divisi sunt per centurias, ut adsignarentur militibus, quorum virtute capti erant. (Es scheint hier ausgefallen quod si oder vielmehr wegen ähnlicher Endigung quod si factum erat) amplius quam destinatio modi quamve militum exigebat numerus; qui superfuerant agri, vectigalibus subiecti sunt, alii per annos quinos, alii vero mancipibus mentibus id est conducentibus in annos centenos plures ve [6]). Finito illo tempore iterum veneunt locanturque ita ut vectigalibus est consuetudo.

Der Gromatiker belehrt also seine Leser über das Recht und die äussere Gestalt der agri vectigales dahin, dass sie, einige dem Gemeinwesen des Römischen Volks (nicht dem Kaiser), andere dem Römischer Städte durch Vectigal verpflichtet sind. Auch die letzteren (die der Städte) [7]) seien

---

verm. Schriften V. p. 57. Puchta, Instit. §. 118. Bruns, fontes p. 119 ed. 3.

[6]) Die richtige Interpunction, die Hinzufügung von quinos (mit Goesius) und die Emendation pluresve statt des überlieferten plures vero habe ich schon im Servius Tull. S. 580 bekannt gemacht. Vgl. jetzt auch Mommsen, Röm. Staatsrecht II. S. 433, der den ersten Theil der Stelle gewaltsamer, aber auch zum Schaden des Sinnes, emendiert. Anders der von ihm nicht beachtete Degenkolb, Platzrecht S. 147. 240. Vgl. Puchta, Institut. von Rudorff, 7. Aufl. §. 245. Anm. g.

[7]) Dass solchen auch publice (durch Lex) oder durch Senatsbeschluss ager fruendus datus sein konnte, sagt auch die Lex agrar. von 643. v. 31, wo fruendus nicht mit Marquardt, Röm. Alt. V. 2. S. 152 im Widerspruch mit den Agrimensoren so zu verstehen ist, dass sie dem Aerar dafür ein Vectigal entrichten, sondern so, dass sie statt des Aerars die Benutzung erhalten sollten. Doch möchte das Ackergesetz mit diesem ager fruendus

jedoch grösstentheils (plerique), da sie noch als eroberte Kriegsäcker dem Römischen Volk gehörten, zwecks der Assignation an Soldaten (bei Gründung von Colonien) sowohl nach den Himmelsgegenden (partitique) als auch in Centurien eingetheilt worden: und wenn nun bei der Assignation Aecker übrig blieben, weil die Grösse der bestimmten Lose oder die Zahl der zu betheilenden nicht das Ganze, d. h. alle Centurien erschöpfte, so seien diese übrigen (vacuae centuriae quae in assignationem non ceciderant Sic. Fl. p. 163, 6) Vectigalien (zu entrichten von denen, welchen sie unter dieser Bedingung überlassen wurden) unterworfen worden, und zwar wieder von doppelter Art, theils je fünfjährigen (per annos quinos, was nur in diesen fünf Jahren alljährlich gleichmässige vom Manceps zu entrichtende Abgaben voraussetzt), theils für je hundert und mehr Jahre (in annos centenos u. s. w.). An dieser Stelle hat nun aber unser Text wahrscheinlich noch einen grossen Fehler, da eine Verpachtung von Vectigalien auf hundert oder mehr Jahre an Mancipes sonst unerhört und an sich (weil über die Amtsdauer und damit das Verfügungsrecht des verpachtenden Magistrats und über die Lebzeiten der Mancipes hinaus, die doch selbst ein Geschäft machen wollten!) [8]) ein Unsinn ist. Mommsen (Staatsrecht a. a. O.) streicht daher die Worte mancipibus ementibus id est conducentibus, während Degenkolb sich der 100 Jahre durch den Vorschlag entledigt: locantur enim alii per annos, alii vero mancipibus ementibus id est conducentibus in annos quinos pluresve (also über

datus noch eine besondere, von der gewöhnlichen datio des Gründers der Stadt verschiedene Art der Verleihung von ager publicus gemeint haben, wahrscheinlich mit einem gewissen Rückfallsrecht, da er daselbst mit den trientabula (wovon später) zusammengestellt wird.

[8]) In meinen Osk. Sprachdenkm. S. 54 fg. habe ich zwar, um die handschriftliche Lesart zu halten, an die gleichsam corporative Natur der societates publicanorum erinnert. Aber bei den Erben in L. 59 pr. 63 §. 8. D. pro soc. (17,2) ist doch nicht an Erbeserbeserben in ökonomisch unabsehbarer Zeit gedacht, und der andere vom Magistratsrecht hergenommene Einwand wird damit gar nicht beseitigt.

die Magistratszeit hinaus!). Eine regelrechtere und darum weniger gewaltsame Kritik wird die Stelle nicht eines für den Sinn so wesentlichen Bestandtheils berauben, sondern annehmen, dass das zweite alii vero mit dem quinos davor einmal ausgefallen, am Rande ergänzt und dann, wie häufig, am falschen Ort mit Weglassung des dahin schon äusserlich nicht passenden quinos, nehmlich vor statt hinter den obigen Worten in den Text gesetzt wurde [9]). Es ist also zu lesen: alii per annos quinos mancipibus ementibus id est conducentibus, alii vero in annos centenos pluresve, und es gab demnach zwei Arten solcher Vectigalien und Vectigaläcker: alle fünf Jahr an Mancipes verpachtete, welche also die Stadt durch Mittelspersonen, übrigens aber, wie unsere Quittungen zeigen, auch in jährlich von ihnen gezahlten Pachtgeldern nutzte, und auf hundert oder mehr Jahre zu einem Vectigal ausgethane, welches nicht verpachtet, sondern vom Aerar oder der Stadtcasse unmittelbar in alljährlich gleicher Summe erhoben wurde.

Nachdem nun Hygin. p. 116, 16—20 noch bemerkt hat, dass von jenen in Centurien getheilten eroberten Aeckern mitunter manche Centurien ihren frühern Eigenthümern zurückgegeben worden, die dann in dem auf der Karte zu bemerkenden Umfange (man lese quae id habeant inscribtum statt id habeant inscribtum que) nicht vectigal seien, fährt er hinsichtlich der Behandlung der verpachteten Vectigalien Seitens der Mancipes fort:

> Mancipes autem qui emerunt lege dicta ius vectigalis, ipsi per centurias locaverunt aut vendiderunt proximis quibusque possessoribus;

woraus hervorgeht, dass die hier gemeinten Publicanen das Vectigalrecht an der Gesammtfläche der vectigalischen Aecker einer Colonie auf fünf Jahre kauften (oder pachteten) und sie dann wieder centurienweise einzelnen benachbarten Abnehmern

---

[9]) Eine Spur dieser Irrung bewahrt die Handschrift rec. B., wo hinter centenos noch steht alii uinos.

ebenso überliessen; einzelne Strecken (bemerkt Hygin denn noch v. 23 seq.), welche wegen Sterilität keinen Abnehmer fanden, wurden compascuum (nach der lex dicta als zubehörige Gesammtweide allen Abnehmern der Centurien vom Manceps mit überlassen). In jenem dem Manceps abgetretenen Vectigalrecht der Stadt lag nehmlich das ihr als Eigenthümerin und zwar als staatlicher feste Einkünfte ohne eigene Mühe erstrebender Eigenthümerin zustehende Nutzungsrecht (vehere, agere) dieser Aecker, die sie ja auch z. B. durch ihre Sclaven selbst hätte bewirthschaften können; daher es keine unzulässige Aenderung des Gegenstandes bei der weiteren Ablassung war, wenn der Manceps, der demnach, falls er nur die vom Colonen in der städtischen lex dicta erforderten Eigenschaften hatte, auch selbst hätte ‚colere' können (L. 2. §. 1. D. de adm. rer. ad civ. 50, 8), dann die Centurien an die Einzelnen gegen das in der lex dicta bestimmte Vectigal abliess[10]): ähnlich wie auch der Kauf einer Pfandsache vom Gläubiger zur Sicherung eines eigenen Deckungsrechts aus ihr zugleich als Kauf des Pfandrechts und der Sache angesehen werden muss (L. 2. L. 5. §. 1. L. 6. D. de distr. pign. 20, 5). Die Ueberlassung dieses staatlichen und darum beständigen Nutzungsrechts an die Abnehmer der Centurien war aber nach Inhalt der lex dicta so gemeint und damit ein wesentlicher Unterschied des Vectigalackers von privatem blossem Pachtacker gesetzt, dass sie mit ihren Nachkommen (Successoren) für immer oder doch eine sehr lange Zeit (L. 3. D. si ager vect. 6, 3), so lange sie nur das Vectigal zahlten, das Land zur Nutzung haben sollten (daher centurias locaverunt aut vendiderunt): die blos fünfjährige Verleihung an den Manceps auch in der ersten Verpachtung widersprach dem nicht, da sie blos hinsichtlich des Rechts der Beziehung des Vectigal von den für immer zugelassenen Colonen fünfjährig

[10]) Dieses zur Behebung des Anstosses, den man an der Stelle des Hyginus und überhaupt an dem Sprachgebrauch, dass statt ‚vectigalia' auch ‚agri publici' publicano locantur gesagt wird, genommen hat. Vgl. Degenkolb und Rudorff oben in Anm. 6.

und ausserdem auch die jedesmalige Erneuerung des Vertrags nach fünf Jahren eine ständige Verfassungseinrichtung war.

Aehnlich wie die städtischen Aecker wurden nach p. 117, 5 seq. auch manche der (in den Bürgerkriegen eingezogenen Oros. 5, 18, von Augustus aber bekanntlich wieder ersetzten) Aecker der Vestalinnen und Pontifices, die selbst ein Theil der Aecker des Römischen Volks waren, vectigal gemacht und an Mancipes auf je fünf Jahre ausgethan, jedoch auch wohl (wir wissen nicht, unter welchen Umständen und weshalb) jahresweise verpachtet, wogegen hier von Ueberlassung auf je hundert oder mehr Jahre nicht die Rede ist.

Mit dieser Darstellung Hygins stimmt auch die des Siculus Flaccus de condic. agr. p. 162, 20 seq. im Wesentlichen überein, der nur von den ähnlichen subsiciva im engeren Sinn [11]) d. h. den durch die partitio et per centurias divisio nach auswärts hin abgeschnittenen, also selbst nicht centuriierten Stücken des im Ganzen für die Colonie bestimmten Areals handelt. Die Stelle lautet bei Lachmann:

> Auctores enim divisionis assignationisque aliquando subseciva rebus publicis coloniarum concesserunt (entsprechend dem, dass nach Hyginus sehr viele vectigale Colonialäcker ursprünglich auch dem Römischen Volk gehörten), aliquando in condicione illorum remanserunt (also als Aecker des Römischen Volks, wie sie jene auctores überkommen hatten, vgl. Frontin. p. 8, 6 [12]). quae quidam [id est coloni] sibi donata vendiderunt, aliqui vectigalibus proximis quibusque adscripserunt, alii per singula lustra locare soliti per mancipes reditus percipiunt, alii in plures annos.

Diese letzte Periode wird wohl im ersten Satze vielmehr

---

[11]) Im weitern Sinne rechnete man dazu auch alle nicht assignierten Centurien oder Theile von solchen. Frontin. de controv. p. 20, 3 seq. Vgl. auch p. 6—8.

[12]) Als solche wurden sie von diesen oft einzelnen Verdienten assigniert. Hygin. de lim. p. 197, 10.

quae quidem coloni sibi donata vendiderunt zu lesen und also auf die erste Classe der den Colonien concedierten subseciva zu beziehen sein, so dass das Glossem id est nur eine Folge der Corruptel quidam statt quidem war. Die coloni d. h., wie häufig, die Colonialstädte, verfügten über die ihnen geschenkten subseciva durch vendere und zwar so, dass manche (aliqui) sie (kleinere Stücke) mit den nächsten (centuriierten und so nach Hyginus der Stadt gehörigen) Vectigaläckern (bei der Verpachtung) vereinigt hatten, wonach sie deren rechtlich ökonomische Behandlung theilten, andere nutzten sie durch selbständige Verpachtung an Mancipes auf je fünf Jahre, andere ohne Dazwischenkunft von Mancipes durch Verleihung auf mehrere Jahre. Doch scheint der Schluss der Stelle durch Weglassungen verderbt. Wahrscheinlich hiess es ursprünglich: alii in C pluresve annos vendiderunt.

Weder durch Hyginus noch durch Siculus Flaccus erfahren wir, wovon es abhing, ob man die (beständige) Ueberlassung mit Verpachtung auf je fünf Jahre an Mancipes, oder die auf hundert und mehr Jahre eintreten liess, und welches Recht und durch welches Rechtsgeschäft (da der Ausdruck vendere mehrdeutig ist) in dem einen und in dem andern Fall die Vectigalbauern an den Grundstücken erhielten. Hinsichtlich der Art der Nutzung konnten mehrfache Rücksichten entscheidend sein. Bei der Nutzungsweise durch Mancipes konnte man nach Vorbehalten in der ersten lex dicta in der spätern zeitgemässe Veränderungen, welche auch die Pflichten des Vectigalbauern erhöhten, treffen, z. B. den Betrag des Vectigal steigern, für bessere Erhaltung der Aecker in gutem Stande mittels aufgelegter Multen, welche die Mancipes in ihren Contracten wiederholten, Sorge tragen, wie wir das in den Herakleischen Verpachtungen von Tempelländereien finden (meine Multa und Sacram. S. 27. 348): und wie regelmässig die Bereicherung der Kämmerei durch Verfall solcher Geldstrafen war, ist daraus zu ersehen, dass nach den neu entdeckten Tafeln der lex coloniae Genetivae Juliae c. 65. 69. (Ephem. epigr. III. p. 92. 93)

die allernothwendigste Ausgabe des städtischen Budgets, die jährlich auf die Sacra der Colonie zu verwendende Summe auf Strafgelder aus der Vectigalienverpachtung angewiesen war. Die andere Nutzungsweise verlieh sichere feste Einkünfte, ohne dass man sich um die Cultur zu bekümmern brauchte, und die Möglichkeit nach hundert Jahren, wo vielleicht das Grundstück für Anlagen oder Bauten der Stadt nothwendig wurde, es einzuziehen. Auf das Recht des Vectigalbauers und das Rechtsgeschäft mit ihm kommen wir später.

Stehe es nun aber mit diesen Fragen, wie es wolle, wir werden nun nicht irren, wenn wir das avitum et patritum (nehmlich vectigal) auf solche einer Stadt zinsbare Aecker beziehen, die auf hundert oder mehr Jahre — vielleicht denn auch auf immer — gegen Entrichtung eines Vectigal ohne Dazwischenkunft eines Manceps ausgethan waren. Sie selbst waren überhaupt auch vectigale, das Vectigal hiess aber avitum et patritum, weil es sowohl auf Seiten der es beziehenden Colonen oder Municipes als auch auf Seiten der Inhaber des Grundstücks beständig, concret ausgedrückt, vom Grossvater her (auf welchen man wie bei der solennen Römischen Namensangabe in der Bezeichnung allein zurückging, hier auch deshalb, weil von avus auch die weitern Ascendenten proavus, atavus u. s. w. benannt werden) auf Kind und Kindeskinder in einer festen Summe unverändert fortging, während bei andern Vectigaläckern die alle fünf Jahre wechselnde Dazwischenkunft von Mancipes der Einnahme und Abgabe einen zeitlich wechselnden Charakter verlieh, bei jener nur in der mit dem jederzeitigen Manceps vereinbarten Gesammtsumme mit enthalten und zu berechnen, bei dieser auch noch von den mit den Colonen noch besonders zu treffenden Verabredungen abhängig war.

Sähe man zugleich auf das Recht des Colonen am Grundstück — welches aber bei beiden Arten von agri vectigales gleich beständig ist — so wird bei der Bezeichnung der Erbgang vom Vater auf den Sohn wie in dem Zwölftafel-

gesetz über die Intestaterbfolge (cui suus heres nec escit) als selbstverständlich vorausgesetzt. Denn dass beim ager vectigalis jemals die Verleihung wirklich blos zugleich für Sohn und Enkel geschehen sei, wie es Justinian für kirchliche Emphyteusen in Nov. 7. c. 3. vorschrieb, später auf die der Kirche in Constantinopel beschränkte (Nov. 120. c. 1—6), ist nach der Aussage unserer Quellen, die nur von beständiger oder einer solchen gleich zu achtender Verleihung auf hundert und mehr Jahre sprechen, nicht anzunehmen. Dagegen hebt Gaius juristisch genauer neben der beständigen Verleihung die Erbfolge hervor, wenn er unter den Beispielen der Verwandtschaft von Kauf und Miethe 3, 145 anführt: veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu inde vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse. Doch ist auch dieses schwerlich ganz genau, insofern doch damit nicht gesagt werden soll, dass der Erbpächter blos vererben und nicht auch weiter verkaufen dürfe, was nur thatsächlich blos ausnahmsweise geschah. Auch ergeben dieses Recht die Worte des Plinius (ep. 7, 18) von Vectigaläckern: et ager ipse propter id, quod vectigali large supercurrit (den Mehrertrag über das Vectigal hinaus) semper dominum, a quo exerceatur, inveniet. Eben so Paulus L. 1. pr. D. si ager vect. (6. 3), der allgemein von Successoren spricht [13]). So trifft denn doch die ver-

[13]) In diesem Sinne wird auch die juristisch schwierige Brundusinische Grabinschrift bei Grut. 801, 5 = Orelli 4431 (vgl. meine Multa und Sacram. S. 319. 333) zu verstehen sein — zugleich die einzige mir bekannte Quellenstelle ausser der des Hyginus, welche von hundert Jahren spricht. Der Stifter des Grabmonuments hat es für sich und seine Frau bei beider Lebzeiten und für seine Freigelassenen und deren Nachkommen, ausdrücklich aber nicht auch für seine Erben errichtet und fügt nach deren Erwähnung das Strafverbot hinzu: neque ulli liquebit locationis causa in annis centum quandoq. transvendere . quod siqui adversus it fecerint, eorum bona pertinere debebunt ad rempublicam Brundisinorum. Man hat bisher immer das in annis centum von einem Verkauf locationis causa auf so

meintliche Aehnlichkeit des avitum — auch wenn man es mit Mommsen auf das Recht des Erbpächters am Grundstück bezöge — mit unserem alten und befestigten Grundbesitz nicht zu, bei dem zugleich die Verknüpfung desselben mit einer bestimmten Familie wesentlich ist.

Ehe wir weiter gehen, ist ein anscheinender, besonders auch von Mommsen (Ephem. epigr. III. p. 104 seq.) beachteter Widerspruch in unsern Quellen zu berücksichtigen. Frontinus (grom. p. 17) sagt:

> de iure territorii controversia est de his, quae ad ipsam urbem pertinent (was er nachher p. 18. solum agreste, quod in tutelam rei fuerit assignatum urbanae nennt) sive quid intra pomerium eius urbis erit, quod a privatis operibus obtineri non oporteat (nachher: urbanum solum, quod operibus publicis datum fuerit aut destinatum). eum dico locum, quem nec ordo ullo iure a populo poterit amovere (vgl. demoveri Cic. agrar. 3, 4, 15).

Aehnlich sagt davon Hyginus de limit. p. 197, 20. nec venire aut abalienari a publico licebit und Frontinus unterscheidet p. 54, 17. silvae et pascua publica Augustanorum hominibus data, quae etia mvendere possunt, und solche oder fundus Septicianus coloniae Augustae Concordiae, welcher videtur ad personam coloniae ipsius pertinere, neque ullo modo abalienari posse a republica.

Ausserdem lautet c. 82. der neu entdeckten Tafeln der lex colon. Genet. [14]):

---

viele Jahre verstanden. Dann müsste es aber in annos centum heissen und das Ganze hätte auch sonst keinen Sinn. Vielmehr wird der Stifter Vectigalbauer der Stadt Brundusium mit einer Verleihung des Grundstücks auf hundert Jahre im Sinne von L. 3. D. si ager vect. (6, 3), also mit Verpachtung an Mancipes gewesen sein. Indem er dieses als bekannt voraussetzt, verbietet er den Erben den auf Grund der locatio ihnen sonst zuständigen Verkauf (mit dem Grabmal) nur innerhalb der 100 Jahre der Verleihung unter der Verwarnung, dass sonst ihre bona (er versteht darunter das Vectigalgut) heimfallen sollen.

[14]) Ich gebe den Text nach der Ausgabe von Mommsen in der Ephem.

Qui agri quaeque silvae quaeq(ue) aedificia c(olonis) c(oloniae) G(enetivae) J(uliae), quibus publice utantur, data adtributa erunt, ne quis eos agros neve eas silvas vendito neve locato longius quam in quinquennium, neve ad decuriones referto neve decurionum consultum facito, quo ei agri eaeve silvae veneant aliterve locentur. Neve (lies neque), si venierint, itcirco minus c(oloniae) G(enetivae) J(uliae) sunto. Quique iis rebus fruc[t]us erit, quot se emisse dicat, is in iuga (lies iugra) [15]) sing(ula) inque annos sin(gulos sestertios) C c(olonis) c(oloniae) G(enetivae) Jul(iae) d(are) d(amnas) [esto, eiusque pecuniae cui volet petitio persecutioque ex hac lege esto.

Man versperrt sich das Verständniss dieses Capitels, wenn man es mit Giraud in schillernder Weise bald auf Kämmereigrundstücke (der Stadt selbst) bald auf den einzelnen Stadtbürgern assignierte bezieht. Nach den Worten und dem Sinne spricht es blos von Grundstücken der erstern Art, wenn man nur beachtet, dass nach gewöhnlichem Sprachgebrauch coloni oder municipes auch von der Colonie oder dem Municipium als juristischer Person gesagt wird. Verbietet es nun mit der Nichtigkeitsclausel solche Grundstücke zu verkaufen oder auf länger als fünf Jahre zu locieren, was als über das blosse Verwaltungsrecht der Magistrate hinausgehend auch auf Veräusserung hinausläuft, so scheint dieses mit den Nachrichten, von denen unsere ganze Untersuchung ausging, in Widerspruch zu stehen, wonach solche Aecker doch auch auf 100 Jahr und länger ausgethan werden konnten. Auch kann man diesen Widerspruch nicht durch die Annahme lösen, dass dieses eine

---

epigr. III. p. 91. Dazu dessen Commentar p. 104. Man vergleiche auch Giraud les nouveaux bronzes d'Osuna. Paris 1877, p. 59.

[15]) Iuga kommt erst in der Steuerverfassung der Kaiserzeit — frühestens seit Augustus — und da mehr als eine Steuereinheit, die ursprünglich 100 Jucharte umfasste, denn als ein Ackermass vor. Vgl. meinen Census und Steuerverfassung der frühern Kaiserzeit S. 89 fg. Zugleich wären 100 Sesterze für ein iugum eine unbegreiflich geringe Strafe.

Besonderheit der Colonie Julia Genetiva oder auch des kaiserlichen Colonial- und Municipalrechts seit Julius Cäsar gewesen sei. Er erstreckt sich weiter. Denn auch die oben S. 170 flg. angeführten Stellen der Agrimensoren über Vectigaläcker sprechen von hundert und mehrjährigen Verleihungen von Aeckern des Römischen Volks und Römischer Städte so, dass sie dieselben auf Städtegründungen und Aeckeranweisungen des alten republicanischen Staatsrechts zurückführen. Die richtige Lösung ergibt sich indessen durch die Hinweisung auf den aus L. 6 pr. L. 72. §. 1. D. de contr. empt. (18, 1) bekannten Unterschied der beiden Arten von res publicae, namentlich auch Grundstücken, derer, welche in usu publico und damit unveräusserlich sind — von diesen spricht das c. 82 cit., wie der von Mommsen nicht beachtete Zusatz quibus publice utantur deutlich zeigt — und derer, welche in pecunia oder in patrimonio populi und damit veräusserlich sind, wie denn schon Liv. 31, 13 solche agri vulgo venales des Römischen Volks anführt und hinsichtlich der Städte z. B. die Colonie Luca auf der Veleiatischen Tafel Nr. 43 grosse Strecken, die früher Privaten gehört hatten, dem Kaiser für empfangene Stiftungscapitalien verpfändete [16]). Auch ist es nicht genau, wenn Mommsen die Unveräusserlichkeit auf die der Stadt bei ihrer Gründung zugewiesenen Grundstücke beschränkt und sie für diese schlechthin behauptet, wogegen sie über die von Privaten ihr geschenkten freies Verfügungsrecht gehabt habe. In der Regel wird dieses wohl zutreffen; aber der Gegensatz ist doch ein anderer. Es kommt darauf an, ob der Gründer

---

[16]) Eigenthümlich ist die oft missverstandene Auffassung und Bezeichnung des Gegensatzes bei Frontin. l. c. p. 54, 17 seq. (vgl. p. 197, 20 seq.). Er sagt, wenn auf den Karten stehe z. B. silvae et pascua publica Augustanorum (p. 198, 5. assignata Juliensibus) haec videntur hominibus data (gleichsam der menschlichen privatrechtlichen Seite der Colonen), quae etiam vendere possunt. Stehe aber geschrieben coloniae Augustae Concordiae, so gehe dieses auf die staatsrechtliche Seite der Colonie selbst, neque ea ullo modo abalienari posse a rep.

die Grundstücke nach der Lex als integrierende Theile des ‚territorium' (Frontin. l. c. p. 17. 197), der persona coloniae ipsius (ib. p. 54), also gleichsam als Gliedmassen des aus Bürgern und Boden bestehenden Gemeinwesens [17]), sei es zu wirklichem staatlichem Usus der Bürger wie bei Curien, Fora, Wegen, Weiden u. s. w., oder auch zum beständigen Unterhalt ihrer Gebäude, Plätze u. s. w. oder selbst auch ihres Gemeindehaushalts in Einkünften, wie das Römische Volk auf diese Weise die in formulam provinciae gebrachten Länder eigenthümlich besass, zugewiesen, oder ob er sie ihr unbeschränkt zur Verfügung überlassen hat, wie wir bei den centuriae vacuae und den subsiciva annehmen müssen, von denen die Agrimensorenstellen (oben S. 170 flg.) sprechen. Und auch hinterdrein kann die Stadt selbst von Privaten Grundstücke, namentlich mit der Zweckbestimmung für einen usus publicus geschenkt oder vermacht erwerben, die durch besondere publicatio ebenfalls unveräusserlich werden. Ohne Beschränkung erworbene stehen aber naturgemäss zur freien Verfügung der Stadt und namentlich also auch in der Regel von Privaten irgend wie, durch Kauf, Schenkung u. s. w. erworbene, auf welche ein Eigenname derselben von einem frühern Privateigenthümer hinweist. So bezieht sich denn auch auf diesen Unterschied die verschiedene Bezeichnung auf den agrimensorischen Karten, ob etwas territorio zugeschrieben ist, was ein früheres Privatgrundstück nur auch sein kann, z. B. fundus Septicianus (Frontin. l. c. p. 54), oder ein ordini coloniae datum (worüber die Finanzbehörde der Stadt, das Decurionencollegium, freies Verfügungsrecht hat, vgl. Cic. agrar. 2, 14, 34. 35), was regelmässig ein früheres Privatgrundstück sein wird, z. B. silva et pascua Semproniana (Frontin. l. c. p. 198), wie

[17]) Verkehrt und ohne allen Grund in den Quellen ist aber die Angabe Rudorffs (Feldmesser S. 286), dass diese Zutheilung unter die Compagnien (centuriae, centuriatio) geschehen sei. Centuriae werden hier gar nicht erwähnt und heissen bei den Agrimensoren überall das bekannte Ackermass, zehn Actus ins Gevierte.

die Städte dergleichen oft erwarben (lib. colon. p. 226, 2. 7. p. 259, 2).

Hiermit stehen nun auch alle Beispiele der letztern Art, auf welche wir das avitum bezogen, in Einklang. Das von dem avitum et patritum unserer Quittungen wenigstens insofern, als der Name eines einstigen Privatbesitzers (fundi Rudiani) hinzugefügt wird, was bei den auf je fünf Jahre verpachteten fullonica und pascua nicht der Fall ist. In der Inschrift von Ferentinum (oben S. 165) werden uns die Verhandlungen des Spendenstifters mit dem Senat der Stadt wegen vier bestimmter Grundstücke mitgetheilt, wobei es auf den Sinn zweier Ausdrücke ankommt: redemit a republica (um 70,000 Sestertien) und in avitum reip. reddidit, um der Stadt bestimmte Einkünfte daraus für die jährlichen Spenden zu verschaffen. Das erstere anlangend ist nun zwar jedes redimere auch ein emere und Erwerben und blos so verstanden und auf irgend welche städtische Grundstücke bezogen könnte es eben mit deren Unveräusserlichkeit in Widerspruch stehen. In seinem besondern Sinne geht aber das Wort nicht auf ein allgemein nur Seitens des Stifters von der Stadt erworbenes Grundstück (nach Mommsen) und heisst redimere überhaupt auch nicht nach Bechmann (der Kauf I. S. 37) ‚kaufen zu einem besondern Zweck', ‚ankaufen' oder ‚an sich bringen' [18]), sondern zunächst

[18]) Auch die dort von den übrigen Synonyma des emere vendere gegebenen Bestimmungen ihrer besondern Nüance oder ursprünglichen Bedeutung scheinen mir, wenn diess hier gelegentlich bemerkt werden darf, nicht zutreffend. Mercari geht nach seiner nächstliegenden Ableitung von μέρος, μερικῶς ursprünglich auf den einmaligen Gesammtkauf, um durch den Wiederabsatz im Einzelnen zu gewinnen; daher mercator ganz wie das Englische dealer (der Theiler) von deal der gewerbsmässige Kaufmann, merx die feil gehaltene Waare, mercatus das Markthalten zum Verkaufen, mercari besonders gern das Kaufen vom Staat (Lex agrar. V. 71. Lex Malac. c. 65. Gai. 2, 54. L. 54 pr. D. de hered. pet. 5, 2), weil dieser z. B. Beute, Vermögen, Kriegsgefangene im Ganzen verkauft, u. s. w. Nur scheinbar ähnlich ist auf der Seite des Verkäufers distrahere, welches nicht ‚das Verkaufen um Geld für die Sache zu erlangen' bezeichnet (so Bech-

zurück-, wieder kaufen, z. B. L. 1. §. 25. D. depos. (16, 3) L. 9. §. 16. D. de hered. inst. (28, 5), dann aber mit der besondern Beziehung, etwas durch den Kauf in seinen frühern normalen Zustand zurückbringen, wie die Theile einer Sache zur Wiedervereinigung in einer Hand (L. 35. D. mand. (17, 1), den Gefangenen oder Sclaven zur persönlichen, die verpfändete Sache zur Pfandfreiheit (L. 39 pr. L. 41 pr. D. de contr. empt. (18, 1), und hieraus hebt sich wieder die damit verbundene Aufopferung oder Anstrengung hervor, theils im Gegensatz zum Erwerbe durch Schenkung oder Legat L. 82. §. 2. 3. D. de leg. 1, theils in dem zu erworbenen keine Mühe machenden Sachen wie in opus, vectigalia, litem redimere, besonders auch im tadelswerthen eigenen Interesse, worüber man die Lexica nachsehen kann. Nach jener erstgedachten Begriffsnüance setzt nun das redimere a rep. selbst voraus, dass diese Grundstücke erst von Privaten — worauf auch die Namen der ersteren hinweisen — in irgend einer besonderen Weise, ohne zu dem ursprünglichen Territorium zu gehören, an die Stadt gefallen waren, aus welchem Verhältniss der redemtor sie durch seinen Kauf wieder zurückbrachte. Uns genügt, dass auch schon redemit ursprüngliche Privatgrundstücke anzeigt, die also der Stadt im Zweifel als veräusserliche gehörten. Dass er selbst sie etwa als der Stadt obligierte durch lex commissoria und gerade wegen einer Schuld von 70000 Sestertien an sie verloren habe, ist nicht nothwendig anzunehmen. Der zweite Ausdruck, in avitum reip. reddidit — wenn wir vectigal dazu

---

mann), sondern nach der natürlichen Bedeutung des gewaltsamen trahere ursprünglich auf ein executives Verkaufen geht, welches die Sache nicht mit einem gern zustimmenden Willen (des Eigenthümers) von dem übrigen Vermögen trennt (dis). Vgl. Gell. 20, 1, 19. membra inopis debitoris brevissimo (lies saevissimo) laniatu distrahebantur, sicuti nunc bona venum distrahuntur. Daher eben besonders vom creditorischen Pfandverkauf üblich. Aehnlich geht actio rationibus distrahendis auf erzwungenes Sondern und Klarstellen der Rechnungen des Vormundes, der sie in seinem Interesse in einander gewirrt hat.

verstehen — findet im Ganzen seine Erklärung schon in dem verwandten Sprachgebrauch bei Hygin. de condic. agr. p. 117, 5: Virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt locatim. Genauer kommen wir später darauf zurück. Endlich gehört zu der zweiten Classe von Grundstücken auch das Beispiel aus Plin. ep. 7, 18, welcher geradezu zur Bezahlung der seiner Vaterstadt Comum versprochenen Stiftungssumme von 500,000 Sesterzen erst eines von seinen Privatgrundstücken, welches einen weit höhern Werth hatte, dem Sclaven und Actor der Stadt mancipierte, um es mit Auflegung eines jährlichen Vectigal von 30000 (also 6 Procent Zinsen von jener Stiftungssumme) zurück zu erwerben (eundem vectigali imposito recepi tricena milia annua daturus). Dass dieses Vectigal auch kein auf je fünf Jahre zu verpachtendes, sondern ein gleichmässig unmittelbar zu beziehendes war, geht theils aus seiner Bezeichnung als reditus certus, theils aus der Sinnlosigkeit der Verpachtung einer einzelnen festen alljährlichen Einnahme dieser Art hervor.

Steht es nun aber auch fest, dass avitum das für eine Stadt auf ein für hundert oder mehr Jahre überlassenes Grundstück gelegte, nicht zu verpachtende Vectigal war, — bisher ist doch noch Manches unklar geblieben. Welches Recht und durch welches Rechtsgeschäft erwarb der das avitum Entrichtende an dem Grundstück? Wie verhält sich dieses zu dem aus Gaius 3, 145 und den Pandekten bekannten ager vectigalis? In welchem Zusammenhange steht unser avitum et patritum mit der schon in ältern Quellen vorkommenden Verwendung dieser Ausdrücke? Und weshalb ist es in unsern spätern Quellen völlig verschwunden? Unter diesen Fragen sind die unter sich zusammenhängenden ersten beiden bei weitem die wichtigsten.

Mommsen bezeichnet den Grundstücksinhaber bei diesen agri vectigales mit avitum als Erbpächter und denkt ihn sich in diese Lage versetzt durch den mit der Gemeinde um den beständigen jährlichen Kanon geschlossenen Pachtcontract

(Gai. l. c.), die Gemeinde aber als Eigenthümerin, nur beschränkt durch das Erbpachtrecht. Durch solchen Contract würde dann also auch Plinius das der Gemeinde Comum mancipierte Grundstück von ihr, Quinctilius Priscus die zuerst von der Gemeinde Ferentinum redimierten und dann an sie zurückveräusserten Grundstücke von dieser zurückerhalten haben. Diese Ansicht ist auch nicht Mommsens besondere Erfindung. Er hat damit nur unsere gewöhnliche, in allen Rechtsbüchern zu findende Vorstellung vom ager vectigalis der Römischen Städte auf die vorliegenden ‚Rentenschenkungen' angewandt. Diese Anwendung oder sagen wir gleich deutlicher, diese Identificierung des ager vectigalis der Pandekten mit dem hier zur Frage stehenden dürfte sich aber bei näherer Prüfung nicht halten lassen; es wird vielmehr zu behaupten sein, dass der uns vorliegende vermeintliche ‚Erbpächter' vielmehr durch Mancipation Eigenthümer solcher Vectigalgrundstücke und das Vectigal ihm durch eine lex mancipii aufgelegt wurde, die Gemeinde also nur ein vectigal publicum als ius in re behielt, während das Grundstück dem Eigenthum nach dem Inhaber als fundus privatus gehörte — gerade das Umgekehrte also von dem, was man jetzt nach L. 1. §. 1. D. si ager vect. (6, 3) sich unter dem ager vectigalis denkt. Unsere Beweise sind diese.

Plinius nennt den Inhaber des Grundstücks geradezu dominus (vgl. S. 177), was man um so weniger mit der gewöhnlichen Ansicht als abusiv gesetzt annehmen kann, als er vorher für solche Stiftungen das Des agros? mit der Antwort Ut publici neglegentur abgewiesen, also die Eigenschaft eines publicus ager von diesem ager vectigalis ausgeschlossen hat. Und wenn er auf agrum . . . actori publico mancipavi als dagegen Geschehenes eundem vectigali imposito recepi folgen lässt, so geht dieses Wort zumal in diesem Gegensatz am natürlichsten und nach dem beständigen Sinne von capere und seinen Zusammensetzungen (terra mari coelo, ex hostibus, usu capere, mancipio accipere, fructus percipere, usu receptio) doch auch auf zurückerlangtes und nur durch das vectigal

impositum beschwertes oder vermindertes Eigenthum. Durchaus das Grundstück erscheint als Object des daran sowohl durch das recipere als das imponere vectigal zu erlangenden Rechts ohne alle sonst doch zu erwähnende Grundlage einer zunächst die Person verpflichtenden locatio. Dasselbe gilt von dem fundos ab rep. HS. LXX m. n. . . . redemit . . . et in avitum reip. reddidit der Ferentinatischen Inschrift. Anstatt der seltsamen Umständlichkeit von drei Rechtsgeschäften zwischen Stadt und Stifter, welche Mommsen annimmt, werden wir nach diesen Worten formell vielmehr ein einziges nur materiell zwei in sich vereinigendes anzunehmen haben: Der Stifter liess sich die Grundstücke von der Stadt um 70000 Sesterze (pretio Fr. Vat. 50) zu Eigenthum mancipieren — insoweit redemit, was nicht auch eine Zahlung der Summe, die Plin. l. c. widerräth (verendum est ne dilabatur), in sich schliesst — indem sie zugleich mit einem avitum, einem beständigen Vectigal für die Stadt (wie deducto usufructu Fr. Vat. l. c.) in den Mancipationsworten belastet wurden — insoweit in avitum (d. h. in condicionem aviti) reip. (Genitiv, nicht Dativ) reddidit, welches Wort hier in dem sehr gewöhnlichen Sinne von facere (z. B. durch Assignation publicos agros reddere privatos) steht, also er brachte sie bei der redemtio in die Lage eines der Stadt zuständigen avitum. Ohne diese formelle Zugehörigkeit des reddidit zu dem redemit HS. LXX. m. als Einem Acte würde das folgende ex quorum reditu u. s. w. nur höchst gezwungen auf jenes frühere Rechtsgeschäft zurückbezogen werden können.

Noch klarer wird die Sache durch Cicero's dritte agrarische Rede, besonders 2, 9. Diese Rede ist nur gegen das 40. Capitel der Rullischen Rogatio gerichtet, welches bestimmte: quae post Marium et Carbonem coss. agri aedificia lacus stagna loca possessiones publice data donata assignata vendita concessa possessa sunt, ea omnia eo iure sunto, quo quae optimo iure privata sunt. Damit, sagt Cicero, mache sich Rullus nicht nur zu einem (aus selbstsüchtigen Gründen) verschwiegenen Ver-

theidiger der offen von ihm bekämpften Sullanischen Proscriptionen und Ackervertheilungen, sondern gehe über deren Ungerechtigkeit noch weit hinaus. Dieses zeigt Cicero zuerst für die Sullanischen Eigenthumsverleihungen (data . . . concessa), zuletzt auch für die possessa, und zwar bei den ersteren aus der Clausel eo iure sunto, quo qui optimo iure privata sunt, indem damit bei den ersteren jede beschränkte oder doch nicht so gute Art des Eigenthums in unbeschränktes bestes, bei den letztern aus der Natur des Besitzes, indem dieser damit überhaupt in Eigenthum, sogar bestes, verwandelt werde. Wohin rechnet er nun die agri vectigales? Nicht in die zweite Classe und unter das prätorische Recht (3, 11), was man erwarten müsste, wenn die Inhaber eigentlich nur Besitz mit einem durch die Zahlung des Vectigal bedingten dinglichen Klageschutz, die Stadt Eigenthum hätte, sondern in die erste. Er sagt 2, 9: ‚Ut quae optimo iure privata sint'. Etiamne meliore, quam paterna et avita? Meliore . . . . Optimo enim iure ea sunt profecto praedia, quae optima conditione sunt. Libera meliore sunt, quam serva. Capite hoc omnia, quae serviebant, non servient. Soluta meliore in causa sunt, quam obligata: eodem capite subsignata omnia, si modo Sullana sunt, liberantur. Immunia commodiore conditione sunt, quam quae pensitant. Ego Tusculanis pro aqua Crabra vectigal pendam, qui mancipio fundum accepi: si a Sulla mihi datus esset, Rulli lege non penderem. Die praedia quae pensitant sind, wie das folgende Beispiel zeigt, die vectigalia. Mag in diesem auch das Vectigal sehr unbedeutend gewesen sein, weil es anscheinend nur für eine von den Tusculanern, denen jene aqua gehörte (pro Balbo 20, 45), Cicero's Grundstück etwa durch eine Ableitung (vgl. L. 1. §. 15. L. 2. D. de flum. (43, 12) L. 10. §. 2. D. de aquae pluv. (39, 3) L. 17. D. de serv. pr. rust. 8,3) gewährte Wasserbenutzung und nicht wie bei den gewöhnlichen agri vectigales für deren ganzen Ertrag geleistet wurde — auf die Grösse des Vectigal kann nichts ankommen — wie denn auch in L. 39. §. 5. D. de leg. 1 das vectigal pro forma

aquae jedem andern vectigal praedii gleichgestellt wird — genug, Cicero war Eigenthümer des vectigalen Grundstücks durch Mancipation und hatte er auch nicht selbst es von den Tusculanern so wie Plinius von den Comensern imposito hoc vectigali erworben, so doch nach diesem Beispiel irgend einer seiner Vormänner, wahrscheinlich auch so, dass er zwecks der impositio es selbst erst einem Actor der Tusculaner mancipiert hatte. Auch erscheint dieses Eigenthum nach der obigen Stelle durch das Vectigal, diese wahre Reallast, ganz eben so als durch ein ius in re beschränkt und vermindert, wie die damit zusammengestellten praedia subsignata durch Pfandrecht, die praedia servientia durch eine Servitut, daher auch von den agri vectigales gesagt wird vectigalibus serviunt, obligati, subiecti sunt (Hygin. p. 116, 5. 11. p. 117, 19.).

Dass nach Plin. l. c. die necessitas vectigalis agri pretium infringebat, da jeder Käufer mindestens den capitalisierten Betrag des Vectigal von dem sonstigen Werthe des Grundstücks in Abzug brachte, versteht sich hiernach von selbst. Es wird auch bestätigt durch eine ganze Reihe von Professionen für Grundstücksverpfändungen der Traianischen Stiftung für Veleia, (N. 2. 3. 13. 15. 16. 17. 19. 22. 24. 30. 31. 38. 40. 41. 42. 43. 44) bei denen die verpfändenden Eigenthümer den Werth gewisser Grundstücke (eben der vectigalen) mit dem Zusatz deducto vectigali, bei einigen auch noch mit Abzug der Summe, für welche ihr Grundstück früher schon für die kaiserliche Stiftung durch Gallicanus in Pfand genommen war, angeben. Indem man hierauf (zuerst wohl Savigny in der Recension der Wolf'schen Schrift, Heidelb. Jahrb. 1809 S. 254 = Vermischte Schr. V. S. 57 fg.) die gewöhnliche Compendienansicht von den agri vectigales anwandte, und unter dem obligare praedia eine mancipatio fiduciae causa verstand, deren solche blos zu prätorischem Recht besessene Grundstücke doch nicht fähig waren, gerieth man in mehrfache Verlegenheit. Diese bleibt aber auch ohne diesen letzteren Irrthum bestehen. Denn wie würde der Kaiser zumal für eine immerwährende Stiftung sich

überhaupt mit einem Pfande an Grundstücken begnügt haben, welches mit dem Rechte der Verpfänder daran nach Ablauf der Zeit, auf welche es verliehen war, oder auch schon wegen einmaliger Nichtzahlung des Vectigal (Gai. 3, 145. L. 31. D. de pign. 20, 1) von selbst wieder erlosch? Nach der richtigen Auffassung brauchen wir das deducto vectigali hinter oder bei praedia rustica in allen jenen Professionen nicht sprachwidrig mit Savigny zu deuten: mit Ausnahme der nur zu Vectigalrecht besessenen Grundstücke. Wir brauchen auch nicht in N. 44 et fund(um) Salvianum et campum vectigal(em) et non vectigal(em) die letzten vier Worte als irrige zu streichen, da sie einfach aussagen, dass sowohl das zinspflichtige als das zinsfreie Stück dieses Campus verpfändet sein solle (worauf eben das deducto vectigali im Eingange der N. 44 geht), gleich wie wir auch in N. 37 profitiert oder verpfändet finden den (zinsfreien) fund(um) Amminianum, Atilianum, Propertianum cum casis vectigalia (lies vectigalib(us) Eburcianis. Besonders interessant ist endlich noch die N. 43.[19]), wo die Stadt Luca eine grosse Anzahl von bedeutenden praedia, die früher Privaten gehört hatten, zur Verpfändung profitiert, zweimal mit dem Zusatz vectigalia et non vectigalia, worauf sich auch am Ende, weil da überhaupt von Abzügen von der zunächst profitierten Werthsumme die Rede ist, das habita ratione etiam vectigalium bezieht, also = dem sonstigen deducto vectigali [20]). Hier wäre es doch die verkehrte Welt, wenn die Stadt als Inhaberin der praedia vectigalia (im Sinne unserer Compendien) und Entrichterin des Vectigal gedacht werden sollte, wogegen es gar kein Bedenken hat, Grundstücke zu verstehen, für welche sie als Eigenthümerin Vectigal an benachbarte Städte

---

[19]) Nach anderen Beziehungen von mir erläutert in dem Census der frühern Kaiserzeit S. 77 Anm. 161.

[20]) Früher hatte ich es irrig darauf bezogen, dass die Stadt von den angekauften Liegenschaften Manches zu Vectigalrecht ausgethan habe, wovon sie dann nur den Capitalwerth des jährlichen Vectigal als das Ihrige angeben und verpfänden konnte; a. a. O. S. 128.

zahlen musste, da aus derselben Numer hervorgeht, dass die profitierten Grundstücke nur zum Theil in dem Gebiete von Luca, andere in denen von Veleia, Parma oder Placentia lagen, von deren Bürgern also die Stadt jene vectigalen Grundstücke erworben hatte [21]).

Aber stösst nicht wieder das Vorbild dieser städtischen Vectigalien an Vectigaläckern, der ager vectigalis des Römischen Volks selbst, unseren Beweis um? Nach der gäng und geben Vorstellung über ihn wohl [22]), denn sie kennt diesen nur als ein im Eigenthum des Römischen Volks stehendes Grundstück auch dann, wenn es zugleich ager privatus heisst, was man denn auf blos vom Prätor geschütztes Recht des Inhabers an ihm bezieht, ähnlich wie bei dem städtischen ‚Erbpächter'. Aber sehen wir näher zu. Bekanntlich gibt es zwei Arten, wie Staatsacker, der an sich in der Regel nur als solcher dem Aearium ein Vectigal von dem, der ihn nutzt, gewährt, doch auch als vectigaler an Private gelangen kann, durch Verkauf und durch Assignation. Wir beginnen mit dem ersteren. Wird — auf Verstattung durch einen Senatsschluss (Cic. agrar. 2, 14, 34) oder selbst einer Lex Staatsacker von einem Magistrat, in der Regel dem Quästor (mitunter auch dem Censor Liv. 32, 7, 3. 40, 51, 5. 41, 27, 10. Mommsen Staatsrecht II. S. 410) verkauft (ager quaestorius, Hygin. p. 115, 15. Sic. Fl. p. 136, 14. 152, 23), was schon in alter Zeit besonders mit eben erobertem Lande geschah (vgl. die Stellen bei Schwegler Röm. Gesch. II. S. 412), so, sagt man, blieben solche Aecker, denen deshalb ein reelles

---

[21]) Ein älteres Beispiel, allerdings noch aus einer damaligen Provinz, wo bei einer befestigten Dorfschaft, dem castellum Vituriorum, die zu der Stadt Genua gehörte, veräusserlicher Privatacker derselben (quem agrum eos vendere heredemque sequi licet) für die Frage, ob er der Hauptstadt vectigalpflichtig sei, in Betracht kam, gewährt der Schiedsspruch der Minucier (Orelli 3121) bald zu Anfang.

[22]) Vgl. besonders Rudorff Feldmesser S. 287. Mommsen C. I. L. I p. 90. Marquardt Röm. Alt. V. 2. S. 150. 176.

oder wenigstens nominelles Vectigal aufgelegt wurde (daher quaestorii et vectigales (Hygin. p. 125, 19. p. 131, 11) im Eigenthum des Volks so, dass der Staat dem Käufer nur den festen Besitz (habere licere) derselben mit dem Recht der Veräusserung und Vererbung gewährte: daher die Lex agrar. 49. 66 von einem ihnen gleichgestellten Acker sagen konnte: isque ager locus privatus vectigalisque esto.

In dieser Darstellung liegt nun aber doch mehr nur eine der aufgestellten Behauptung angepasste Auffassung der Quellen als ein Beweis für sie und prüft man die Quellen näher, so ergeben sie selbst einen Gegenbeweis. So beweist die letzte angeführte Gesetzesstelle vielmehr was uns auch schon von städtischen Vectigalien bekannt ist, dass Privatacker zugleich dem Staat vectigalpflichtig sein konnte und wenn er denn privatus heisst, doch eben nicht publicus war. Zwar spricht die Stelle von Provincialacker (Africa); aber was in der Provinz so hiess, würde in Italien in civilem Eigenthum stehender Acker gewesen sein. Aus der blossen Natur des Verkaufs, der allerdings zur Prästation des habere licere verpflichtet, kann man aber doch auch nicht herleiten, dass kein wirkliches Eigenthum vom Staat übertragen und ihm ein Vectigal geblieben sei. Umgekehrt spricht Cicero von dem in der Rogatio des Rullus verordneten Verkauf der agri publici überall (agrar. 2, 18, 47. 19, 50. 21, 55. 56. 24, 64. 27, 72. 29, 81. 30, 82) so, dass er eine dadurch bewirkte abalienatio der Aecker — den eigentlich nur von der Mancipation gebrauchten Ausdruck (mein Recht des Nexum S. 41) — und den Verlust der Vectigalien daran voraussetzt. Und bringt nicht auch eben jene dem Verkauf eignende Verpflichtung zur Prästation des habere licere es vielmehr mit sich, dass der Staat von jeher eben so wie ein Privatverkäufer Eigenthum — wenn und wie er selbst es hatte — und zwar unbeschränktes (ohne Vectigal, wenn er dieses nicht ausdrücklich vorbehielt) zu übertragen also auch zu mancipieren verpflichtet war und es bei diesem Einzelverkauf eben so wohl, wie durch die praedae oder bo-

norum sectio übertrug. So steht auch bei Liv. 4, 48, 3 als Privateigenthum der Plebejer den patricischen Possessionen des ager publicus gleichmässig quod venisset adsignatumve publice esset gegenüber und ebenso bei Trebatius (L. 16. D. de acq. rer. dom. 41, 1) das quid cuique datum esset, quid venisset dem quid in publico relictum esset, was also nach ihm das venditum nicht war. Hygin. p. 131, 11 sagt allerdings: de modo quaestiones fere in agris divisis et assignatis nascuntur, item quaestoriis et vectigalibus subiectis, quoniam scilicet in aere et in scriptura modus comprehensus est. Das heisst aber doch nicht, dass der quaestorius ager stets auch ein vectigaler sei, sondern es wird deutlich ein solcher quaestorius hervorgehoben, der beim Verkauf zugleich einem Vectigal unterworfen wurde; nur bei diesem hielt der Quästor wegen des öffentlichen Interesses am Vectigal darauf, dass in der Kaufurkunde (scriptura) wie bei dem assignierten in der Colonialkarte (aes) Gränze und Juchertenzahl angegeben wurde, welches Hülfsmittel der Feldmesser bei dem gewöhnlichen quaestorius ager nicht hatte (p. 122, 23 seq. — 153, 5 p. 154, 1). Ebenso ist denn auch p. 125, 19 zu verstehen. In der leider lückenhaften Stelle p. 115, 20 sprach er auch augenscheinlich von solchen quaestorii agri, die zu bestimmten Bedingungen verkauft waren. Alle diese Stellen beweisen also nur, dass es ausnahmsweise auch vom Römischen Volk mit (bei der Mancipation) aufgelegtem Vectigal zu Privateigenthum verkauften Acker gab.

Aber auch im Begriff des Vectigal liegt kein Widerspruch gegen die Auflegung desselben auf ein Grundstück bei seiner Verwandlung in ein Privatgrundstück und somit gegen dessen Bestehen an einem solchen. Zu eng und damit irrig definiert Mommsen (Staatsrecht II. S. 411) das Vectigal allgemein und für alle Zeiten als die Bodenabgabe an den Staat, sofern er Eigenthümer des Bodens ist. Das entspricht nur der ursprünglichen Anwendung des Begriffs, wonach das Vectigal von einer eingeräumten blossen Benutzung von Staatsgrundstücken

(Weiden, Hafen u. s. w.) erhoben wurde [23]). Es gab aber bekanntlich schon seit einer Lex von a. u. 397 (Liv. 7, 16) auch ein Vectigal von Freilassungen, also von dem den Herren durch eine iusta et legitima manumissio gewährten Erwerbe des Patronatsrechts an Mitbürgern, und als sich die staatliche Souveränetät (imperium et potestas) über Menschen und Boden namentlich auch hinsichtlich der Personen der Bürger immer mehr auch auf deren ökonomisches Recht, also auf sie, insofern der Staat ihnen einen sächlichen Erwerb gewährte, erstreckte [24]), wonach endlich seit Anfang der Kaiserzeit selbst ein Vectigal von dem Erwerbe von testamentarischen Erbschaften oder Legaten und von in der Auction gekauften Privatsachen aufkam, bildete es den natürlichen Uebergang hierzu, dass der Staat immittelst auch schon von dem seinen Bürgern gewährten Erwerbe seiner Grundstücke ein Vectigal sich ausbedingen konnte, womit eben die agri quaestorii et vectigales entstanden. An dieser Bewegung vom Faktischen zum Rechtlichen im Grunde des Vectigal nahm aber naturgemäss auch das Theil, wodurch man dieses auflegte — anfangs iure imperii, dann auch durch Lex (Gai. 4, 28), selbst endlich auch lege mancipii. Dabei war das Vectigal immer noch ein Ausfluss des Staatseigenthums an dem verkauften Boden, welches sich vom Privateigenthum eben dadurch unterschied, dass es in seinem Grunde, dem Imperium, die erwer-

[23]) Nach diesem Begriff, der in Anwendung auf Grundstücke auch später noch immer die Regel bestimmte, schlug Appius Claudius bei Berathung des cassischen Ackergesetzes vor, das gemeine Land nach vorheriger Vermessung theils zu verkaufen, theils (als vectigales) zu verpachten (Dionys. 8, 43), und sagt Appian (bell. civ. 1, 7), dass die Römer das eroberte Land theils an Colonen ausgetheilt, theils verkauft, theils verpachtet hätten. Damals war also ager vectigalis in der That stets publicus und stand dem ager privatus gegenüber, was ebensowohl der venditus wie der assignatus war.

[24]) Besonders begünstigt musste diese Auffassung dadurch werden, dass man anfing, Land und Leute in formulam provinciae zu bringen. Vgl. meinen Census und Steuerverf. der Kaiserzeit S. 36.

bende Person mit erfasste und so ein beständiges Vectigal durch die lex mancipii (nuncupatio) ebenso als eine Reallast [25]) aufgelegt werden konnte, wie eine blos die Sache als solche ergreifende Servitut von Seiten eines mancipierenden Privateigenthümers. Stellt man nun aber gar die Regel auf, dass der vom Staat verkaufte Acker (quaestorius) von jeher vectigal und damit rechtlich fortdauernd ager publicus und zu verpachten gewesen sei, so setzt man sich auch mit allen den Stellen in Widerspruch, in denen der verkaufte Acker dem verpachteten entgegengesetzt wird (Anm. 23). — So bleibt als wenigstens scheinbares Argument für die herrschende Ansicht nur übrig, was Liv. 31, 13 erzählt. Der Staat konnte das zweite Drittheil der im zweiten Punischen Krieg aufgenommenen Darlehnsschuld den andringenden Gläubigern nicht bezahlen. Da nun viele derselben sich Aecker anschaffen wollten, wozu sie, wie sie sagten, eben Gelegenheit hätten, beschloss der Senat, ihnen solche von dem nächsten Staatslande statt Geldes anzubieten: consules agrum aestimaturos et in singula iugera asses vectigales, testandi caussa publicum agrum esse, inposituros; ut si quis, quum solvere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum populo. Die Gläubiger gingen darauf ein und man nannte dieses Land trientius tabuliusque ager, quia pro tertia parte pecuniae datus erat. Offenbar lag hier eine ähnliche (nur umgekehrte) datio in solutum vor, wie sie Plinius ep. 7, 18 mit seiner Vaterstadt durch Mancipation seines Ackers einging, nur dass den Gläubigern ein Rückverkaufsrecht zugestanden wurde, wovon sie aber keinen Gebrauch machten, wenigstens nicht alle, da dieses Land noch im Ackergesetz vom J. 643 v. 31 seq. als

---

[25]) Vgl. L. 7 pr. D. de publican. (39, 4). Dieselbe Schrift S. 139. Der Begriff der Reallast ist also, wie auch sonst schon bemerkt worden, dem Römischen Recht durchaus nicht fremd, nur dass es im Gegensatze zu dem die Gränze zwischen ius publicum und privatum verwischenden Deutschen Recht ihn blos im Verhältniss des Staats (oder einer Stadt) zu Privaten kennt.

trientabula vorkommt und daselbst nicht etwa erst zu Eigenthum gegeben (datus erat schon nach Livius), sondern in seinem bisherigen Recht für alle, die ihn hatten oder (auch durch Pacht) benutzten, unverändert gelassen wird [26]). Man versteht nun hier das testandi causa publicum agrum esse so, dass das fortdauernd zu zahlende Vectigal ein Zeugniss dafür sein sollte, der Acker sei immer noch ager publicus, und das könnte es ja auch heissen. Es kann aber auch das testandi causa vornehmlich auf das Auflegen des Vectigal bezogen werden, was selbst näher liegt, da, wie oben bemerkt, nur der Staat bei käuflicher Ueberlassung oder in solutum datio seines Landes diesem ein Vectigal auflegen kann. Auch entspricht dem mehr, dass ja die Auflegung nach Livius nur im Interesse der Gläubiger geschah, denen der Staat nicht definitiv aliud pro alio aufnöthigen wollte, um ihr Wiederverkaufsrecht an den Staat nach der Zahl der Asse für je ein Juchart im Verhältniss zu der Aestimation des empfangenen Ackers beim Aerar in der Erinnerung zu erhalten. Das Rückgaberecht scheint selbst dinglich bestimmt worden zu sein, da das Ackergesetz das Haben, Besitzen, Benützen mit bisherigem Recht auch für die Nachfolger durch Erbschaft oder deditio (Singularsuccession) bestätigt. Bot also ein Besitzer sein Land dem Aerar zum Rückempfang des Geldes an, so musste ihm dieses ex SCto gegen Remancipation des Grundstücks zurückgegeben werden [27]).

Die zweite Art von Privatäckern, welche dem Staat vectigal waren, brachte Gracchus auf. Er vertheilte (διέμεινε) durch sein Ackergesetz den Armen von den Reichen einge-

---

[26]) Richtiger als Rudorff, Zeitschr. f. gesch. R.-W. X. S. 160. 72 und ich selbst in den krit. Jahrb. für D. R.-W. Bd. 9. S. 596 hat Mommsen C. I. L. I. p. 90 davon gehandelt, dem ich aber jetzt auch nicht durchweg beitreten kann.

[27]) Der Erbe würde darauf selbst eine civilrechtliche Klage gehabt haben, weil der Quasikauf seines Erblassers mit diesem pactum adiectum auch dieses klagbar machte. Vgl. L. 2. C. de pact. int. empt. (4, 54).

zogenes Staatsland so, dass er ihnen ein Vectigal davon an das Aerarium auflegte und zugleich den Betheilten die Veräusserung ihrer Lose verbot. Neue Gesetze schafften bald nachher sowohl jenes Vectigal als dieses Verbot ab. (Plut. C. Gracch. 9. Appian. bell. civ. 1, 10. 27) [28]). Hier versteht man eine Vertheilung zu blossem ‚Erbpachtrecht' (Rudorff R.-G. I. §. 16. Mommsen C. I. L. I. p. 88) in Wahrheit ohne den geringsten Anhalt in den Quellen, die doch eine solche bei dem volksfreundlichen Tribunen doppelt auffällige Neuerung unmöglich unerwähnt lassen konnten, und blos nach dem Vorurtheil, dass ein Vectigal nur von Staatsland erhoben werden könne. Gracchus wird vielmehr durch seine Lex, die eben so viel vermochte wie eine Mancipation mit lex mancipii beim Verkauf, zugleich den Armen wahres Eigenthum gegeben und dieses mit einem Vectigal, welches sie aber nicht den Vexationen der Mancipes unterwarf, belastet haben, wozu auch das ohne Zweifel mit Strafen für Käufer und Verkäufer sanctionierte Veräusserungsverbot weit besser passt [29]). Ausserdem wissen wir von den zwölf Colonien des Livius, der doch nur hinsichtlich des Vectigals und Veräusserungsverbots von Gracchus abwich, dass deren Colonen das ius nexi hatten (Cic. pro

---

[28]) Nicht zu verwechseln ist damit 1) dass Sp. Thorius durch sein Gesetz (635) den weitern Einziehungen und Vertheilungen von Staatsäckern (im Besitz der Vornehmen) Einhalt that, aber so, dass die nun im Besitz bleibenden Possessoren davon ein Vectigal zahlen sollten, welches die Lex von 643 unter Verwandlung dieser Possessionen in gewöhnlichen Privatacker wieder abschaffte (Appian l. c., Rudorff a. a. O.); 2) Der Campanische Acker, den Gracchus von seinem agrarischen Gesetz ausgenommen und dann wahrscheinlich der Senat der Römischen Plebs in kleinern Parcellen zur Bebauung gegen ein verpachtetes Vectigal zugewandt hatte, wie es auch zu Cicero's Zeit und bis zu Cäsar's agrarischem Gesetz fortbestand. (Vgl. darüber Zeitschr. f. R.-G. V. S. 80 Anm.). In beiden Fällen handelte es sich um Vectigal von wirklichem ager publicus nach altem Recht.

[29]) Ein ähnliches späteres von Sulla bezog sich zweifellos auf wirkliche Eigenthümer. Cic. agrar. 2, 28, 78. Ebenso das des Cäsar Dio 38, 7.

Caec. 35, 102) [30]), was doch ohne Beziehung auf rechtes Eigenthum an ihren Grundstücken kaum denkbar ist (Gai. 2, 27).

So gab es also, wenn auch erst seit den letzten Jahrhunderten der Republik auch für den Römischen Staat neben dem nach alter Regel fortbestehenden ager publicus vectigalis im beständigen Besitze der Bebauer (vgl. z. B. Cic. agrar. 2, 31. Hygin. p. 137, 1) auch wirklichen Privatacker, der dem Aerar vectigal war, theils durch Verkauf, theils, wenigstens dem Princip nach und geschichtlich einmal vorgekommen, durch Assignation unter dieser Bedingung; denn dass nach Gracchus in Italien solcher Vectigalacker noch bestanden habe, dürfte sich nicht nachweisen lassen.

So hat sich denn ergeben, dass auch beim Römischen Volke von ihm durch Verkauf oder Assignation an Privaten übergegangenes Land ager vectigalis als wirkliches Privateigenthum sein konnte. Natürlich wurde auch dieses Vectigal nicht vom Censor verpachtet, sondern vom Quästor unmittelbar erhoben.

Gehen wir nun wieder zurück auf unsere beiden Hauptfragen (S. 184) und für diese auf die hinsichtlich ihrer noch unklar gebliebenen Stellen der Agrimensoren (S. 170), so sind wir jetzt in Stand gesetzt, folgendes Resultat unserer Untersuchung zu ziehen.

Wie das Römische Volk seit der spätern Zeit auf doppelte Art Ackervectigalien haben konnte, an eigenem und an Privatlande, so auch dessen Abbilder, die Römischen Städte. Die erstere ältere Art wird auch bei den Städten ursprünglich stets so vorgekommen sein, dass der, welcher den Acker von der Stadt zur Cultur gegen ein Vectigal übernahm, beständig, so lange er nur das Vectigal zahlte, darin blieb, also auch sein Erbe und selbst sein Käufer [31]), die sich nur als neue

[30]) Vgl. über das Recht dieser 12 Colonien Becker-Marquardt Röm. Alt. III. 1. S. 40 fg. 326. Die Zeitschr. f. R.-G. V. S. 77 fg.

[31]) Dass die alte possessio agri publici auch durch Kauf von Nachbarn erlangt wurde, sagt Appian. de b. civ. 1, 10. Wogegen der gewöhn-

Besitzer bei der Stadt melden mussten. Diese praedia vectigalia municipum sind die, von welchen Gaius 3, 145 und Paulus L. 1. D. si ager vect. (6, 2) sprechen und die auch sonst in den Pandekten mit einem gewissen, dem Inhaber (‚Erbpächter') an ihnen zugeschriebenen Rechte so oft vorkommen [32]), dass nicht gezweifelt werden kann, es sei dieses und zwar ganz ausschliesslich die juristisch technische Bedeutung von praedium oder fundus vectigalis. Auch kann dieses nicht auffallen; denn eben dieselben sind es auch, wegen deren der Prätor dem Berechtigten eine besondere, der rei vindicatio analoge, aber auch als Abart ihr entgegengesetzte in rem actio im Edict versprochen hat [33]). Was der Prätor so bezeichnet hatte, mussten die Juristen ja eben so verstehen. Nach der gemeinen Meinung war diese Klage ebenmässig für ager vectigalis des Römischen Volks und der Römischen Städte eingeführt und

---

lich eben so gedeutete Ausdruck deditio im Ackergesetz von 643 auf ager privatus vectigalis und jede Art der Uebertragung von Eigenthum (datio) zu beziehen ist. Vgl. oben S. 195.

[32]) L. 10. D. fam. erc. (10, 2), wo sie mit den superficiaria und den vom Verstorbenen nur b. f. besessenen zusammen den praedia nostri patrimonii entgegengesetzt werden; L. 16. §. 2. D. de pign. act. (13, 7), L. 31 D. de pign. (20, 1): sie können verpfändet werden, auch wenn der Eigenthümer bei ihrer Verleihung den Rückfall an ihn ausbedungen hat, falls das Vectigal innerhalb einer gewissen Zeit nicht gezahlt würde, mit dem dann aber das Pfandrecht erlöscht. L. 71. §. 5. 6. D. de leg. 1: wegen des aliquod ius an ihnen ist nach Julian das Vermächtniss derselben nicht blos an einen Dritten, sondern auch an die municipes, in deren Eigenthum sie stehen, giltig; L. 4. §. 9. D. fin. reg. (10, 1): diese Klage steht auch dem am fundus vectigalis Berechtigten zu. L. 15. §. 1. D. qui satisd. (2, 8): als possessor eines Grundstücks in der städtischen Feldmark ist derselbe cautionsfrei; L. 15. §. 2. D. de Public. act. (6, 2): auch wegen eines solchen Grundstücks findet die Publiciana statt; L. 16. D. de servit. (8, 1): der Berechtigte hat auch eine utilis actio wegen der Servituten des Grundstücks. Ausserdem: L. 15. §§. 26. 27. D. de damn. inf. (39,2). L. 1 pr. D. quib. mod. ususfr. am. (7, 4). L. 1 pr. D. de condict. trit. (13, 2). L. 25. §. 1. D. de usur. (22, 1). L. 7 pr. D. comm. div. (10, 3).

[33]) L. 66 pr. D. de evict. (21, 2). Tit. D. si ager vect. (6, 2). L. 15. §. 26. D. de damno inf. 39, 2).

daher schon alt, vielleicht nur von jenem auf diese übertragen [34]). Das scheint mir nicht richtig. Wo in unseren Quellen vom ager vectigalis publicus p. R. possessus in Italien die Rede ist, erscheint er in reinem Gegensatz zum Privatacker und als sein Klagschutz nur die Besitzesinterdicte im Gegensatz zur rei vindicatio [35]). Besonders aber ist zu bedenken, dass beim ager publicus p. R. dem Besitzer auch nach noch so langer Zeit die Einziehung kraft der Souveränetät des Staats über sein Eigenthum drohte. Wenn dieses Souveränetätsrecht wegfiel, wie es bei dem städtischen Acker der Fall war, und damit der Besitz und Genuss des ager vectigalis municipalis — so etwa wird das städtische Edict ihn näher bezeichnet haben — eben so ein beständiger, blos vom Willen des das Vectigal zahlenden Inhabers und seiner Nachfolger abhängiger blieb, erhielt er in der That einen eigenthumsartigen Charakter (vgl. Cic. agrar. 3, 2, 8), der den Prätor bewegen musste, ihn auch durch eine in rem actio zu schützen, gleichwie nun auch in den Provincialedicten der provinciale fast immer vectigale und später auch stipendiäre oder tributäre Privatacker durch eine ähnliche geschützt wurde (Frontin. p. 35. 36). Lässt Paulus L. 3. D. si ager vect. (6, 3) diese Vectigalklage auch zu, si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit, so war dieses wohl spätere Ausdehnung, nachdem der Begriff des ager vectigalis schon feststand, nach Analogie der dinglichen Superficiarklage (L. 1. §. 1. 3. D. de superfic. 43, 18), und zwar für solche Fälle, wo wie in dem der Inschrift von Brundusium (oben in Anm. 13) die Länge der bestimmten Zeit und die Art der Ueberlassung schliessen liess, dass keine gewöhnliche Privatpacht beabsichtigt sei. Denn nicht blos, wie man gewöhnlich annimmt, die beständige Verleihung, die nur die ursprüngliche Regel bildete, sondern das unterschied über-

[34]) Vgl. z. B. Puchta Instit. II. §. 245. Mühlenbruch Pandekten II. §. 294.

[35]) Fest. v. possessio p. 233 (sofern diese zuerst beim ager publicus vorkam). Cic. agrar. 3. c. 2 und 3. Lex agrar. v. 18.

haupt die agri vectigales nach dem staatsrechtlichen Begriff des vectigal selbst von den nicht vectigalen gegen eine blosse merces oder pensio überlassenen (L. 1 pr. D. h. t.), dass bei jenen iure publico, nach dem Vorbilde des Römischen Staats (Appian. de b. civ. 1, 7), von der Stadtbehörde das Vectigal bestimmt und zur Cultur gegen dasselbe geeignete Colonen nur aufgefordert wurden, worauf der Eintritt in diese, meistens auch durch den Manceps vermittelt (oben S. 172) und später bei schon cultivierten Grundstücken auch wohl nur gegen ein Antrittsgeld gestattet [36]), zunächst mehr den bebauten Acker als die Person des Colonen der Verpflichtung unterwarf (oben S. 168), die auch im Weigerungsfall iure publico durch Coercitionen erzwungen werden konnte [37]), und so ein eigentlicher Contract von der Stadt nur mit dem Publicanus abgeschlossen wurde, durch den gleich beim Austhun des Landes und dann fortlaufend durch die (duoviri) quinquennales in fünfjährigen Perioden die Stadt das Vectigal in einer vereinbarten Gesammtsumme mittelbar erhob: wogegen beim Privatpacht oder Kauf ein Consensualcontract die nur persönliche Verpflichtung des Pächters oder Käufers begründete. Da nun aber beim Vectigalacker materiell doch auch ein Consens zwischen der Stadt und dem Colonen vorlag, so konnte es zweifelhaft sein, ob jener stillschweigende Eintritt in die Cultur desselben für die Beurtheilung des Umfangs und der Art der Verpflichtungen zwischen

---

[36]) Eine Nachricht darüber hat sich nicht erhalten. Es deutet aber darauf die quinquagesima pars hin, welche bei der analogen Emphyteuse der zugelassene Käufer derselben nach Justinians Verordnung entrichten sollte. L. 3. C. de iure emphyt. (4, 65). Auch beriefen sich darauf wohl die, welche in der Ueberlassung eines ager vectigalis einen Kauf sehen wollten.

[37]) Regelmässig durch pignoris captio, wie bei jedem munus publicum (L. 239. §. 3. D. de verb. sign. 50, 16), die nur den Publicanen für gesetzliche Vectigalien des Römischen Volks als legis actio auch bewilligt wurde (Gai. 4, 28). Ueber die unmittelbare exactio der Städte, wenn es etwa zu keiner Verpachtung gekommen war, im Nothfall durch gesandtschaftliche Requisition der competenten Obrigkeit, vgl. Cic. ad div. 13, 11, 1.

der Stadt und dem Colonen als emtio (für ein in Raten zu zahlendes Kaufgeld) oder als locatio anzusehen sei (Gai. 3, 145), wenn man auch in einem allgemeineren Sinn (locum dare) die Zulassung des Colonen wohl stets locare genannt hatte und — was durchschlug — es für den Kauf doch an einem certum pretium fehlte.

Doch war diese durch einen Manceps nur vermittelte gleichsam populare factische Nutzung für den Charakter eines praedium vectigale nicht nothwendig und kam meist nur bei gewöhnlichen landwirthschaftlichen Grundstücken, Acker- oder Baumlande (ager) vor. Konnte zwar auch da der Manceps für das von ihm Gezahlte selbst nützen (vgl. S. 173), so lag bei Salinen, Bergwerken und allen ähnlichen einen einheitlichen Betrieb des ganzen überlassenen Areals voraussetzenden nutzbaren Grundstücken diese Nutzung selbst in der Natur der Sache[38]). Ihm überlassenes Weideland, wofür er von den es benützenden Viehhaltern wieder ein bestimmtes Vectigal sollte beziehen dürfen, machte gleichsam den Uebergang zwischen agri vectigales und solchen Grundstücken mit eigenem Betriebe. So konnten also auch in der Stadt liegende Grundstücke vectigale sein, wie Badehäuser und Walkereien (oben S. 164), so dass nur die Gestattung, einen Wohnbau auf städtischem

[38]) Ob dann auch ihm vor Ablauf seines Lustrum die Vectigalklage nach L. 3. D. h. t. gegeben wurde, etwa wegen der von ihm zum Betriebe getroffenen kostspieligen Einrichtungen, wonach er regelmässig die Pacht auch später behielt, könnte man fragen. Wenn Cuiacius (zu dieser Stelle in der Recit. ad Paul. lib. XXI. ad edictum) die Klage sobald die Pachtzeit über 5 Jahre betragen habe, Andere aber, wie Glück Pand. VIII. S. 382 und Savigny Besitz §. 9. S. 116. 7. Aufl. sogar bei jedem Zeitpachte die Vectigalklage zuliessen, so mochten sie besonders an Vectigalgrundstücke mit eigenem Betriebe des Manceps denken. Aber Paulus spricht in jener Stelle doch blos von agri vectigales und fundus vectigalis. Das Ungeeignete einer Lustralverpachtung bei nicht landwirthschaftlichen Grundstücken mochte übrigens den Staat und die Städte am ersten bei ihnen zu deren Abschaffung und zum eigenen Betriebe von Bergwerken, Fabriken u. s. w. veranlassen, was zur Folge hatte, dass der Ausdruck manceps die veränderte Bedeutung eines Betriebsdirectors erhielt.

Boden gegen ein solarium haben zu dürfen, wobei die an sich dauernde, weil grundstücksartige Körperlichkeit dessen, was der Nutzer hatte (superficies) — aber ohne die Individualität des Grundstücks selbst und daher ohne Eigenthum und possessio — den Prätor eben so zur Ertheilung einer in rem actio bestimmte, wie beim ager vectigalis die der Zeit nach beständige Fruchtnutzung — die Gränze der praedia vectigalia machten — daher vectigal und solarium unterschieden L. 39. §. 5. D. de leg. 1 ausser im weitern Sinne L. 2. 3. 17. D. ne quid in loco p. (43, 8), — und in diesem Sinne nannte man zu Cicero's Zeit (ad Attic. 12, 19, 1. 25, 1. vgl. L. 59. §. 2. D. de usufr. 7, 1) überhaupt rentabele Grundstücke, auch der Privatleute, vectigale im Gegensatz zu solchen, die nur Wohnung oder eine Annehmlichkeit gewährten [39]). Andererseits war es auch nicht nothwendig, dass die Vectigaläcker im Stadtgebiete lagen. Als verschieden von den agri vectigales der Städte auf deren ursprünglichem eigenen Gebiete erwähnen die Agrimensoren (Frontin. p. 49, 7. p. 52, 17 seq. Aggen. p. 80, 1 seq.) auch den Colonien schon von ihren Gründern aus benachbarten Stadtgebieten eigenthümlich zugewiesene Ländereien, die man praefecturae nannte (von einem Streite zweier Städte über solche vgl. Liv. 45, 13, 10), und diese werden doch eben so wie jene ursprünglichen Vectigaläcker benutzt worden sein. Als in den Bürgerkriegen die Städte der Gegenpartei nicht weniger wie die Privaten oft ihr Besitzthum verloren hatten und in Italien kein Boden mehr verfügbar war, statteten auch die Grossen der eigenen Partei, namentlich Cäsar, Augustus und andere Kaiser viele Städte — auch Provincialcolonien und Municipien — mit Vectigaläckern in den Provinzen aus, die vielleicht sämmtlich von dieser Art waren und dann sowohl ökonomisch wie juristisch ganz eben

---

[39]) Später hiessen nicht landwirthschaftliche aber auch rentabele Grundstücke suburbana. L. 1 pr. §. 2. D. de reb. eor. (27, 9). L. 16. C. de praed. et aliis reb. (5, 71).

so wie die Italischen behandelt wurden [40]), nur dass sie staatsrechtlich, wie andere Privilegien als widerrrufliche kaiserliche Gunstbezeigungen betrachtet wurden und daher der Bestätigung durch den Nachfolger bedurften [41]). Kam nun zwar so das Institut der städtischen Vectigaläcker auch in die Provinzen, so ist es doch durchaus unwahrscheinlich, dass schon im prätorischen oder Provincialedict die Benennung ager vectigalis den Zusatz id est emphyteuticarius erhalten habe, um diese Klage von der ausserordentlichen Eigenthumsklage wegen ager privatus auf Provincialboden, der ja auch stets vectigalis gewesen sei, zu unterscheiden [42]).

Die ohne Zweifel erst der Kaiserzeit angehörige Emphyteuse mag zuerst auch bei Provincialstädten des Ostens als materielle Nachahmung des ager vectigalis aufgekommen sein, gewiss dann aber nur bei peregrinischen und so, dass von

---

[40]) Frontin. p. 49, 10. Aggen. p. 80, 5—10. Von Arpinum, Regium und Atella, denen wahrscheinlich Cäsar in Gallien Vectigaläcker zugewandt hatte, Cic. ad div. 13, 7. 11. Von den Colonien des Augustus in Italien Suet. Oct. 46 erhielt z. B. Capua bedeutende Vectigaläcker in Creta Vellei. 2, 81. Dio 49, 14. Von Spanischen Römischen Städten vgl. ausser der Lex col. Jul. Genet. c. 82 (oben S. 179) auch die Lex Malac. c. 63 und über Sabora und Cartima C. I. L. III. n. 1423. 1956. Dort erhält Vespasian bei Verlegung der Stadt in die Ebene die ihr von Augustus ertheilten Vectigalien aufrecht, verweist sie aber wegen neu zu erlangender an den Statthalter, ohne dessen Bericht der Kaiser nichts thun könne. In der letzten Inschrift ist nicht klar, in welcher Weise die Priesterin Junia der Stadt publica vectigalia vindicavit. Ob, was Lamprid. Alex. 21 sagt: Vectigalia civitatibus ad proprias fabricas deputavit, von Vectigaläckern und nicht etwa von Handelszöllen zu verstehen ist, muss dahingestellt bleiben.

[41]) Hierauf mochte schon die Gefahr beruhen, in der Arpinum, Regium und Atella schwebten, ihre Aecker in Gallien zu verlieren (Anm. 40). Ausserdem ist besonders die Inschrift von Sabora zu vergleichen. Von Privilegien überhaupt: Sueton. Tit. 8. Dio 66, 19 u. s. w. Dirksen civ. Abh. I. S. 299. Die L. 10. C. de vectig. (4, 61) geht wohl hauptsächlich auf Handelszölle.

[42]) So Rudorff zu Puchta's Institut. §. 245 Anm. x und in seinem edictum de iurisdict. §§. 63. 64. Vgl. darüber mein Recht der Public. Klage S. 26.

Anfang an auch andere Grundbesitzer uncultiviertes Land so für einen beständigen Canon austhun konnten; sie entbehrte des Vectigal und damit der ganzen staatsrechtlichen Grundlage und Behandlung des ager vectigalis durch Verpachtung an Mancipes u. s. w. und daher auch der Unterstellung unter das Edict über die Vectigalklage, statt deren der Emphyteuta auch nur durch eine ähnliche, aber ausserordentliche Klage geschützt wurde, und erst spät, nachdem der Verfall der altrepublicanischen Verfassungsformen der Römischen Städte auch im Finanzwesen deren ager vectigalis in der That dem peregrinischen emphyteuticus immer mehr angenähert hatte, hat Justinian jene Gleichstellung des ager vectigalis mit dem emphyteuticarius, der bis dahin noch seine eigene uns wenig bekannte Geschichte hatte, vollzogen, wie dieses auch die gemeine Meinung annimmt. In dieser Gleichstellung bedingte zwar die regelmässige Zahlung des Canon noch das durch dingliche Klage geschützte Recht des Erbpächters am Grundstück, die Verpflichtung zum Canon war aber eine contractlich privatrechtliche, die nicht mehr das Grundstück wie eine Reallast ergriff.

Im völligen Gegensatz zu diesen städtischen Vectigaläckern des prätorischen Edicts war das städtische Vectigal an fremden Grundstücken (Privatäckern) wie für deren Erwerb, Recht und Verlust, so auch für die Klage, mit der der Eigenthümer sein Eigenthum geltend machte, selbst auch das im Provincialboden, eben so bedeutungslos, wie wenn sein Grundstück mit einer Servitut behaftet war, und aus diesem Grunde kennen die Römischen Juristen der Kaiserzeit in ihrer durch ihren überwiegend privatrechtlichen Standpunkt bestimmten Rechtssprache agri vectigales in diesem blos passiven (d. h. den Inhaber nicht zu einer besonderen Klage und damit auch zu einem besonderen ius in aliena re berechtigenden) Sinne überhaupt nicht. Selbst die privaten Provincialgrundstücke, obgleich sie doch alle dem Römischen Volke vectigal waren, nennen sie nur nach einer andern Abgabe an das Volk oder

den Kaiser, die als eigentliche Abgabe vom Vermögen das Eigenthum nicht so unmittelbar berührte, wie das die fruchttragende Eigenschaft der Grundstücke unmittelbar ergreifende Vectigal, praedia stipendiaria oder tributaria (Gai. 2, 21). Es darf das aber, wie wir gesehen haben, nicht verleiten, denselben Sprachgebrauch auch für die ältere Zeit, wo man hiernach praedia munia oder quae pensitant und immunia unterschied (Cic. agr. oben S. 187), und selbst in der Kaiserzeit für das Verkehrsleben und in den agrimensorischen Schriften als den ausschliesslichen oder selbst auch nur gewöhnlichen anzusehen. Wie sehr häufig auch solche Vectigaläcker in der frühern Kaiserzeit waren, zeigen die Professionen der Veleiatischen Tafel (oben S. 188). Wenn nun Hygin in der Hauptstelle p. 116 (oben S. 170) unter den von den Städten mit Vectigal belasteten Aeckern diejenigen, deren Nutzung alle fünf Jahre an Mancipes und diejenigen, welche mit Ausschluss von Mancipes auf hundert oder mehr Jahre ausgethan wurden, unterscheidet und unter den ersteren, welche der alten Behandlungsweise der agri publici p. R. im Römischen Census folgten, städtisch bleibende Acker verstanden werden müssen, so werden wir die zweite Classe unbedenklich auf solche beziehen, die auf so lange Zeit zu Privatäckern und zwar wahrscheinlich durch Verkauf mit vorbehaltenem Wiederkaufsrecht gemacht wurden. In den Schlussworten finito illo tempore (von fünf, beziehungsweise hundert Jahren) iterum veneunt locanturque ita ut vectigalibus est mos geht dann veneunt auf diese zweite Classe, locantur auf die erste — eine auch sonst nicht seltene Aenderung der vorhergehenden Folge, die hier aus dem bei Vectigalien gewöhnlichen synonymen Gebrauch von venire und locari noch erklärlicher wird.

Diese zweite Classe der städtischen agri vectigales bei den Agrimensoren hatte dann ihr Vorbild in dem ausnahmsweise ähnlich verkauften ager quaestorius et vectigalis und den trientabula und wiederum waren sie das Vorbild solcher Privatvectigaläcker, wie wir sie aus Cicero's dritter agrarischen Rede,

Plinius Briefen, den Professionen der alimentarischen Tafeln u. s. w. — da nur ohne bedungenes Rückkaufrecht — kennen gelernt haben. Hiernach bezog sich denn auch der Ausdruck (vectigal) avitum et patritum auf das Vectigal einer Stadt an solchen ihr nicht gehörigen Aeckern und datierte schon aus der vorkaiserlichen Zeit. In der Kaiserzeit benutzten aber Private dieses Institut besonders dazu, um einer Stadt zuzuwendende Stiftungscapitalien für sie mit sicheren Einkünften in ihren Grundstücken zu radicieren, während der Staat, wir meinen den Kaiser, für seine Stiftungen den Weg der unkündbaren hypothekarischen Beleihung von Grundstücken der Städter im Interesse der Stiftung einschlug. Dass der jüngere Plinius zuerst auf diesen Gedanken gekommen sei, möchte man aus seinem Briefe zu schliessen geneigt sein. Unsere älteren Quittungen und die häufige Erwähnung von solchem vectigal in Traians Stiftungsurkunde, wenn dieses meist auch auf geringere Vectigalien gehen mochte, lassen aber die Vermuthung zu, dass Plinius doch schon Vorgänger hatte.

Unsere Erklärung des Ausdrucks avitum et patritum (oben S. 176) erhält durch die genauere Bestimmung der Art, wie dasselbe auf dem Grundstück haftete, nur noch in sofern eine weitere Bestätigung, als es nun auch als eine civilrechtlich für alle Zeit festbegründete Abgabe gleich einer Servitut erscheint, und ihre rechtliche Fortdauer nicht durch eine etwaige Nichtleistung, wie bei dem prätorischen ager vectigalis (Gai. 3, 145 L. 1 pr. D. h. t.), bedroht wurde; obligatorisch hatte dieses Vectigal vielmehr, da es auf der nuncupatio eines mancipium beruhte, das bessere Recht, dass im Falle der Bestreitung das Doppelte gezahlt werden musste (Cic. de offic. 3, 16, 65), während die Beitreibungsart in beiden Fällen wohl dieselbe war. So konnte man es nun eben so ein vectigal optimo iure nennen, wie das legatum per damnationem nach dieser Seite, und wie Privatäcker nach Cic. agrar. 3, 2, 9 (oben S. 187) vgl. Leg. agrar. v. 27 ein solches Recht hatten, wenn sie beim Census als aviti et patriti angegeben werden konnten.

Worin dieses bessere Recht bei den letzteren bestand, wissen wir allerdings nicht sicher. Dass nur mit agri patriti dem Staat durch Subsignation hätte Sicherheit gemacht werden können, wie Mommsen (C. I. L. I. p. 93) behauptet, folgt weder aus Cic. pro Flacc. 32, 80, noch aus den Resten der Lex agrar. v. 27, auf die er sich beruft, vielmehr konnte man dieses nach jener Stelle mit jedem praedium censui censendo, d. h. welches mancipi war (vgl. Fest. ep. s. v. p. 58). Wahrscheinlich wurde aber damals ein praedium patritum — wie man wohl abgekürzt statt avitum et patritum eben so wie (vectigal) avitum sagte — mit einem gewissen gesetzlich oder von den Censoren bestimmten Aufschlage seines sonstigen Werths von den Censoren im abgeschätzten Vermögen wegen der daran nur noch geknüpften Rechte angenommen (denn das Tributum der Römischen Bürger hatte aufgehört) und namentlich konnte es auch zu diesem Werthe p(ro) p(raede) subsigniert werden [43]). Der Grund davon war aber wieder nicht blos der allgemeine, dass von den Vorfahren her ererbte Grundstücke ausser der grössern Sicherheit des Eigenthums durch Usucapion auch einen Affectionswerth haben [44]), der den Eigenthümer bewegen wird, sie nur im äussersten Nothfalle für die Schuld im Stiche zu lassen, sondern auch der politische, dass allem Anschein nach die Rechte der höhern poli-

---

[43]) Darauf führen die Reste des v. 28 der Lex agrar. (vgl. Richter's krit. Jahrb. f. Rechtswiss. 1841 S. 594), wonach die, welche statt des unter den letzten Censoren angegebenen ager patritus andern ager publicus erlangt haben, diesen pro patrito redemptum, wenn sie wollen, unter den folgenden Censoren nach deren Edict zu eben so viel in ihrem Vermögen haben (tantidem habeant) und öffentlich verpfänden sollen (pro praede subsignent).

[44]) Vgl. Cic. agrar. 3, 2, 8. Das letztere gilt selbst von blossen paternae et avitae possessiones. Cic. agrar. 2, 30, 82. 31, 84. Wenn aber in mehreren Professionen der Veleiatischen Tafel z. B. 21. 22. 26. 28. 34. ein Grundstück als väterliches oder mütterliches (paternum, maternum) bezeichnet wird, so scheint die Absicht dabei nur gewesen zu sein, es von andern genauer zu unterscheiden.

tischen Stände an ein gewisses Vermögen geknüpft waren, zu welchem schon Vater und Grossvater censiert sein [45]) und welches natürlich (von den Senatoren ist dieses für die Kaiserzeit auch bezeugt) in Italischen Grundstücken angelegt sein musste, wenn es als etwas Dauerndes, einen Geburtsstand Begründendes angesehen werden sollte.

Ja wir dürfen vermuthen, dass in den alten Zeiten der Republik, wo der alterthümliche Ausdruck entstand (patritus wurde später durch paternus verdrängt), er sich auf die eigentlichen Tribusäcker der locupletes der Servianischen Verfassung bezog, d. h. durch deren eigenthümlichen Besitz in einer Tribus und zwar in dem Umfange, den der Satz der Classe (z. B. der ersten mit 100,000 Assen = 20 Jucherte), zu welcher die Centurien dieser Tribus gehörten, erforderte (vgl. meine Rec. in Richter's krit. Jahrb. 1845. S. 629), das Censiertwerden als Bürger dieser Tribus und Classe sammt allen daran geknüpften politischen Rechten bedingt war. Diese hohe Bedeutung solchen Ackers für das Ansehen der Familie in Kind und Kindeskindern machte ihn moralisch so gut wie unveräusserlich, d. h. eben zum avitus et patritus, eine doch vorgekommene, ohne Schuld nothgedrungene Veräusserung wie bei Cincinnatus war ein historisch angemerktes Ereigniss (Liv. 3, 13. Valer. Max. 4, 4. §. 7 u. s. w.) und eine sonstige auch später noch ein öffentlich entschuldigungsbedürftiges, meistens schwer — nur durch die abstracte Veräusserungsbefugniss — zu entschuldigendes Benehmen (Cic. pro Balb. 25, 56. pro Sulla 20), welches der Censor oft noch besonders ahndete (Ascon. in Cic. orat. in toga cand. p. 84), wie denn auch die bonis interdictio des Prätors gewiss eben solche bona patrita et avita (Paul. 3, 4 a, 7) vornehmlich im Auge hatte. Der höhere Censuswerth dieser Aecker war denn eben auch ein gesetzlicher, durch die Servianische Verfassung gegebener und

---

[45]) So beim ordo equester, vielleicht seit der Lex Livia iudiciaria. Zeitschr. f. R.-G. V. S. 61.

es erklärt sich in dieser der hohe Ansatz von 5000 Assen für 1 Juchert von selbst, an dem Böckh so grossen Anstoss nahm, nur dann mit Recht, wenn dieses, wie er irrig meinte, der allgemeine Grundstückspreis in der damaligen Zeit gewesen wäre. Erst nach dem Verfall der alten Verfassung wird der Ausdruck ager avitus et patritus den verflachteren Sinn für eigenthümlichen in der geraden Linie vererbten Acker überhaupt, wenn er auch nicht in der Tribus lag, sondern nur zu ihr gerechnet wurde, erhalten und der Censor für solche Aecker den höhern Werth im Census und für Subsignation bestimmt haben. Auf diese Weise wird es aber auch verständlich, wie noch später, in der Kaiserzeit, wo die politischen Rechte ausschliesslich auf die höhern Geburtsstände, besonders den senatorischen übergingen, sie auch wieder an deren Italischen Grundbesitz in bestimmter Höhe (census senatorius, equester) geknüpft erscheinen und dieser bekanntlich auch im Steuerwesen selbst noch in der Constantinischen Zeit auf eigenthümliche Weise behandelt wird.

Es erhellt nun hieraus, dass der Ausdruck avitum et patritum beim Vectigal auch seiner Entstehung nach mit dessen Anwendung auf agri im Römischen Census gar keinen unmittelbaren Zusammenhang hatte, wie er denn auch sonst nach seiner natürlichen Beziehung auf das, was traditionell von den Vätern her feststeht, auf die verschiedensten Dinge — agri, mos, leges, philosophia — angewandt wird (vgl. oben S. 166). War er aber schlechthin gebraucht ein Finanzausdruck und gehörte er dem ager vectigalis in einer Bedeutung an, welche die Römischen Juristen der Kaiserzeit von ihrer Wissenschaft ausschlossen, so dürfen wir uns auch selbstverständlich nicht wundern, wenn er in deren Schriften nicht vorkommt. Schon Cicero (pro Balbo 20, 45) bemerkt, dass er sich beim Erwerb seiner aqua Crabra Tusculana gegen ein Vectigal lieber an einen mit diesem besondern Gegenstande vertrauteren Mann als an die gewöhnlichen consulti gewandt habe.

Darf das Resultat unserer Untersuchung, welches haupt-

sächlich in der ermittelten doppelten Bedeutung des ager vectigalis im ältern Römischen Recht besteht, ein allgemeineres Interesse in Anspruch nehmen, so besteht dieses wohl darin, dass es in einem neuen Beispiel zeigt, wie man manche Institute mit Unrecht gewöhnlich als dem Römischen Recht fremd und dem Deutschen Recht eigenthümlich betrachtet, indem man blos das Justinianisch Römische Recht kennt. Der ager vectigalis mit dem avitum ist wesentlich dasselbe mit dem, was wir im Deutschen Privatrecht im Ganzen Zinsgut nennen und der Römischen Emphyteuse entgegensetzen.

VI.

Die Reform des italienischen Strafrechts.

Von

Professor **A. Dochow** in Halle.

Es entspricht dem Programme dieser Zeitschrift, wenn ich hier den neuesten italienischen Strafgesetzentwurf, welchen der Justizminister Mancini der Deputirtenkammer vorgelegt hat, einer kurzen Besprechung unterziehe [1]). Der Entwurf verdient es aus mehr als einem Grunde, aber besonders desshalb, weil er, wie von Holtzendorff [2]) mit Recht bemerkt, bemüht ist, die Summe der gegenwärtig vorhandenen Strafrechtswissenschaft auf das Gesetzgebungsgebiet zu verpflanzen.

Im Königreich Italien gelten gegenwärtig drei Straf-

---

[1]) Progetto del Codice penale del Regno d'Italia, presentato alla Camera dei Deputati nella tornata del 25. Novembre 1876 dal ministro di grazia e giustizia e dei culti (Mancini) con la relazione ministeriale. Libro primo. Roma 1877. — Sunto delle osservazioni e dei pareri della magistratura, delle facoltà di giurisprudenza, dei consigli dell' ordine degli avvocati, delle accademie mediche, dei cultori di medicina legale e psichiatria ..... Roma 1877.

[2]) Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege J. I. (1877) S. 642.

gesetzbücher: in Norditalien und dem früheren Kirchenstaate das sardinische St.-G.-B. (codice subalpino) vom 20. November 1859. Mit sehr wesentlichen Abänderungen ist dasselbe auch in Neapel und Sicilien eingeführt [3]). Neben diesen beiden ist das toskanische St.-G.-B. in Wirksamkeit geblieben. Von allem anderen abgesehen, besteht zwischen den drei Strafgesetzbüchern der wichtige Unterschied, dass das toskanische die Todesstrafe nicht mehr kennt.

Seit längerer Zeit ist man in Italien damit beschäftigt, auch auf dem Gebiete der Strafgesetzgebung die nothwendige Einheit zu erreichen. Und an Entwürfen [4]) zu einem neuen Strafgesetzbuche fehlt es nicht; allein mehrfacher Ministerwechsel hat das Zustandekommen des Gesetzes stets verzögert. Dazu kommt, dass Senat und Deputirtenkammer über die Todesstrafe sich bis jetzt nicht einigen konnten. Endlich schienen sich die Aussichten etwas günstiger zu gestalten. Der Justizminister Vigliani hatte dem Senate im Februar 1874 einen neuen Entwurf vorgelegt. Dieser Entwurf wurde bis zum 25. Mai 1875 durchberathen und gelangte darauf an die Deputirtenkammer, welche denselben einer Kommission von 15 Mitgliedern überwies. Da musste das Ministerium abtreten und Mancini, der Vorsitzende der erwähnten parlamentarischen Kommission, wurde Justizminister.

Die Regierung liess zunächst die Kommission ihre Berathungen fortsetzen (bis zur Auflösung der Deputirtenkammer), erklärte aber sofort, dass der vom Senate durchberathene Entwurf für sie nur mit wesentlichen Aenderungen, zu denen besonders die Beseitigung der vom Senate beibehaltenen Todes-

---

[3]) Vgl. hierüber von Holtzendorff in s. Handbuche des deutschen Strafrechts Bd. I (1871) S. 213.

[4]) Vgl. Geyer in der krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. XVII (1875) S. 1 ff. — Der allgemeine Theil der meisten Entwürfe bis zum J. 1876 ist zusammen mit den betreffenden Paragraphen des sardinischen und toskanischen Str.-G.-B.'s. im Supplementheft zum 5. Bande der Rivista penale (1877) abgedruckt.

strafe gehörte, annehmbar sei. Um diese Aenderungen gründlich vorzubereiten, berief Mancini eine aus Praktikern und Theoretikern bestehende Kommission. Doch begnügte er sich hiermit noch nicht. Mancini war der Ansicht, dass bei einem so wichtigen Gesetze alle Sachverständigen mitzuwirken hätten. Zu diesem Zwecke forderte er die Gerichtshöfe, Staatsanwaltschaften, Advokaturkammern, juristischen Fakultäten und Irrenärzte auf, kritische Bemerkungen über den Strafgesetzentwurf mitzutheilen. Und dieser Aufforderung ist man in umfassendem Masse nachgekommen, wie man aus dem Beilageband (Sunto delle osservazioni etc.) ersehen kann, in welchem die eingeforderten Gutachten ganz oder theilweise abgedruckt sind. Ausserdem konnten zahlreiche selbständige Kritiken, welche in besonderen Schriften oder in Zeitschriften, namentlich in der Rivista penale, erschienen sind, benutzt werden. Auf diese Weise entstand der Entwurf, dessen allgemeinen Theil Mancini der Deputirtenkammer am 25. November 1876 übergab. Die Berathung über den Entwurf hat begonnen, ist aber zur Zeit noch nicht vollendet.

Dem Entwurfe ist ein Ministerialbericht (260 Seiten) beigegeben, dessen Verfasser Mancini ist. Mag man auch über den Entwurf selbst verschiedener Ansicht sein, der Ministerialbericht muss allgemein als eine ausgezeichnete Leistung anerkannt werden.

So viel über die Entstehung des Entwurfes. Ich gehe nun zu dem Entwurfe selbst über und zwar werde ich zunächst die Systematik desselben und dann die einzelnen Bestimmungen kurz besprechen.

Der Entwurf beginnt den allgemeinen Theil mit einigen einleitenden Bestimmungen (Disposizioni preliminari). Wie das deutsche St.-G.-B., geht leider auch der Entwurf von der Dreitheilung der strafbaren Handlungen aus. Es folgen dann die Bestimmungen über das Herrschaftsgebiet der Strafgesetze hinsichtlich der Zeit, des Ortes und der Personen. Im Unterschiede vom deutschen St.-G.-B. soll nach dem Ent-

wurfe das mildere Strafgesetz auch auf bereits rechtskräftige Urtheile rückwirkende Kraft ausüben.

Die übrigen Materien des allgemeinen Theils finden sich in drei Titeln aufgestellt:

1) Strafen, delle pene (verschiedene Arten; Mass; Umwandlung; Uebergang von einer Strafe in eine andere; Wirkungen und Ausführung der Strafurtheile).

2) Verbrechen, dei reati (Gründe, welche die Zurechnungsfähigkeit ausschliessen oder mindern; Versuch; Theilnahme; Zusammentreffen mehrerer Verbrechen und mehrerer Strafen; Straferhöhungs- und Minderungsgründe).

3) Tilgungsgründe der Strafklage und der Strafen, dei modi di estinzione della azione penale e delle pene (Tod, Begnadigung, Verzicht, Verjährung).

Es lässt sich nicht leugnen, dass die Gliederung des Stoffes im italienischen Entwurfe in manchen Punkten besser ist als im deutschen Strafgesetzbuche. Allein dazu gehört nicht viel. Eine bessere Gliederung ist aber sehr leicht durchführbar. Erschwert wird dieselbe wesentlich dadurch, dass wir uns gewöhnt haben, Bestimmungen in das Strafgesetzbuch zu stellen, die, streng genommen, nicht hineingehören. Der italienische Entwurf hat in dieser Hinsicht aber das Mass überschritten. Zunächst enthält er viele überflüssige, weil selbstverständliche Bestimmungen, dann solche, welche in die Civil- und Strafprozessordnung, in das Civilgesetzbuch u. s. w. gehören. Derartige Bestimmungen können also von vornherein nicht an den richtigen Platz gestellt werden, es kann sich bei ihnen nur darum handeln, sie an der passenden Stelle unterzubringen.

In den Lehrbüchern des Strafrechts wird gewöhnlich der allgemeine Theil entweder in drei oder vier Hauptabschnitte eingetheilt: Strafgesetz, Verbrechen, Anwendung und Wegfall der Strafen (Bestrafung) oder Strafgesetz, Strafen, Verbrechen, Anwendung und Wegfall der Strafen. Legt man die erste Eintheilung zu Grunde, so muss man in dem Abschnitte, der von den Verbrechen handelt, mehrmals auf die Strafen bereits

Rücksicht nehmen; geht man dagegen von der zweiten Eintheilung aus, so muss man den Abschnitt von der Bestrafung zerreissen. Beide Eintheilungen lassen sich auch für ein Strafgesetzbuch verwenden. Ich selbst würde der zweiten Eintheilung den Vorzug geben.

In möglichst engem Anschlusse an den Entwurf und nur mit Abänderung der m. E. unrichtigen Stellung einzelner Materien würde ich folgende Gliederung des Entwurfes für praktischer halten: 1) Strafgesetz; 2) Strafen (die einzelnen Arten, das Mass und die Wirkungen derselben); 3) Verbrechen (die Gründe, welche die Zurechnungsfähigkeit ausschliessen oder mindern; Versuch; Theilnahme; 4) Anwendung und Wegfall der Strafklage und Strafen (Strafschärfung, Strafmilderung, Umwandlung, Zusammentreffen mehrerer Verbrechen und mehrerer Strafen, Tilgungsgründe der Strafklage und Strafen).

Auf die Gliederung in den einzelnen Abschnitten des Entwurfes will ich nicht weiter eingehen, obgleich auch hier nicht wenig auszusetzen ist. Ich wende mich vielmehr zu dem internationalen Strafrecht. Es tritt bereits hier der Hauptfehler des Entwurfes klar hervor — die zu grosse Casuistik.

Der Entwurf geht wie das deutsche St.-G.-B. von dem Territorialitätsprincip aus. Alle im Inlande begangenen strafbaren Handlungen sollen nach inländischen Gesetzen bestraft werden. Eine im Auslande wegen einer im Inlande begangenen strafbaren Handlung verbüsste Strafe wird jedoch angerechnet, wenn im Inlande eine nochmalige Verurtheilung eintritt (Art. 3).

Die im Auslande begangenen strafbaren Handlungen sind nur in gewissen Fällen zu bestrafen, doch ist diese Bestrafung obligatorisch, nicht, wie im deutschen St.-G.-B., nur fakultativ.

1) Inländer und Ausländer sind nach inländischen Gesetzen zu bestrafen, wenn sie im Auslande ein Verbrechen gegen die Sicherheit des Staates, ein Münzverbrechen, Fälschung des Staatssiegels u. dgl. begangen haben (Art. 5).

Selbst wenn im Auslande bereits wegen der betreffenden strafbaren Handlung eine Verurtheilung erfolgt ist, kann im Inlande eine nochmalige Verurtheilung eintreten; es wird jedoch die etwa verbüsste Strafe auf die neue angerechnet (Art. 5. §. 2).

2) Inländer werden ausserdem nach inländischen Gesetzen bestraft, wenn sie im Auslande eine Handlung begangen haben, die nach inländischem Gesetze als ein Verbrechen und nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie begangen wurde, strafbar ist. Ist eine Handlung in Frage, die nach inländischem Gesetze als Vergehen anzusehen ist, so ist noch Klage des Verletzten oder der auswärtigen Regierung zur Verfolgung nothwendig. Das Verbrechen, bezw. Vergehen, wird nach ausländischem Gesetze bestraft, wenn dieses milder als das inländische ist (Art. 6).

3) Ausländer werden, abgesehen von Art. 5, für im Auslande begangene Verbrechen und Vergehen bestraft, wenn dieselben zum Nachtheile eines Inländers oder des inländischen Staates begangen sind. Vorausgesetzt wird dabei, dass die betreffenden Handlungen auch nach den Gesetzen des Staates strafbar sind, in welchem der Ort der Verübung liegt. Sind Vergehen in Frage, so ist ferner noch Klage des Verletzten erforderlich. Auch hier kann das ausländische Gesetz angewendet werden, wenn es milder als das inländische ist. — Der Entwurf geht aber in Betreff der Bestrafung der Ausländer für die im Auslande begangenen strafbaren Handlungen noch weiter. Sie sollen auch bestraft werden, wenn sie zum Nachtheile eines Ausländers im Auslande eine Handlung begangen haben, die nach inländischem Gesetze als ein Verbrechen anzusehen und nach den Gesetzen des Staates, in welchem sie begangen wurde, strafbar ist. In einem solchen Falle, auf den ebenfalls das mildere ausländische Gesetz anzuwenden ist, soll die Bestrafung nur eintreten:

wenn die Auslieferung des Verbrechers angeboten, aber nicht angenommen ist;

wenn mit dem betreffenden ausländischen Staate ein Auslieferungsvertrag abgeschlossen ist; oder

wenn zwar ein solcher nicht besteht, das Verbrechen aber gegen das Völkerrecht (z. B. Piraterie) oder gegen Personen, Eigenthum, öffentliche Treue und Glauben u. dgl. gerichtet ist (Art. 7).

Ergänzt werden diese Bestimmungen dadurch (Art. 8), dass eine Bestrafung wegen einer im Auslande von einem Inländer oder Ausländer begangenen strafbaren Handlung nicht eintritt:

wenn die Strafklage nach in- oder ausländischem Gesetze erloschen ist;

wenn eine strafbare Handlung in Frage ist, in Beziehung auf welche die Auslieferung nicht gestattet ist (z. B. politische Verbrechen); oder

wenn der Thäter im Auslande freigesprochen oder verurtheilt ist, oder die Strafe verbüsst hat, oder diese getilgt ist. Theilweise Verbüssung schliesst eine nochmalige Verurtheilung nicht aus, doch wird die erstere angerechnet.

Aus den mitgetheilten Bestimmungen ergibt sich, dass der Entwurf noch über das aktive und passive Personalitätsprincip hinausgeht. Ich halte dieselben nicht für nachahmenswerth. Zunächst sind sie, wie ich bereits bemerkt habe, zu casuistisch. Es ist dann ferner nicht zu billigen, dass die Verfolgung der im Auslande begangenen strafbaren Handlungen obligatorisch ist. Man wird ferner aber nicht als richtig anerkennen können, dass der italienische Richter das ausländische Gesetz anzuwenden hat, wenn es milder als das italienische ist. Es ist dies nicht so leicht, wie man in Italien anzunehmen scheint. Aber auch wenn dies nicht mit grossen Schwierigkeiten verbunden wäre, würde die Anwendung ausländischer Gesetze m. E. doch principiell auszuschliessen sein. Und endlich bin ich der Ansicht, dass, abgesehen von den bereits erwähnten Fällen, die Bestrafung der Ausländer wegen im Auslande begangener strafbarer Handlungen überhaupt zu streichen ist,

dass man also im wesentlichen bei dem aktiven Personalitätsprincip stehen bleibt.

I. Unter den Strafen des Entwurfes, zu denen ich jetzt übergehe, findet sich die Todesstrafe nicht mehr. Die Frage, ob dieselbe für Italien noch nothwendig sei, ist auch in den meisten Gutachten [5]) verneinend beantwortet worden. In gleichem Sinne hat sich bereits die Deputirtenkammer ausgesprochen und es bleibt nur noch zu wünschen, dass sich auch der Senat mit der Beseitigung der Todesstrafe einverstanden erklärt. Da dies aber nicht unzweifelhaft ist, so muss auch der entgegengesetzte Fall in's Auge gefasst werden. Hierbei muss man davon ausgehen, dass die Deputirtenkammer bei ihrem Votum bleibt, und dass die Todesstrafe in Toskana nicht wieder eingeführt werden kann. Unter diesen Umständen gibt es nur zwei Möglichkeiten. Man sanctionirt entweder den status quo durch das neue Strafgesetzbuch — ein wenig empfehlenswerther Vermittlungsvorschlag — oder es bleibt Alles beim Alten. Von diesen beiden Möglichkeiten hat, wie die Sachen liegen, die letztere die grösste Aussicht auf Realisirung. Es ist das zu beklagen, aber nicht zu ändern, wenn man sich nicht an massgebender Stelle dazu entschliesst, mit dem Senate, der doch zu den gesetzgebenden Factoren gehört, zu rechnen.

Der Entwurf unterscheidet drei Arten von Strafen:

I. Verbrechensstrafen: 1) lebenslängliche Kerkerstrafe (ergastolo); 2) Zuchthaus (reclusione); 3) Festungshaft (relegazione); 4) Verlust der öffentlichen Aemter (interdizione dai pubblici uffici).

II. Vergehensstrafen: 1) Gefängniss (prigionia); 2) Haft (detenzione); 3) Verstrickung (confino); 4) Verbannung (esilio locale); 5) Suspension von öffentlichen Aemtern (sospensione dai pubblici uffici); 6) Geldstrafe (multa).

III. Polizeistrafen: 1) Arrest (arresto); 2) Geldstrafe

---

[5]) Von den Appellationsgerichtshöfen haben 12 gegen, 11 für die Todesstrafe gestimmt.

(ammenda); 3) Suspension von der Ausübung eines Amtes, eines Handwerks oder einer Kunst, für welche obrigkeitliche Erlaubniss erforderlich ist.

Während der niederländische Entwurf nur zwei Freiheitsstrafen enthält, finden sich in dem italienischen nicht weniger als sechs; jede ist in besonderen Localitäten zu vollstrecken. Vier von den sechs Freiheitsstrafen (I 2, 3 und II 1, 2) können ausserdem in gewissen Fällen noch in case di custodia verbüsst werden (Art. 17), in welchen eine Trennung nach den verschiedenen Strafen stattfinden wird [6]). Das ist eine Mannigfaltigkeit im Strafvollzuge, die sehr schwer durchzuführen, jedenfalls aber nicht nothwendig ist.

Das Surrogat der Todesstrafe ist die Strafe des ergastolo; sie ist eine lebenslängliche Freiheitsstrafe, wird auf einer Insel in Einzelhaft verbüsst und ist mit Arbeitszwang verbunden. Nach Verbüssung von zehn Jahren kann der Sträfling während des Tages in Gemeinschaft mit anderen Sträflingen unter dem Gebote des Schweigens beschäftigt werden — ein Gebot, was wohl kaum durchgeführt werden kann. Diese Strafe hat zur Folge den Verlust der öffentlichen Aemter, der väterlichen und ehemännlichen Gewalt, der Fähigkeit zu testiren u. s. w. (Art. 41). Jede Verurtheilung zu dieser Strafe soll öffentlich durch Anschlag in dem Orte bekannt gemacht werden, in welchem das Verbrechen begangen wurde (Art. 54). Ich halte diese letztere Bestimmung wie überhaupt die Strafe des ergastolo für überflüssig. Ist einmal erst die Todesstrafe verschwunden, so wird dasselbe Schicksal wohl auch recht bald das ergastolo erreichen.

Die übrigen Freiheitsstrafen unterscheiden sich zu-

---

[6]) In case di custodia sollen auch besonders die Strafen derjenigen vollstreckt werden, bei welchen verminderte Zurechnungsfähigkeit angenommen ist (Art. 60 §. 2) oder welche zu den jugendlichen Verbrechern (Art. 64 §. 2) gehören. Nach Art. 17 sollen in case di custodia die Strafen in der Art verbüsst werden, dass der Betreffende während der Nacht getrennt gehalten, während des Tages in einem Handwerk unterwiesen wird.

nächst durch den Ort, in welchem sie vollstreckt werden, und dann durch die Stellung zur Arbeitsfrage. Weitere Unterschiedsmerkmale sind im Entwurfe nicht angegeben. Die näheren Bestimmungen sollen durch königliche Verordnungen (vgl. Art. 58 des Entwurfes) erfolgen. Mit den erwähnten Unterschiedsmerkmalen, selbst mit dem Gebote des Schweigens bei der Arbeit, welches sich bei der reclusione allgemein findet, lassen sich jedenfalls die verschiedenen Strafen noch nicht scharf von einander trennen.

Von den Freiheitsstrafen stehen sich zwei und zwei gegenüber: 1) reclusione und relegazione und 2) prigionia und detenzione. Die relegazione ist besonders für politische Verbrecher und alle diejenigen bestimmt, welche im Affect (impeto) gehandelt haben. In Betreff der detenzione lässt sich nichts angeben, es findet sich im Art. 16 §. 2 nur die von Journalisten gewiss mit Freude begrüsste Bestimmung, dass alle wegen Pressdelikte Verurtheilten ihre Strafen in besonderen Anstalten zu verbüssen haben. Ich halte diese Bestimmung jedoch nicht für gerechtfertigt.

Die Bestimmungen über die Freiheitsstrafen sind gerade im Gegensatze zu allen anderen Materien im Entwurfe so aphoristisch, dass sich der Charakter der einzelnen Strafen nicht genau feststellen lässt.

Die Geldstrafe kommt als Vergehens- und als Polizeistrafe vor. Im ersteren Falle heisst sie multa und reicht von 51 bis 5000 Lire. Bei Verbrechen kann sie jedoch bis zum Betrage von 10000 Lire erkannt werden (Art. 22). Im zweiten Falle wird sie ammenda genannt und erstreckt sich von 1 bis 50 Lire (Art. 24). Es ist nicht zu billigen, für die Geldstrafe zwei Bezeichnungen einzuführen. Ebenso gut hätte m. E. für die über 5000 Lire betragenden Geldstrafen noch eine dritte Bezeichnung ausgewählt werden können.

Und nun noch wenige Worte über die übrigen Strafen. Die Verstrickung (Art. 18) und Verbannung (Art. 19) bestehen in Aufenthaltsbeschränkungen des Verurtheilten. Die

interdizione dai pubblici uffici (Art. 20), welche eine lebenslängliche oder eine zeitige (6—15 Jahre) ist, hat zur Folge den Verlust aller politischen Rechte, aller Aemter (auch Gemeindeämter), der akademischen Würden, der in- und ausländischen Titel und Orden, des Rechtes, Vormund und Curator (abgesehen von gewissen Fällen) zu sein u. dgl. Sie kann sich auch auf die Untersagung der Ausübung einer Kunst oder eines Gewerbes erstrecken und allein oder neben anderen Strafen vorkommen. Die sospensione dai pubblici uffici (Art. 21) besteht in der Unfähigkeit des Verurtheilten, innerhalb einer gewissen Zeit (bis zu 5 Jahren) bestimmte Rechte u. s. w. zu erwerben oder auszuüben.

Neben den Verbrechens- und Vergehensstrafen ist in den durch das Gesetz bestimmten Fällen die Stellung des Verurtheilten unter Polizeiaufsicht zulässig. Ausländer können anstatt dessen aus dem Inlande ausgewiesen werden.

Der Aufzählung der einzelnen Strafen folgen die Bestimmungen über das Mass, die Abstufung und den Uebergang von einer Strafe zu einer anderen. Der betreffende Abschnitt beginnt mit zwei selbstverständlichen, daher überflüssigen Bestimmungen. Nach Art. 27 darf der Richter keine Strafe erhöhen, vermindern oder umwandeln, es sei denn, dass es das Gesetz ausdrücklich erlaubt. Und Art. 28 gibt dem Richter das Recht, innerhalb eines Strafrahmens jeden Strafbetrag zu wählen, nur müssten dabei die gesetzlichen Vorschriften über die Abstufung der betreffenden Strafart beobachtet werden. In den nun folgenden Artikeln 29—35 sind die Strafrahmen und die Abstufungen innerhalb der einzelnen Strafarten mitgetheilt. Ein Beispiel dürfte genügen. Zuchthaus und Festungshaft können von fünf bis zu einundzwanzig Jahren erkannt werden. Sie sind in vier Grade eingetheilt: von 5—10, 11—15, 16—20, 20—21. Da innerhalb der einzelnen Grade nur nach Jahren gerechnet werden darf, was entschieden zu tadeln ist, so ergeben sich im Ganzen siebzehn Strafsätze für alle mit den beiden Strafarten bedrohten strafbaren Handlungen!

Da es bei der überaus künstlichen Berechnung der Strafe für den konkreten Fall sehr häufig vorkommen wird, dass die Abstufungen der betreffenden Strafart erschöpft werden, so hat der Gesetzgeber für detaillirte Vorschriften über den Uebergang von einer Strafart zu einer anderen gesorgt (Art. 36—40). Es lohnt sich aber nicht, hier genauer auf diesen Gegenstand einzugehen.

Der Titel von den Strafen schliesst mit den Bestimmungen über die Wirkungen und die Ausführung der Strafurtheile (Art. 41—58). Ich will nur die wichtigsten hervorheben.

Eine Folge der Verurtheilung zu Verbrechens- oder Vergehensstrafen ist die Einziehung der Gegenstände, welche durch die betreffende strafbare Handlung hervorgebracht oder zur Begehung derselben gebraucht oder bestimmt sind. Handelt es sich um Gegenstände, deren Gebrauch oder Besitz verboten ist, so findet die Einziehung derselben statt auch ohne Verurtheilung einer Person und selbst dann, wenn die Gegenstände dem Schuldigen nicht gehören (Art. 45). Die Einziehung erscheint also im Entwurfe lediglich als polizeiliche Massregel, nicht als Nebenstrafe wie im deutschen Strafgesetzbuche.

Dass die Verurtheilung ohne Präjudiz für die Schadensersatzklage ist, braucht nicht erwähnt zu werden, weil es selbstverständlich ist (Art. 46).

Eine interessante Bestimmung enthält Art. 46 §. 2. Es wird in diesem Artikel eine riparazione pecuniaria aufgestellt, welche an die Busse des deutschen Strafrechts erinnert. Irrig ist es aber, wenn man behauptet, dass hier eine Nachahmung unserer deutschen Busse bezweckt ist. Die Bestimmung über die riparazione pecuniaria findet sich bereits in Art. 73 des sardinischen Strafgesetzbuches. Dieselbe soll nur bei Beleidigungen (ingiuria, diffamazione, libello famoso) zulässig sein und zwar selbst dann, wenn diese auch keinen materiellen Schaden verursacht haben. Die Schadensersatzklage wird durch die rip. pec. also in keiner Weise ausge-

schlossen. Sie unterscheidet sich daher, ganz abgesehen von dem Anwendungsgebiet, sehr wesentlich von der im deutschen Strafrecht vorkommenden Busse. Sie stimmt aber auch nicht mit der Geldbusse des österreichischen Entwurfes [7]) überein [8]).

Nicht minder interessant ist der Art. 48, er enthält die einzige Bestimmung, bei welcher sich m. E. das nationale Element geltend macht. Wer wegen gewisser gegen Leib oder Leben gerichteter Verbrechen, die den Tod einer Person zur Folge gehabt haben, verurtheilt ist, darf nach verbüsster Strafe nicht in der Nähe (wenigstens 50 Kilom. entfernt) des Wohnsitzes des Ehegatten oder der bis zum dritten Grade Verwandten und Verschwägerten des Getödteten wohnen, es sei denn, dass die letzteren in einem notariellen oder gerichtlichen Acte eingewilligt haben.

Endlich mag noch aus diesem Abschnitte Erwähnung finden, dass nach Art. 50 die Untersuchungshaft auf alle Strafen, auch auf Geldstrafen, anzurechnen ist. Art. 52 schreibt vor, dass nicht beizutreibende Geldstrafen in Haft oder Arrest umzuwandeln sind, je nachdem es sich um eine multa oder ammenda handelt. Ueber ein Jahr Haft darf jedoch in einem solchen Falle nicht erkannt werden. Es ist jedoch auch gestattet, den Verurtheilten an Stelle der Haft oder des Arrestes zu gewissen Arbeiten heranzuziehen, wobei zwei Arbeitstage gleich einem Tage Freiheitsstrafe zu rechnen sind. In Art. 53 findet sich die strafprozessualische Bestimmung, in welcher Reihenfolge ein zu mehreren Freiheitstrafen Verurtheilter diese zu verbüssen hat. Und die Art. 55 ff. enthalten die Bestimmungen über die bedingte Entlassung, die, ebenso wie im deutschen St.-G.-B. bei den zeitigen Freiheitsstrafen, abgesehen von der Strafe des Arrestes, stattfinden darf.

---

[7]) Vgl. den Bericht des Strafgesetzausschusses über die Regierungsvorlage, betr. ein neues Strafgesetzbuch (Nr. 704 der Beilagen zu den Protok. des Abgeordnetenhauses. VIII. Session) S. 10 f.

[8]) Art. 47 des ital. Entw. gehört nicht in das St.-G.-B., sondern in die St.-P.-O. Er handelt von der Tragung der Gerichtskosten.

II. Wenig Beifall wird man ausserhalb Italiens den Bestimmungen des zweiten Titels zollen, der von den Verbrechen handelt, sie weichen sehr wesentlich und nicht zu ihrem Vortheile von den betreffenden Bestimmungen des deutschen St.-G.-B.'s. ab.

Nach Art. 59 wird eine strafbare Handlung dem nicht zugerechnet, der zur Zeit der Begehung derselben geisteskrank war (istato di follia) oder aus irgend einem Grunde das Strafbare seiner Handlung nicht einsah (non aveva la coscienza di delinquere) oder durch unwiderstehliche Gewalt gezwungen war. Eine besondere Bestimmung über den Nothstand fehlt und es muss daher der Art. 59 zur Aushilfe herangezogen werden. Abweichend vom deutschen St.-G.-B. anerkennt der Entwurf die verminderte Zurechnungsfähigkeit (Art. 60). Wenn die im Art. 59 aufgeführten Gründe die Zurechnungsfähigkeit nicht vollständig, sondern nur in bedeutendem Masse (grandemente) aufgehoben haben, so ist die Strafe um 1—3 Grade zu vermindern.

Die erwähnten Bestimmungen (Art. 59 und 60) werden auch auf den angewendet, der im Zustande der Trunkenheit eine strafbare Handlung begangen hat (Art. 62); die Strafe soll jedoch nur um einen Grad verringert werden, wenn der Thäter ein Gewohnheitstrinker ist (se l'ubbriacchezza sia abituale), und gar nicht, wenn der Thäter sich betrunken hat, um die strafbare Handlung leichter begehen zu können oder um einen Entschuldigungsgrund für sich zu haben. Diese Bestimmungen über den Einfluss der Trunkenheit sind nicht blos vollständig überflüssig, sondern auch theilweise falsch. Hebt die Trunkenheit die Zurechnungsfähigkeit auf, so wird Art. 59 angewendet, und für die Fälle, in welchen die letztere nicht vollständig aufgehoben ist, reicht Art. 60 aus. Den Motiven des Thäters kann in beiden Fällen kein Einfluss eingeräumt werden. Will man die an sich überflüssige Bestimmung über die Trunkenheit jedoch beibehalten, so empfiehlt es sich, den Art. 62 dem Art. 60 folgen zu lassen und nicht

zwischen beide den Satz zu stellen, dass die Unkenntniss der Gesetze ohne Einfluss auf die Zurechnung ist, die Strafe weder ausschliesst noch verringert.

Der Begriff der Nothwehr stimmt mit dem deutschen St.-G.-B. überein, doch fehlt eine Bestimmung über den Excess der Nothwehr. Man ist hierfür auf den Art. 59 angewiesen, allein ich zweifle, ob dieser für die betreffenden Fälle ausreichen wird.

Nach dem Entwurfe sollen Kinder unter 9 Jahren strafrechtlich nicht verfolgt werden. Zahlen sind immer willkürlich; es mag daher unerörtert bleiben, ob nicht ein höheres Alter als Grenze zu nehmen sei. Bei der Festsetzung der Altersstufen ist doch nicht, wie man vielfach glaubt, nur die Rücksicht auf die climatischen Verhältnisse ausschlaggebend. Wer über 9, aber noch nicht 14 Jahre alt ist, wird bestraft, wenn er mit Unterscheidungsvermögen gehandelt hat. Es tritt aber eine um 2—3 Grade verringerte Strafe ein. Hat er nicht mit Unterscheidungsvermögen gehandelt, so kann er einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt überwiesen und daselbst bis zum 21. Lebensjahre behalten oder auch seinen Eltern oder denen, welche für seine Erziehung zu sorgen haben, überlassen werden. Im Falle die Eltern u. s. w. ihre Pflicht vernachlässigen, ist Geldstrafe bis 500 Lire gegen dieselben zulässig. Jugendliche Verbrecher zwischen dem 14. und 18. Lebensjahre werden um 1—2 Grade, zwischen dem 18. und 21. Lebensjahre um einen Grad geringer bestraft.

In Betreff der Taubstummen wird m. E. eine nicht nothwendige Ausnahme von den Bestimmungen über jugendliche Verbrecher gemacht. Sie sollen erst von dem 14. Lebensjahre strafrechtlich verfolgt werden können.

Was ich von dem ganzen Titel gesagt, gilt aber besonders von dem 2. und 3. Kapitel, welche dem Versuche und der Theilnahme gewidmet sind.

Der Entwurf unterscheidet zwei Arten des Versuches (Art. 68 und 69): unbeendigten (reato tentato) und beendigten

(reato mancato). Der einzige Unterschied zwischen beiden besteht darin, dass bei dem letzteren der Thäter alles gethan haben muss, was er thun musste, um die That zu vollenden, während dies bei dem ersteren nicht geschehen sein darf. Da es auf die Motive nicht ankommt, aus welchen der Thäter von der Vollendung Abstand genommen hat, so kann in vielen Fällen des beendigten und unbeendigten Versuches die Schuld gleich sein. Es ist dann aber nicht gerechtfertigt, den unbeendigten Versuch um 2—3, den beendigten nur um einen Grad geringer zu bestrafen. — Der freiwillige Rücktritt gilt als Strafausschliessungsgrund, wenn nicht das, was bereits gethan ist, eine strafbare Handlung begründet (Art. 70). Die Bestimmungen über den Versuch schliessen mit einer nicht zu billigenden Präsumtion. Nach Art. 71 soll, wenn Zweifel vorhanden ist, auf welches von mehreren Verbrechen die Versuchshandlungen gerichtet waren, angenommen werden, dass der Thäter das mildeste zu begehen beabsichtigte. Allein wie kann man von einem Versuche reden, wenn man nicht weiss, was versucht ist! Die Bestimmungen des deutschen St.-G.-B's. und des österreichischen Entwurfes über den Versuch sind unter allen Umständen den italienischen vorzuziehen. Und dasselbe gilt hinsichtlich der Theilnahme, obgleich der betr. Abschnitt des deutschen St.-G.-B's. nicht gerade mustergiltig ist.

In Art. 72 ist als Thäter derjenige bezeichnet, welcher die strafbare Handlung unmittelbar ausführt — eine Bestimmung, die m. E. überflüssig ist. Es folgt dann eine sehr casuistische Aufzählung derjenigen, welche als Theilnehmer anzusehen sind (Art. 73). Bei der Bestrafung derselben besteht insofern ein Unterschied, als diejenigen, welche durch Befehl, Belohnungen, Versprechungen, Drohungen, Missbrauch des Ansehens oder der Gewalt, hinterlistige Kunstgriffe Andere zur Begehung eines Verbrechens bestimmt haben, wie der Thäter, alle übrigen Theilnehmer um 1—2 Grade geringer zu bestrafen sind. Doch tritt die mildere Bestrafung der letzteren nicht ein, wenn es sich um wesentliche Theil-

nahme handelt (Art. 74 § 2). Ueber den Einfluss der persönlichen Verhältnisse u. s. w. gelten im wesentlichen die Grundsätze des deutschen Strafgesetzbuches.

Die Regelung der Bestimmungen über das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen und, wie der Entwurf wohl mit Recht in der Ueberschrift hinzufügt, mehrerer Strafen ist nach den drei bekannten Principien erfolgt. Dabei ist es von grosser Bedeutung, ob zwei oder mehr strafbare Handlungen in Frage sind.

Handelt es sich bei der materiellen Concurrenz um zwei Verbrechen, die mit zeitigen Freiheitsstrafen bedroht sind, so wird die schwerere angewendet und nur innerhalb des Strafrahmens die andere Strafe berücksichtigt. Verdient jedoch schon das eine Verbrechen das Maximum der angedrohten Strafe oder handelt es sich um mehr als zwei Verbrechen, so kann das Maximum um fünf Jahre überschritten werden. Ist ein Verbrechen mit ergastolo zu bestrafen, so kann auch hier eine Schärfung eintreten. Nach Art. 86 § 1 kann der betr. Sträfling noch 5 Jahre länger, also im Ganzen 15 Jahre hindurch in Einzelhaft gehalten werden. Dieselben bezw. ähnliche Grundsätze sind anzuwenden, wenn ein zum ergastolo Verururtheilter rückfällig wird. Treffen Verbrechen mit Vergehen und Uebertretungen oder Vergehen und Uebertretungen zusammen, so gilt ebenfalls das Exasperationsprincip. Dagegen wird, gerade im Gegensatz zum deutschen St.-G.-B., bei materieller Concurrenz das Absorptionsprincip angewendet, wenn Verbrechen und Uebertretungen in Frage sind. Hinsichtlich der Geldstrafen gilt das Cumulationsprincip, aber mit beschränktem Maximum bis zu 10,000 bezw. 300 Lire (Art. 81 § 3).

Für die ideelle Concurrenz ist das Absorptionsprincip ausschliesslich massgebend. Der Entwurf hat ohne den Begriff des fortgesetzten Verbrechens (reato continuato) nicht auskommen zu können geglaubt. Ein solches soll nach Art. 83 § 2 vorliegen, wenn Jemand ein und dasselbe Straf-

gesetz mehrfach verletzt, gleichgiltig ob zu verschiedenen Zeiten oder nicht, die einzelnen Acte müssen jedoch aus derselben verbrecherischen Absicht (risoluzione criminosa) hervorgegangen sein. Ich finde, dass durch diese Begriffsbestimmung der Praxis sehr wenig geholfen wird. Nach wie vor bleibt es der Praxis allein überlassen, wann im konkreten Falle materielle Concurrenz und wann fortgesetztes Verbrechen anzunehmen ist. Unter diesen Umständen ist es aber wohl das Beste, eine Begriffsbestimmung des fortgesetzten Verbrechens ganz zu unterlassen.

Der Entwurf hat, nicht in Uebereinstimmung mit dem deutschen St.-G.-B. und dem österreichischen Entwurfe, den Rückfall als allgemeinen obligatorischen Strafschärfungsgrund aufgestellt (Art. 84—89). Rückfällig ist derjenige, welcher, nachdem er wegen eines Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurtheilt ist, ein anderes Verbrechen oder Vergehen begeht, welches auf denselben verbrecherischen Trieb zurückzuführen ist (determinato dal medesimo pravo impulso). Während sonst in dem ganzen Entwurfe das richterliche Ermessen möglichst eingeengt ist, ist hier demselben m. E. zu viel überlassen; denn gerade die Beantwortung der Frage, welche Verbrechen und Vergehen unter einander Rückfall begründen können, gehört nicht zu den leichtesten. Dass aber vorsätzliche und fahrlässige Verbrechen Rückfall nicht begründen können, brauchte der Gesetzgeber dem italienischen Richter nicht besonders (Art. 84 § 2) vorzuschreiben, das heisst dem letzteren doch zu wenig zutrauen. Und dasselbe gilt wohl auch von dem zweiten angeführten Beispiel. Für die Begründung des Rückfalls sollen nicht benutzt werden Urtheile von Militärgerichten wegen militärischer Vergehen, welche in dem speciellen Theile des Entwurfes nicht aufgestellt sind. Zu rechtfertigen ist dagegen, dass ausländische Urtheile und solche inländische, deren Strafen durch Begnadigung oder Verjährung getilgt sind, Rückfall nicht begründen. Die Rückfallsverjährung beträgt bei Verbrechen 10, bei Vergehen 5 Jahre. In den

Art. 85—88 finden sich die Detailbestimmungen über den Einfluss des Rückfalls auf die Fortsetzung der Strafe.

Wir kommen nun zu dem Abschnitte, gegen dessen Existenz in Deutschland wohl allgemein entschiedener Widerspruch erhoben werden würde, wenn derselbe bei uns eingeführt werden sollte. In den Art. 90 und 91 sind zahlreiche Straferhöhungs- und Minderungsgründe aufgestellt, die bei allen strafbaren Handlungen vorkommen können. Die Skizze, welche ich von dem Entwurfe zu entwerfen beabsichtige, würde unvollständig sein, wenn ich nicht diesen Abschnitt besonders hervorheben würde. Nächst dem Abschnitte über die Strafen ist derselbe wohl der geeigneteste zur Charakteristik des Entwurfes.

Als Straferhöhungsgründe werden z. B. die folgenden angeführt: wenn das Verbrechen aus schimpflichen, unehrenhaften, frivolen Motiven begangen ist; wenn dadurch wichtige Pflichten oder gewisse Gefühle (sentimenti di umanità, di patria, di famiglia) verletzt sind; wenn der Schuldige einen öffentlichen oder privaten Nothstand benutzt hat; wenn das Vorleben desselben immorale e diffamata ist(?); wenn er das Verbrechen zum Nachtheile von Personen begangen hat, die sich nicht vertheidigen können, oder zum Nachtheile des Ehegatten, von Freunden, Vorgesetzten u. s. w.

Unter den Strafminderungsgründen mögen die folgenden hervorgehoben werden: wenn der Verbrecher aus ehrenhaften Motiven gehandelt, oder das Verbrechen in einem Zustande der Bestürzung oder gegen notorisch gefährliche Personen(!) begangen hat; wenn das Vorleben des Verbrechers vorwurfsfrei ist (ein m. E. mit grosser Vorsicht zu benutzender Grund) oder wenn derselbe sogar im allgemeinen Interesse ausgezeichnete Dienste geleistet hat; endlich wenn das Verbrechen keinen Schaden angerichtet hat oder dieser vom Verbrecher ersetzt ist u. s. w. In Art. 96 findet sich noch eine Ergänzung zu den Strafminderungsgründen. Der Gesetzgeber hat dem Richter erlaubt, wenn er nella sua prudente estima-

zione (!) findet, dass andere Strafminderungsgründe als die angeführten vorliegen, diese ebenfalls bei der Festsetzung der Strafe zu berücksichtigen.

Wie gestaltet sich nun die Sache praktisch? Ist nur ein Straferhöhungsgrund vorhanden, so kann der Richter das Maximum der angedrohten Strafe anwenden, liegen mehrere vor, so muss er dies thun, kann das Maximum aber auch um einen Grad überschreiten. Hinsichtlich der Strafminderungsgründe ist in ähnlicher Weise zu verfahren, nur handelt es sich hier um das Minimum der angedrohten Strafe. Treffen Straferhöhungs- und Minderungsgründe zusammen, so kann compensirt werden.

Vergegenwärtigt man sich nun die Vorschriften über die Eintheilung der Strafen und nimmt die eben erwähnten hinzu, so ist der Schluss wohl gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber von der Ansicht ausgegangen ist, die Festsetzung der Strafe im konkreten Falle sei ein Rechenexempel. Es scheint mir aber nicht consequent zu sein, wenn man einerseits dem italienischen Richter überlässt, ausländische Strafgesetze anzuwenden, festzustellen, was gleichartige Verbrechen sind u. a. und für ihn dann andererseits Bestimmungen trifft, welche sich mehr für Schüler eignen. In dem Ministerialberichte ist zwar angeführt, dass hierdurch die Strafe ‚più certa' werde und dass gerade die ‚certezza della pena' der wichtigste Factor für ihre Wirksamkeit sei, das Letztere will ich zugeben, das Erstere muss ich bestreiten. Es ist zu wünschen, dass diese Bestimmungen des Entwurfes wieder beseitigt werden. Kein früherer italienischer Entwurf kann in dieser Hinsicht als Muster dienen. Und in Deutschland sehnt man sich gewiss nicht nach derartigen Bestimmungen zurück, wie sie sich, aber nur theilweise, in den Partikular-Strafgesetzbüchern vorfanden.

III. Der dritte und letzte Titel des Entwurfes gibt am wenigsten zu Ausstellungen Veranlassung, enthält sogar einige Bestimmungen, die nachahmenswerth sind.

Nach Art. 98 erlischt die Strafklage durch Tod, Begnadi-

gung, Verzicht und Verjährung. Der Verzicht bei Antragsdelikten wirkt, abgesehen von bestimmten Fällen, nur zu Gunsten dessen er erklärt ist. Dass der Verzicht nach Art. 99 § 3 vom Angeschuldigten nicht angenommen zu werden braucht, halte ich auch für das deutsche St.-G.-B. nicht für überflüssig. Die Detailbestimmungen über die Verjährung der Strafklage übergehe ich, sie schliessen mit dem selbstverständlichen Satze, dass die aus einer strafbaren Handlung entstandene Civilklage nach civilrechtlichen Grundsätzen verjährt (Art. 105).

Die Strafvollstreckung erlischt zunächst durch den Tod des Verurtheilten. Dieser Satz gilt auch für die Geldstrafe, was entschieden zu billigen ist, er gilt jedoch nicht in Betreff der Gerichtskosten, der im Entwurfe nicht als Strafe betrachteten Einziehung und der zu Lebzeiten des Verstorbenen rechtskräftig gewordenen Verurtheilung zur Schadensersatzleistung u. s. w. Die letzteren Bestimmungen sind wieder überflüssig, da ja der Abschnitt nur von den Strafen handelt.

Ein weiterer Erlöschungsgrund der Strafen ist die Verjährung.[9]) Die betreffenden Bestimmungen sind sehr einfach und praktisch. Abgesehen von der Strafe des ergastolo, die in 30 Jahren verjährt, sind die Fristen nach dem Charakter der Strafen und nicht nach der für den konkreten Fall erkannten Strafe festgesetzt. Verbrechensstrafen verjähren in 20, Vergehensstrafen in 10 und Polizeistrafen in 2 Jahren. — Ein seltsamer Unterbrechungsgrund der Verjährung findet sich im Art. 113 § 2. Hiernach soll die Verjährung unterbrochen werden, wenn der Verurtheilte während der Frist ein Verbrechen derselben Art begeht. In dem Ministerialbericht (S. 257) ist hervorgehoben, dass ein solcher Verbrecher jedes Recht auf die wohlthätigen Bestimmungen des Gesetzes verliert. Allein seit wann ist es denn Zweck der Verjährung, die Hartnäckigkeit des Verbrechers (persistenza nel macchiarsi di colpe deri-

[9]) Aus dem allg. Theile lässt sich nicht ersehen, wann ein Verzicht des Verletzten auf bereits rechtskräftig erkannten Strafen zulässig ist. Vgl. Art. 109 N. 3.

vanti dal medesimo malvagio impulso) zu brechen? Abgesehen hiervon ist die Verjährung viel zu einseitig als Wohlthat für den Verbrecher aufgefasst worden.

Wieder recht casuistisch sind endlich die Bestimmungen über den Erlöschungsgrund der Begnadigung. Der Entwurf unterscheidet amnistia, indulto, grazia und riabilitazione.

Die Amnestie tilgt alle strafrechtlichen Wirkungen der Verurtheilung. Geringere Wirkungen haben die beiden folgenden Arten der Begnadigung, sie beschränken sich auf den Erlass und die Umwandlung von Freiheitsstrafen. Der Verlust der öffentlichen Aemter wird hierdurch nicht berührt. Dass die erwähnten Arten der Begnadigung und der Verzicht keinen Einfluss auf die Herausgabe der einzuziehenden Gegenstände, auf bereits gezahlte Geldstrafen und auf die Rechte dritter Personen ausüben, ist nicht die einzige überflüssige Bestimmung (Art. 110), welche in diesem Abschnitte steht.

Durch Rehabilitation kann der Verurtheilte den lebenslänglichen Verlust der öffentlichen Aemter beseitigen. Er muss darum nachsuchen und zwar, nachdem er Beweise der Besserung gegeben hat und fünf bezw. (bei Rückfälligen) zehn Jahre abgelaufen sind. Diese Frist wird entweder von der Rechtskraft des Urtheils oder von der Verbüssung, Verjährung oder Erlassung der Strafe gerechnet, je nachdem die interdizione dai pubblici uffici alleinige Strafe war oder nicht. Am Besten wäre es wohl gewesen, wenn man das Begnadigungsrecht nicht so eingeschränkt, auch nicht so viele Arten desselben aufgestellt hätte, wodurch die Bestimmungen casuistisch werden müssen.

Das Gesammturtheil über den Entwurf kann kein so günstiges sein wie über den ihm beigegebenen Ministerialbericht. Man muss sich überhaupt wundern, dass der Entwurf, bei dessen Ausarbeitung die ausländische Literatur in so umfassendem Masse benutzt ist, einen solchen Inhalt bekommen hat. Ich will von den Bestimmungen über das internationale Strafrecht, über Zurechnungsfähigkeit, über Versuch und Theil-

nahme gar nicht sprechen, denn darüber wird eine Einigung kaum zu erzielen sein. Jeder aber muss zugeben, dass der Entwurf zu casuistisch und dass das richterliche Ermessen zu sehr eingeschränkt ist. Auf nationale Eigenthümlichkeiten lässt sich dies m. E. nicht zurückführen. Wie ich bereits erwähnt habe, ist in dem Entwurfe nur eine Bestimmung (Art. 48), die so specifisch italienisch ist, dass dieselbe für uns von vornherein nicht zu verwenden ist. Die Gründe müssen also anderswo liegen. Sollten vielleicht die Bestimmungen des Entwurfes desshalb so casuistisch sein, weil dem italienischen Richter nicht eine solche Freiheit gelassen werden darf wie dem deutschen? Aber auch dies würde zur vollständigen Erklärung nicht hinreichen.

Auf zwei Punkte müsste sich m. E. die Kritik in Italien besonders richten: die überflüssigen und die nicht in das Strafgesetzbuch gehörenden Bestimmungen und das Strafensystem des Entwurfes, erstere wären zu beseitigen, letzteres zu vereinfachen. Ich schliesse mit dem Wunsche, dass in Italien die Einheit auf dem Gebiete der Strafgesetzgebung recht bald erreicht werden möge.

VII.

Ueber die Systematik des indischen Rechts.

Von

Prof. Dr. **Jolly.**

Eine abstracte Richtung, ein Hang zu subtilen, nicht selten haarspaltenden Discussionen und Distinctionen, und ein entschiedener Trieb zu schematisiren, bildet eine hervorstechende Eigenthümlichkeit der indischen Arier, die sie in allen von ihnen betriebenen Wissenschaften an den Tag gelegt haben, in der Theologie und der Philosophie, der Logik und der Grammatik, der Astronomie und Mathematik, der Medicin und der Jurisprudenz. An dem indischen Recht wird namentlich dem Juristen, der von dem Studium des römischen oder deutschen Rechts herkommt, auf den ersten Blick nichts mehr auffallen als der Contrast zwischen einer höchst entwickelten und originellen Casuistik und so manchen höchst primitiven Rechtsanschauungen, wie sie sich z. B. in dem Strafrecht mit seinen symbolischen und grausam harten Strafen, oder in der häufigen Anwendung der Gottesurtheile, in der patriarchalischen Gestaltung der Familienverhältnisse geltend machen. Die Neigung zur Abstraction, um den allgemeinsten Ausdruck zu gebrauchen, tritt schon in den ältesten Rechtsquellen ganz prägnant hervor, steigert sich dann in gleichem Grade mit der zunehmenden

inhaltlichen Ausbildung des Rechts und erreicht ihren Höhepunkt in der Zeit der gelehrten Jurisprudenz, die ungefähr mit dem Eintritt des Mittelalters beginnt. Es ist der Mühe werth, zunächst die schädlichen Wirkungen einer für die indische Rechtsentwicklung so bedeutungsvollen Tendenz in Kürze zu analysiren. So äussert sich dieselbe in einer früh erwachten Neigung zu etymologisiren, wofür die schon in mehreren der ältesten Gesetzbücher vorkommende Etymologie des Sanskritwortes *putra* „Sohn" als Beispiel dienen mag. Es wird hier von *put,* dem Namen einer Hölle, und *tra* „retten" abgeleitet, soll also die Rettung aus der Hölle bedeuten, weil nach den religiösen Vorstellungen der Inder der Besitz männlicher Nachkommenschaft eine Hauptbedingung des eigenen künftigen Seelenheils ist. Die vergleichende Sprachwissenschaft hat freilich gelehrt, dass *putra* vielmehr mit lat. *puer* und den hiezu gehörigen griechischen, lateinischen und deutschen Wortstämmen gleicher Herkunft ist; und ähnlich wie mit dieser verhält es sich mit den übrigen Etymologieen in den indischen Rechtsbüchern, von denen sich eine ganze Blüthenlese veranstalten liesse: sie sind sammt und sonders viel zu künstlich, um richtig zu sein.

Lange Aufzählungen sind eine andere Leidenschaft der indischen Juristen. So werden in dem sehr alten Gesetzbuch des Vasishtha zwölf Arten von Söhnen (im Erbrecht; ganz oder fast ebenso in der Mehrzahl der anderen Quellen), drei Arten des Beweises (durch Schriftstücke, Zeugen und Besitz) und fünf Arten des erlaubten Meineids (wenn es sich um einen Brahmanen, um Leben oder Tod handelt u. s. w.) unterschieden. Das Gesetzbuch des Nârada stellt eilf Classen von Zeugen auf, die es unter zwei Hauptarten: absichtlich beigezogene und zufällig bei der Sache anwesende Zeugen vertheilt; ferner sechserlei Arten von Deposita, ebensoviel Arten von Pfändern, acht Elemente des Gerichtsverfahrens, fünfzehn Arten von Sclaven (Manu nennt nur sieben), acht Eheformen (ebenso bei den meisten anderen Autoren), drei

Arten von wiederverheiratheten und vier von untreuen Frauen, vier Arten von Capitalverbrechen, von Zinsen und von Schenkungen, welch letztere wieder in zweiunddreissig Unterarten zerfallen u. s. w. Kâtyâyana erwähnt sechszehn Classen von Individuen, die wegen moralischer Gebrechen, ihres Verhältnisses zu einer der beiden Parteien u. s. w. ungeeignet sind, Bürgschaft zu leisten, fünf Arten von rechten Bürgen, sieben Arten der Eintreibung einer Schuld, Brihaspati acht Classen von Pfändern, nemlich je nachdem ein Pfand in einer mobilen oder immobilen Sache besteht, mit Fruchterwerb verbunden oder zur Aufbewahrung hinterlegt ist, zu einer bestimmten Zeit verfällt oder nicht, und schriftlich oder blos mündlich vor Zeugen stipulirt ist, ferner vier Arten von Dienstverhältnissen, die wieder in Unterarten zerfallen je nach der Natur der verrichteten Arbeit, sechs Arten von Zins u. s. w.

Noch bezeichnender als die etymologische und Zahlenspielerei der indischen Gesetzbücher ist die Haarspalterei, in die mitunter ihre Casuistik verfällt. Von der Kastenordnung ausgehend, wird in mehreren der ältesten Gesetzbücher die erlaubte Anzahl der Ehefrauen nach der Kaste des Mannes regulirt: ein Brahmane darf nach einer Frau aus der Brahmanenkaste, die als die erste Frau den höchsten Rang geniesst, noch Ehefrauen aus den drei folgenden Kasten nehmen, ein Angehöriger der Kshatriyakaste eine Kshatriyâ und dann noch je eine Frau aus den zwei untersten Kasten u. s. w. Der ungleiche Rang der Mütter vererbt sich nun aber auf die Söhne, und so sind auch ihre verschiedenen Erbansprüche zu erörtern. Manu beschränkt sich darauf, den Fall zu besprechen, dass ein Brahmane von vier Frauen aus den vier Kasten je einen Sohn hat und gibt hiefür unter mehreren Arten der Vertheilung namentlich die an, dass die ganze Erbschaft in zehn Theile getheilt werden soll, wovon die vier Söhne je nach der Kaste ihrer Mutter vier, drei, zwei Theile und einen Theil erhalten sollen. Dieses System der Erbtheilung wird aber in dem Gesetzbuch des Vishnu, das wenigstens seinen

Hauptbestandtheilen nach ebenfalls noch zu den ältesten Rechtsquellen gehört, bis in die äussersten Consequenzen verfolgt. Hat ein Brahmane nur Söhne von drei Frauen aus den drei obersten Kasten hinterlassen, so ist die Erbschaft in neun Theile zu theilen, und die drei Söhne erhalten je nach ihrem Rang vier, drei und zwei Theile; fällt dagegen der Sohn der Brahmanin weg, so sollen nur sechs Theile gemacht werden und die drei Söhne je drei, zwei und einen Theil erhalten; fallen die Söhne von Müttern aus den beiden untersten Kasten weg, so sollen ebenfalls sechs Theile gemacht werden und die zwei Söhne je vier und zwei davon erhalten u. s. w. Auch für Söhne aus Mischehen eines Kshatriya etc. wird derselbe Modus der Vertheilung durchgeführt. Zur Würdigung dieser ganzen Casuistik ist darauf hinzuweisen, dass wahrscheinlich schon von der frühesten Zeit an das Connubium zwischen den Kasten auf das Aeusserste beschränkt war; heutzutage finden sogar unter den verschiedenen Stämmen der Brahmanen und anderer Kasten keine Zwischenheirathen mehr statt.

Spitzfindigkeiten dieser Art bilden in der schöpferischen Epoche des indischen Rechts keineswegs die Regel. In sehr vielen, in den meisten Fällen hängt die minutiösere Casuistik der späteren oder aus einer älteren Tradition gegenüber den früheren oder aus einer jüngeren Ueberlieferung schöpfenden Gesetzbüchern unverkennbar mit dem Fortschritt des Rechts zusammen. Dies ist z. B. der Fall bei dem oben erwähnten genauen Verzeichniss der ungeeigneten Bürgen bei Kâtyâyana und ebenso bei einer noch längeren Liste, welche Nârada von den unzulässigen Zeugen gibt; ferner bei den detaillirten Angaben der Späteren über schriftliche Vorträge und die Form, in der sie abzufassen sind, bei ihren eingehenden Erörterungen über Rechtsfähigkeit, Haftung für Schulden, Priorität bei der Abschliessung von Verträgen und so viele andere Punkte, die sich bei den anderen Autoren entweder gar nicht berührt oder nur ganz kurz angedeutet finden. Erst in der mittelalterlichen Epoche hat sich der juristische Scharfsinn ganz und

gar auf spitzfindige Distinctionen geworfen. Und nun gilt es nicht mehr neues Recht zu schaffen oder das vorhandene fortzubilden, sondern die Juristen sind zu gelehrten Commentatoren geworden, deren einziges Ziel darin besteht, die jetzt auf ein Piedestal der Heiligkeit erhobenen Texte der früheren Epoche ausführlich zu erklären, systematisch für den Unterricht zu verarbeiten und ihre dialektischen und sophistischen Anlagen in der Wegräumung der zahlreichen Widersprüche zwischen den einzelnen Autoren, die als sämmtlich gleich heilig auch sämmtlich mit einander harmoniren müssen, zu erproben.

Nur in Betreff der Vollständigkeit und der Systematik haben auch diese mittelalterlichen Juristen noch Fortschritte aufzuweisen. Ich stehe hiemit bei meinem Thema, das ich desshalb gewählt habe, weil es für einen Versuch, juristischen Lesern einen Einblick in die fremde und fremdartige Welt der indischen Rechtsgestaltung zu geben, am geeignetsten erschien, die Eintheilung des Rechts bei den Indern zu erörtern. Denn es wird sich dabei von selbst die Nöthigung ergeben, wenn auch in grösster Kürze den Hauptinhalt aller wichtigeren Gesetzbücher in historischer Folge Revue passiren zu lassen.

Nach allem Gesagten ist es natürlich, zu erwarten, dass auch systematische Bestrebungen den indischen Juristen von jeher besonders am Herzen gelegen haben, dass der Trieb zu schematisiren nicht bei einzelnen Theilen des Rechts stehen blieb, sondern auf das Ganze ausgedehnt wurde. Dennoch findet sich in den ältesten Werken, welche Dharmasûtra, d. h. Sammlungen von Rechtsregeln heissen oder ursprünglich hiessen, von einer Eintheilung des Rechts noch kaum eine Spur, was aber ganz einfach darin seinen Grund hat, dass diese Schriften, die sich enge an die Grihyasûtra, d. h. Sammlungen der häuslichen Gebräuche anschliessen und zum Theil inhaltlich mit denselben decken, fast ausschliesslich das Gebiet der Sitte und des religiösen Cultus zum Gegenstande

haben und das eigentliche Recht nur streifen [1]). So enthält von den zwei Büchern, in welche das Dharmasûtra des Apastamba (ed. Bühler, Bombay 1868. 1871) eingetheilt ist, das erste gar nichts über Recht, das zweite auch nur einige zerstreute Vorschriften über die Pflichten eines Königs, unter denen die Entscheidung von Processen eine der wichtigsten ist, über Eherecht und die Eheformen, deren er sechs unterscheidet, über Gerichtsverfahren und besonders über Erbrecht, wörtlicher und richtiger „Vertheilung des Vermögens", da die Theilung des Familienguts häufig schon bei Lebzeiten des Familienhaupts stattfindet, während Testamente dem indischen Recht unbekannt sind. Auch das Dharmasûtra des Baudhâyana (Mss. Haug. der Münchener Staatsbibl. 143 und 163, 17) enthält in seinen vier Büchern zwar ausführliche Bestimmungen über Verunreinigungen und die Bussen dafür, Leichenceremonien, Todtenopfer u. a. Punkte des Kanons der Brahmanen, aber nur wenige und kurze Capitel aus dem Bereich der weltlichen Gesetzgebung. Einigermassen ausführlich, und zwar ähnlich wie bei Apastamba, wird auch hier nur das Erbrecht behandelt; im Anschluss an die Pflichten eines Königs werden einige strafrechtliche Bestimmungen über Mord, Diebstahl u. a. Capitalverbrechen gegeben, dann das Zeugenverfahren, weiterhin das Eherecht und die Eheformen, hier acht, erörtert. Etwas mehr Juristisches enthält die Sammlung, welche Vasishtha zugeschrieben wird. Unter den 29 Kapiteln, die dieses Werk in den neuerdings von Dr. Bühler aufgefundenen vollständigsten Handschriften umfasst, befinden sich, abgesehen

[1]) Sowohl die Grihya- als die Dharmasûtra gehören noch ganz in die erste oder „vedische", d. h. an die Vedas anschliessende Periode der Sanskritliteratur und müssen daher in die älteste Epoche der indischen Geschichte gesetzt werden. Eine genauere Fixirung der Abfassungszeit ist bei keinem der älteren indischen Gesetzbücher möglich, noch weniger lassen sich die wirklichen Verfasser ermitteln, da die Namen der angeblichen Autoren entweder wie Vishnu u. dgl. von einer Gottheit oder einem Seher der Vorzeit oder wie Apastamba u. a. von der betreffenden vedischen Schule hergenommen sind, in der das Werk entstand.

von isolirten Stellen, nur fünf Capitel eigentlich juristischer Natur, nemlich das erste einleitende, welches von den Quellen und dem Geltungskreis der Gesetzbücher, von den Capitalverbrechen, dem Verhältniss der Kasten zu einander u. dgl. Dingen handelt, dann das 15., welches die Adoption, das 16., welches das Gerichts-, besonders das Beweisverfahren, das 17., welches das Erbrecht und einige Punkte aus dem Eherecht, und das 19., welches im Anschluss an die Pflichten eines Königs Einiges aus dem Strafrecht tractirt. Aehnlich verhält es sich mit dem Gesetzbuch des Gautama (ed. Stenzler, London 1876); von seinen 28 Capiteln beschäftigt sich das 4. mit den acht Eheformen und den Mischehen und Mischkasten, das 10.—13., von den Pflichten der Kasten, insbesondere der königlichen Kaste ausgehend, mit Politik, Verwaltung und Rechtspflege, das 18. mit dem Frauenrecht, das 28. mit dem Erbrecht. Das 12. Capitel, in dem man, abgesehen von dem Erbrecht und ein paar isolirten juristischen Maximen, den legislatorischen Theil dieses Gesetzbuchs compact beisammen hat, behandelt die verschiedenen Rechtsmaterien immer mit Angabe der Strafen für die einzelnen Vergehungen in folgender Anordnung: 1) Vergehungen eines Çûdra gegen Mitglieder höherer Kasten und Beschäftigung mit oder nur Berührung der heiligen Schriften (welche nur für die höheren Kasten bestimmt sind). 2) Beleidigungen unter Mitgliedern der höheren Kasten. 3) Diebstahl. 4) Schaden, der durch Vieh auf einem fremden Felde angerichtet wird. 5) Abfall von der religiösen Pflicht. Beraubung eines fremden Feldes aus frommen Motiven. 6) Zinsen. 7) Entstehung von Eigenthum durch verjährten Besitz. 8) Haftung für Schulden. 9) Allgemeines über Strafen. Das folgende 13. Capitel erörtert dann die Lehre vom Process in nachstehender Reihenfolge: 1) Zeugenverfahren. 2) Anwendung eines Gottesurtheils. 3) Himmlische und irdische Strafen meineidiger Zeugen. 4) Erlaubter Meineid. 5) Die Richter. 6) Dauer der Processe.

Diese bedeutenden Ansätze zur inhaltlichen Ausbildung

des Rechts und zur Abgrenzung desselben gegen das Processverfahren, welche das zweifellos sehr alte Gesetzbuch des Gautama aufweist, erscheinen doch gering im Vergleich mit derjenigen Gestaltung des Jus, die uns bei einer anderen der alten vedischen Schulen, den Kâthaka's, entgegentritt. Von dieser Schule rührt das schon erwähnte umfangreiche Gesetzbuch des Vishnu[2]) her, von dem zwar der Name und einige nicht schwer zu erkennende Einschiebsel auf einen der Sekte der Vishnuiten angehörigen Bearbeiter zurückzuführen sind, das aber seinem Kerne nach intakt geblieben ist. Bezeichnend für die wichtigere Position, welche das Recht hier gewonnen hat, ist schon der Umstand, dass es vorangestellt wird. Nach der auf den Gott Vishnu bezüglichen, sicher von dem Bearbeiter herrührenden Einleitung kommt zunächst ein kurzes Kapitel über die vier Kasten, ihre besonderen Aufgaben und Erwerbsarten, dann folgt ein ausführlicher Abschnitt über die Pflichten des Königs in Krieg und Frieden, dann wieder ein kleines Capitel über Mass und Gewicht, Münzen und Geldstrafen, hierauf ein sehr langes Capitel, das längste des ganzen Buches, über Vergehen und Strafen. Hier wird nun ausser dem Erb- und Schuldrecht fast das ganze materielle Recht, so weit es in jener Zeit schon entwickelt war, abgehandelt, nemlich, wenn wir einiges Nebensächliche übergehen, folgende Punkte: 1) Todesstrafe, Brandmarkung und Verbannung, u. a. Strafen für Capitalverbrechen. 2) Beleidigungen und thätliche Insulten unter Mitgliedern der gleichen Kaste oder verschiedener Kasten. 3) Ehebruch und unerlaubter Umgang. 4) Betrügung eines Freiers, Beschimpfung einer Braut. 5) Tödtung und Beschädigung von Thieren und Pflanzen. 6) Näheres über Realinjurien; Mordanfälle. 7) Diebstahl. 8) Verweigerung schuldiger Ehrenbezeugungen u. a. polizeiliche Vorschriften. 9) Unterschlagung gemeinsamen Gutes,

[2]) Die nachfolgenden Angaben über dieses Werk, von dem noch keine kritische Ausgabe vorliegt, beziehen sich auf die vier in der Londoner India Office Library befindlichen Handschriften desselben.

bösliche Verlassung von Verwandten, Einmischung in einen Streit zwischen Vater und Sohn und ähnliche ehrlose Handlungen. 10) Fälschung und Betrug. 11) Nichtauslieferung einer verkauften, Nichtannahme einer gekauften Sache. 12) Wegzölle und Fracht. 13) Falsches Spiel. 14) Ersatzpflicht des Eigenthümers oder Hirten für verunglücktes Vieh und Feldschaden durch Vieh. 15) Sclaverei und Dienst um Lohn. 16) Bruch von Eheverträgen. 17) Verkauf und Kauf fremden Eigenthums. 18) Gesellschaftsverträge. 19) Deposita. 20) Grenzstreitigkeiten. 21) Fälschung von Lebensmitteln und Pfuscherei. 22) Falsches Zeugniss, Bestechung, betrügerische Verpfändung. Zum Schluss folgen noch einige vermischte Regeln in Versen über Ersitzung, Nothwehr, die sieben Todsünden und die Nothwendigkeit der Strafen.

Dem Schuldrecht, dem wir auch weiterhin eine besonders hervorragende Rolle zugewiesen finden werden, ist das nächste (6.) Capitel gewidmet, das der Reihe nach den gesetzlichen Zinsfuss, das Pfandrecht, die Eintreibung einer Schuld, die Haftung für Schulden und die Lehre von der Bürgschaft abhandelt. Dann folgt in kürzeren Capiteln die Lehre vom Gerichtsverfahren, hierauf in Cap. 15—19 das Erbrecht, in dem jedoch zugleich die Lehre von den Mischkasten inbegriffen ist, später noch ein paar kurze, mehr in das Gebiet der Sitte gehörige Capitel (24—26) über Eheformen und Pflichten und Rechte der Frauen in monogamischen und polygamischen Ehen; der ganze Rest des Werks ist wieder religiöser Natur. Das Gerichtsverfahren erscheint nicht nur wie das materielle Recht im Vergleich mit den älteren Werken an und für sich ganz bedeutend entwickelter, sondern auch die formelle Behandlung ist hier auffallend vervollkommnet, wie betreffs der Eintheilung aus dem nachstehenden Inhaltsverzeichniss der bezüglichen Capitel (7—14) erhellen wird. Sie handeln über: Schriftstücke; Zeugenbeweis; Ordale im Allgemeinen und Eide; einzelne Gottesurtheile, nemlich durch die Wage; durch Feuer; durch Wasser; durch Gift; durch Weihwasser.

Von dem Vishnusûtra wende ich mich direkt zu der zweiten Stufe der älteren Rechtsliteratur, der in Versen abgefassten Dharmacâstra („Rechtslehren" oder „Rechtsbücher") und gelange hier zunächst zu dem ehrwürdigen Gesetzbuch des Manu[3]). Haben auch neuere Untersuchungen den Nimbus eines fabelhaften Alters zerstört, mit dem dieses Werk beim Beginn der Sanskritstudien umgeben worden war, so steht doch fest, dass es schon von alter Zeit her besondere Verehrung als das erste und heiligste Gesetzbuch Indiens genossen hat. Und wenn die auf uns gekommene, metrische Redaction auch erst aus einer verhältnissmässig späten Zeit herrühren kann, da wir wissen, dass die ältesten Gesetzbücher in Prosa abgefasst waren und Dharmasûtra hiessen, wenn ferner diese secundäre Bearbeitung offenbar noch eine Menge späterer Zusätze erhalten hat, die in alle Texte eingedrungen sind, so ist doch das meiste in unserem Manu vorliegende Material gewiss sehr alt, theilweise sogar älter als das in den auf uns gekommenen Dharmasûtra enthaltene. Dies wird sich beispielsweise nachher bei Manu's im Vergleich mit Vishnu's Behandlung des Gerichtsverfahrens zeigen, zunächst muss ich, als für den allgemeinen Standpunkt der Beurtheilung wichtig, die Thatsache erwähnen, dass auch bei Manu das religiöse Element noch entschieden das Uebergewicht behauptet. Zu einer vollkommenen Trennung des Rechts von der Religion ist man eben, wie wir noch später finden werden, in Indien niemals gelangt, die Juristen waren und sind dort ähnlich wie bei den Mohammedanern stets zugleich Moralisten, nur zu oft auch Theologen. Manu's Gesetzbuch ist in zwölf Abschnitte getheilt; von diesen handelt der erste hauptsächlich von der Erschaffung der Welt, in den fünf folgenden werden vornemlich

[3]) Dieses Werk ist nicht nur vielfach edirt, sondern auch schon wiederholt übersetzt, leider liegt aber noch keine empfehlenswerthe Uebertragung ins Deutsche vor, da die Hüttner'sche (Weimar, 1797) nicht auf das Original, sondern nur auf Sir W. Jones' jetzt auch antiquirte englische Uebersetzung zurückgeht.

die vier Stufen im Leben eines Brahmanen von der Schülerzeit bis zur Stufe der Askese abgehandelt, dabei allerdings auch einige Vorschriften über Eherecht und Pflichten und Rechte der Frauen eingestreut; der letzte Theil des neunten und der zehnte Abschnitt betreffen die Pflichten und Erwerbsarten der verschiedenen Kasten, der eilfte zählt die religiösen Bussen, der zwölfte die verschiedenen Formen der Seelenwanderung auf. So bleiben für rein weltliche Angelegenheiten nicht ganz drei Abschnitte übrig, von denen aber der siebente sich nur mit dem Königsrecht, inclus. Politik, Kriegskunst etc. beschäftigt. Allerdings ist der achte Abschnitt der längste des ganzen Buches und macht zusammen mit demjenigen Theil des neunten, der das eigentliche Recht betrifft, ungefähr ein Viertel des Gesammtumfangs aus (660, resp. 714 von 2684 Strophen).

In dem achten Abschnitt liegt nun gleich zu Anfang eine Eintheilung des ganzen materiellen Rechts in folgende 18 Materien vor: Eintreibung einer Schuld, Deposita, Verkauf einer Sache durch einen Anderen als den Eigenthümer, Gesellschaftsverträge, Entziehung von Geschenken, Nichtbezahlung von Lohn, Bruch einer Uebereinkunft, Annullirung von Kauf oder Verkauf, Streitigkeiten zwischen einem Viehhirten und seinem Dienstherrn, Grenzstreitigkeiten, Real- und Verbalinjurien, Diebstahl, Gewaltthätigkeit, Unzucht und Ehebruch, eheliche Zwistigkeiten, das Erbrecht, Spiel und Wetten. Diese Eintheilung wird dann auch bei der Darstellung des Rechts (freilich nicht ganz genau) beobachtet, doch folgt das materielle Recht nicht unmittelbar, sondern es wird zunächst das Gerichtsverfahren abgehandelt, wobei Manu offenbar älteren Traditionen folgt als Vishnu, indem bei ihm nicht nur jede Eintheilung des Stoffs fehlt, sondern auch so wichtige Punkte wie der Beweis durch Schriftstücke und die Gottesurtheile beinahe oder völlig übergangen werden, wahrscheinlich weil diese Institute noch wenig oder gar nicht entwickelt waren. Was wir in diesem Abschnitt finden, sind allgemeine Erörterungen

über die Pflicht der Gerechtigkeit, dann Angaben über die Zeichen des Schuldbewusstseins, Regeln über die Behandlung herrenlosen Gutes, hierauf ein längeres Intermezzo über Schuldrecht [4]), sodann die Darstellung des Zeugenverfahrens, worin besonders die Aufzählung der gültigen und ungültigen Zeugen, die Ermahnungen des Richters an die versammelten Zeugen (darunter mehrere schöne Sentenzen) und die Strafen für falsches Zeugniss hervortreten, endlich eine kurze Erwähnung des Feuer- und Wasserordals und eine Aufzählung und Classification der Strafen.

Kehren wir zu den 18 Rechtsmaterien oder, wie sie später heissen, Klagegründen zurück, so sind die Mängel dieser Eintheilung [5]) zu einleuchtend, um der Hervorhebung zu bedürfen, und wer vom römischen Rechte mit seiner streng logischen Eintheilung in Personen-, Sachen- und Actionenrecht herkommt, wird vielleicht geneigt sein, sie bizarr zu finden. Es fehlt offenbar ein bestimmtes Eintheilungsprincip, und dieser Missstand macht sich denn auch in der höchst ungleichen Länge der einzelnen Abschnitte geltend, indem z. B. die Lehre von der Entziehung von Geschenken in drei, die Gesellschaftsverträge, worunter hier besonders das Zusammenwirken einer Genossenschaft von Opferpriestern verstanden wird, in sechs, die Nichtbezahlung von Lohn (nemlich falls der gemiethete Arbeiter zurücktritt oder verhindert ist etc.) in fünf Strophen abgemacht wird, während dagegen das Eherecht 102, das Erbrecht, das wir auch schon in den ältesten Rechtsquellen besonders hervorgehoben fanden, 117 Strophen umfasst. Auch

[4]) Wahrscheinlich hat die Lehre vom Civilprocess anfangs in besonders nahen Beziehungen zum Schuldrecht gestanden, und sich daran entwickelt. Einige weitere Anhaltspunkte für diese schon früher (Nârada, p. 55) ausgesprochene und von *K. Maurer* in seiner Recension dieses Werks (Krit. Vierteljahrsschr. XIX, 160 ff.) gebilligte Vermuthung gebe ich in meiner in den Sitzungsber. der bayer. Akad. 1877 erschienenen Abhandlung «Ueber das indische Schuldrecht«. Vgl. auch u.

[5]) Sehr scharf beurtheilt von *Mill* in seiner in England viel gelesenen *History of India*.

der Diebstahl erfährt wie wohl in allen alten Rechtssystemen eine besonders ausführliche Darstellung, indem er nicht nur an gehöriger Stelle, und zwar hier in engem Zusammenhang mit Unzucht und Gewaltthätigkeit, d. h. Raub und Mord etc., sondern auch noch einmal als eine Art Anhang zu der ganzen Darstellung des Rechts tractirt wird. In diesem Anhang, der ausserdem vermischte Regeln über Capitalverbrechen und ihre Bestrafung, die Aufspürung der Verbrecher, u. a. polizeiliche Massregeln enthält, wird dem Begriff des Diebstahls die weiteste Ausdehnung gegeben: ausser den „geheimen" Dieben, welche ungesehen stehlen und rauben, gibt es auch „öffentliche", d. h. Betrüger im weitesten Sinne des Worts, und letztere Classe hat schon bei Manu, noch mehr bei den Späteren einen fast unbegrenzten Umfang, indem alle Unredlichkeit in Handel und Wandel darunter verstanden wird [6]). — Um die Lichtseiten der Manu'schen Eintheilung des Rechts würdigen zu können, ist es allerdings nöthig, von den uns geläufigen Anschauungen ganz zu abstrahiren und einen rein historischen Standpunkt einzunehmen. Ein bedeutender Fortschritt z. B. gegenüber dem Gesetzbuch des Vishnu und ein sichtbares Zeichen der beginnenden Emancipation der Jurisprudenz von der Religion und Moral ist es, dass überhaupt ein Versuch gemacht wird, die verschiedenen Theile des Rechts in eine Uebersicht zu bringen und dieselbe der Behandlung desselben zu Grunde zu legen. Aber auch die Art der Gruppirung des Stoffes ist durchaus nicht so willkürlich und unzweckmässig, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Vorangestellt und theilweise schon in die Lehre vom Gerichtsverfahren eingeschoben, wird das Schuldrecht: ganz natürlich, da die Benachtheiligung des Gläubigers durch einen renitenten Schuldner oder die Bedrückung eines insolventen Schuldners durch einen unbarm-

[6]) So heisst es bei den verschiedensten Vergehen, die mit dem Diebstahl weiter nichts als den *dolus* gemein haben, dass der Verbrecher „wie ein Dieb zu strafen" sei. Selbst falsches Zeugniss wird unter den Begriff des „Wortdiebstahls" gebracht.

herzigen Gläubiger allerwärts zu den ältesten Motiven zählen, welche die Anrufung der Gerichte veranlassen. Dass dies auch in Indien nicht anders war, bestätigt die Beachtung, die gerade das Schuldrecht schon in den oben besprochenen ältesten Rechtsquellen gefunden hat. Die Deposita schliessen sich an als eine mit dem Darlehen verwandte Institution, welche bei wenig entwickeltem Verkehr und grosser Unsicherheit des Eigenthums eine grosse Wichtigkeit zu erlangen pflegt; daher die früher erwähnte Unterscheidung von nicht weniger als sechs Arten des Depositums. Geschenke, Verträge, besonders über Kauf und Verkauf, dann aus dem Bereich des in Indien so sehr ausgebildeten Kasten- und Zunftwesens das Verhältniss des Arbeitgebers oder Grundeigenthümers zu seinen Arbeitern und Knechten und Streitigkeiten über die Grenze zwischen zwei Grundstücken oder Dorfmarkungen sind weitere, mehr oder minder wichtige Gegenstände der bürgerlichen Rechtspflege. Dagegen fallen die fünf folgenden Materien: Real- und Verbalinjurien, Diebstahl, Gewaltthätigkeit und geschlechtliche Vergehen ganz in das Gebiet des Criminalrechts, auf das sich ausserdem der erwähnte Anhang bezieht. Die Strafen sind hier meistens Körperstrafen, namentlich Verstümmelungen und verschiedene Arten der Todesstrafe, während dagegen im Civilrecht fast nur Geldstrafen vorkommen. Das Eherecht und Erbrecht machen zusammen das Familienrecht aus, das hier naturgemäss den breitesten Raum einnimmt. Namentlich die Bestimmungen über Vermögenstheilung werden durch die so häufig bis ins zweite Glied fortgesetzte Haus- und Gütergemeinschaft der Familienangehörigen sehr complicirt. Als ein blosses Anhängsel erscheint der Abschnitt über Spiel und Wetten, die Manu rundweg verbietet, während spätere Gesetzgeber vom König concessionirte Spielhäuser kennen, die an ihn gewisse Procente entrichten müssen. Kann hienach dem Schema der achtzehn Rechtsmaterien ein gewisses System nicht abgesprochen werden, so ist diese wenn auch unvollkommene Classification in *einer* Beziehung sogar schätzbarer

für uns, als die logischste und consequenteste Eintheilung der Welt es sein könnte. Sie liefert nämlich einen schlagenden Beweis dafür, dass das indische Recht, so spitzfindig und abstrus es nach den Eingangs mitgetheilten Proben im Einzelnen sein kann, doch im Ganzen einen eminent praktischen Charakter hat. Wäre es ein Produkt der Theorie, so müsste zuerst die Schablone und dann erst ihre Ausfüllung entstanden sein. Aber an Manu's achtzehn Klagegründen kann Niemand verkennen, dass sie ein für die altüberlieferten Regeln des Gewohnheitsrechts nachträglich zurecht gemachtes Schema darstellen. Diese praktische Basis und Gesammtnatur der indischen Rechtsbücher [7]), bei deren näherer Begründung ich mich hier

[7]) Dieselbe ist oft bestritten worden, geht aber u. A. auch daraus hervor, dass die ganze Civilisation von Siam und Birma auf den alten indischen Gesetzbüchern ruht, die von Java aus in diese Reiche eingeführt wurden. Belege für die durchgreifende Reception des indischen Rechts in Birma findet man z. B. auf jedem Blatt des Damathat, das noch jetzt in Birma als Gesetzbuch gilt. Ich lasse aus einem mir von Prof. E. Kuhn in München freundlichst geliehenen Exemplar der seltenen Edition und englischen Uebersetzung dieses Werks von Richardson (The Damathat, or The Laws of Menoo, transl. from the Burmese, by Richardson. Maulmain, 1847 p. 68) nachstehend die Aufzählung der 18 Klagegründe folgen, an denen freilich im Verlauf des Werks nicht festgehalten wird: 1) Borgen von Silber; 2) Hinterlegung von Eigenthum; 3) Diebstahl fremden Guts und Verkauf desselben, nachdem man ihm ein anderes Aussehen gegeben hat; 4) wann man ein Geschenk zurücknehmen darf, und wann nicht; 5) Theilung des Lohnes unter Bauleuten; 6) Theilung des Lohnes unter Arbeitern; 7) Entscheidungsgründe, wenn ein in Gegenwart achtbarer Zeugen gemachtes Versprechen gebrochen wurde; 8) Entscheidungsgründe in Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Hirten; 9) wann verkauftes oder gekauftes Eigenthum zurückgegeben werden darf und wann nicht; 10) die Gesetze über Feststellung bestrittener Grenzen; 11) die Gesetze, wenn eine Anklage angebracht ist (?); 12) die Gesetze über Diebstahl oder Hehlerei; 13) die Gesetze über thätlichen Angriff; 14) die Gesetze über Mord; 15) die Gesetze über das pflichtgemässe Verhalten von Mann und Frau zu einander; 16) die Gesetze zur Bestimmung, ob Jemand Sclave ist oder nicht; 17) die Entscheidungsgründe bei Schulden, die aus Hahnenkämpfen, Wetten und Spielen entstanden sind; 18) das Erbrecht. Man sieht, wie genau sich diese Eintheilung mit der oben aus Manu ange-

nicht aufhalten kann, ist um so wichtiger, als gerade jenes Schema uns in einer Beziehung das indische Recht in besonders günstiger Beleuchtung zeigt, nemlich insofern darin das Privatrecht mit 13 über das Strafrecht mit nur 5 Abschnitten entschieden das Uebergewicht hat. Letztere Thatsache verliert dadurch nicht an Werth, dass die privatrechtlichen Abschnitte, wie erwähnt, zum Theil unverhältnissmässig kurze sind; denn nicht nur sind andere wie das Erb- und Eherecht (über das letztere enthält ohnedies noch das 3. und 5. Capitel bei Manu weitere Bestimmungen) dafür um so länger, sondern es umfasst das Strafrecht höchstens 237 Strophen, d. h. ungefähr ein Drittel der ganzen Rechtslehre. Dieses Zurücktreten des Strafrechts ist in seiner Bedeutung für die Charakteristik des indischen Rechts dem Scharfblick K. Maurer's (a. a. O.) nicht entgangen, und er weist auf den Abstand hin, der hierin zu seinen Gunsten zwischen ihm und den Leges Barbarorum und selbst den älteren nordischen Rechtsbüchern bestehe.

Dieselbe Erscheinung zeigt sich in dem Gesetzbuch des Yâjnavalkya (herausgegeben und übersetzt von Stenzler, Berlin 1849), das der Zeit nach Manu am nächsten steht, übrigens nach den neuesten Untersuchungen in seiner jetzigen Gestalt kaum früher als in das 4. Jahrhundert n. Chr. gesetzt werden kann. Von den drei Abschnitten, in welche dieses Werk zerfällt, behandelt der zweite, „über die Processe", in 307 Strophen das eigentliche Recht; hievon haben nur etwa 80, also kaum mehr als ein Viertel, auf das Strafrecht Bezug. Dagegen ist das Handelsrecht hier sehr ausführlich behandelt. Die Anordnung ist die, dass zuerst das Processverfahren, zugleich damit auch die Lehre vom Besitz und der Ersitzung besprochen wird, worauf das Schuldrecht nebst Bürgschaft und Pfandrecht und Lehre von den Deposita, weiterhin das Zeugen-

führten sogar in der Anordnung berührt. Der Ehebruch fehlt (wie z. Th. auch bei den späteren indischen Gesetzgebern, s. u.); die unklare Nro. 11 entspricht vielleicht dem Titel Verbalinjurien der indischen Rechtsbücher.

verfahren, der Beweis durch Schriftstücke und die Gottesurtheile folgen. Das Schuldrecht wird also auch hier in die Lehre vom Beweisverfahren incorporirt. Die übrigen Rechtsmaterien, die sich nun anschliessen, führen keine besonderen Titel, fügen sich aber mit ganz unbedeutenden Ausnahmen leicht in den bei Manu gegebenen Rahmen, wobei folgende Reihenfolge stattfindet: (1. Schuldrecht, 2. Deposita), 3. Erbrecht, 4. Grenzstreitigkeiten, 5. Streitigkeiten zwischen einem Viehhirten und seinem Dienstherrn, 6. Verkauf einer Sache durch den Nichteigenthümer, 7. Entziehung von Geschenken, 8. Annullirung eines Kaufes, (9. Dienstverhältnisse), 10. Bruch einer Uebereinkunft (darunter wird hier besonders die Ordensregel verstanden, die bei einer Körperschaft von gelehrten Brahmanen besteht), 11. Nichtbezahlung von Lohn, 12. Spiel und Wetten, 13. Verbalinjurien, 14. Realinjurien, 15. Gewaltthätigkeit, 16. Annullirung von Verkäufen, 17. Gesellschaftsverträge, 18. Diebstahl, 19. Unzucht und Ehebruch, (20. Vermischtes). Die eingeklammerten Titel sind solche, die uns in dem sogleich zu besprechenden Gesetzbuch des Nârada begegnen werden; die übrigen 18 Materien entsprechen den 18 des Manu, ausser dass das Eherecht bei Yâjnavalkya wegfällt hiegegen die Annullirung von Kauf und Verkauf in zwei gesonderte Abschnitte zerlegt ist. Der letzte Abschnitt, den ich „Vermischtes“ betitelt habe, besteht nur aus 13 Strophen, die von Betrug, ehrlosen Handlungen, Beleidigung, unverschuldeten Beschädigungen, Hochverrath, Bestechung, grundloser Appellation, Erpressung und den Strafen für diese Vergehen handeln.

Die sorgfältigste Eintheilung des Rechts bietet unter den alten Gesetzbüchern dasjenige des Nârada. Dieses Werk, das in seiner jetzigen Gestalt etwa aus dem 5. oder 6. Jahrhundert n. Chr. herrühren mag, aber einen zum grössten Theil weit älteren Rechtsstoff überliefert [8]), behandelt ausschliesslich das

[8]) Vgl. Jolly, *The Institutes of Nârada* (London 1876), Preface. Ich erlaube mir hier zu erwähnen, dass meine früher geäusserte Absicht einer Herausgabe dieses wichtigen Werks mit deutschen Anmerkungen auf

weltliche Recht und theilt dasselbe in zwei Hauptabschnitte ein: Processrecht und materielles Recht. Der erstere stimmt sachlich und in seinen Unterabtheilungen vielfach mit den entsprechenden Theilen von Vishnu's Dharmasûtra überein. Die neun Capitel dieses Abschnitts führen nemlich die Ueberschriften: allgemeine processualische Bestimmungen, Gerichtshöfe, Schuldrecht, Schriftstücke, Zeugenrecht, an welches sich die Darstellung der allgemeinen Grundsätze betreffs der Gottesurtheile und des Gottesurtheils durch die Wage anschliesst, Feuerordal, Wasserordal, Giftordal und Weihwasserordal. Da das Schuldrecht hier schon vorweggenommen ist, so wird es unter den 18 Capiteln des zweiten Hauptabschnitts, hier „Streitgründe" genannt, unter denen es die erste Stelle einnehmen sollte, nur noch einmal als Titel aufgeführt. Es folgen Capitel über 2) Deposita, 3) Gesellschaftsverträge, 4) Rücknahme einer Schenkung, 5) Bruch versprochenen Gehorsams, 6) Nichtbezahlung von Lohn, 7) Verkauf fremden Eigenthums, 8) Nichtauslieferung verkaufter Gegenstände, 9) Aufhebung eines Kaufs, 10) Verfehlungen gegen eine Uebereinkunft oder die öffentliche Ordnung, 11) Grenzstreitigkeiten, 12) Verhältniss der Ehegatten, 13) Erbrecht, 14) Gewaltthätigkeit, 15. und 16. (beide Capitel sind verschmolzen) Verbal- und Realinjurien, 17) Spiel, 18) Vermischtes. Betreffs des Verhältnisses dieser 18 Materien zu denjenigen des Manu, mit denen sie meist wörtlich übereinstimmen, kann hier im Allgemeinen auf die obige Recension von Maurer verwiesen werden. Der bemerkenswertheste Unterschied besteht darin, dass das Strafrecht hier im Verhältniss zum Ganzen noch mehr zurücktritt als bei Manu und Yâjnavalkya. Die hier auf die Zahl drei zusammengeschmolzenen strafrechtlichen Abschnitte umfassen nur 59 Strophen von den ca. 850 des ganzen Werks oder den mehr

Schwierigkeiten stösst, da es sich jetzt zeigt, dass ein zuverlässiger und vollständiger Text nur mit Hülfe einer completen Handschrift der gleich zu erwähnenden älteren Redaktion des Nârada und des dieselbe begleitenden alten Commentars constituirt werden könnte.

als die Hälfte desselben betragenden Strophen des zweiten Hauptabschnitts. Zwar enthält der zwölfte Klage- oder Streitgrund einige Gesetze über die Bestrafung von Ehebruch und Unzucht, die bei Manu in einem besonderen Capitel vorgetragen werden, und der achtzehnte ein paar allgemeine Grundsätze über Strafen, dafür macht aber, wenn man das lange Capitel über Schuldrecht aus dem ersten Theil dazu nimmt, der Abschnitt über materielles Recht fast zwei Drittel des ganzen Werks und das gesammte Strafrecht im weitesten Sinne des Worts auch hiervon höchstens ein Sechstel aus. Bezeichnend für die höhere Stufe der Rechtsentwicklung bei Nârada ist auch der schon von Stenzler hervorgehobene Umstand, dass derselbe wie auch andre spätere Autoren einen Abschnitt „Vermischtes“ anfügt. Spuren weiterer Unterabtheilungen finden sich in dem einleitenden Capitel, wo u. A. gesagt wird, dass der vielerlei verschiedenen Anliegen der Menschen wegen die achtzehn Streitgründe in 108 besondere Theile zerfallen, also wahrscheinlich in je 6 Theile; freilich kommt im weiteren Verlauf hiervon nichts mehr vor (vgl. jedoch u.). Auch eine grössere Ausgleichung unter den einzelnen Capiteln ist bei Nârada (wie auch schon bei Yâjnavalkya) eingetreten. So ist hier die Lehre von den Gesellschaftsverträgen bedeutend erweitert, theils durch Erörterung der Handelsunternehmungen einer Compagnie von Kaufleuten, theils durch Hereinziehung der Zölle, die man beim Handel zu bezahlen hat und der Hinterlassenschaft eines Kaufmanns, der im Ausland gestorben ist. Ebenso haben die Capitel über Schenkung und über Nichtbezahlung von Lohn hier einen erheblich grösseren Umfang gewonnen, letzteres allerdings theilweise durch die Hinzunahme der von Manu gesondert behandelten Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Hirten über den Ersatz für verunglücktes Vieh; doch finden sich auch ganz neue Bestimmungen, namentlich über Miethe von Häusern, Zugthieren etc., wie auch die Bezahlung einer öffentlichen Dirne unter diesen Begriff gebracht wird. Der Streitgrund „Grenzstreitigkeiten“

enthält hier mehr als bei Manu die Gesetze über die Verantwortlichkeit für Feldschaden, der von den verschiedenen Arten von Vieh angerichtet worden ist, während Manu hierüber ebenfalls in dem Abschnitt über die Hirten handelt; ausserdem finden sich hier noch Bestimmungen über Dämme, über Brachen und die Anbauung herrenloser Grundstücke. Der Streitgrund „Vermischtes" enthält fast nur allgemeine Betrachtungen, meistens solche, die bei den früheren Autoren in dem Capitel über „Königsrecht" figuriren.

Erst unmittelbar vor dem Druck dieses Aufsatzes erhielt ich durch Herrn Dr. Bühler's Güte Gelegenheit, in Berlin Einsicht von dem von ihm in Benares aufgefundenen, dem Bombay-Government gehörigen Manuscript des Nârada zu nehmen, das eine wesentlich abweichende, ausführlichere und zwar überarbeitete, aber im Ganzen jedenfalls ältere Redaktion des Buches darbietet, als die, welche die vier schon früher bekannten Handschriften in wesentlich übereinstimmender Weise enthalten. Diese ältere Redaktion, so weit sie in der leider fragmentarischen Handschrift vorliegt, zeichnet sich auch durch eine noch detaillirtere, freilich etwas sonderbare Systematik aus, die im ersten Abschnitt entwickelt und im Folgenden, so weit die Handschrift reicht, durchgeführt wird. Der erste Abschnitt selbst enthält allgemeine processualische Bestimmungen wie in der anderen Redaktion, ist aber viel umfangreicher und in zwei Capitel getheilt; der zweite Abschnitt handelt auch hier von den Gerichten, ist aber etwas kürzer. Dann folgen sogleich die 18 Streitgründe, und zwar zunächst das Schuldrecht, in welches hier alle in der anderen Redaktion getrennt behandelten Theile des Beweisverfahrens eingeflochten erscheinen; es bestätigt sich hierdurch das oben über den intimen Zusammenhang des civilrechtlichen Beweisverfahrens mit dem Schuldrecht Bemerkte. Das Schuldrecht umfasst nicht weniger als 25 Unterabtheilungen, die zwar im Text nicht einzeln namhaft gemacht, im Commentar aber folgendermassen überschrieben werden: 1. Welche Schulden zu bezahlen sind

und welche nicht, 2) Gültige und ungültige (Schuld-)Verträge, 3) Arten des Eigenthums, 4) Lebensunterhalt der Brahmanen in Nothzeiten, 5) Arten des Beweises, 6) Zinsen, 7) Wucher, 8) Bürgschaft, 9) Pfandrecht, 10) Documente, 11) Unzulässige Zeugen, 12) Zeugen für den Kläger und Zeugen für den Beklagten, 13) 6 Klagen, wobei kein Zeugenbeweis stattfindet, 14) Regeln bei Todesfall der Zeugen, 15) Falsches Zeugniss, 16) Ermahnung der Zeugen (durch den Richter), 17) Gültiges und ungültiges Zeugniss, 18) Regeln für den Fall, dass sowohl Zeugen als Documente fehlen, 19) Gottesurtheil durch die Wage, 20) Feuerordal, 21) Wasserordal, 22) Giftordal, 23) Weihwasserordal. Die Zahl 25 kommt heraus, wenn man einige der doppeltheiligen Materien als je zwei classificirt. Nun kommt zunächst die Lehre von den Depositen, und weiterhin die übrigen Streitgründe der anderen Redaktion; aber fast jeder derselben wird in eine Reihe von Unterabtheilungen zerlegt, deren Anzahl variirt je nach dem Umfang und der Wichtigkeit des betreffenden Streitgrundes. So umfasst das Erbrecht 19, das Eherecht 20, die Lehre vom Raub 12 und die Lehre vom Bruch versprochenen Gehorsams 9 Unterabtheilungen, während dagegen „Nichtauslieferung verkaufter Gegenstände", „Verfehlungen gegen eine Uebereinkunft" und „Spiel" sämmtlich nur eintheilig sind. Den Inhalt der einzelnen Unterabtheilungen gibt auch hier der Text nicht an, und ich unterlasse es, die bezüglichen Angaben des Commentars wiederzugeben, theils weil dieselben nicht ganz vollständig sind, theils um nicht zu weitläufig zu werden. Die Gesammtsumme beläuft sich auf 132, und diese Ziffer wird auch ausdrücklich erwähnt an eben der Stelle, wo die andere Redaktion die 18 Streitgründe in 108 Unterabtheilungen zerlegt.

Die zahlreichen anderen Gesetzbücher im Stile des Nârada, welche einst vorhanden gewesen sein müssen, sind uns nur aus Citaten bekannt, und so viele solcher Anführungen die mittelalterlichen Rechtswerke enthalten, so gibt es doch darunter fast gar keine, die sich auf die Eintheilung des Rechts

beziehen. Einigen Strophen, die aus dem Gesetzbuche des Brihaspati citirt werden [9]), ist viel zu entnehmen, dass dieser sonst vieles Besondere bietende Autor wie Nârada wenigstens im Allgemeinen an den alten 18 Streitgründen festhielt. Er zerlegte sie jedoch in zwei Classen, je nachdem sie aus Hab und Gut d. h. einem Streit darüber oder aus einer Verletzung hervorgehen. Auf Processe der ersteren Art gehen folgende 14 Streitgründe: Verzinsliche Darlehen, Deposita, Schenkungen, Gesellschaftsverträge, Ungehorsam dienender Personen gegen ihre Herrschaft, Streitigkeiten über Grund und Boden, Verkauf einer Sache durch einen Anderen als den Eigenthümer, Annullirung von Kauf und Annullirung von Verkauf, Verletzung einer Uebereinkunft, Verhältniss der Ehegatten, Diebstahl, Erbrecht, Würfelspiel. Die übrigen 4 Streitgründe beziehen sich auf Verletzungen (= Criminalrecht), sie sind: die beiden Arten von Angriff, Gewaltthätigkeit und Ehebruch. Die drei alten Streitgründe: Verweigerung der Löhnung, Ungehorsam und Streit zwischen Herrn und Hirten sind in dieser Aufzählung des Brihaspati in einen einzigen, seinen fünften, verschmolzen. An einer andern Stelle fasst er sie unter dem Namen „Gesetze über dienende Personen" ausdrücklich zu einer Einheit zusammen. „Vermischtes" kam auch bei ihm vor, scheint aber einen selbständigen Anhang gebildet zu haben, der übrigens ähnlich wie bei Nârada Verhaltungsregeln für den König enthielt. — Eine dem Uçanas zugeschriebene Strophe zeigt, dass auch dieser alte Autor bei der traditionellen Zahl stehen blieb; wie die 18 Klagegründe bei ihm im Einzelnen hiessen, erfahren wir nicht.

Die Periode der gelehrten Jurisprudenz, die vom Mittelalter bis zur Gegenwart reicht — denn noch heutzutage werden

---

[9]) Diese Citate liegen in mehreren, theils gedruckten, theils ungedruckten Dharmanibandhas in theilweise verschiedenen Lesarten vor. Die oben wiedergegebene Version der Hauptstelle ist diejenige des Smritikandrikâ, nach den Handschriften dieses Werks in der India Office Library.

von indischen Pandits hochgelehrte Sanskritwerke über ihr altes Nationalrecht abgefasst —, ist schon oben charakterisirt worden. Die zahlreichen Produkte dieser Epoche, die sämmtlich in Prosa, und einem sehr schwerfälligen, künstlichen Stile abgefasst sind, heissen Dharmanibandhas, etwa „Rechtscompendien", im Unterschied von den Dharmasûtras und Dharmaçâstras der beiden früheren Epochen; man kann dieselbe aber auch als die Zeit der Commentatoren bezeichnen, denn diese spätere Literatur ist und will nichts anderes sein, als ein Reflex der in den geoffenbarten Gesetzbüchern des Alterthums niedergelegten Gesetze und Rechtsanschauungen. Gerade das berühmteste Werk dieser Classe, das noch heutzutage die Hauptgrundlage der angloindischen Rechtsprechung in Processen Eingeborener über Erbschaftsangelegenheiten bildet, die Mitâksharâ, ist lediglich ein Commentar zu dem Gesetzbuch des Yâjnavalkya, der im 11. Jahrhundert n. Chr. von einem gelehrten Indier verfasst wurde. Solche reine Commentare sind nun für die weitere Entwicklung der Systematik von keinem Belang, da sie sich durchgehends an das von ihnen erklärte alte Gesetzbuch — die Mitâksharâ also an das des Yâjnavalkya, dessen Eintheilung früher besprochen wurde, — anschliessen. Von grossem selbständigem Interesse ist dagegen der Schematismus, der sich in dem von dem eigentlichen Recht handelnden Theile des Vîramitrodaya vorfindet. Diese sehr reichhaltige und belehrende Darstellung des indischen Rechts, welche etwa der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts angehört, zerfällt in folgende 4 Haupttheile [9]): I. Das Gerichtsverfahren im Allgemeinen, II. das Beweisverfahren, III. die achtzehn Klaggründe, IV. Vermischtes. Der vierte Abschnitt ist weiter nichts als ein unbedeutender Anhang, der Lehren aus dem alten Königsrecht enthält (wie bei Brihaspati, s. o.);

[9]) Diese, sowie die Unterabtheilungen sind hier nicht nach dem vermuthlich von anderer Hand herrührenden Inhaltsverzeichniss der Calc. ed. von 1875, sondern nach den im Context selbst gemachten Abschnitten angegeben.

er füllt in der neuen Calcuttaer Ausgabe nur etwas über zwei Octavseiten, während die drei ersten Abschnitte zusammen deren 722 einnehmen. Diese früheren Abschnitte nun zerfallen in eine Menge von Unterabtheilungen, von denen ich zuerst die des ersten anführe: 1) Definition eines Processes, 2) Theile und Arten der Processe, 3) Allgemeines über die Gerichte, 4) Allgemeine processualische Grundsätze, 5) Der Richter, 6) Die Beisitzer, 7) Sonstige Mitglieder eines Gerichtshofs, 8) Unzulässige Klagen (eines Sohnes gegen seinen Vater u. dgl.), 9) Verhalten des Richters bei der Untersuchung, 10) Die Klage, 11) Die Vertheidigung, 12) Verschiedene Formen derselben, 13) Nothwendige (inhaltliche und formelle) Eigenschaften derselben, 14) Die Untersuchung, 15) Entscheidungsgründe, 16) Appellation, 17) Umstossung eines früheren Urtheils, 18) Gegenklage, 19) Bestreitung der klägerischen Behauptungen, 20) Duplik des Klägers. Im II. Hauptabschnitt über „Beweisverfahren" folgt nun 21) Zeugenverfahren, 22) Beweis durch Schriftstücke, 23) Besitz und Ersitzung, 24) Wahl der Oertlichkeit für Vollziehung eines Gottesurtheils, 25) Allgemeines über die Gottesurtheile, 26) Das Wagordal, 27) Die Feuerprobe, 28) Die Wasserprobe, 29) Die Giftprobe, 30) Die Weihwasserprobe, 31) Das Kauen von Reiskörnern als Gottesurtheil, 32) Das heisse Goldstück (Kesselfang), 33) Das Lecken der glühenden Pflugschaar, 34) Das Loosordal, 35) Eide. Endlich enthält der dritte Abschnitt über „die 18 Streitgründe" folgende weitere Titel: 36) Eintheilung des Rechts, 37) Das Schuldrecht, 38) Das Pfandrecht, 39) Bürgschaft, 40) Deposita, 41) Verkauf fremden Eigenthums, 42) Gesellschaftsverträge, 43) Entziehung von Geschenken, 44) Nichtleistung versprochenen Gehorsams, 45) Nichtbezahlung von Lohn, 46) Störung der Ordnung, 47) Aufhebung eines Kaufs, 48) Nichtauslieferung verkaufter Gegenstände, 49) Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Hirten, 50) Grenzstreitigkeiten, 51) Realinjurien, 52) Verbalinjurien, 53) Dieb-

stahl, 54) Gewaltthätigkeit, 55) Unzucht, 56) Verhältniss der Ehegatten, 57) Allgemeines über Erbrecht, auf das sich auch die folgenden Abschnitte beziehen, nämlich 58) Zeit der Vermögenstheilung, 59) Theilung unter Brüdern, 60) Theilung unter Brüdern ungleicher Kaste, 61) Sonstige Ungleichheit der Geburt, 62) Succession der Gattin, 63) der Tochter, 64) der Enkel, 65) der Eltern, 66) der Brüder, 67) ihrer Söhne, 68) der Geschlechtsgenossen, 69) Theilung des Vermögens eines (nach vorhergehender Trennung) wieder in Gütergemeinschaft Getretenen, 70) Frauengut, 71) Succession in dasselbe, 72) Vertheilung von zur Zeit der Theilung unterschlagenen Vermögensstücken, 73) Untheilbares Vermögen, 74) Gesetzliche Enterbung, 75) Zustand der Gütertrennung, 76) Anzeichen aufgehobener Gütergemeinschaft. Endlich folgt hier vor dem IV. und letzten Hauptabschnitt noch 77) Spiel und Wetten.

Wie man sieht, ist in dieser Eintheilung zwar das alte Schema sehr erweitert und vervollständigt, aber doch der ursprüngliche Rahmen beibehalten. Selbst die Hauptabschnitte figuriren, wenn wir von dem rein als Lückenbüsser fungirenden vierten absehen, schon in der jüngeren Redaktion des Nârada, deren zwei Haupttheile ungefähr dem zweiten und dritten Hauptabschnitt des Vîramitrodaya entsprechen, nur dass die zwei ersten Capitel von Nârada's erstem Theil hier zu einem besonderen Hauptabschnitt, dem ersten, erhoben sind. Die Unterabtheilungen sind dann freilich weit zahlreicher, besonders im 1. und 2. Hauptabschnitt, beruhen aber auf Unterscheidungen, die schon bei den Autoren der vorausgehenden Periode, namentlich in der älteren Redaktion des Nârada, vorliegen. Der 3. Abschnitt hält zwar nominell an den alten 18 Streitgründen fest, vermehrt aber deren Anzahl beträchtlich, indem er Pfänder und Bürgen gesondert behandelt, die Streitgründe sowohl nach Manu als nach Nârada sondert, wodurch, das Pfand- und Bürgenrecht einbegriffen, 22 herauskommen, und besonders durch die vielen Subdivisionen des Erbrechts, das über ein Viertel des ganzen Werkes einnimmt.

Auch in den übrigen Dharmanibandhas tritt mehrfach die nämliche Bevorzugung des Erbrechts hervor, so z. B. in dem im 15. Jahrhundert von Vâcaspati Miçra verfassten Vivâdacintâmani, in dem Vyavahâramayûkha, den Nîlakantha um das Jahr 1600 schrieb, u. a. Werken. In der letzteren Compilation wird das Erbrecht sogar allen übrigen Rechtsmaterien vorangestellt und folgt unmittelbar auf die Darstellung des Gerichtsverfahrens wie bei Yâjnavalkya. Im Uebrigen ist die Reihenfolge und Eintheilung der Materien in diesen und den sonstigen bis jetzt bekannten Rechtscompendien, so weit sie nicht blosse Commentare zu alten Gesetzbüchern sind, ähnlich wie im Vîramitrodaya, wesshalb hier seine Eintheilung des Rechts *instar omnium* angeführt worden ist. Auch in dem umfänglichen Codex, der auf englische Veranlassung gegen Ende des vorigen Jahrhunderts von dem Pandit Jagannâtha verfasst wurde, ist das alte Schema beibehalten, wenn auch, der Bestimmung des Buches gemäss, durch die Weglassung aller auf Gerichtsverfahren und Criminaljustiz bezüglichen Bestimmungen und die starke Bevorzugung des Erbrechts wesentlich alterirt. Es mögen hier der Vergleichung mit dem Vîramitrodaya halber die Titel der Hauptabschnitte Platz finden, in welche das Erbrecht bei Jagannâtha eingetheilt ist; nur diese, nicht die zahlreichen weiteren Abtheilungen, die Colebrooke in seiner bekannten englischen Uebersetzung[10]) gemacht hat, sind in dem (unedirten) Original markirt, von dem ich eine gute Handschrift in Bengalicharakteren besitze. Die Titel lauten: 1) Vertheilung des Vermögens, 2) Theilung bei Lebzeiten des Vaters, 3) Theilung unter Brüdern, 4) Leibliche und Adoptivsöhne, 5) Enterbung, 6) Theilbare Güter, 7) Rechtliches Verhältniss zu den Miterben, 8) Unterbrechung der Erbfolge (d. h. Erbrecht der Seitenverwandten), 9) Succession in das Sondergut der Frauen.

---

[10]) *A Digest of Hindu Law, on Contracts and Successions*, Calcutta 1797, London 1801 u. s. w.

Haben hiernach die mittelalterlichen Juristen die systematischen Bestrebungen ihrer Vorgänger nicht gerade überflügelt, so ist ihnen doch das Verdienst nicht abzusprechen, dass sie, immer im Anschluss an die alten Classificationen, eine zur Orientirung durchaus ausreichende Gliederung der grossen Masse von alten Rechtsbestimmungen vorgenommen haben, die sich in ihren umfänglichen Werken verarbeitet finden, Werken, die ihrer Fülle von Citaten aus jetzt verlorenen Gesetzbüchern und ihrer Erklärungen technischer Ausdrücke wegen für uns immerhin unentbehrlich sind. Philosophische Köpfe waren diese späteren Juristen so wenig als ihre Vorgänger in der früheren Epoche. Aber wenn die indischen Eintheilungen des Rechts den theoretischen Forderungen der Rechtsphilosophie gewiss nicht Genüge leisten, so erfüllen sie doch den praktischen Zweck, eine Uebersicht zu verschaffen, auf's beste und in ebenso zuverlässiger als bequemer Weise. Meine Leser werden sich daher, wie ich hoffe, aus dem Obigen leicht entnommen haben, was der Jurist in dem alten Recht der Inder zu suchen hat und was nicht.

VIII.

Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen.

Von

Prof. Dr. **Baron.**

Auf dem Gebiete der Wassergesetzgebung ist in den letzten Jahrzehnten in und ausserhalb Deutschland grosse Thätigkeit entwickelt worden. Der bisherige Rechtszustand genügte nirgends; die grösseren Länder, welche einen vollen gesetzgeberischen Apparat besitzen, setzten diesen in Bewegung; die kleineren copirten vielfach die anderswo geschaffenen Gesetze, vielfach zeigten auch sie eigene Schöpfungskraft. Bald war die Gesetzgebung eine umfassende, bald griff sie bloss einzelne Materien heraus. Noch ist die Sache nicht zum Abschluss gebracht; es hat den Anschein, als wenn man sich allüberall im Stadium des Probirens befindet; in Preussen wird eine allseitige, das ganze Wasserrecht umfassende Gesetzgebung vorbereitet, die schon deshalb die interessanteste zu werden verspricht, weil sie an die Stelle von dreien (der altpreussischen, der französischen [1]) und der gemeinrechtlichen) treten soll.

---

[1]) Es mag hier die Bemerkung Platz finden, dass ein grosser Theil der Altpreussischen Gesetze in dem Appellbezirk Cöln mit geringeren oder

Grundlegend für die Materie ist der Begriff und die Bedeutung der öffentlichen und privaten Wasserläufe. Wie soll der Begriff gefasst, und welche Bedeutung soll ihm beigelegt werden? Oder soll er ganz und gar aufgegeben werden? (— auch dies ist in modernen Gesetzen geschehen —). Die nachfolgende Abhandlung soll in den §§. 1—13 zur Darstellung bringen, was uns die einzelnen Gesetzgebungen, welche für Deutschland von Wichtigkeit sind, bieten, und es soll sich daran in den §§. 14—19 eine Critik nebst legislativen Vorschlägen knüpfen.

I. Römisches Recht.

§. 1. Begriff des öffentlichen und privaten Wasserlaufs.

Ich beginne mit dem R. R.

Hier wie sonst wird der Nutzen des R. R. für uns leider dadurch problematisch, dass seine Vorschriften controvers sind. Die herrschende Meinung unterscheidet die grösseren ständigen Wasserläufe (flumina perennia, Flüsse), die kleineren ständigen Wasserläufe (rivi, Bäche) und die unständigen Wasserläufe (flumina torrentia); bloss die ständigen grösseren Wasserläufe erklärt sie für öffentlich, hingegen die unständigen und die Bäche für privat. Hiegegen haben drei Schriftsteller der neueren Zeit (Hofmann, Börner und Kappeler) vollen Einspruch erhoben, ein vierter (Hasse) verhält sich vermittelnd. Die ersteren erklären alle ständigen Wasserläufe (auch die rivi) für öffentlich, gleichviel ob sie natürlich oder künstlich sind; der letztere theilt zwar diese Meinung, aber er macht hinsichtlich derjenigen Wasserläufe eine Ausnahme, welche so gering sind, dass sie nicht einmal als Bäche gelten können; er erklärt deshalb Wasserläufe ohne Trag- und Triebkraft für

---

grösseren Abänderungen eingeführt worden ist, so dass daselbst keineswegs das reine Französische Recht gilt. Weiter unten beabsichtige ich nicht, auf diesen particularen Rechtszustand einzugehen.

privat. Einen Quellenbeweis hat Hasse nicht angetreten, er stützt sich auf das in der Sache liegende Argument, dass die Oeffentlichkeit eines Wasserlaufs nur auf dessen gemeinen Nutzen und die Nachhaltigkeit des Stoffes (des Wassers) gestützt werden könne. So richtig dies Argument ist, so führt es mit Nothwendigkeit zur herrschenden Ansicht, nicht zu der von Hasse; ich lasse die letztere daher im Nachstehenden bei Seite.

Die von Hofmann, Börner und Kappeler vertretene Ansicht weicht übrigens nicht in dem Masse von der herrschenden ab, als es auf den ersten Anblick scheint. Jene Monographisten [2]) nämlich heben den Unterschied zwischen aqua profluens und aqua ducta hervor; die aqua profluens hat von Anfang bis zu Ende einen freien Fluss, sie mündet entweder in einen andren Wasserlauf oder ins Meer, die aqua ducta hingegen mündet entweder in einen Behälter oder wird (bei der Wiesenbewässerung) ins Erdreich vertheilt. Nun zählen die Gegner der herrschenden Meinung die aqua ducta in ihrer ganzen Ausdehnung (also auch dort, wo das Wasser fliesst) zu den Privatwasserläufen. Hierin liegt aber offenbar eine Schwäche der neuen Ansicht. Denn danach wäre ein Graben, den ein Uferanlieger, um Wasser aus dem Flusse abzuleiten, in suo gräbt, bald ein öffentlicher bald ein privater; ein öffentlicher dann, wenn er ihn wieder nach dem Flusse zurückleitet (also wenn er ihn an beiden Endpunkten an den Fluss anschliesst), ein privater dann, wenn er ihn zu einem Behälter führt oder das Wasser direct in die Erde vertheilt (also wenn er ihn nur am Ableitungspunkte an den Fluss anschliesst). Und diese Consequenz dürfte kaum Anerkennung finden.

Bei der Darstellung der Argumente der beiden Meinungen werde ich mich der Kürze befleissigen, um nicht den Vorwurf auf mich zu laden, dass ich bereits Gesagtes wiederhole.

---

[2]) Vgl. namentlich Kappeler, der Rechtsbegriff des öff. Wasserlaufs S. 58. 59.

Die herrschende Ansicht stützt sich auf l. 1 pr. §. 3 D. de flum. 43, 12. Dort wird im Anfang der Wortlaut des prätorischen Edicts, welches sich nur auf flumina publica bezieht, mitgetheilt, und hieran knüpft der Jurist im §. 1 sofort die Worte:

> flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium.

Dieser Satz ist offenbar eine Interpretation des Edictwortes flumen, und kann nur die Bedeutung haben, dass rivi nicht unter die flumina und also nicht unter die flumina publica fallen. Dass der prätorische Sprachgebrauch mit der Sprache des Volks übereinstimmte, ergiebt die Mittheilung von Festus:

> rivus vulgo appellatur tenuis aquae fluor non spe consiliove factus, verum naturali suo impetu, sed ii rivi dicuntur, qui manu facti sunt.

Hiernach ist rivus ein kleiner Wasserlauf (fluor, nicht flumen), sei es ein natürlicher, sei es (— man muss sicherlich sed et ii rivi für sed ii rivi lesen —) ein künstlich hergestellter. Dass die rivi in der That nicht zu den flumina publica gerechnet wurden, beweist die Entscheidung in l. 4 §. 11 — l. 6 D. fin. reg. 10, 1, wonach die act. finium regundorum nicht auf öffentliche Wege und Flüsse, wohl aber auf rivi anwendbar ist.

Die Argumente der Gegner der herrschenden Meinung sind folgende drei:

1. Das Unterscheidungsmerkmal zwischen flumen und rivus sei unklar und vag;

2. Aus anderen Stellen des Corpus iuris erhelle, dass es auch kleine flumina gab;

3. Es fehle, wenn man die Bäche von den fl. publica ausschliesst, in den Quellen des R. R. an Vorschriften für die rechtliche Behandlung der Bäche.

Ich gebe die Richtigkeit des ersten Argumentes zu, aber einerseits ist es doch nur ein Argument de lege ferenda, nicht de lege lata (— es beweist nur, dass der Gesetzgeber nicht

weise daran thue, Flüsse und Bäche zu unterscheiden, nicht aber, dass der Römische Gesetzgeber diesen Unterschied verworfen habe —), andrerseits glaube ich, dass das Argument sich theoretisch viel bedeutender ausnimmt als es in der Praxis gilt. Das Volk weiss Flüsse und Bäche zu unterscheiden, und da es um sie herum wohnt, so hat sich überall eine Meinung im Volke gebildet, ob ein Wasserlauf als Fluss oder Bach aufzufassen sei; daher im §. 1 der l. 1 D. de flum. ausser der Grösse des Wasserlaufs auf die Meinung der Umwohner verwiesen wird. Nur aus dieser Erwägung kann ich es mir erklären, dass die Französische Jurisprudenz (vgl. unten §. 6) gegen die Vorschriften des code Napoléon den Unterschied von Flüssen und Bächen wieder hergestellt hat; der code Napoléon kennt nur zwei Arten von Wasserläufen: les fleuves et rivières navigables ou flottables und une eau courante autre que les fleuves . . . .; die Praxis aber hat eine dritte Classe, die ruisseaux, hinzugefügt. Am sprechendsten ist das heutige Italienische Recht; ich werde dasselbe unten in §. 13 darstellen, nehme aber diesen Punkt hier voraus, weil es hinsichtlich der perennirenden Wasserläufe in auffallender Weise mit dem R. R., wie das letztere von der herrschenden Meinung aufgefasst wird, übereinstimmt. Die Artikel 427 und 543 [3]) des Italienischen codice civile unterscheiden nämlich einerseits die fiumi e torrenti, andrerseits jedes andre natürlich fliessende Wasser, und rechnen jene (die fiumi e torrenti) zu Theilen des Staatseigenthums (fanno parte del demanio pubblico), so dass sie nur mit Staatserlaubniss benutzt werden können, wohingegen diese (jedes andere natürliche Wasser) der Benutzung der unmittelbaren Anlieger anheimfallen. Die Italienische Praxis versteht nun unter dem anderen natürlichen Wasser gerade „un semplice rivo“, und

[3]) Diese Artikel sind zwar in ihrer Fassung den Art. 538. 644 des code Napoléon nachgebildet, weichen aber in ihrem Inhalt durchaus von ihnen ab. Man lasse sich also durch die Fassung nicht täuschen!

schreibt diesem rivo eine „indole privata“ zu; wir finden also noch heut in Italien die Ulpianischen Worte in dem Sinn der bei uns herrschenden Meinung wieder. Um dem Leser den vollen Einblick zu verschaffen, setze ich die Ausführung eines Italienischen Schriftstellers über Wasserrecht aus neuester Zeit, des Advocaten Claudio Calandra, wörtlich her. Derselbe macht in seinem 1871 erschienenen manuale idraulico legale[4]) zum Art. 543 des codice civile folgende Anmerkung:

(p. 144): La disposizione di questo articolo stabilisce un modo affatto diverso di procedere nello stabilire la utilizzazione delle acque decorrenti naturalmente, qualora invece di trattarsi di fiume o torrente, trattisi di un semplice rivo sia sorgente, che di scolo, ma di indole privata. A queste appropriazioni lo Stato e l'autorita amministrativa restano affatto estranei, ed ogni atto e regolato dalle legge stessa, sulla cui applicazione pronunciano i tribunali. Ned e sempre facile la soluzione delle quistioni, che possono nascere per la compartecipazione all' uso di quelle acque, ad esempio fra due proprietari situate alle opposte sponde, aventi dritti eguali, ma condizioni diverse, o per estensione dei fondi o per la loro altrimetria. — Cosi pure fra proprietari superiori ed inferiori, quando le opere degli uni vengono a rendere inutili i lavori di presa fatti precedentemente da altri. — Esclusa la prelazione che deriva da piu antiche concessioni, ed esclusa la ingerenza economica e quasi discrezionale della autorità amministrativa come in materia di acque pubbliche, vengono meno ben spesso in punto di acque private quelle precise norme, che si vorrebbero per pronunciare nettamente sulle rispettivi ragioni — e la diffi-

[4]) Das Buch ist fast bloss eine Zusammenstellung der Italienischen Gesetze; je zuweilen eine Anmerkung, und am Schluss einige Formulare.

coltà di ben regolare questa materia delle acque forse in nessuna parte si appalesa piu manifesta, quanto nella stabilire le basi di questa partecipazione, come in quella di limitare la presa delle acque decorrenti sotterraneamente.

Zu Deutsch:

„Die Vorschrift dieses Artikels (543 des Italienischen bürgerlichen Gesetzbuchs) setzt bezüglich der Benutzung der natürlichen Gewässer einen ganz andren modus procedendi fest, wenn es sich, anstatt um ein fiume oder torrente, vielmehr um einen einfachen rivo von privater Natur handelt, mag er mit einer Quelle verbunden oder ein reiner Abfluss sein. Der Benutzung dieses rivo bleibt der Staat und die administrative Staatsbehörde durchaus fern und jeder Benutzungsact ist durch das Gesetz selbst (nämlich den Art. 543) geregelt, über dessen Anwendung die Gerichtshöfe zu sprechen haben. Nicht leicht freilich ist die Lösung der Fragen, die aus der Mitbenutzung Mehrerer an diesen Gewässern hervorgehen können, z. B. zwischen zwei Eigenthümern, die an gegenüberliegenden Ufern gelegen sind und die zwar gleiche Rechte haben, aber (vermöge der Ausdehnung oder Höhe ihrer Grundstücke) sich in verschiedenen Verhältnissen befinden. Ebenso zwischen oberhalb und unterhalb gelegenen Grundeigenthümern, wenn die Anlagen des einen die älteren Anlagen des anderen unnütz machen. Bei diesen Privatgewässern giebt es keinen Vorzug, der etwa aus älteren Concessionen hervorgeht und keine discretionäre Einmischung der Administrativbehörden, sondern es kommen die freilich weniger oft festen Rechtsgrundsätze zur Anwendung, deren es bedarf, um über die gegenseitigen Gründe eine bestimmte Entscheidung zu treffen, und die Schwierigkeit, diese Wassermaterien gut zu ordnen, ist nirgends offenbarer als bei der Feststellung der Grundsätze, nach denen die Mitbenutzung stattfinden

und unterirdisch ablaufendes Wasser [5]) entnommen werden darf."

Zwischen dem heutigen Italienischen Recht und dem Römischen besteht bloss die Abweichung, dass die torrenti nach jenem zu den öffentlichen Gewässern, nach diesem zu den privaten gerechnet werden; die rivi hingegen sind auch nach Italienischem Recht privater Natur; ausdrücklich leitet der Italienische Schriftsteller hieraus den Satz ab, dass die Administrativbehörden über rivi nichts zu sagen, und dass ältere Concessionen keine Bedeutung haben; die Gerichte allein haben hier zu entscheiden, freilich sind (wie der gedachte Schriftsteller bemerkt) die Grundsätze des Privatrechts, die das Italienische Gesetzbuch aufstellt, nicht bestimmt genug, um überall eine gerechte Entscheidung an die Hand zu geben.

Pflicht der Gegner der herrschenden Ansicht war es vor Allem, nachzuweisen, was denn Ulpian in dem §. 1 der l. 1 de flum. (flumen a rivo discernendum est magnitudine aut existimatione circumcolentium) habe sagen wollen; ferner zu erklären, wie nach l. 6 fin. reg. die act. fin. reg. auf einen rivus anwendbar sein könne.

Die zuletzt gedachte Lex wollen sie damit beseitigen, dass sie den dortigen rivus als aqua ducta bezeichnen — wozu doch nicht der geringste Anhalt vorliegt, es kann eben so gut ein natürlicher Bach, wie ein künstlicher Graben mit aqua profluens sein. — Die Art und Weise aber, wie die Gegner über §. 1 cit. sprechen, kennzeichnet in jedem Worte ihre Verlegenheit. Sie meinen, Ulpian habe den Unterschied von Fluss und Bach nur in natürlicher, nicht in rechtlicher Beziehung feststellen wollen, die Eintheilung von flumina und rivi gehöre dem gewöhnlichen Leben an, sei aber juristisch nicht von Belang. Mit anderen Worten, sie halten den Ulpian für einen Grammatiker, nicht für einen Juristen. Ueberdies ist doch die Frage begründet, ob denn Sprachgebrauch und

[5]) Nämlich zur Wiesenbewässerung.

Eintheilungen des gewöhnlichen Lebens nicht für den Gesetzgeber massgebend zu sein pflegen?

Das zweite Argument der Gegner (dass die Quellen auch kleine flumina kennen) ist von keinem Belang. Ein kleines flumen ist eben noch kein Bach. Der Unterschied zwischen ihnen scheint mir in l. 17 §. 3 aquae pl. 39, 3 ausgesprochen zu sein. Dort wird die Frage aufgeworfen, ob eine Wegeservitut bestellt werden kann, wenn zwischen dem herrschen und dem dienen sollenden Grundstück ein öffentlicher Weg oder Fluss liegt? Der Jurist bejaht es bezüglich des öffentlichen Weges unbedingt, bezüglich des Flusses dann, wenn er vado transiri potest, d. h. wenn eine seichte Stelle das Ueberschreiten zulässt. Aus dieser Antwort lässt sich der Unterschied zwischen kleinen Flüssen und Bächen entnehmen; Bäche sind (abgesehen vom hohen Wasserstand im Frühjahr) überall passirbar, kleine Flüsse sind es nur an einzelnen Punkten, an seichten Stellen.

Endlich das dritte Argument der Gegner der herrschenden Meinung (die Lücke in den Quellen bezüglich der juristischen Beurtheilung der Bäche) ist geradezu unbegründet. In l. 1 §. 10 de flum. 43, 12 schreibt Ulpian:

> nam quod fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio loco privato fiat.

Er macht von diesen Worten eine Anwendung auf die flumina torrentia, ich werde im nächsten Paragraphen zeigen, dass sie nicht minder auf die rivi anwendbar sind. Hier will ich noch hinzufügen, dass das dritte Argument den Gegnern der herrschenden Meinung von deren Anhängern gleichsam aufgedrängt worden ist. Die letzteren haben nämlich mehrfach die Ansicht ausgesprochen, dass die in den Digesten Buch 43 Titel 12 ff. behandelten Interdicte auf die Bäche auszudehnen seien, und damit die von den Gegnern behauptete Lücke zugegeben. Ich werde die Zulässigkeit der Ausdehnung leugnen und zeigen, dass die Lücke nicht existirt.

§. 2. Rechtliche Behandlung der öffentlichen und privaten Wasserläufe im R. R.

A. Die öffentlichen Wasserläufe.

Es ist bekannt, dass die rechtliche Behandlung der öffentlichen Wasserläufe im R. R. auf einer andren Grundidee ruht als im heutigen. Heut hält der Staat seine Hand über die öffentlichen Wasserläufe; ein Gemeingebrauch, d. h. ein Gebrauch Aller ohne Staatserlaubniss gilt (abgesehen von der Schifffahrt) nur in sehr beschränktem Masse; das Schöpfen, Tränken, Schwemmen, Baden, Waschen ist freigegeben. Es blüht hingegen das Concessionenwesen; Einzelne erhalten kraft ius singulare ein Recht zum Gebrauch, — gewöhnlich gegen Entgelt. Von dem Allen ist im R. R. nicht die Rede; ein öffentlicher Wasserlauf steht nach R. R. allseitig im Gemeingebrauch; zur Sicherung dieses Gemeingebrauchs besteht eine Reihe von Interdicten; wo der Gemeingebrauch nicht für Alle durchführbar ist, wird eine angemessene Beschränkung vorgenommen; nirgends tritt die Staatsgewalt gewährend oder vertheilend ein; die einzige Befugniss steht ihr zu, den Gemeingebrauch völlig zu verbieten, d. h. den Wasserlauf aus der Reihe der öffentlichen zu streichen. Diese skizzirten Grundsätze stimmen mit den Vorschriften des R. R. über öffentliche Sachen überein. Letztere sind für den Gemeingebrauch bestimmt; ein jeder kann daran so viel beanspruchen, als es nicht zum Nachtheil Anderer ausschlägt: tantum iuris habemus ad obtinendum quantum quilibet ex populo ad prohibendum [6]). Dieser Grundsatz ist auch für öffentliche Wasserläufe ausgesprochen; es ist dem Einzelnen der Gebrauch gestattet, dum tamen hoc sine incommodo cuiusquum fiat, si sine iniuria alterius id fiat [7]). — —

---

[6]) l. 2 §. 2 ne quid in loco publ. 43, 8.

[7]) l. 24 pr. de damno inf. 39, 2. l. 17 de serv. pr. rust. 8, 3.

Dem fliessenden Wasser pflegt man eine vierfache Kraft beizulegen: Tragkraft, Nährkraft, Triebkraft, Fortführungskraft. Die Tragkraft bezieht sich auf die Schifffahrt. Die Nährkraft bezieht sich auf den Gebrauch des Wassers zur Ernährung von Menschen und Vieh, sowie zum Zweck der Bewässerung; da jedoch das Wasser auch zur Fabrikation (Zucker, Ziegel, Speisung der Dampfkessel, Färberei) stark gebraucht wird, so ist die Bezeichnung „Nährkraft" zu eng; nichts desto weniger werde ich sie im Nachstehenden beibehalten, zumal in den Quellen des R. R. von der Verwendung des Wassers zur Fabrikation nicht die Rede ist. Die Triebkraft des fliessenden Wassers bedarf keiner Erklärung. Die Fortführungskraft bezieht sich einerseits auf die Entwässerung des Grund und Bodens, andrerseits auf die Fortschaffung der Abfallstoffe der Hauswirthschaft, der Industrie und des Bergbaus. Nach dieser vierfachen Kraft werde ich im Nachstehenden die Römischen Vorschriften darstellen.

1. Tragkraft. Die Schifffahrt steht Jedermann frei; ein prohibitorisches Interdict schützt denjenigen, der an der Schifffahrt oder am Ein- und Ausladen verhindert wird (t. D. 43, 14); ein anderes Interdict verbietet (sowohl als prohibitorisches wie als restitutorisches) irgend welches Handeln, wodurch die Fahrstrasse für Schiffe oder der Landungsplatz verschlechtert wird (t. D. 43, 12). Das zweite Interdict bezieht sich nicht bloss auf schiffbare Flüsse, sondern auch auf nichtschiffbare [8]), damit nicht durch Wasserableitungen (diese fallen unter die verbotenen Handlungen [9]) aus einem nichtschiffbaren Flusse, der einem schiffbaren zuströmt, die Schifffahrt auf dem letzteren gestört werde.

2. Die Nährkraft. Ein Jeder kann das Vieh zum Tränken treiben [10]); wir dürfen dies im Sinne neuerer Gesetze erweiternd gewiss dahin verstehen, dass auch das Schöpfen, Baden, Waschen Jedem freigestanden habe. Die Hauptfrage

[8]) l. 1 §. 18 D. de flum. 43. 12.
[9]) l. 1 §. 15 eod.
[10]) l. 1 §. 8 ut in fl. publ. 43. 14.

aber ist die bezüglich der Befugniss des Wasserableitens, die (wie schon oben bemerkt) für Landwirthschaft und Gewerbe von höchster Bedeutung ist. Die Quellen verbieten nun die Wasserableitung aus einem schiffbaren Fluss sowie aus demjenigen, durch dessen Zuströmen ein anderer schiffbar wird. Es ist zweifelhaft, ob dies absolut verboten war oder bloss dann, wenn die Schiffbarkeit durch die Ableitung in Frage gestellt war [11]); unsere Schriftsteller nehmen das erstere an; die Natur der Sache indess spricht für das letztere, und die Fassung der einen Stelle [12]) scheint diese Ansicht zu begünstigen:

> l. 10 §. 2 de aqua pl. 39, 3: Si flumen navigabile sit, non oportere praetorem concedere [13]), ductionem ex eo fieri, Labeo ait, quae flumen minus navigabile efficiat.

Die Ableitung des Wassers aus einem nichtschiffbaren öffentlichen Fluss ist im Allgemeinen durchaus zulässig; eine besondere Erlaubniss der Staatsbehörde ist nicht erforderlich [14]); es bestehen jedoch gewisse Einschränkungen. Einmal kann die Staatsbehörde (imperator aut senatus) einen öffentlichen Fluss für die Wasserableitungen schliessen [15]). Sodann darf

---

[11]) l. 2 de flum. 43, 12. l. 10 §. 2 de aqua pl. 39, 3.

[12]) Vielleicht darf man sich auch auf die Fassung des int. de flum. (D. 43, 12) berufen: ne quid in fl. publ. ripave eius facias ... quo statio iterve navigio deterior sit, fiat. Ferner auf l. §. 15 eod.: perinde sive derivetur aqua, ut exiguior facta minus sit navigabilis, ... interdicto locus erit.

[13]) Die Worte praetorem concedere bedeuten keineswegs eine Concession im modernen Sinne (wie käme der Prätor dazu?), sie gehen auf die interdicirende Thätigkeit des Prätors.

[14]) Entgegenzustehen scheint l. 1 §. 1 ne quid in fl. p. 43, 13: hoc interdicto prospexit praetor, ne derivationibus minus concessis flumina excrescant. Diese Lesart ist indess sinnlos und bedarf unbedingt der Conjectur; man darf aber nicht das excrescant in exarescant umwandeln (vgl. §. 3 der Lex), sondern das derivationibus in coangustationibus.

[15]) Dies (glaube ich) ist der Inhalt der l. 2 de flum. 43, 12. Man muss m. E. so lesen: quominus ex flumine publico ducatur aqua, nihil

die Wasserableitung nicht im Uebermass geschehen; sie ist verboten, wenn sie den Wasserlauf zum Austrocknen bringt [16]); aber auch das ist unzulässig, dass darunter die unterhalb oder gegenüber liegenden Grundeigenthümer leiden [17]); reicht also das Wasser nicht zu, so muss eine Vertheilung vorgenommen werden, und zwar, wenn es sich um Wiesenbewässerung handelt, nach der Grösse der Ländereien [18]). Welcher Massstab bei der Vertheilung in Anwendung zu bringen sei, wenn das Wasser zu anderen Zwecken (zur Fabrikation) gebraucht wird, darüber findet sich in den Quellen nichts — was bei den damaligen industriellen Verhältnissen erklärlich ist. — Hervorzuheben ist noch ein Umstand: nirgends wird das Recht der Wasserableitung bloss den Ufereigenthümern beigelegt, es stand allen Grundeigenthümern des Thalgebiets zu; freilich fehlt es im R. R. völlig an jenen Zwangsrechten, welche in den modernen Rechten eine so grosse Rolle spielen, und wodurch den Nichtuferanliegern die Wasserableitungsbefugniss verschafft wird; nach R. R. konnte ein Hinterlieger nur dann das Wasser ableiten, wenn er durch Vertrag oder Verjährung die serv. aquaeductus erwarb. Ja, vielleicht dürfte man behaupten, dass auch ein Nichtgrundeigenthümer, welcher obligatorisch die Wasserleitungsbefugniss über fremde Grundstücke erwarb, das Wasser ableiten konnte; allein ich gebe zu, dass die Behauptung gewagt ist; die Quellen schweigen von diesem Fall.

Mit der Ableitung des Wassers stehen zwei Handlungen in engster Verbindung: die Stauung des Wassers und die Wasserbauten.

---

impedit, nisi imperator aut senatus id vetet, quo facto ea aqua in usu publico non erit. Statt quo facto geben die Handschriften das sinnlose si modo; eine Handschrift hat si homo; auch dies ist sinnlos, aber es zeigt wenigstens eine Unsicherheit der Lesart an.

[16]) l. 1 §. 12 de flum. 43, 12.

[17]) l. 3 §. 1 de aqua quot. 43, 20.

[18]) l. 17 de serv. pr. rust. 8, 3.

a) Die Befugniss zu stauen. Das Aufstauen des Wassers ist nicht bloss zum Zweck der Ableitung des Wassers, sondern auch bei seiner Benutzung als Triebkraft nothwendig; die nachfolgende Erörterung bezieht sich demnach nicht bloss auf die Nährkraft, sondern auch auf die Triebkraft des Wassers. Es ist bekannt, dass die Wassermassen namentlich im Hochsommer abnehmen, dass aber die Berieselung, sowie das Mühlengewerbe ein bestimmtes Wasserquantum erfordern, welches alsdann nur durch Aufstauung erzielt werden kann. Das Aufstauen hat aber möglicherweise einen dreifachen Nachtheil im Gefolge. Einmal können die oberhalb liegenden Grundstücke durch den sog. Rückstau versumpft oder überschwemmt werden. Sodann wird den unterhalb liegenden Grundeigenthümern während des Stauens das Wasser vorenthalten. Endlich muss das aufgestaute Wasser, sofern es nicht (bei Berieselungen) verbraucht ist, wieder abgelassen werden, und es entspringt hieraus für die unterhalb liegenden Grundstücke, wenn das Ablassen nicht allmählich geschieht, die Gefahr der Ueberschwemmung.

Was nun die öffentlichen Flüsse (im Sinne der herrschenden Meinung genommen) betrifft, so verbietet ein prätorisches Interdict jedes schädliche Aufstauen:

> l. 1 §. 12 de flum. 43, 12: . . Labeo scribit, non esse iniquum, etiam si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere, ne vis fiat, quominus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter, cursus fluminis deterior sit, fiat, tollere, demoliri, purgare, restituere viri boni arbitratu possit.

Mit anderen Worten: nicht jedes Aufstauen ist verboten, sondern nur dasjenige, welches dritte schädigt; sei es auch, dass der Schaden nur in lucrum cessans (zeitweises Vorenthalten des Wassers) besteht. Dabei muss hervorgehoben werden, dass im letzteren Falle (d. h. bei zeitweiligem Vorenthalten

des Wassers) sicherlich durch die Vertheilung des Wassers nach der Zeit (Tagen, Stunden) abgeholfen werden kann.

b) Wasserbauten. Bauten in einem öffentlichen Wasserlauf sind zulässig, jedoch nicht derartig, dass darunter die Schifffahrt leidet (t. D. 43, 12) oder derartig, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit (t. D. 43, 13). Als Beispiele von Veränderungen des Wasserlaufs hebt Ulpian [19]) die Verlegung des Flussbetts, sowie die Vertiefung und Erhöhung der Sohle hervor, welche die Strömung zum Nachtheile der Anlieger beschleunigt, aber er fügt die allgemeine Clausel hinzu:

> et si quid aliud vitii accolae ex facto eius, qui convenitur, sentient, interdicto locus erit.

Also ist namentlich die Errichtung von Stauwerken verboten, wenn sie den Nachbaren Schaden zufügen.

3. Triebkraft. Es ist bekannt [20]), dass der allgemeine Gebrauch der Wassermühle erst in die mittlere Kaiserzeit fällt; sie existiren zwar schon seit Augustus, aber noch Sueton erzählt, dass unter Caligula eine Brodtheuerung entstand, weil das in den molis iumentariis beschäftigte Vieh zu anderen Zwecken verwendet wurde. Zu Plinius Zeiten sind die Wassermühlen in Italien verbreitet, neben ihnen bleiben die von Sclaven und Eseln betriebenen. In den Pandecten wird der Wassermühlen überhaupt nicht gedacht; im Codex werden sie ein einziges Mal (l. 4 C. de aquaeductu 11, 42) beiläufig erwähnt. Sonach ist genau genommen eine Lücke in den Quellen vorhanden; allein es ist darauf aufmerksam zu machen, dass keine Wassermühle denkbar ist ohne eine Wasserbaut, es sei eine Schiffsmühle oder ein Stauwerk; ferner dass die Wassermühle vielfach eine Wasserableitung (den sog. Mühlgraben) voraussetzt. In diesen Beziehungen finden die oben bei 2 (Nährkraft des Wassers) entwickelten Grundsätze Anwendung.

---

[19]) l. 1 §§. 1. 3. D. ne quid in fl. p. 43, 13.

[20]) Die literarischen Nachweise finden sich in Paulys Realencyklopädie.

4. Fortführungskraft. Es handelt sich einerseits um die Entwässerung der Grundstücke und die dadurch nöthige Ableitung des Grundwassers in die Wasserläufe, andererseits um die Frage, ob der Unrath und die Abfälle des Hauses und Gewerbes, ferner ob die schmutzigen Bergwerkswässer in die Wasserläufe eingelassen werden dürfen? Nirgends geben uns die Quellen hierauf Antwort, es fehlen selbstverständlich die Zwangsrechte, welche in den modernen Rechten zum Zweck der Entwässerung eingeführt worden sind. Mit Rücksicht auf die oben S. 270 mitgetheilten allgemeinen Grundsätze des R. R. gelangt man zu der Ansicht, dass die Ableitung resp. Einlassung dann gestattet war, wenn dadurch der Gemeingebrauch nicht gestört wurde; eine Verunreinigung, welche den Bedarf der Umgegend an reinem Wasser beeinträchtigte, war unzulässig.

B. Private Wasserläufe.

Das Wesen des öffentlichen Wasserlaufs ist oben darein gesetzt worden, dass er im Gemeingebrauch steht, sei es im Gemeingebrauch aller Menschen, sei es in dem der Grundeigenthümer. Schon aus dem blossen Namen folgt das entgegengesetzte Wesen des Privatwasserlaufs; er kann nur im Gebrauch einzelner bestimmter Personen stehen. Nach den vorhandenen factischen Verhältnissen können diese Personen nur die Uferanlieger sein.

Dabei entsteht aber die Frage, in welchem Mass und Umfange dieser Gebrauch erfolgen darf. Es ist nämlich zu erwägen, dass der Privatwasserlauf eine Reihe von Grundstücken durchschneidet oder begrenzt; muss nun (dies ist die Frage) der Einzelne bei dem Gebrauch auf die ober- und unterhalb liegenden Grundeigenthümer Rücksicht nehmen? Muss auch hier bei widerstreitenden Interessen eine Theilung erfolgen?

Diese Frage wird von den Schriftstellern [21]) verschieden

[21]) Gesterding, Ausbeute 3, 350. Funke im civ. Arch. 12, 285 f.

beantwortet. Funke legt darauf Gewicht, dass der Bach ein natürliches Ganze bildet, und dass daher der Uferanlieger nur ein „beschränktes Eigenthumsrecht“ hat, er dürfe nur insoweit darüber verfügen, „als er dadurch dem Bach die ihm als solchem zustehenden natürlichen Eigenschaften nicht entzieht“; Funke verlangt deshalb, dass die für die öffentlichen Wasserläufe aufgestellten Interdicte auf die Bäche analog angewendet werden. Entgegengesetzter Meinung ist Gesterding, welcher den Uferanliegern ein „unbeschränktes Eigenthum“ an den Bächen beilegt.

Ich lasse die Eigenthumsfrage bei Seite; ich halte sie hier für ebenso einflusslos wie bei den öffentlichen Wasserläufen. Ich untersuche bloss das Gebrauchsrecht. Unter dieser Voraussetzung trete ich Gesterding bei; für seine Meinung spricht ein innerer Grund und ein analoger Rechtssatz. Der innere Grund ist die geringe Wassermenge des Bachs; sie ist so gering, dass eine geordnete Theilung zwischen Mehreren nicht angeht; es kann der Bach überhaupt nur in der Weise gebraucht werden, dass man ihn rücksichtslos gebraucht; ebendeshalb ist der rücksichtslose Gebrauch kein verwerflicher Egoismus; er ist die einzige Gebrauchsweise. Ueberdiess ist ein mildernder Umstand vorhanden; in der Regel nämlich hat der einzelne Uferanlieger nicht ein fortdauerndes, ununterbrochenes Gebrauchsbedürfniss; thatsächlich wird sich also ein Mitgebrauch herausstellen, nur dass Jeder die Zeit seines Gebrauchs selbstständig (d. h. willkürlich) bestimmt. — Der analoge Rechtssatz ist die Befugniss des Grundeigenthümers, die unterirdische Wasserader dem Nachbarn abzugraben, dessen Brunnen zum Versiegen zu bringen, ausser wenn es aus blosser Chicane geschieht [22]). Der einzige Unterschied zwischen der unterirdischen Wasserader und dem Bache besteht in ihrer Lage; dieses Moment kann aber die Zulässig-

Hingegen Elvers, Recht des Wasserlaufs S. 428 f. spricht sich nicht deutlich aus.

[22]) l. 1 §. 12 de aqua pl. 39, 3.

keit des rücksichtslosen Gebrauchs bei der unterirdischen Wasserader nicht begründen; der wahre Grund ist vielmehr derselbe wie beim Bach: einerseits die geringe Wassermenge, andrerseits die Wahrscheinlichkeit, dass die Wasserader nicht völlig abgegraben wird, und dem Nachbar dasjenige Wasser zufliesst, welches der Andere nicht geschöpft hat.

Ich glaube, für meine Auffassung den Beweis aus den Quellen führen zu können, der bei den bisherigen Schriftstellern gänzlich fehlt. Es liegt nämlich auf der Hand, den Bach mit dem Regenwasser zusammenzustellen; der Bach ist fast nichts als gewesenes Regenwasser; er entsteht zwar aus dem Quellwasser, aber er vermehrt sich wesentlich nur durch die atmosphärischen Niederschläge; er ist also fast nichts als Regenwasser, das jedoch nicht wild abläuft, sondern innerhalb bestimmter Grenzen (des Bettes) sich fortbewegt. Hieraus folgt, dass die Vorschriften über aqua pluvia auf die Bäche Anwendung finden, und dies ist ausdrücklich in den Quellen ausgesprochen; sofort im Eingang des Titels de aqua et aquae pluviae heisst es:

> l. 1 pr. D. de aqua 39, 3: . . . Aquam pluviam dicimus, quae de coelo cadit atque imbre excrescit, sive per se haec aqua coelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit.

Die aqua coelestis cum alia mixta kann nur auf einen Teich oder auf einen Bach gehen. Dasselbe wird ausgesprochen in

> l. 1 §. 15 eod.: In summa puto, ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia vel quae pluvia crescit noceat non naturaliter sed opere facto . . .

Die aqua quae pluvia crescit kann bloss einen Teich oder Bach bedeuten. Sonach ist die schon mehrfach erwähnte Behauptung, dass die Quellen über die rivi keine gesetzlichen Bestimmungen enthalten, durchaus zurückzuweisen; nur soviel ist wahr, dass

die Quellen die rivi nicht besonders hervorheben, sondern dass sie sie mit den Teichen zusammen behandeln und unter der aqua quae pluvia crescit begreifen. Ist dem so, so ergeben sich folgende Rechtsgrundsätze:

a) Der Uferanlieger darf dem Bach Wasser entnehmen, ohne auf die unterhalb liegenden Grundeigenthümer Rücksicht nehmen zu müssen; denn auch aquam pluviam in suo retinere omnibus ius est [23]).

b) Der Uferanlieger darf das Bachwasser nicht so zurückstauen, dass die oberhalb liegenden Grundstücke überschwemmt werden oder versumpfen, denn die act. aquae pl. findet Statt, si comprimendo redundare fecerit [24]).

c) Der Uferanlieger darf das aufgestaute Wasser nicht zum Schaden der unterhalb liegenden Grundstücke plötzlich ablassen, denn die act. aquae pl. findet Statt, si immittendo aut maiorem fecerit aut citatiorem aut vehementiorem [25]).

d) Der Uferanlieger darf keine Wasserbauten (Stauwerke, Erhöhung oder Vertiefung der Sohle des Baches) vornehmen, wenn dadurch den anderen Uferanliegern Schaden geschieht; denn die act. aquae pl. findet statt, quum quis manu fecerit, quo aliter aqua flueret, quam natura soleret [26]).

e) Der Uferanlieger darf nicht das Bachwasser verunreinigen, und es hierauf dem Nachbarn zuschicken, denn die act. aquae pl. findet Statt, si quis spurcam immittet [27]).

Diese Darstellung ergiebt, dass es den Quellen durchaus nicht an Grundsätzen über die Bäche gebricht; sie ergiebt ferner, dass eine Uebertragung der vom Prätor über die öffentlichen Wasserläufe aufgestellten Interdicte auf die Bäche nicht zulässig ist; namentlich der sub a aufgestellte Grundsatz enthält ein ganz anderes Recht, als welches bei öffentlichen Wasserläufen gilt.

---

[23]) l. 1 §. 11 de aqua pl. 39, 3.
[24]) l. 1 §. 1 eod.
[25]) l. 1 §. 1 eod.
[26]) l. 1 §. 1 eod.
[27]) l. 3 pr. eod.

Ich kann diese Materie nicht verlassen, ohne auf die Consequenzen der gegnerischen Meinung einzugehen. Schon oben ist bemerkt, dass die Gegner künstliche Wasserläufe dann zu den öffentlichen rechnen, wenn sie an beiden Endpunkten an einen natürlichen Wasserlauf angeschlossen sind, nicht aber, wenn nur an dem Ableitungspunkte, denn im ersteren Falle sei aqua profluens vorhanden, im letzteren aqua ducta. Man nehme nun einen Graben der ersten Art an! Bleibt der Grundeigenthümer mit demselben einen Zoll breit von der Grenze seines Grundstücks entfernt, so ist der Graben zwar (nach der gegnerischen Meinung) flumen publicum, allein trotzdem ist ein Gemeingebrauch unzulässig, weil das zollbreite Ufer jeden Dritten an der Benutzung verhindert. Sobald er aber den Graben der Grenze seines Grundstücks entlang führt, so besteht kein Hinderniss, dass der Gemeingebrauch ausgeübt werde. Ist eine solche Behandlung wohl angemessen? Muss man nicht viel mehr einen jeden Graben, den Jemand in suo zieht, als einen Privatwasserlauf erklären, und höchstens dann eine Ausnahme machen, wenn der Eigenthümer selbst den Graben (man denke an Flussverlegungen) dem öffentlichen Gebrauch überlässt? Die Quellen wenigstens rechnen nur den zum Zweck der Flussverlegung gezogenen Graben zu den öffentlichen Wasserläufen [29]). Die Gegner aber vernichten das Eigenthum; sie geben dem Grundeigenthümer, der in suo einen Graben zieht, an Stelle des Eigenthums und der ausschliesslichen Benutzung einen Antheil am Gemeingebrauch des Grabens. Würde der Grundeigenthümer, statt einen Graben zu ziehen, das Wasser mit einem Rade heben und es in überirdischen Röhren oder Rinnen der Grenze seines Grundstücks entlang leiten, so würden auch die Gegner ihm den ausschliesslichen Gebrauch des Wassers zusprechen. Wie soll es erklärt werden, dass eine andere technische Einrichtung (die Ziehung des Grabens) ein völlig anderes Resultat herbeiführt?

---

[28]) l. 1 §. 8 de fluv. 43, 12.

Zum Schluss noch die Bemerkung, dass über die Pflicht, die Wasserläufe (im Interesse der Vorfluth) zu reinigen, ferner über die Pflicht, die Ufer zu befestigen, die Quellen des R. R. nichts enthalten. Prätorische Interdicte handeln nur von dem Recht zu jenen Vornahmen und von dem Schutze desjenigen, welcher reinigen, resp. befestigen will (tt. D. 43, 15. 21—23). In allen diesen Beziehungen nehmen die modernen Gesetze einen anderen Standpunkt ein, denn (um mit Beseler zu reden) „die schöpferische Kraft der Gesetzgebung, welche die ältere historische Rechtsschule überhaupt verneinte, hat sich gerade auf dem Gebiet des Wasserrechts bethätigt".

II. §. 3. Das deutsche Recht.

Ich lasse die Zeugnisse über das älteste deutsche Recht (leges barbarorum und formulae Marculfi, Sirmondicae, Lindenbrogii) bei Seite, weil sie eine systematische, umfassende Lehre nicht ergeben; bei der Unentwickeltheit der Wirthschaft, bei dem Mangel eines grösseren Verkehrs, bei der Ohnmacht der Staatsgewalt und ihrer Organe konnte zu jenen Zeiten ein genau bestimmtes, erschöpfendes Wasserrecht sich nicht bilden.

Hauptquelle für unsere Frage bleibt hiernach der bekannte Artikel des Sachsenspiegels (II, 28).

Der Sachsenspiegel unterscheidet zwischen Wasser an wilder Woge, Teichen, die gegraben sind, und Wasser, das stromweis fliesst. Was hierunter zu verstehen, ist abgesehen von den gegrabenen Teichen streitig. Die Glosse zum Sachsenspiegel nämlich erklärt das Wasser an wilder Woge als dasjenige, „dat sik wegit na deme winde unde anders nicht", und hierauf gestützt, fassen die neuesten Schriftsteller über die grundlegenden Begriffe des Wasserrechts (Schwab und Börner) das Wasser an wilder Woge als stagnirendes, stehendes Wasser, das stromweis fliessende als aqua profluens, als jedes fliessende Wasser, gleichviel ob gross oder klein, auf. Unterstützt wird diese Ansicht durch das Görlitzer Landrecht

Cap. 34 §. 1, welches jedes fliessende Wasser des Reiches Strasse nennt.

Die herrschende Meinung der Germanisten hingegen verwirft die Interpretation der Glosse zum Sachsenspiegel, und sieht in dem Wasser an wilder Woge die kleineren, in dem stromweis fliessenden Wasser die grösseren Flüsse, so dass sich eine merkwürdige Uebereinstimmung mit dem Römischen Recht, wie solches von der herrschenden Meinung der Romanisten und auch von mir aufgefasst wird, ergäbe.

Auch hier trete ich auf die Seite der herrschenden Meinung.

Dass nämlich das Wasser an wilder Woge nicht das stehende Wasser sein kann, folgt daraus (— ich hebe dies hervor, weil, soviel ich sehe, es noch von Niemandem bemerkt worden ist —), dass ja auch die gegrabenen Teiche als stehende Wasser unter die Wasser an wilder Woge fallen müssten, während sie doch der Spiegler davon unterscheidet. Andererseits ist das Görlitzer Landrecht ungenau gefasst; eine „Strasse" kann nur dasjenige Wasser genannt werden, welches befahren werden kann; nur den schiffbaren Fluss kann der Verfasser des Görlitzer Landrechts im Auge gehabt haben; er fügt ja auch sofort hinzu: „das umme ne suln die schif unde alliz, daz in deme wazzir uf unde nidir vliuzit, ne heinen zoln gebin." Endlich kann das stromweis fliessende Wasser nicht mit jedem Flusse identificirt werden, weil dann das Wort stromweis nicht zu seinem Rechte gelangte, vielmehr völlig unberücksichtigt bliebe. Hiernach ergiebt die Wortinterpretation, dass unter den stromweis fliessenden Wassern alle grösseren (nicht bloss die schiffbaren) Flüsse zu verstehen sind; für die Wasser an wilder Woge bleibt die Bedeutung der kleineren Flüsse übrig. Hiemit stimmt überein, dass nach unzähligen Urkunden jener Zeit wie der früheren und späteren sich fliessende Gewässer im Privateigenthum befinden, — eine rechtliche Lage der Gewässer, die nach der Schwab-Börner'schen Ansicht nicht erklärt werden kann.

Dass die Eintheilung des Sachsenspiegels eine allgemein deutsche war, erhellt daraus, dass sie sich im Schwabenspiegel §§. 196. 197 (Lassberg'sche Ausgabe) wiederfindet; hier wird unterschieden zwischen „eines Mannes Woge" und dem stromweis fliessenden Wasser; die gegrabenen Teiche werden (als stehendes Wasser) nicht erwähnt.

Sachsen- und Schwabenspiegel knüpfen nun an die Eintheilung der fliessenden Wasser folgende Rechtssätze: in eines Mannes Wasser (Woge) darf nur dieser Mann fischen; jeder Fremde wird bei Ausübung der Fischerei mit drei Schillingen bestraft; die stromweis fliessenden Wasser sind gemein zu fischen und zu fahren, die Fischerei und das Fahren (mit irgendwelchem Apparat) stehen Jedermann zu. Das Görlitzer Landrecht fügt noch hinzu, dass man für Schifffahrt und Flösserei keinen Zoll zu entrichten brauche. Diese Kennzeichen genügen, um jene Gewässer für private, diese für öffentliche zu erklären; die Oeffentlichkeit besteht (wie im R. R.) im gemeinen Gebrauch, nicht etwa (wie heutzutage) in der völligen Unterstellung unter die Staatsgewalt. Ueber die Befugnisse der Einzelnen erfahren wir aus den Rechtsbüchern jener Zeit nichts mehr; bloss das Görlitzer Landrecht Cap. 33 §. 4 spricht davon, dass Jemand in einem Privatfluss eine Mühle bauen und zu diesem Zweck ein Wehr anlegen darf; da aber das Wehr die Fische vielfach zurückhält, so sollen die unterhalb gelegenen Grundeigenthümer nicht darunter leiden, sondern die Fischerei soll allen Angesessenen gemein sein.

Diese deutschrechtlichen Grundsätze wurden aber durch die Rechtsentwickelung der folgenden Jahrhunderte fast in das volle Gegentheil verkehrt, und nicht umsonst sagt Meurer in seinem 1570 erschienenen Buche über Wasserrecht, dass etliche Flüsse „regal", etliche „bannal" seien, regal diejenigen, wo der Kaiser Zoll erhebt, Fischerei erlaubt und den Gebrauch regulirt, bannal diejenigen, die eine andere Obrigkeit an sich gebracht habe, „wie es denn heutigen tags fast mit allen flüssenden Wassern, welche anfangs und von natur

menniglich frey und gemein gewesen, eine solche gestalt, dass sie eigenen und sonderen oberkeiten zustendig".

Dabei scheint nur eine Frage, die viel mehr theoretischen Charakters ist, von den heutigen Juristen über Gebühr betont worden zu sein; ich meine die Frage, ob der Staat an gewissen Flüssen Eigenthums- oder Hoheitsrechte besitze? Nicht darauf kommt es für die rechtliche Lage der fliessenden Gewässer im Wesentlichen an, welcher Natur die staatlichen Rechte sind, sondern wie weit die staatlichen Befugnisse reichen, und das gemeine Gebrauchsrecht, resp. das Gebrauchsrecht der Anlieger beschränken. Nur für untergeordnete Punkte, namentlich für das Recht der im Flussbett entstehenden Insel und der Alluvion, ist jene Streitfrage von Erheblichkeit. Ich lasse sie daher hier bei Seite, wie ich es schon oben bei der Darstellung des Römischen Rechts gethan habe. So viel wird sich fast überall ergeben, dass dem freien Benutzungsrecht, sei es Aller, sei es der Anlieger, die einengendsten Schranken gezogen worden sind. Man war freilich nicht gemeint, die Benutzung selbst aufzuheben, aber man knüpfte sie an Concession und an Gegenleistung, und man machte aus dem, was früher ein selbstverständliches Recht war, ein durch besonderen Act zu erwerbendes Gut. Hat doch das Allgemeine Preussische Landrecht II, 14 §. 21 einen Zwitterbegriff geschaffen, den des „**gemeinen** Eigenthums des Staats an schiffbaren Flüssen!" Es wird nämlich mit diesen Worten angedeutet, dass schiffbare Flüsse nicht im gewöhnlichen Wortsinn Staatseigenthum sind, sondern dass sie trotz aller staatlichen Rechte der gemeinen Benutzung gewidmet sein sollen.

Eingeleitet wird die neue Rechtsentwicklung durch das II. F. 56 mitgetheilte und von Roderich in seiner Schrift de gest. Frider. I. lib. 2 cap. 5 besprochene Gesetz Friedrichs I. über die Regalien. Dass dieses für Italien gegebene Gesetz längst vor der Reception des liber feudorum in Deutschland Anwendung fand, ergiebt sich aus dem Reichsschluss von 1294 [29]),

[29]) Mitgetheilt bei Pertz L. L. II, 461.

wonach aus dem Recht des Reichs, an einem Fluss Zölle zu erheben, und die Schifffahrt zu verstatten, das andere Recht gefolgert wird, dass die insula in flumine nata dem Reiche gebührt.

Jenes Gesetz nun reservirt die schiffbaren Ströme und diejenigen Flüsse, welche jene zu schiffbaren machen, dem Reiche in dem Sinne, dass dem Kaiser daran das Zollrecht, das Mühlenrecht, die Fischerei, kurz jede aus dem Wasserlauf sich ergebende Nutzung zusteht. Dass der Kaiser diese Rechte im Laufe der Zeiten verlor, indem sie von ihm auf die Kurfürsten und die Reichsstände übergingen, braucht nicht gezeigt zu werden; es ist bekannt.

Nun aber beginnt eine parallele Rechtsentwickelung bei den nichtschiffbaren Flüssen. Während sie bisher (als grössere) im gemeinen Gebrauch oder (als kleinere) im Gebrauch der Markgenossenschaften, resp. von Einzelnen gestanden hatten, werden sie jetzt (um mit Meurer zu reden) zum grossen Theil bannal; in einer Anzahl von Weisthümern[30]) wird von den Schöffen der Wasserfall und die Fischerei, les cours d'eaux et la pèche dem gnädigen Herrn, dem Junker, dem sire notre prevôt gewiesen, aber nicht etwa in dem Sinne, dass das Gebrauchsrecht der Privaten aufhören, sondern vielmehr in dem, dass sie eine Gegenleistung machen sollen. Die Weisthümer unterscheiden das Recht am Wasser selbst und das Gebrauchsrecht; das Recht selbst gebührt dem gnädigen Herrn, das Gebrauchsrecht dem „armen Mann", der in der Gemeinde angesessen ist: wer feuer und flam hat, denen erkennen sie wasser undt waidt zu gebrauchen[31]). Die Gegenleistung bestand in einem Zins[32]); wer ihn nicht leistet, „den mag man pfenden mit wasser und weyd"[33]), d. h. sein Gebrauchsrecht wird

---

[30]) Vgl. die Weisthümer bei Grimm II, 546. 568. 570. IV, 450.
[31]) Grimm II, 201. Ferner II, 159. 168. 202.
[32]) Grimm II, 138. In Senheim 1 Fuder Wein: Grimm II, 432.
[33]) Grimm II, 171. cf. II, 409.

suspendirt. Oder sie bestand in Diensten[34]). Die Gegenleistung war nicht etwa bloss von den Unfreien zu leisten:

> Grimm III, 567: Auch sprachen sie, dass ein gut sy gelegen zu H., das gut sy frye; wer aber daruff sitzet, will der wasser und wayde niessen, so soll er thun, als ein ander unsers herren v. W. armer mann da gesessen, der sin eygen ist, nach marzahle, es sy an bett, an steur, an atzunge, an dienste, nichts ussgenommen.

Von hier aus war nur ein Schritt zu der weiteren Rechtsentwicklung, dass viele Wasserläufe ganz zum Kammergut gezogen und hierauf wieder an Einzelne zu Lehen und ausschliesslicher Nutzung ausgethan würden, sowie dass zu ständigen Anlagen die besondere Concession der Obrigkeit verlangt wurde. Es ist aber verkehrt, hieraus auf das Vorhandensein eines besonderen Regals zu schliessen. Oder wenn man von einem Mühlenregal spricht, so darf es bloss in dem Sinne geschehen, in welchem das Bergregal besteht; neben dem Bergregal nämlich existirt die Freierklärung des Bergbaus, d. h. der Staat ist verpflichtet, jedem Muthenden das Bergwerk zu verleihen; nicht minder besteht das Recht des Einzelnen, zu der Anlage einer Mühle concessionirt zu werden, wo nicht Gründe des öffentlichen Wohls oder wohlerworbene Rechte entgegen sind.

Die geschilderte Rechtsentwicklung hatte aber einen immensen Schaden in ihrem Gefolge: den der Rechtsunsicherheit. Unsere Lehrbücher fassen diesen Zustand der Rechtsunsicherheit in folgende unscheinbare Worte: „Die Frage, ob ein nicht schiffbarer Fluss im Privateigenthum stehe, entscheidet sich durch das Herkommen und den Besitzstand."

Die „Regalität" der Wasserläufe nämlich hat ihr bestimmtes Kennzeichen; auf Grund des Gesetzes von Kaiser Friedrich I. sind die schiffbaren Flüsse (nicht aber auch,

---

[34]) Grimm II, 627.

wie jenes Gesetz besagt) diejenigen, welche einen Fluss schiffbar machen, regal geworden. Die „Bannalität“ aber ermangelt völlig jedes sichtbaren Criteriums; sie bezog sich nicht bloss auf die grösseren, die „stromweis fliessenden Gewässer“. Sie ergriff in gewissen Gegenden alle Mühlenwasser[35]); was aber darf als Mühlenwasser angesehen werden? Daher ward der Willkür Thor und Thür geöffnet; der Landesherr konnte seine Nutzungsrechte erweitern, „sobald (um mit Eichhorn[36]) zu reden) er sie der Mühe werth fand,“ und unter den Beschwerden der Bauernaufständler zur Zeit der Reformation wird im Art. 4 daran erinnert: „als Gott der Herr den Menschen erschuf, hat er ihm Gewalt gegeben über alle Thiere, über den Vogel in der Luft, über den Fisch im Wasser.“ Es stand fest, dass nicht alle Wasserläufe „bannal“, sondern dass sie zum Theil im „Eigenthum“ seien; aber welches waren die Kennzeichen des Eigenthums? Oettinger in seinem „Discursus vom Meer, Fischwassern, Flüssen, Bächen, Brunnen, Ufern, Gestaden, Inseln, Wörden, Seen und Weyhern“[37]) stellt die Sache so dar, als wenn überall eine landesherrliche Concession erforderlich wäre; durch Verjährung über Menschen Gedächtniss nämlich wären alle Flüsse den Fürsten und Herren eigenthümlich zugefallen; aber sie stünden nicht alle in demselben Rechtsverhältniss, sondern müssten in fünf Classen zerlegt werden. Die erste Classe bilden die schiffbaren; hier finde gemeiner Gebrauch statt und jeder könne darin fischen. Die zweite Classe bilden die Bannwasser; diese seien zum landesherrlichen Kammergut gezogen, und Niemand dürfe darin ohne Erlaubniss fischen. Die dritte Classe bilden die Allmandwasser; diese seien von den Landesherren den Gemeinden übergeben worden, und nur sie dürfen sie nutzniessen. Die vierte Classe bilden „eigne und Privatwasser“, welche durch Kauf oder andere Verträge von den Landesherren an Privatpersonen gelangt

[35]) Eichhorn, D. Privatr. §. 268 Note d.

[36]) Deutsche Rgesch. IV, §. 548 Note n.

[37]) Abgedr. in Fritsche's jus fluviaticum P. I. p. 239. 299.

seien, und mit denen „sie wie mit andern ihren Gütern zu schalten und zu walten haben“. Die fünfte Classe endlich sind die Erblehnwasser, welche von den Landesherren gegen Zins zu Erblehn ausgethan sind, und „welche die Inhaber zu ihrem Nutz zu gebrauchen und zu erhalten haben“. Wie viele rechtsgeschichtliche Irrthümer in dieser Darstellung liegen, ist offenbar; Oettinger verlangt überall, wo eine Gemeinde oder eine Privatperson an einem nicht schiffbaren Fluss ein Nutzungsrecht geltend macht, den Nachweis einer landesherrlichen Concession. Viel milder ist Meurer[38]). Es ist schon oben bemerkt, dass er nicht alle nichtschiffbaren Wasser, sondern bloss fast alle als bannal erklärt[39]); den Beweis des „eignen Wassers“ lässt er auf dreifache Weise führen; einmal, „wenn das Wasser auf eines Eigenthum, Grund und Boden entspringt“, zweitens, „wenn die hoch Oberkeit einem dieselbig geben“, drittens, „wenn jemandt auss einem langen Gebrauch oder Verjährung dasselbig für eigen bekomm“. Meurer erkennt also neben der landesherrlichen Concession noch die Verjährung und vor allen Dingen das Eigenthum am Bett an, letzteres daraus hergeleitet, dass der Ursprung des Flusses sich auf Privatboden befindet. Freilich ist Meurer der ältere Schriftsteller; zwischen ihm und Oettinger machte die Ausdehnung der fürstlichen Gewalt über die Wasserläufe solche Fortschritte, dass Oettinger sich zu der Annahme berechtigt glaubte, die Eigenschaft eines Privatflusses könne nur auf landesherrliche Concession gestützt werden. Die heutigen Rechtslehrer haben vermöge der rechtsgeschichtlichen Studien die Unrichtigkeit dieser Meinung erkannt; was sie aber an Stelle der landesherrlichen Concession setzen (das Herkommen und den Besitzstand), befördert die Rechtsunsicherheit in hohem

---

[38]) In seinem Wasserrecht S. II erste Frage Nr. 15. 17. 18.

[39]) Dies thut auch Oettinger an einer andren Stelle seines Discurses (bei Fritsche p. 264. 265); er folgt hier ganz Meurer, den er auch citirt, und er scheint den Widerspruch mit seiner früheren Meinung nicht zu merken.

Masse; denn es lässt sich nicht überall ein festes Herkommen und ein unzweifelhafter Besitzstand erweisen, und es ist eine ungerechtfertigte Verkümmerung der Privatrechte, wenn man sie demjenigen, der ihre fortdauernde Ausübung nicht zu zeigen vermag, sofort abspricht.

Will man die Rechtsunsicherheit an einem Particularrecht studiren, so lese man die Schilderung, welche Endemann in seinem ländlichen Wasserrecht S. 8 f. 18 f. von dem trostlosen Rechtszustande Kurhessens giebt: es fehlt dort an jedem zuverlässigen Merkmale der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Wasserlauf. Und vom Gemeinen Recht schreibt er (S. 7): „Man untersucht nicht, welche Flüsse öffentliche sind, um darnach zu erkennen, welche Flüsse der hoheitlichen Einwirkung der Staatsgewalt unterworfen sind, sondern man nennt öffentliche diejenigen, an denen die Staatsgewalt diese Einwirkung hat; Privatflüsse sind diejenigen, an welchen eine solche nicht besteht.“ Das ist unzweifelhaft eine (wenn der Ausdruck gestattet ist) Cirkeldefinition.

III. §. 4. Das Altpreussische Recht.

Die Aufgabe der Particulargesetzgebung war, der am Ende des §. 3 geschilderten Rechtsunsicherheit ein Ende zu machen. Es geschah dies zuerst im Allgemeinen Preussischen Landrecht.

Dasselbe unterscheidet zwei Arten von Wasserläufen: öffentliche Ströme (oder öffentliche Flüsse) und Privatflüsse.

I. Oeffentliche Ströme sind die von Natur schiffbaren. Dieser Begriff übertrifft an Bestimmtheit den des Gesetzes von Kaiser Friedrich I. v. 1158, denn in letzterem werden ausser den schiffbaren auch diejenigen, durch welche jene schiffbar werden, für regal erklärt. Ich behaupte jedoch nicht, dass der Begriff eines schiffbaren Stroms in sich völlig bestimmt ist, denn es ist bekannt, dass die Schiffbarkeit eines Stroms nach Jahreszeiten und Jahren wandelbar ist, ja, dass sie vom Bestehen

künstlicher Anlagen (Stauwerke) abhängig sein kann. Schiffbare Ströme werden nun einerseits für „ein gemeinsames Eigenthum des Staats“ erklärt [40]), andererseits werden ihre Nutzungen zu den niedren Regalien gerechnet [41]). Der letztere Ausdruck ist ein ungenauer; denn es bestehen am öffentlichen Strom theils gemeine Gebrauchsrechte, theils dem Staat vorbehaltene, aber zugleich an Private concedirbare Rechte, und gerade diese Mischung ist in dem Ausdruck „gemeines Eigenthum des Staats“ ausgesprochen. Die gemeinen Gebrauchsrechte sind: Schöpfen, Baden, Viehtränken und -schwemmen, Schifffahrt, Halten von Fähren und Prahmen zum eignen Gebrauch [42]). Dem Staat vorbehalten ist das Recht, unverbundenes Holz zu flössen, sowie Wasser- und Schiffsmühlen anzulegen [43]); der Vorbehalt hat jedoch nicht die Bedeutung, dass der Staat diese Rechte stets in seiner Hand behalten will; er ist vielmehr dahin zu verstehen, dass der Private, um jene Rechte auszuüben, der staatlichen Erlaubniss bedarf [44]). Dieselbe ist für einige andere Nutzungen der öffentlichen Ströme vorgeschrieben: für die Anlage von Wasserleitungen, von Wasch- und Badehäusern, von Fähren und Prahmen zur Uebersetzung für Geld, von Brücken [45]). Die Erlaubniss wird (dies ist aus der Praxis der Behörden bekannt) nur gegen eine Gegenleistung ertheilt, und darin besteht das regale Nutzungsrecht, aber ihm steht die Pflicht des Staats gegenüber, für die zur Sicherheit und Bequemlichkeit der Schifffahrt nöthigen Anstalten zu sorgen, sowie die Brücken zu unterhalten [46]). Dass die Ertheilung der Erlaubniss eine Pflicht des Staates sei (ausser wo Gründe des öffentlichen Wohls entgegenstehen [47])

[40]) ALR. II, 14 §. 21.
[41]) ALR. II, 14 §. 24. II, 15 §. 38.
[42]) ALR. II, 15 §§. 44. 47. 50.
[43]) ALR. II, 15 §§. 49. 229.
[44]) ALR. II, 15 §§. 49. 230 ff.
[45]) ALR. II, 15 §§. 46. 51 ff.
[46]) ALR. II, 15 §§. 79. 53.
[47]) Zur Wahrung dieser Gründe ist im ALR. I, 8 §. 97 vorgeschrieben,

ist nirgends ausgesprochen; allein es ist dies im Rechtsstaat selbstverständlich, namentlich aber in einem Gesetzbuch, welches es für eine Pflicht des Staatsoberhaupts erklärt, „für Anstalten zu sorgen, wodurch den Einwohnern Mittel und Gelegenheit verschafft werden, ihre Fähigkeiten und Kräfte auszubilden und dieselben zur Beförderung ihres Wohlstandes anzuwenden [48])."

Hiernach kann man von den öffentlichen Strömen nicht behaupten, dass sie (wie im R. R.) vollständig im gemeinen Gebrauch stehen. Es bestehen vielmehr daran gemeine Gebrauchsrechte und (vermöge staatlicher Erlaubniss) iura singulorum. Ich stehe indess nicht an, diesen Rechtszustand dem Römischen vorzuziehen. Die Römischen Vorschriften sind nur bei reichem Wasserstande angemessen; reicht aber das Wasser nicht aus, so kann es geschehen, dass, wer eine Mühle oder eine Wasserleitung zum Zweck der Berieselung mit grossen Kosten eingerichtet hat, hinterher mit einem Nachbar, der später eine solche Anlage unternimmt, das Wasser theilen muss, so dass die ältere Anlage ihren Werth verliert und die Kosten vergeblich gemacht sind. Ein solches Resultat ist nach den landrechtlichen Vorschriften bei schiffbaren Flüssen unmöglich; es wird der Staat, wenn er an einer Stelle eine Concession ertheilt hat, nicht in der Nähe eine zweite Anlage, welche der ersten widerstreitet, gestatten; er setzt sich entgegengesetzten Falles einer Schadensklage aus; denn die Concession hat nicht bloss einen negativen Inhalt (Verstatten der Anlage), sondern sie ist positiv darauf gerichtet, dass der Staat dem Unternehmer den Gebrauch des Wassers in einem gewissen Umfang garantirt. In der That ist das Concessionsprincip allein im Stande, von vornherein das Entstehen von collidirenden Interessen unmöglich zu machen und eine feste Ordnung in der Benützung der Wasserläufe herzustellen.

---

dass vor Ertheilung der Erlaubniss zum Bau von Schleusen, Wehren, Dämmen und Brücken die Nachbarn vernommen werden sollen.

[48]) ALR. II, 13 §. 3.

II. Die Privatflüsse sind alle nicht schiffbaren Wasserläufe. Es waren in dem ersten Entwurfe zum Landrecht die Nutzungen der Privatflüsse den Uferbesitzern ausdrücklich zugesprochen worden; durch ein Versehen ist zwar später die Aufnahme dieser Bestimmung unterblieben[49]); indess redet das Landrecht so oft[50]) von den „Eigenthümern der Privatflüsse", dass man jene Bestimmung als darin enthalten ansehen muss. Es ist nun wohl zu beachten, dass der Sinn dieser Vorschrift keineswegs auf ein allgemeines Gebrauchsrecht am Privatfluss hindeutet; sie besagt vielmehr, dass jeder Anlieger den Privatfluss auf der Strecke, wo er das Grundstück begrenzt, benutzen kann. Streng durchgeführt, würde ein solcher Grundsatz zu den unerträglichsten Zuständen führen; es würde jeder sein Nutzungsrecht ohne Rücksicht auf den Nachbar ausüben dürfen; das Landrecht hat deshalb einige Vorschriften zur Verhütung von Missbräuchen hinzugefügt:

a) Eine jede Erbauung, Wiederherstellung, Verlegung, Verwandlung, Erweiterung einer Mühle bedarf der staatlichen Genehmigung, und ein neuer Mühlenbau ist dann unzulässig, wenn einer schon vorhandenen Mühle das zu ihrem Betriebe erforderliche Wasser entzogen oder das Wasser zu ihrem Nachtheile zurückgestaut wird, sowie überhaupt, wenn Rechte dritter verletzt werden (ALR. II, 15 §. 233—236. 238. 239). Ebenso sind Erhöhungen des Fachbaums und Veränderungen des Sicherpfahls nur mit staatlicher Erlaubniss und nur, soweit sie den Nachbarn unschädlich sind, zulässig (ALR. II, 15 §. 243). Endlich darf einer Mühle der Nachbar, durch dessen Grundstücke das zu ihrem Betriebe nöthige Wasser fliesst, dasselbe nicht entziehen (ALR. II, 15 §. 246). — In Allem dem liegen Schutzmittel zu Gunsten von Mühlen und gegen den Missbrauch der Mühlengerechtigkeit. Schutzlos sind aber Berieselungsunternehmungen; es kann der oberhalb liegende

---

[49]) Gesetzes-Revision, Pensum XII, S. 201—203.

[50]) ALR. II, 15 §§. 39. 40. 41. 42. 43.

Grundeigenthümer dem unterhalb liegenden, der eine ältere Berieselung eingerichtet hat, das ganze Wasser abfangen.

b) Es darf in Privatflüssen zum Nachtheile der Nachbarn und Uferbewohner durch Hemmung des Ablaufs derselben nichts unternommen oder verändert werden [51]). Der Sinn dieser Vorschrift ist bestritten [52]). Das Preussische Obertribunal, welchem Nieberding zustimmt, versteht ihn dahin, dass der Uferanlieger weder durch Rückstauung des Wassers den oberhalb gelegenen Grundeigenthümer beschädigen, noch durch Zurückhaltung des Wassers dem unterhalb gelegenen es gänzlich entziehen dürfe. Scheele sieht darin blos das Verbot des Rückstaus, und das Wort „Ablauf" ergiebt die Richtigkeit seiner Meinung; auch wären ja die obenerwähnten Vorschriften zum Besten der Mühlen überflüssig gewesen, wenn der Uferanlieger überhaupt allen unterhalb Liegenden das Wasser zufliessen lassen müsste.

Das Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 hat nun das im Landrecht unausgesprochen gebliebene Princip an seine Spitze gestellt: jeder Uferbesitzer hat das Nutzungsrecht am vorüberfliessenden Wasser (§. 1 des G.); er bedarf zu einer Wassernutzungsanlage (z. B. einer Mühle) keiner Erlaubniss mehr (§. 19 des G. [53]). Den Missbrauch des Nutzungsrechts sucht das Gesetz in folgender Weise zu hindern:

a) Der oberhalb liegende Grundeigenthümer wird geschützt durch das Verbot des Rückstaus über die Grenzen des eignen Grundstücks hinaus (§. 13 Ziffer 1 des G.). Dies war schon im ALR. I, 8 §. 99 verordnet.

---

[51]) ALR. I, 8 §. 99.

[52]) Arnsberger Archiv 8, 295. 12, 167. Nieberding, Wasserrecht und Wasserpolizei S. 182 a. E. Scheele, Preuss. Wasserrecht S. 26 ff.

[53]) Wohlverstanden: soweit es sich um die Benutzung des Wassers handelt, denn eine Bauerlaubniss im Interesse der öffentlichen Sicherheit ist wie bei jedem Gebäude, so auch bei den Mühlen erforderlich.

b) Der unterhalb liegende Grundeigenthümer wird geschützt durch die Bestimmung, dass das abgeleitete Wasser in das ursprüngliche Bett des Flusses zurückgeleitet werden muss, bevor dieses das Ufer eines fremden Grundstücks berührt (§. 13 Ziffer 2 des G.). Der Schutz ist nicht von grosser Tragweite; denn der Ableitende kann soviel Wasser ableiten als ihm gefällt, und er kann es verbrauchen, so dass nichts mehr zurückfliesst, und der unterhalb Liegende nichts erhält.

c) Die öffentlichen Interessen werden geschützt durch die Bestimmung, dass die Ableitung des Wassers aus Gründen des öffentlichen Wohls (z. B. bei gefährdeter Schifffahrt oder Entziehung des nothwendigen Wasserbedarfs der Umgegend) beschränkt werden kann (§. 15 des G.). Dies könnte landrechtlich auch geschehen, aber es müsste mit Gelde bezahlt werden. Der Fall ist zu selten, als dass in der neuen Bestimmung ein bedeutender gesetzlicher Fortschritt gefunden werden könnte.

Andererseits finde ich einen Rückschritt darin, dass selbst da, wo nach Landrecht eine staatliche Erlaubniss erforderlich war (bei Mühlen), dieselbe jetzt wegfällt. Ich habe schon oben auf die Sicherheit aufmerksam gemacht, welche einem Unternehmer aus der staatlichen Erlaubniss erwächst; es darf kein neues Unternehmen stattfinden, welches das staatlich erlaubte schädigt; demgemäss sichert auch das Gesetz von 1843 in §. 16 den bereits bestehenden Triebwerken das zu ihrem Betrieb im bisherigen Umfange nothwendige Wasser. Künftig entstehenden Triebwerken wird ausdrücklich das gleiche Recht nicht beigelegt; dasselbe gilt von Berieselungsunternehmungen, von welchen das Landrecht mit Rücksicht auf die damaligen Wirthschaftsverhältnisse gänzlich schweigt. In Folge dessen fehlt diesen alle Sicherheit der Existenz, sie schweben gleichsam in der Luft, es kann ihnen jeden Tag von den oberhalb gelegenen Grundeigenthümern das Wasser entzogen werden, wenn sie sich nicht vorher durch Servituten

gesichert haben [54]), und da das letztere bei der grossen Anzahl der oberhalb Liegenden unmöglich ist, so ist die rationelle Benutzung des Wassers durch das Gesetz unmöglich gemacht; die Klagen über die Unerträglichkeit des gegenwärtigen Rechtszustandes sind denn auch in Preussen allgemein.

Das G. v. 1843 §. 19 ff. hat, um dem Unternehmer eine gewisse Sicherheit zu verschaffen, ein Aufgebots- und Präclusionsverfahren eingeführt. Aber einmal findet dasselbe nur bei Bewässerungen statt, nicht bei Triebwerken; und sodann ist die verschaffte Sicherheit durchaus prekär. Aufgeboten werden diejenigen, welche gegen die beabsichtigte Bewässerung Widerspruch einlegen oder Entschädigungsansprüche erheben wollen; wer sich nicht meldet, geht des Widerspruchsrechts, resp. des Entschädigungsanspruchs verlustig und wird präcludirt; wer sich aber meldet, dem werden seine Rechte vorbehalten. Welche Sicherheit also kann daraus der Unternehmer gewinnen? Höchstens die, dass, weil eine Menge Widerspruchsrechte und Entschädigungsansprüche vorhanden sind, sein Unternehmen kein gesichertes ist.

Die Reichsgewerbeordnung v. 21. Juni 1869 §. 26 hat den Stauanlagen für Wassertriebwerke eine gewisse Sicherheit verschafft. Diese Anlagen bedürfen nämlich der polizeilichen Genehmigung (§. 16 des G.), welcher ein öffentliches Verfahren (§. 17—§. 21 des G.) vorausgeht. Gegen die genehmigte Anlage kann nach §. 26 niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebs geklagt werden, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung der genehmigten Anlage ausschliessen, eventuell auf Schadloshaltung. Hiernach ist wenigstens die Fortexistenz einer genehmigten Stauanlage bei Wassertriebwerken gegen alle Ansprüche dritter gesichert.

Auf ganz anderen Grundsätzen als bisher dargestellt, beruht ein Preussisches Particularrecht von winzigem Umfange:

---

[54]) Ausdrücklich ausgesprochen vom Obertribunal 1845, vgl. Arnsb. Archiv 12, 167.

das des Kreises Siegen in Westphalen; dort beruht der Wiesenbau auf einer gemeinsamen Benutzung des Wassers, die Rechtsverhältnisse der Wiesenbewässerung haben dort eine ganz besondere Gestaltung gewonnen; demgemäss gilt nach der Wiesenordnung vom 28. October 1846 (wie im Römischen Recht) der Grundsatz, dass das Benutzungsrecht an Privatflüssen nicht dem Ufereigenthümer als solchem, sondern allen Grundbesitzern zusteht, deren Grundstücke sich mit Vortheil bewässern lassen; an der zur Bewässerung disponiblen Wassermasse nehmen alle berechtigten Grundbesitzer nach Verhältniss des durch die Bodenbeschaffenheit, Lage und Bauart ihrer Wiesen bedingten wirthschaftlichen Wasserbedarfs Theil; wo das Theilnahmerecht zweifelhaft ist, bildet der Flächeninhalt den Massstab. Das aus einem Fluss behufs der Wiesenbewässerung abgeleitete Wasser muss zwar in das ursprüngliche Bett des Flusses zurückgeleitet werden, allein der Punkt der Zurückleitung ist nicht gesetzlich bestimmt. Natürlich setzen diese Grundsätze die Existenz besonderer Wasserbehörden voraus; es sind dies die Wiesenschöffen unter Vorsitz des Bürgermeisters oder Amtmannes und die Kreissachverständigen unter Vorsitz des Landraths; sie bekleiden ein Ehrenamt. — Dieses Gesetz hat sich im Siegen'schen durchaus bewährt.

Es sind bisher bloss die Grundsätze des Preuss. Rechts über die Trag-, Nähr- und Triebkraft der öffentlichen und Privatflüsse dargestellt worden; es ist noch die Fortführungskraft zu behandeln. In dieser Beziehung ist zu bemerken, dass die Abführung des Wassers zum Zweck der Entwässerung zu allen Zeiten nicht bloss zulässig war, sondern (wie aus dem §. 5 sich ergeben wird) begünstigt worden ist. Hingegen die Verunreinigung ist bei schiff- und flossbaren Flüssen und Canälen, sofern sie eine erhebliche ist, verboten[55]); bei Privatflüssen ist durch §. 3. 4 des G. v. 28. Februar 1843 das Einwerfen und Einwälzen von losen Steinen, Erde und anderen Materialien

[55]) Cabinetsordre vom 24. Februar 1816.

gänzlich, das Ablassen von Wasser aus Färbereien, Gerbereien, Walken und ähnlichen Anstalten dann verboten, wenn dadurch der Bedarf der Umgegend an reinem Wasser beeinträchtigt oder eine erhebliche Belästigung des Publicums verursacht wird. Nach der Siegen'schen Wiesenordnung vom 28. October 1846 §. 74 müssen die Besitzer aller gewerblichen Anlagen, welche das von ihnen benützte Wasser mit für die Wiesen schädlichen Stoffen erfüllen, diese letzteren in Klärteichen oder sonstigen Anlagen zum Niederschlag bringen. Ferner konnte nach §. 6 des G. v. 28. Febr. 1843 das Flachs- und Hanfröten in Privatflüssen (welches den Fischen höchst schädlich ist) von der Polizeibehörde untersagt werden; nach §. 44 des Fischereigesetzes v. 30. Mai 1874 ist dasselbe in allen nicht geschlossenen Gewässern verboten, ausser wenn die Oertlichkeit für die Anlage zweckdienlicher Rötegruben nicht geeignet ist und die Benutzung nicht geschlossener Gewässer zur Flachs- und Hanfbereitung zur Zeit nicht entbehrt werden kann.

§. 5. Fortsetzung. Zwangsrechte. Unterhaltung.

Die Fortschritte des Altpreussischen Rechts gegenüber dem Gemeinen Recht sind in einer doppelten Richtung hin bedeutend: bezüglich der Zwangsrechte und der Unterhaltung.

I. Zwangsrechte. Unter Zwangsrechten versteht man die Befugniss zur Enteignung und Belastung fremder Grundstücke im Interesse der Benutzung der Wasserläufe. Die Expropriationsbefugniss steht bekanntlich in der Regel nur dem Staat resp. seinen Delegataren im öffentlichen Interesse zu. In zwei Materien aber gewähren die modernen Rechte die Expropriationsbefugniss auch zur Förderung von Privatinteressen, freilich von solchen Privatinteressen, die gleichzeitig mehr oder minder eine öffentliche Beziehung haben, nämlich beim Bergbau und bei der Benutzung der Wasserläufe. Hier soll nur von letzteren die Rede sein.

Solche Zwangsrechte sind dem Gemeinen Rechte völlig fremd. Das einzige, was darunter gebracht werden kann, ist der der act. aquae pluv. arc. zu Grunde liegende Rechtssatz, dass der unterhalb liegende Grundeigenthümer das durch atmosphärische Niederschläge sich bildende, wild ablaufende Wasser vom oberhalb gelegenen Grundstück aufnehmen müsse. Sieht man hievon ab, so führt das Römische Recht die Grundsätze des reinen Privatrechts streng durch; es kennt keine Beschränkung des Eigenthums im Interesse der Landescultur. Die Preussische Gesetzgebung hat hingegen schon seit Beginn des 18. Jahrhunderts aus staatswirthschaftlichen Gesichtspunkten behufs Beförderung der allgemeinen Landescultur zu Gunsten der Entwässerung selbst Einschränkungen des Eigenthums gegen Entschädigung gestattet. Die einzelnen hieher gehörigen, vorlandrechtlichen Gesetze vom 25. Februar 1704, 9. November 1717, 7. October 1726 und 6. Juli 1773 erwähne ich nur [56]). Das Landrecht selbst hat sich merkwürdiger Weise von diesen Gesetzen durchaus entfernt und dem Gemeinen Recht wieder genähert. Es erklärt nämlich einen Grundeigenthümer für nicht verpflichtet, wider seinen Willen über sein Grundstück das stehende Wasser eines anderen Grundstücks (Teiche, Seen) ableiten zu lassen (ALR. I, 8 §. 117); das wild ablaufende Wasser müsse er nur dann aufnehmen, wenn der oberhalb liegende es nicht anderweitig abführen könne, und er müsse alsdann die Ziehung neuer sowie die Verbreitung und Vertiefung vorhandener Gräben gestatten (ALR. I, 8 §. 102 ff.). Erst das Vorfluthsedict vom 15. November 1811 kehrte zu den vorlandrechtlichen Grundsätzen zurück. Danach ist jeder Grundeigenthümer befugt, sobald ein überwiegender Vortheil für die Bodencultur es verlangt, Abwässerungsgräben durch fremden Boden zu ziehen, um das Ober- oder das Grundwasser abzuführen, sowie auch zur Ablassung von Teichen und Seen;

---

[56]) Lette in der Landesculturgesetzgebung des Preuss. Staats Bd. 3 S. 579 ist auf das Gesetz v. 1773 genauer eingegangen.

ja, die Mühlenbesitzer können zum Zweck der Entwässerung gezwungen werden, den freien Lauf des Wassers herzustellen; es kann selbst eine Mühle gänzlich weggeräumt werden. Ueberall muss vollständige Entschädigung geleistet werden. Die Gewährung der Zwangsrechte geschieht in einem Verfahren vor den Verwaltungsbehörden[57]), die Feststellung der Entschädigung durch den inappellablen Spruch eines gewählten Schiedsgerichts. Das Vorfluthsedict von 1811 hat später eine Ergänzung und eine Erweiterung erfahren. Die Erweiterung geschah durch das Gesetz vom 11. Mai 1853, welches nicht bloss offene Gräben zu Entwässerungszwecken, sondern auch bedeckte Canäle oder Röhren (Drains) über fremde Grundstücke zu führen gegen Entschädigung gestattet. Die Ergänzung geschah durch das Gesetz vom 23. Januar 1846, welches ein Aufgebots- und Präclusionsverfahren (analog dem oben S. 295 bei Bewässerungen erwähnten) einführt, um dem Unternehmer einer Entwässerungsanlage Kenntniss zu verschaffen, ob und welche Widerspruchsrechte und Entschädigungsansprüche gegen sein Unternehmen stattfinden; ich lege diesem Verfahren keine practische Bedeutung bei.

Bisher war von den Zwangsrechten zum Zwecke der Entwässerung die Rede. Die Zwangsrechte sind aber auf die Bewässerung durch das Gesetz vom 28. Februar 1843 übertragen worden, freilich bloss, soweit es sich um Bewässerung aus Privatflüssen handelt; bei Bewässerung aus öffentlichen Flüssen besteht in der Gesetzgebung eine offenbare Lücke. Die Zwangsrechte finden nur statt, wenn das Bewässerungsunternehmen ein überwiegendes Landesculturinteresse für sich hat. Kraft Zwangsrechts kann verlangt werden: der zu den Wasserleitungen nöthige Boden, die Befugniss, ein Stau an das gegenüberliegende Ufer anzuschliessen, die Befugniss, ein fremdes Grundstück durch Rückstau zu überschwemmen oder zu versumpfen; Mühlenbesitzer müssen sich in Folge Zwangs-

[57]) Jetzt vor dem Kreisausschuss, Competenzgesetz v. 26. Juli 1875 §. 100 ff.

rechts eine Beschränkung ihres Wassernutzungsrechts, selbst wenn dasselbe auf einen speciellen Rechtstitel gestützt werden kann, ferner eine zweckmässige Einrichtung der Stauwerke, des Gerinnes und des Wasserrades (nicht aber des inneren Triebwerks) auf Kosten eines interessirten Antragstellers gefallen lassen. Ueberall findet Entschädigung statt, und zwar wird der ermittelte Betrag um 25% erhöht; auch kann der Grundeigenthümer, welcher Land abtritt, statt des ermittelten Geldbetrages, wo es nach den örtlichen Verhältnissen zulässig ist, aus dem Grundbesitz des Unternehmers eine Landabfindung fordern; endlich kann bei einer Wasserleitung der Grundeigenthümer, welcher Land abtritt, sich an der Anlage und Benutzung der Wasserleitung gegen verhältnissmässige Uebernahme der Kosten betheiligen. Die Gewährung der Zwangsrechte geschieht vor einer sog. Vermittlungscommission, deren Mitglieder von der Kreisversammlung erwählt werden[58]); die Feststellung der Entschädigung geschieht durch drei von der Regierung[59]) ernannte Taxatoren. Gegen den Beschluss der ersteren findet der Recurs an's Ministerium[60]), gegen den der letzteren an eine richterliche Behörde (das Revisionscollegium) statt. Die Zwangsrechte stehen auch einem Nichtuferbesitzer zu, falls sein Grundstück an das des Uferbesitzers unmittelbar angrenzt, und dieser ihm sein Wassernutzungsrecht abtritt; auf diese Weise kann auch ein Nichtuferbesitzer zur Benutzung des Flusswassers gelangen.

II. Die Unterhaltung. Die Unterhaltung der Gewässer begreift theils die Räumung (Auskrautung) des Betts behufs Herstellung eines ordentlichen Wasserlaufs, theils die Befestigung der Ufer, um das Land vor Abbruch und Abspülung zu schützen. In beiderlei Hinsicht kennt das R. R. keine Pflichten, es schützt bloss denjenigen, welcher unter-

[58]) Jetzt vom Kreisausschuss, Competenzgesetz v. 26. Juli 1876 §. 110.

[59]) Jetzt vom Kreisausschuss, Competenzgesetz §. 112.

[60]) Jetzt an die Verwaltungsgerichte, Competenzgesetz §. 111.

halten will und darin von einem Dritten gestört wird. Erst die modernen Rechte haben die Unterhaltungspflicht eingeführt.

1. Räumung. An schiffbaren Strömen liegt sie, soweit es die Schifffahrtsinteressen verlangen (aber nicht weiter), dem Staat ob (ALR. II, 15 §. 79). Bei Privatflüssen schrieb das ALR. die Räumung nur bei den künstlich angelegten (Canälen und Gräben) vor; sie lag dem Eigenthümer, resp. dem Servitutberechtigten ob (ALR. I, 8 §§. 99. 100. 103—116). Provincialrechte legten häufig bei Privatflüssen den Uferanliegern die Räumungspflicht auf, und daher erklärte der §. 10 des Vorfluthsgesetzes v. 15. Novbr. 1811 die Polizeibehörden für befugt, die Verpflichteten zur Räumung anzuhalten. Der §. 7 des G. v. 28. Febr. 1843 macht nun die Räumungspflicht der Adjacenten zum allgemeinen Gesetz, ausser wo nach Provincialgesetzen, Localstatuten oder speciellen Rechtstiteln ein Anderer die Räumungspflicht bereits trägt; er bestätigt die Befugniss der Polizeibehörden, den Pflichtigen zur Räumung anzuhalten, und ermächtigt sie dort, wo über die Verpflichtung Streit unter den Betheiligten entsteht, ein Interimisticum unter Vorbehalt der richterlichen Entscheidung anzuordnen. Die wirksame Durchführung dieser Vorschriften ward durch §. 73 der Feldpolizeiordnung vom 1. Novbr. 1873 befördert, nach welchem besondere locale Ordnungen (sog. Schauordnungen) wegen der Räumung und Instandhaltung erlassen, Schaurichter bestellt und den letzteren Aufsichts- und Strafbefugnisse beigelegt werden können.

2. Uferbefestigung. Bei öffentlichen Flüssen müssen die Ufereigenthümer die ordinären Uferbefestigungen unterhalten[61]); eine Anlegungspflicht besteht nicht. Bei Privatflüssen besteht auch nicht einmal die Unterhaltungspflicht, ausser bei Canälen und Gräben, welche die Vorfluth ermög-

---

[61]) ALR. II, 15 §. 63. Dieser §. ist zwar im Deichgesetz vom 28. Januar 1843 aufgehoben worden, aber wie das Obertribunal (Entscheid. 33, 147) ausführt, bloss insoweit, als er die Deiche betraf.

lichen (ALR. I, 8 §. 100 ff.); das Recht des Ufereigenthümers zur Befestigung besteht selbst in dem Falle, dass dadurch auf Kosten der Nachbarn Anspülungen befördert werden (ALR. I, 9 §§. 239. 240). Dasselbe gilt für öffentliche Flüsse, nur ist, wenn die Nachbarn widersprechen, staatliche Genehmigung erforderlich (ALR. I, 9 §. 241).

IV. §. 6. Das Französische Recht.

Auf den ersten Anblick hat der Code Napoléon eine Zweitheilung der Wasserläufe; der Art. 538 nämlich handelt von den fleuves et rivières navigables ou flottables, der Art. 644 von eau courante, autre que celle de l'art. 538. Sieht man jedoch genauer hin, so kennt der Code noch eine dritte Art: les fossés (Art. 666 ff.), und die Französische Praxis hat gerade diese dritte Art erweitert [62]), indem sie dahin auch alle ruisseaux (also die kleinen natürlichen Flüsse) rechnet, welche sich von den nicht schiff- noch flossbaren Wasserläufen durch ihre geringe Länge oder Breite oder durch ihren nicht perennirenden Charakter unterscheiden. Alle drei unterstehen der Polizeigewalt des Staats; dies gilt auch von der dritten Art, da nach mehreren Gesetzen [63]) die Behörden über die öffentliche Gesundheit und Sicherheit zu wachen haben; im Uebrigen gehört die dritte Art rein dem Privatrecht an, sie steht im vollen Eigenthum des Grundeigenthümers resp. der Anlieger. Im Nachstehenden wird sie daher übergangen werden; ich hebe nur hervor, dass die Französische Praxis offenbar hier den Römischen Begriff der rivi reproducirt hat.

I. Die schiff- oder flössbaren Wasserläufe (nicht bloss die schiffbaren Wasserläufe, wie im Altpreussischen Recht) werden als zum Staatseigenthum gehörig betrachtet (sont con-

---

[62]) Ducrocq, cours de droit administratif, 4me édition §. 816 (tome 2 p. 120).

[63]) S. dieselben bei Ducrocq §. 818.

sidérés comme des dépendances du domain public). Hier tritt demnach dieselbe rechtliche Behandlung wie im Preussischen Landrecht ein, und es zeigt sich dies namentlich in folgenden zwei Rechtssätzen:

1. Nach der Directorialverordnung[64]) v. 19. Ventose VI. Art. 9 dürfen Brücken, Schleusen, Fabriken, Fangdämme, Mühlen, Dämme, oder irgend ein anderes Hinderniss für den freien Ablauf des Wassers nur mit Erlaubniss der Departementalverwaltung errichtet werden; diese Ermächtigung darf nur mit Erlaubniss der obersten Staatsbehörde (damals das Directorium) ertheilt werden, ausser bei bloss vorübergehenden, ein Jahr lang dauernden Unternehmungen[65]). (Vgl. auch die Ordonnance v. 1669 sur le fait des eaux et forêts Tit. 27 Art. 41 ff.[66].) Das Gleiche gilt nach Art. 10 von Ableitungen von Wasser aus schiff- und flössbaren Flüssen; doch besteht hier insofern eine Abweichung, als eine Wasserentnahme, welche die Wasserhaltung nicht merklich beeinflusst[67]), von den Präfecten (nicht von der obersten Staatsbehörde) gestattet werden darf. Hervorzuheben ist, dass für die Ermächtigung (Concession) eine dem Werth der Triebkraft entsprechende Abgabe an den Staat ausbedungen werden kann (G. v. 16. Juli 1840 Art. 8), sowie dass sie nie ein festes Recht begründet (wegen der Domanialeigenschaft der schiff- und flössbaren Wasserläufe) und deshalb im öffentlichen Interesse jederzeit ohne Entschädigung widerrufen, abgeändert, eingeschränkt werden kann.

2. Die Räumung (curage) der schiff- oder flössbaren

---

[64]) Abgedr. bei Bormann u. v. Daniels, Handb. der in der Rheinprovinz geltenden Gesetze aus der Zeit der Fremdh. 3, 650 ff.

[65]) Die Ausnahme steht im Decret v. 13. Apr. 1861 Art. 8 (s. u. N. 67).

[66]) Bei Bormann u. v. Daniels 1, 70.

[67]) Diese Bedingung beruht auf dem Decret vom 13. April 1861 Art. 8, abgedr. in der Denkschrift, betr. die Möglichkeit einiger Verbesserungen der in Elsass-Lothringen bestehenden Gesetzgebung hinsichtlich der Unterhaltung der Wasserläufe, der Deichungen und der Ent- und Bewässerungsanlagen. Strassburg 1873 S. 56 (Später citirt: Els. Denkschr.)

Flüsse ist Pflicht des Staats (Privatpersonen können nur dann, wenn sie durch ihre Etablissements die Räumung nöthig machen, zur Theilnahme herangezogen werden). Es ist dies zwar in keinem Gesetz ausgesprochen, allein die Französische Jurisprudenz folgert es aus der Domanialqualität der schiff- und flössbaren Flüsse [68]).

II. Für die nicht schiff- noch flössbaren (grösseren) Wasserläufe [69]) trifft der Code Napoléon Art. 644. 645 drei Bestimmungen:

1. Der Uferanlieger kann sich des Wassers zur Bewässerung seiner Grundstücke bedienen (d. h. nicht bloss Wasser mit Gefässen schöpfen, sondern auch eine Wasserhebungsmaschine anlegen).

2. Durchschneidet der Fluss ein Grundstück, so kann der Grundeigenthümer auch das Wasser ableiten oder den Lauf verlegen (peut même user de l'eau dans l'intervalle qu'elle y parcourt [70]), er ist jedoch verpflichtet, das Wasser da, wo der Fluss das Grundstück verlässt, seinem gewöhnlichen Lauf wieder zu überlassen.

3. Streitigkeiten unter den Grundeigenthümern über die Benutzung des Wassers werden von den Gerichten entschieden; dieselben haben dabei das Interesse des Ackerbaus mit der dem Eigenthum schuldigen Achtung in Uebereinstimmung zu bringen und auf alle Fälle die besonderen und localen Verordnungen zu beobachten.

Wenige Bemerkungen mögen als Commentar verstattet sein.

Der Code Napoléon ist weit entfernt, alle Nutzungen des Wasserlaufs den Uferanliegern zu gewähren; er giebt ihnen bloss die Befugniss der Bewässerung in beschränktem oder

---

[68]) Ducrocq §. 822, Els. Denkschr. §. 11 Ziffer 2.

[69]) Ueber die Natur derselben besteht in der Französischen Jurisprudenz viel Streit (Ducrocq §. 832); der Cassationshof und der Staatsrath sehen Bett und Wasser als res nullius an.

[70]) Ueber diese dunklen Worte vgl. Zachariä, Franz. Civilrecht 5. Ausg. §. 237.

vollem Umfange; er versagt ihnen hingegen stillschweigend die Benutzung des Wassers zu industriellen Zwecken, sei es als Triebkraft, sei es durch Entnahme behufs Verwendung bei der Fabrikation, sei es behufs Fortführung von Stoffen (namentlich von verunreinigenden Stoffen). Die Folge davon ist, dass für Triebwerke und sonstige gewerbliche Anlagen stets eine Concession nöthig ist; dieselbe wird vom Präfecten [71]) und zwar unentgeltlich [72]) ertheilt; sie begründet ein festes Recht, und deshalb haben die Eigenthümer einen Anspruch auf Entschädigung, falls ihre Anlagen im Enteignungswege oder durch Zurückziehung der Concession beseitigt werden müssen. Um diesen Entschädigungsanspruch zu beseitigen, wurde es Sitte, in allen Concessionen einen Vorbehalt der Nichtentschädigung hinzuzufügen, falls die Beseitigung pour l'execution des travaux dont l'utilité publique aura été legalement reconnue nöthig werden sollte, d. h. nicht bloss aus Gründen des öffentlichen Wohls, sondern auch zum Besten genossenschaftlicher Culturunternehmungen (z. B. Wiesenbewässerungen im grossen Styl). Mehrere Staatsrathsbeschlüsse haben jedoch den Vorbehalt nur pour l'execution des travaux publics qui seraient necessaires pour la police ou la repartition des eaux für giltig erklärt [73]).

Sehr bedeutsam ist die Vorschrift des Code, wonach bei Streitigkeiten unter den Grundeigenthümern die Gerichte eine vermittelnde Entscheidung zu treffen haben. Es ist zwar nicht zu leugnen, dass diese Vorschrift an grosser Unbestimmtheit leidet; sie stabilirt (fast möchte ich sagen) richterliche Willkür: denn was anders heisst die Versöhnung der Interessen des Ackerbaus und der dem Eigenthum schuldigen Achtung? Nichtsdestoweniger kann ich jener Vorschrift das Zeugniss nicht versagen, dass sie geeignet ist, Ordnung zu schaffen,

[71]) Decret v. 13. April 1861 Art. 8.

[72]) Ducrocq §. 827.

[73]) Vgl. das Nähere bei Ducrocq §. 828. Die Behauptung der Els. Denkschrift S. 21 Ziffer 5 ist ungenau.

feste Rechtsverhältnisse zu begründen und den Frieden unter Nachbarn herzustellen. Ich habe bei Darstellung des Altpreussischen Rechts mehrmals darauf aufmerksam gemacht, wie wenig gesichert bei Privatflüssen irgend welche Wassernutzungsunternehmungen sind; dem Altpreussischen Recht fehlt jede desfallsige Vorschrift, und der Verkehr leidet schwer darunter. Die Weisheit des Französischen Gesetzgebers verdient alle Anerkennung. Man hat später die Vorschrift des Code in einem analogen Fall modificirt. Wenn nämlich das Wasser zwischen Gewerbe und Ackerbau zu vertheilen ist, so soll dies der Präfect thun, und zwar im Anschluss an ältere Verordnungen oder Ortsgewohnheiten[74]).

Da, wie oben dargestellt, nach Französischem Recht der Uferanlieger nicht das volle Nutzungsrecht am Privatfluss hat, so konnte auch nicht ihm ausschliesslich die Räumungspflicht (wie im Altpreussischen Recht) auferlegt werden. Der Rechtszustand ist hier folgender. Die Räumungspflicht (curage) besteht bei allen natürlichen Wasserläufen als öffentliche Pflicht[75]), d. h. sie kann von Amtswegen erzwungen werden[76]); der Präfect bestimmt das Mass und die Art der Räumung, er kann die Verpflichteten direct anhalten, er kann aber auch die Räumungsarbeiten auf ihre Kosten durch Dritte ausführen lassen, er kann endlich die Verpflichteten zu einer Zwangsgenossenschaft vereinigen[77]). Die Räumungspflicht liegt nach dem Gesetz vom 14. Floreal aus dem Jahre 11 Art. 2[78]) allen Interessirten ob, und zwar nach Verhältniss ihres Interesses, so dass also nicht bloss die Eigenthümer von

---

[74]) Decret v. 13. April 1861 Art. 8 Nr. 7.

[75]) Ducrocq §. 822.

[76]) Anders bei Gräben; hier gilt der Art. 669 des Code; d. h. sind sie gemeinschaftlich, so hat jeder Miteigenthümer die Hälfte der Kosten zu tragen; stehen sie im Alleineigenthum, so besteht überhaupt keine Räumungspflicht.

[77]) Ducrocq §. 824.

[78]) Abgedr. in der Els. Denkschr. S. 39 f.

Wassernutzungsanlagen oder von drainirten Grundstücken [79]), sondern auch die Communen mit Rücksicht auf den Gewinn, den die Gesundheitsverhältnisse der Einwohnerschaft aus der Fortschaffung von Unreinlichkeiten ziehen, daran zu tragen haben. In Kraft bleiben jedoch ältere Ordnungen und locale Gewohnheiten, wonach die Räumungspflicht anders bestimmt wird, z. B. nach äusseren Merkmalen wie die Uferlänge oder soweit der Rückstau eines Triebwerks reicht, oder bloss die Eigenthümer von Wassernutzungsanlagen [80]).

Noch ist von den Zwangsrechten und der Uferbefestigung zu handeln.

1. Zwangsrechte. Vor Erlass des Code Napoléon waren nur zwei Gesetze ergangen, welche zum Zweck der Beförderung von Culturmassregeln Zwangsrechte einführten; das Gesetz vom 26. December 1790 — 5. Januar 1791 [81]) nämlich ordnete die Ableitung alles culturschädlichen Wassers ohne Rücksicht auf die Wünsche oder die wirthschaftlichen Zwecke der Eigenthümer als unbedingte Pflicht an und stellte die Ausführung solcher Entwässerungen unter staatliche Leitung; das Gesetz vom 11. September 1792 [82]) verordnet, dass Teiche, welche durch ihre Stagnation Seuchen unter Menschen oder Thieren veranlassen, oder welche durch ihre Lage Ueberfluthungen ausgesetzt sind, wodurch die unterhalb liegenden Grundstücke überschwemmt werden, von der Departementalverwaltung auf Antrag des Gemeinderaths beseitigt werden können. Der Code Napoléon enthält nichts über die Materie; er giebt im Art. 690 ganz dieselben Vorschriften, welche das Röm. Recht über die Act. aquae pl. arc. aufgestellt hat. Das

---

[79]) G. v. 17. Juli 1856 Art. 9 in der Els. Denkschr. S. 54.

[80]) Ducrocq §. 823. Els. Denkschr. S. 11.

[81]) Abgedr. bei Bormann u. v. Daniels 1, 471—475.

[82]) Abgedr. bei Bormann u. v. Daniels 2, 274 und in der Els. Denkschrift S. 37. Eine (wie es scheint) Ausführungsverordnung zu diesem äusserst kurz gefassten Gesetze enthält das Decret v. 4. December 1793, abgedr. bei Bormann u. v. Daniels 2, 513. 514.

Gesetz vom 16. September 1807[83]) unterwirft die Sümpfe besonderen Regeln; der Staat kann ihre Austrocknung anordnen, wo er dies für nothwendig oder nützlich hält. Die Austrocknung wird entweder vom Staat selbst oder von einem vom Staat concessionirten Unternehmer bewerkstelligt; sind die Eigenthümer zur Entwässerung bereit, so erhalten sie die Concession, anderenfalls derjenige, welcher das vortheilhafteste Anerbieten macht. Der Betrag des durch die Austrocknung entstandenen Mehrwerths wird zwischen den Eigenthümern und dem Unternehmer in der im Concessionsact bestimmten Weise vertheilt. Wird jedoch die Austrocknung durch den Staat selbst vorgenommen, so sind ihm seine Auslagen zurückzuerstatten. Die Eigenthümer können sich von allen ihrerseits zu leistenden Rückvergütigungen dadurch befreien, dass sie einen verhältnissmässigen Theil des Bodens abtreten; wollen sie dies nicht, so müssen sie eine vierprocentige Rente bestellen, welche zum 25fachen Betrage ablösbar ist. Behufs Ausführung der Austrocknung können gegen Entschädigung Mühlen und andere Triebwerke beseitigt, verlegt, geändert, in ihrer Stauhöhe herabgesetzt, ferner Grundstücke expropriirt werden. — Welch einen gewaltigen Eingriff in das Eigenthum durch die Staatsgewalt das Gesetz enthält, liegt auf der Hand; es scheint, dass man deshalb nicht viel Anwendung davon machte; hieraus dürfte es zu erklären sein, dass ein Gesetz vom 28. Juli 1860[84]) ungefähr dieselben Bestimmungen für die den Gemeinden gehörigen Sümpfe trifft; die den Privatpersonen gehörigen Sümpfe bleiben demnach von aller staatlichen Einwirkung frei. Die Hauptabweichung dieses Gesetzes von dem

---

[83]) Abgedr. bei Bormann u. v. Daniels 5, 288—299 und in der Els. Denkschr. S. 41—51. Im Art. 59 dieses Gesetzes werden ältere widersprechende Gesetze aufgehoben; darunter fällt auch das G. v. 26. December 1790 — 5. Januar 1791; mit Unrecht betrachtet dasselbe Nieberding (Wasserrecht S. 14. 93) als noch giltig; die Els. Denkschr. führt es gar nicht mehr auf.

[84]) Abgedr. in der Els. Denkschr. S. 55. 56.

älteren besteht darin, dass die Gemeinde binnen Jahresfrist nach Vollendung der Arbeit erklären kann, dass sie an Stelle der Kostenerstattung dem Staat die Hälfte des urbar gemachten Landes überlassen wolle.

Nach der bisherigen Darstellung kommen die Zwangsrechte nur bei staatlichen Unternehmungen vor; die neuere Französische Gesetzgebung räumte sie auch Privaten ein:

a. Zum Zweck der Be- und Entwässerung gewährt das Gesetz vom 29. April 1845[85]) den Privaten das Recht, über fremde Grundstücke Wasser zu- und abzuleiten; alle Streitigkeiten hieraus (also nicht bloss über die Entschädigung, sondern auch über die Bestimmung, Richtung, Ausdehnung des Wasserlaufs) gehören vor die Gerichte, welche bei ihrem Ausspruche das Interesse des Unternehmens mit der dem Eigenthümer schuldigen Achtung zu vereinigen haben. Häuser und ihre Höfe, Gärten, Parke und Einfriedigungen sind ausgenommen. Das Vorhandensein eines überwiegenden Landesculturinteresses wird nicht (wie im Altpreussischen Recht) verlangt.

b. Zum Zweck der Bewässerung führt das Gesetz vom 11. Juli 1847[86]) das Zwangsrecht ein, die nöthig werdenden Stau-Anlagen an das entgegengesetzte Ufer anzuschliessen; ausgenommen sind Gebäude und die mit Wohnungen zusammenhängenden Höfe und Gärten. Entschädigung ist zu leisten, ausser wenn der gegenüberliegende Grundeigenthümer den gemeinsamen Gebrauch des Wehrs beansprucht. Alle Streitigkeiten gehören vor die Gerichte, und zwar in Form des summarischen Processes.

c. Zum Zweck der Drainirung führt das Gesetz vom 10. Juni 1854[87]) das Zwangsrecht ein, über fremde Grundstücke das Wasser nicht bloss zu Tage, sondern auch unterirdisch abzuführen. Häuser und die mit Wohnungen zusam-

---

[85]) Abgedr. in der Els. Denkschr. S. 51.

[86]) Abgedr. in der Els. Denkschr. S. 52.

[87]) Abgedr. in der Els. Denkschr. S. 52. 53.

menhängenden Höfe, Gärten, Parke, Einfriedigungen sind ausgenommen. Die Eigenthümer der benachbarten oder durchschnittenen Grundstücke können sich der Drainage gegen verhältnissmässige Tragung der Kosten anschliessen. Alle Streitigkeiten werden in erster Instanz vom Friedensrichter entschieden. Drainage-Unternehmungen können für gemeinnützig erklärt werden, dann findet für die Entschädigungen ein kurzes Verfahren statt.

Mittels dieser Zwangsrechte kann bei schiff- oder flössbaren Flüssen unbedingt auch ein Nichtuferbesitzer das Recht der Wasserentnahme erlangen; denn auf dieses Wasser hat Niemand ein Recht, es wird stets erst durch eine Concession erworben. Bei nicht schiff- noch flössbaren Flüssen ist es in der Französischen Jurisprudenz streitig wegen des im Code Art. 644 anerkannten Rechts der Uferbesitzer [88]).

2. Die Uferbefestigung scheint im Französischen Recht ganz übergangen zu sein, wenigstens habe ich darüber nichts gefunden.

V. §. 7. Das Baierische Recht.

Die Baierische Gesetzgebung gehört dem Jahre 1852 an; damals erging ein Gesetz über die Benützung des Wassers, ein anderes über die Bewässerungs- und Entwässerungsunternehmungen zum Zweck der Bodencultur und ein drittes über den Uferschutz und den Schutz gegen Ueberschwemmungen. Da sie alle drei vom 28. Mai sind, so werde ich sie nachstehend als erstes, zweites und drittes Gesetz citiren.

Die Wasserläufe [89]) zerfallen nach dem ersten Gesetze in öffentliche Flüsse und in Privatflüsse, allein von den letzteren werden (in Art. 33 des ersten Gesetzes) die Abflüsse des auf

---

[88]) Vgl. Ducrocq §. 830. Els. Denkschr. S. 18 Nr. 6.

[89]) Die drei Gesetze beziehen sich übrigens auch auf stehende Gewässer. — Den Pözl'schen Commentar habe ich leider nicht erlangen können.

einem Grundstück entspringenden oder sich sammelnden Wassers, solange sie auf dem Grundstück noch fliessen, sowie die künstlich angelegten Wasserleitungen und Canäle unterschieden und zum Privateigenthum des Grundbesitzers gerechnet. Sonach bezieht sich die Eintheilung der öffentlichen und Privatflüsse bloss auf die natürlichen Wasserläufe, und zwar sind öffentlich (wie im Franz. Recht) die schiff- oder flössbaren (Art. 2 des ersten G.), privat alle anderen (Art. 39).

Die öffentlichen Flüsse bilden ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut; ihre Benützung geschieht (kleine Abweichungen ungerechnet, die ich lieber übergehe) ganz nach denselben Grundsätzen wie im Preuss. Landrecht: d. h. neben einem gewissen Gemeingebrauch finden kraft Erlaubniss iura singulorum statt, welche letzteren nur im Wege der Concession gewonnen werden können, d. h. nur gegen Entschädigung (erstes G. Art. 9—14. 17. 73—76). — Die Privatflüsse werden als Zubehör der Ufergrundstücke angesehen, die Eigenthümer der letzteren zugleich für Eigenthümer der ersteren erklärt, aber dieser Grundsatz erleidet sehr bedeutende Modificationen, welche den Unterschied zwischen diesen Wasserläufen und den übrigen im Eigenthum stehenden begründen; nämlich:

a. Es findet ein gewisser Gemeingebrauch statt (Baden, Waschen, Schöpfen, Tränken). Art. 53 des ersten G.

b. Der Ufereigenthümer darf das Wasser nur mit Rücksicht auf die Rechte der übrigen Ufereigenthümer und der sonstigen Wasserberechtigten benützen (Art. 39 des ersten G.), und daher muss er bei Ableitungen dem Wasser den Abfluss in das ursprüngliche Bett des Flusses geben, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstücks berührt (Art. 54. 60); auch muss der Besitzer von Mühlen, Triebwerken und anderen Stauvorrichtungen die Mühlgräben, Wasserheerde, Gerinne und

[90]) Dieser Art. hebt noch als „Beschränkung" hervor, dass der Ufereigenthümer keinen Rückstau auf fremde Grundstücke veranlassen darf; dies ist jedoch keine Beschränkung des Nutzungsrechts.

sonstigen Einrichtungen in solchem Zustand erhalten, dass keine nutzlose Verschwendung des Wassers eintritt (Art. 64). Endlich treffen die Art. 59. 60 besondere Bestimmungen über die Vertheilung des Wassers unter mehrere Berechtigte bei Verminderung des Wassers. Es entscheiden zunächst Localverordnungen, Herkommen, besondere Rechtstitel und Verjährung, — über welche alle die Gerichte zu sprechen haben; in Ermangelung derselben hat die Verwaltungsbehörde definitive und provisorische Anordnungen zu treffen. Es verdient diese Bestimmung in demselben Masse Lob, in welchem ich es oben der ähnlichen des code Napoléon gezollt habe; nur sehe ich nicht ein, weshalb das Einschreiten der Behörden bloss bei Verminderung des Wassers eintreten solle, und nicht überhaupt bei jedem zu den Bedürfnissen aller Berechtigten nicht zureichenden Wasserstande, gleichviel ob das Nichtzureichen in einer Verminderung des Wasserstandes oder in einer von Anfang an nicht genügend vorhandenen Wassermasse seinen Grund hat. Das Gesetz selbst hat in einem Specialfall nach diesem weiteren Gesichtspunkt Bestimmung getroffen; es sollen nämlich nach Art. 63, wenn durch zeitweise Benützung des einem Triebwerksbesitzer zugehörigen Wassers benachbarten Grundstücken ein bedeutender Vortheil verschafft werden kann, ohne dass dadurch für den Gewerbebetrieb des Berechtigten ein bedeutender Nachtheil erwächst, auf Anrufen der Grundeigenthümer die Zeiten und Wassermengen für die Benutzung der letzteren festgesetzt werden.

c. In einer Reihe von Fällen bedürfen dauernde Anlagen (namentlich Stauvorrichtungen) der Genehmigung der Verwaltungsbehörde (Art. 61. 73); dieselbe wird in den meisten Fällen erst nach einer öffentlichen Bekanntmachung und Verhandlung mit etwaigen Widersprechenden ertheilt. Die Verwaltungsbehörde hat nur die öffentlichen Interessen zu prüfen; wegen der geltendgemachten „Privatrechtsverhältnisse“, zu denen doch offenbar auch das „Eigenthum“ der Wider-

sprechenden am Privatfluss gehört, hat sie nur die Güte zu versuchen, und wenn der Versuch vergeblich ausfällt, die Genehmigung ohne Rücksicht auf die geltendgemachten Einwendungen auszusprechen, und die Entscheidung der letzteren dem Richter zu überlassen; diejenigen, welche im Verfahren keine Einwendung erhoben haben, werden präcludirt. Diese Vorschriften sind ebensowenig sachgemäss, wie die des Preussischen Gesetzes v. 1843, von denen oben S. 295 die Rede war; denn auch hier lernt der Unternehmer im Verfahren bloss die Widersprechenden kennen. Zwar hat das Bairische Gesetz das Fehlende an einem anderen Orte zu ergänzen gesucht; der Art. 62 nämlich giebt dem Unternehmer unter gewissen Bedingungen und gegen Entschädigung ein Expropriationsrecht auf fremdes Wasser; das Gesetz will dadurch den Unternehmer in die Lage setzen, sich diejenige Sicherheit zu verschaffen, welche zum Bestande seines Unternehmens erforderlich ist. Das Expropriationsrecht setzt jedoch voraus, dass das Unternehmen des Exproprianten einen bedeutenden, unzweifelhaften Nutzen für die Landescultur oder die Industrie verspricht, sowie dass der Wassernutzungsberechtigte nicht innerhalb eines Jahres nach einer von der Verwaltungsbehörde an ihn erlassenen Aufforderung das Wasser selbst nutzbar verwendet, resp. entschuldigende Gründe für die Nichtverwendung anführt. Man sieht: die erste Bedingung ist eine so schwer wiegende, dass ihr nur in seltenen Fällen wird genügt werden können, und auch nach Bairischem Recht getraue ich mir nicht zu behaupten, dass ein Unternehmen gesicherten Bestand habe.

d. Die Benützung des Flusswassers zu Gerbereien, chemischen Fabriken, Bleichen, Flachs- und Hanfröten unterliegt der Bewilligung und Beschränkung der Verwaltungsbehörde, vorbehaltlich der Entschädigungsansprüche Dritter (Art. 58), wie denn überhaupt nach Art. 52 im öffentlichen Interesse der Gebrauch der Privatflüsse von den Verwaltungsbehörden zu überwachen ist.

Von Zwangsrechten kennt das erste Bairische Gesetz (abgesehen von dem unter c erwähnten) nur zwei: den Anschluss eines Stauwerks an's gegenüberliegende Ufer (Art. 86) und die Zuleitung und Ableitung des Wassers über fremde Grundstücke (Art. 89)[91]). Beides ist nur zulässig im Interesse der Bodencultur (Be- und Entwässerung), nicht auch im Interesse der Industrie; bei dem zweiten wird sogar ein „wesentlicher" landwirthschaftlicher Nutzen und eine geringe Benachtheiligung des Besitzers des in Anspruch genommenen Grundstücks vorausgesetzt. Es verdient hervorgehoben zu werden, dass diese Zwangsrechte nicht bloss zum Zweck der Benützung der Privatflüsse, sondern auch der öffentlichen stattfinden.

Was die Unterhaltung der Flüsse betrifft, so ist hier wie sonst die Räumung und die Uferbefestigung zu unterscheiden.

Ueber die Räumung von öffentlichen Flüssen bestimmt das dritte Gesetz, dass alle Vorrichtungen und Arbeiten, welche zur Beförderung der Schiff- oder Flossfahrt und zur Beseitigung der Hindernisse derselben nothwendig werden, eine allgemeine Staatslast seien (Art. 11); darüber hinaus besteht keine Verpflichtung weder für den Staat noch für Private. Bei Privatflüssen ist die Reinigung, Erhaltung und Wiederherstellung des Bettes, wo nicht durch Localverordnungen, Herkommen, besondere Rechtstitel oder Verjährung ein Anderes festgesetzt ist, eine gemeinschaftliche Last der Ufereigenthümer und der Triebwerks- und Wasserleitungenbesitzer; die Besitzer von Triebwerken und Stauvorrichtungen haben in der Regel zu reinigen, soweit der Aufstau reicht. Die Verwaltungsbehörde kann die Verpflichteten zur Erfüllung anhalten, und im Fall der Saumseligkeit der Verpflichteten auf deren Kosten die Arbeiten ausführen lassen. Sie vertheilt auch die Arbeiten unter die einzelnen Verpflichteten (Art. 47. 49 des ersten G.)

[91]) Nach einer authentischen Erklärung (G. v. 15. April 1875) begreift dieser Artikel auch die Drainage durch fremde Grundstücke.

Dem Uferschutz ist das ganze dritte Gesetz gewidmet. An öffentlichen Flüssen bildet der Uferschutz eine Kreislast (Art. 2 ff.); der Kreis hat zu diesem Zwecke das Expropriationsrecht (Art. 9); die Staatsbaubehörde nimmt alljährlich eine allgemeine Uferbesichtigung vor. An Privatgewässern ist der Uferschutz Sache der betheiligten Eigenthümer (Art. 13); die desfallsigen Arbeiten bedürfen der polizeilichen Genehmigung (Art. 20—22).

(Schluss folgt.)

Literarische Anzeigen.

Emilio Brusa, l'ultimo progetto di Codice Penale Olandese, traduzione illustrata e studi. Bologna 1878. CLXXXIV, 221 S.

Auf keinem Gebiete der Rechtswissenschaft hat die vergleichende Forschung in neuerer Zeit eine solche Ausdehnung und Anerkennung gefunden, wie auf dem des Strafrechts, und zwar bei uns Deutschen sowohl als bei auswärtigen Nationen, insbesondere bei den Italienern. Die vielfache Uebereinstimmung, der einheitliche Grundcharakter der modernen Strafgesetzgebungen — bei aller Verschiedenheit in einzelnen Bestimmungen — ist theils Ursache, theils aber auch die Wirkung hiervon. Ja die vergleichende Methode wird hier zumeist gerade in der Absicht und zu dem Zwecke angewandt, um hierdurch eine Uebereinstimmung, eine möglichste Gleichheit der verschiedenen nationalen Gesetze, ein gemeinsames internationales Strafrecht für alle heutigen Kulturvölker herbeizuführen. Die Strafgesetzgebung der einzelnen Staaten selbst ist von diesem Streben beherrscht; bei Ausarbeitung der Strafgesetze zieht man in möglichst grossem Umfange das ausländische Recht heran, um demselben diejenigen Bestimmungen und Einrichtungen zu entnehmen und in das einheimische Recht zu übertragen, welche den Gesetzgebern gerade als die passendsten und nützlichsten erscheinen. Ist diese Art der Strafgesetzgebung erst von mehreren Staaten vice versa gehandhabt worden, so kann es in der That nicht mehr grosse Schwierigkeiten verursachen, an Stelle dieser, nur noch äusserlich nationalen Gesetzbücher ein gemeinsames

internationales Strafgesetzbuch zu setzen. Ob hiermit den Rechtsbedürfnissen je der einzelnen Nationen wirklich Genüge geschehe, ist allerdings eine andere, hier nicht zu erörternde Frage. An dieser Stelle sollte nur darauf hingewiesen werden, wie die heutige komparative Strafrechtswissenschaft wesentlich im Dienste einer zur Unifikation strebenden Gesetzgebungspolitik steht.

Eine andere Aufgabe vergleichender Forschung, welche sich mehr auf die Lex lata als auf die Lex ferenda bezieht, hat sich dagegen durchaus nicht der gleichen Beachtung seitens der heutigen Strafrechtswissenschaft zu erfreuen; ich meine die Aufgabe, auf komparativem Wege den Ursprung und die wahre, innere Natur der bestehenden Rechtsinstitute, in ihren übereinstimmenden wie in ihren divergirenden Bestandtheilen, nachzuweisen; nachzuweisen die Gemeinsamkeit der Wurzeln, den Zusammenhang des Werdens der verschiedenen bestehenden Rechte, um hierdurch das eine tauglich zu machen zur Aufhellung des andern: Rechtsvergleichung, nicht um ein Recht so oder so zu machen, sondern Rechtsvergleichung, um die Erkenntniss des gewordenen Rechts in seiner Totalität zu fördern. Für jene ist die Rechtseinheit Zweck und Ziel des Strebens; für diese ist sie der historische Ausgangspunkt, der Entwickelungskeim, in welchem alle Mannigfaltigkeit des bestehenden Rechts seine Wurzel hat.

Dem Eifer für vergleichende Strafrechtswissenschaft verdankt auch vorliegendes Buch seine Entstehung. Nach dem Gesagten darf es nicht Wunder nehmen, dass dasselbe hierbei nur die erste der oben angedeuteten Richtungen verfolgt: Rechtsvergleichung im Dienste der Gesetzgebungspolitik.

Der Verfasser, bisher Professor des Strafrechts zu Modena, gegenwärtig in gleicher Stellung an der neu gegründeten Universität zu Amsterdam, hat sich bereits durch eine Reihe strafrechtlicher Arbeiten auch dem deutschen gelehrten Publikum bekannt zu machen gewusst. In vorliegendem Buche verfolgt er den Zweck, seine italienischen Landsleute mit dem neuesten Entwurf eines holländischen Strafgesetzbuchs, welcher in den Jahren 1870—1875 von einer durch kgl. Dekret zusammenberufenen Kommission nebst ausführlichen Motiven ausgearbeitet worden war, bekannt zu machen, und hierdurch insbesondere eine möglichst umfassende Berücksichtigung bezw. Benutzung dieses holl. Entwurfs bei der in der Entstehung begriffenen Strafgesetzgebung seines Heimathlandes zu bewirken: »nonostante la

grande varietà dei costumi sociali in rapporto ai delitti e alle punizioni«. Er hielt es zu diesem Ende für nothwendig, den Entwurf in seinem ganzen Umfang in die italienische Sprache zu übertragen; aus dieser Uebersetzung sowie aus kurzen, meist den offiziellen Motiven entnommenen und den einzelnen Artikeln beigefügten Erläuterungen besteht der eigentliche Text des Buches (S. 1—221). Dieser Uebersetzung hat aber der Verfasser eine sehr umfangreiche Vorrede vorausgeschickt, in welcher er sich zunächst über Plan und Zweck seines Werks, über die Entstehung des Entwurfs, über die Bedingungen eines guten Strafgesetzbuchs im allgemeinen, sowie deren Erfüllung im Entwurf insbesondere des weiteren — fast allzu weitläufig — ausspricht (S. VII—XXXV). Sodann ist in dieser Vorrede unter 72 einzelnen Nummern die Rede »di molte cose notevoli nel progetto« (S. XXXV—LXV): eine kurze Hervorhebung der wichtigsten und eigenthümlichsten Bestimmungen des Entwurfs, untermischt mit einzelnen kritischen Bemerkungen, deren manche bei näherem Eingehen sich wohl als nicht stichhaltig erweisen dürften (vgl. z. B. Nr. 36, 42, 43, 46, 51, 53). Endlich behandelt der Verfasser hier in 10 weiteren Abschnitten einige besondere Punkte in etwas ausführlicherer Darstellung: die im Entwurfe angenommene Zweitheilung der Delikte in Verbrechen (Misdrijven, reati giuridici, cioè lesivi di una legge superiore alla volontà del legislatore umano) und Uebertretungen (Overtredingen, trasgressioni ai divieti espressi ed esclusivi di questa volontà medesima), das System der Strafen und Strafsatzungen, die Zurechnungsfähigkeit, Versuch, Theilnahme, reale Konkurrenz, Rückfall, Privatklage, Duell, Ehebruch, welchen letzteren der holl. Entwurf aus der Reihe der strafbaren Handlungen streichen will (S. LXV—CLXXIX).

Der beschränkte Raum verbietet uns, auf alle diese Ausführungen des Verfassers näher einzugehen. Hervorgehoben sei zuvörderst nur, dass er sich allenthalben in den verschiedenen neueren Strafgesetzgebungen und Entwürfen wie auch in der deutschen Strafrechtslitteratur aufs beste bewandert zeigt; erstere werden vielfach zur Vergleichung herangezogen, insbesondere die neueren italienischen Entwürfe, in deren Kritik die Darstellung theilweise übergeht.

Bezüglich des erwähnten ersten Gegenstands dieser Erörterungen möchte Referent dem Zweifel Ausdruck geben, ob denn wirklich durch die genannte Zweitheilung aller Delikte, welche Verf.

gegenüber der herkömmlichen Dreitheilung als allein »realmente solida e scientifica« emporhebt, ein so fundamentaler Gegensatz begründet werde, dass hierdurch eine durchgreifende Verschiedenheit in der gesetzlichen Behandlung beider Deliktsarten nothwendig gemacht wird; ob nicht vielmehr auch die sog. Polizei- oder Gesetzesverbrechen eine wirkliche Rechtsverletzung darstellen, die Verletzung des über dem Willen des Gesetzgebers stehenden staatlichen Rechts, rechtlich bindende Anordnungen zu erlassen. Bei einer solchen Auffassung fiele jeder Grund hinweg, in den Polizeidelikten eine von den übrigen Verbrechen specifisch verschiedene Deliktsgattung zu sehen. Allerdings würden dann auch sie eine Art der Delikte für sich bilden, aber nicht anders, als dies bei den Tödtungs-, Eigenthums- und andern Delikten auch der Fall ist. — Auf einem Missverständniss, der Verwechselung von Erkenntniss und richtiger, sicherer Erkenntniss scheint es zu beruhen, wenn Verf. S. CVIII ff. die Priorität der Erkenntniss und des Bewusstseins vor dem aktiven Wollen leugnet, und dagegen umgekehrt die Erkenntniss zu einem Produkt des Willens macht. — Die Gründe, mit welchen Verf. S. CXXXIII ff. die von dem Entwurf aufgestellte bedingte Straflosigkeit des Herausgebers und Druckers strafbarer Presserzeugnisse zu rechtfertigen sucht, nehmen sich im Munde eines Juristen etwas sonderbar aus: andernfalls, meint nämlich Verf., wären diese Personen gezwungen »ad adoperare una rigorosa vigilanza su tutte le opere alla cui pubblicazione contribuiscono col loro intervento o sulla loro stamperia«; und das würde indirekt eine Vernichtung der Pressfreiheit zur Folge haben. Schliesst denn — so muss man fragen — die Pressfreiheit die Befugniss zu Rechtsverletzungen ein? — Wenn Verf. S. XCIV die von dem Entwurfe bei Landstreicherei und Bettelei als Nebenstrafe zugelassene Unterbringung in ein Arbeitshaus »come affatto originale« bezeichnet, so scheint er die Bestimmungen in §. 362 des D. R.St.G.B.'s übersehen zu haben.

Ueber den holl. Entwurf von 1875 selbst enthält sich Referent an dieser Stelle jeglichen Urtheils, schon aus dem Grunde, weil ihm der officielle Text desselben bis zur Stunde noch nicht zugekommen ist. Der Verfasser unseres Buches ist voll des Lobes und der Begeisterung für denselben; er bezeichnet ihn als »opera degna della sapienza legislativa degli antichi Romani«, als geeignet »a ricevere il battesimo di Codice da un sapiente legislatore«; der Entwurf gehört

ihm zu denjenigen, »che lasciano il meno possibile nella ragione dei desiderii.« In einigem Kontrast zu dieser Ueberschwänglichkeit steht, dass man in Holland selbst das Werk der Kommission von 1875 durchaus nicht mit günstigen Augen betrachtet, wie denn auch in den 3 Jahren seit seiner Vollendung noch kein Schritt daselbst geschehen ist, um den Entwurf zum Gesetz zu erheben[1]).

[1]) Vgl. O. Q. van Swinderen in Goltdammer's Archiv, Bd. XXV. S. 120—140. Eine im ganzen gleichfalls zustimmende, doch vorsichtigere Beurtheilung des holl. Entw. von deutscher Seite findet sich in dem Aufsatze Harburger's im Gerichtssaal, Bd. XXIX S. 215—232.

Heidelberg.

R. Löning.

Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart.

Soeben erschien und ist durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Entscheidungen des
Reichs-Oberhandelsgerichts

herausgegeben von den

Räthen des Gerichtshofes.

V. u. VI. Band.

Zweite, revidirte und durch Noten verstärkte Auflage.

Oktav. Preis per Band 6 Mark.

☛ Die Bände 7 und 8 werden in diesem Jahre gleichfalls in neuer Auflage erscheinen und kann sodann die Serie wieder vollständig bezogen werden.

Zeitschrift für das
Gesammte Handelsrecht.

Herausgegeben von

Dr. L. Goldschmidt,
Geh. Justizrath, ord. Professor der Rechte in Berlin,

Dr. Fr. von Hahn,
Kaiserl. Rath am Reichs-Oberhandelsgericht in Leipzig,

H. Keyßner,
Kammergerichtsrath in Berlin,

und

Dr. P. Laband,
ord. Prof. d. Rechte in Straßburg.

E. Sachs,
Rechtsanwalt beim Reichs-Oberhandelsgericht in Leipzig.

Dreiundzwanzigster Band.

Neue Folge. Achter Band. 1. und 2. Heft.

Preis des Bandes von 42 Bogen 12 Mark.

Dieses Doppelheft enthält größere **Originalabhandlungen** vom Reichsoberhandelsgerichtsrath Dr. Römer in Leipzig, Rechtsanwalt Dr. W. Reuling in Leipzig, Professor Dr. Lastig in Halle, Geh. Justizrath Professor Dr. Goldschmidt in Berlin, Professor Dr. Brunner in Berlin; **Rechtssprüche** aus dem Präjudizienbuch d. k. Kammergerichts zu Berlin, mitgetheilt vom Kammergerichtsrath Keyßner, sowie einen reichen **Literaturbericht**, zum großen Theil bearbeitet vom Geh. Justizrath Professor Dr. Goldschmidt in Berlin.

Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts

von

Dr. Otto Lenel,
Privat-Docent an der Universität Leipzig.

Octav. geh. Preis 3 M. 60 Pf.

Neueste Handelsrechtsquellen.

Herausgegeben von

Dr. **L. Goldschmidt.**

Beilageheft zur „Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 23".

Octav. geh. Preis 7 M. 20 Pf.

Inhalt.

Seite

V. Avitum et patritum und der ager vectigalis. Von Professor Dr. *Huschke* 161

VI. Die Reform des italienischen Strafrechts. Von Professor *A. Dochow* in Halle 211

VII. Ueber die Systematik des indischen Rechts. Von Professor Dr *Jolly* 234

VIII. Begriff und Bedeutung des öffentlichen und privaten Wasserlaufs nach alten und neuen Gesetzen. Von Professor Dr. *Baron* 261

Literarische Anzeigen:

Emilio Brusa, l'ultimo progetto di Codice Penale Olandese, traduzione illustrata e studi. Bologna 1878. CLXXXIV, 221 S. Von Dr. *R. Loening* 316

Die „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft“ erscheint in Heften von 10 Bogen, von denen je drei einen Band von 30 Bogen bilden.

Bestellungen werden durch alle Buchhandlungen angenommen.

Beiträge wolle man gef. an die Redaction richten.

Druck von Gebrüder Kröner in Stuttgart.

ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT.

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT UND **Dr. GEORG COHN**

o. ö. Professor an der Universität Rostock. a. o. Professor an der Universität Heidelberg.

ERSTER BAND.

III. HEFT.

STUTTGART.

VERLAG VON FERDINAND ENKE.

1878.

Mitarbeiter-Verzeichniss.

Die Herren: *Dr. Ivar Afzelius,* Docent an der Universität Upsala; Prof. *Dr. Karl von Amira* in Freiburg; Prof. *Dr. T. M. C. Asser,* Ministerialrath in Amsterdam; Prof. *Dr. J. Baron* in Berlin; Prof. *Dr. A. Bechmann* in Erlangen; Prof. *Dr. J. F. Behrend* in Greifswald; Geh. Hofrath Prof. *Dr. E. J. Bekker* in Heidelberg; *Wladimir Besobrasoff,* Mitglied der Akademie der Wissenschaften in Petersburg; Geheimer Rath Prof. *Dr. J. C. Bluntschli* in Heidelberg; Prof. *Dr. S. Brie* in Rostock; Prof. *Henri Brocher* in Genf; *Dr. Felix Bruck,* Docent an der Universität Breslau; Prof. *Dr. Brunner* in Berlin; Geh. Justizrath Prof. *Dr. Bruns* in Berlin; Prof. *Dr. Brusa* in Modena; Prof. *Dr. R. Freiherr von Canstein* in Czernowitz; Prof. *Dr. Max Cohn* in Amsterdam; Prof. *Dr. Felix Dahn* in Königsberg; Prof. *Dr. A. Dochow* in Halle a. S.; Prof. *Dr. E. Eck* in Breslau; Prof. *Dr. Pasquale Fiori* in Turin; Prof. *Dr. H. Fitting* in Halle a. S.; Prof. *Dr. E. Friedberg* in Leipzig; *Dr. K. H. H. Fuchs,* Staatsanwalt in Breslau; Prof. *Dr. C. Gareis* in Giessen; Prof. *Bernhard Getz* in Christiania; *Dr. A. Geyer* in München; Geh. Justizrath Prof. *Dr. Goldschmidt* in Berlin; Prof. *Dr. C. E. Güterbock* in Königsberg i. Pr.; Prof. *Dr. C. Hiller* in Czernowitz; Prof. *Dr. P. Hinschius* in Berlin; Geh. Justizrath Prof. *Dr. Ph. E. Huschke* in Breslau; Prof. *Dr. J. Jolly* in Würzburg; Advokat *Dr. Eduard Koernyei* in Budapest; Prof. *Dr. Paul Laband* in Strassburg; Prof. *Dr. B. M. Leist* in Jena; *Dr. O. Lenel,* Dozent an der Universität Leipzig; *J. A. Levy,* Advokat in Amsterdam; Prof. *Charles Lyon-Caen* in Paris; Prof. *Dr. Edgar Loening* in Dorpat; *Dr. Richard Loening,* Docent an der Universität Heidelberg; Prof. *Dr. H. S. Maine,* member of Indian Council in Oxford; Prof. *Dr. G. Meyer* in Jena; *Léon de Montluc,* Advokat in Paris; *Dr. K. d'Olivecrona,* Rath am höchsten Gerichtshof in Stockholm; Prof. *Dr. A. Pernice* in Halle a. S.; Prof. *Dr. L. Pfaff* in Wien; Prof. *Dr. A. Randa* in Prag; Geheimer Rath Prof. *Dr. A. Renaud* in Heidelberg; Prof. *Dr. F. Rivé* in Freiburg i. Br.; Prof. *Dr. A. P. O. Rivier* in Brüssel; Prof. *Dr. Paul von Roth* in München; Prof. *Dr. E. Rubo,* Stadtgerichtsrath in Berlin; Prof. *Dr. L. Schiffner* in Czernowitz; Prof. *Dr. S. Schlossmann* in Bonn; Prof. *Dr. H. Schott* in Kiel; Prof. *Dr. R. Schröder* in Würzburg; *Dr. C. F. Schulz,* Docent an der Universität Jena; Prof. *Dr. F. Schupfer da Chioggia* in Padua; *Dr. W. Sickel,* Docent an der Universität Göttingen; Prof. *Dr. R. Sohm* in Strassburg; Prof. *Dr. R. Steinlechner* in Innsbruck; Prof. *Dr. Otto Stobbe* in Leipzig; Prof. *Dr. A. Teichmann* in Basel; Prof. *Dr. A. Thon* in Rostock; Prof. *Dr. W. Vogel* in Erlangen; *Dr. Ed. Zimmermann* in Berlin.

IX.

Die Zulässigkeit der Anwaltschaft im französischen, normannischen und englischen Rechte des Mittelalters.

Von

Prof. Dr. **Heinrich Brunner** in Berlin.

Das deutsche, das französische und das englische Recht des Mittelalters unterscheiden in durchgreifender Weise zwischen Vorsprecher und Anwalt, avantparlier und procureur, counsel (countour) und attorney.

Die Anwendung von Vorsprechern, welche in die fränkische Zeit zurückreicht, war allgemein zulässig. Der strenge Formalismus des Verfahrens machte es nothwendig, jeder Partei, die in ihrem Rechte unbescholten war, die Bestellung eines Vorsprechers zu gestatten. Manche Rechte kennen sogar einen Vorsprecherzwang, welchem zu Folge die Partei vor Gericht nur durch den Mund eines Vorsprechers reden darf und andrerseits ist nicht selten das Gericht verpflichtet, der Partei auf ihr Verlangen aus den Beisitzern des Gerichtes einen Vorsprecher zu geben. Der Vorsprecher steht neben der Partei, die ihn bestellt hat, vor Gericht, um ihr Wort zu sprechen. Er ist nicht bevollmächtigt zu sagen, was er für gut hält,

sondern er ist formell nur berechtigt zu sagen, was die Partei gesagt wissen will. Spricht er etwas anderes, so kann sein Auftraggeber ihn desavouiren und er wird, weil er nicht das Wort der Partei, sondern sein eigenes Wort gesprochen hat, in eine Busse verurtheilt, wie jeder, der in fremder Sache ohne das Recht zur Rede vor Gericht gesprochen hat. Der Vorsprecher darf sonach von Rechtswegen keinen eigenen Willen haben, er ist nur, wie Azo in seiner Summa zum Codex vom nuntius sagt [1]), velut pica et organum et vox domini et recitat verba domini. Es ist nicht sein Wille dem Willen der Partei, sondern nur sein Wort dem Worte der Partei substituirt. Und es erscheint nur als eine juristische Consequenz dieses Grundsatzes, dass der Vorsprecher nach manchen Rechten nicht verhindert ist, nach Beendigung seiner Thätigkeit Theil zu nehmen an der Findung des Urtheils über den Rechtsstreit, in welchem er Vorsprecher war [2]). Diese rechtliche Unselbständigkeit des Vorsprechers bot das Mittel dar, um im Rechtsgange dem gefährlichen Grundsatze der Unwandelbarkeit des vor Gericht gesprochenen Wortes die Spitze abzubrechen. Die Rede des Vorsprechers galt erst dann als die Rede der Partei, wenn diese sein Wort, sei es nun ausdrücklich oder durch Unterlassung des Widerspruches als ihr Wort anerkannte. Hatte der Vorsprecher eine fehlerhafte oder nachtheilige Erklärung abgegeben, hatte er missegesprochen, so erlangte die Partei, indem sie nicht an sein Wort ging oder widersprach, das Recht die Erklärung zu bessern, das droit d'amendement, das Recht der gerichtlichen Erholung und Wandelung, um den Preis einer vom Vorsprecher zu zahlenden Busse. War nun auch die Vollmacht des Vorsprechers, welche er bei seiner Bestellung vor Gericht nach aussen hin erhielt, beschränkt auf das Wort, das ihm die Partei in das

[1]) Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. 1852, p. 123.

[2]) So insbesondere nach bayrischem Rechte. Vgl. Paul Roth, Zur Geschichte des bayrischen Volksrechtes (1869) p. 19 ff.

Ohr geblasen haben würde, so war doch im Verhältniss zu seinem Auftraggeber seine Stellung in der Regel eine freiere und selbständigere. Gewöhnlich ging nämlich der gerichtlichen Bestellung des Vorsprechers ein Abkommen voraus, durch welches die Partei den Vorsprecher beauftragte, nach bestem Wissen zu reden, und ihm versprach, die Bussen zu erstatten, in die er im Fall des Amendements verurtheilt würde. Der Auftrag ging sonach weiter als die Vollmacht. Der Vorsprecher war nur bevollmächtigt, das Wort der Partei zu sprechen, aber beauftragt, zu sagen was ihm gut dünkt. Was die Partei desavouiren würde, soll er in eigenem Namen, aber auf Rechnung der Partei gesprochen haben [3]).

Völlig verschieden ist die Stellung des von der Partei gekorenen Anwalts. Er steht nicht neben, sondern anstatt der Partei vor Gericht [4]). Seine Willensäusserungen gelten innerhalb seiner Vollmacht als Willensäusserungen des Vertretenen. Seiner Stellung liegt eine Willenssubstitution von Seite des Principals zu Grunde. Nur sehr allmählich haben die Rechte germanischen Ursprungs sich herbeigelassen, eine derartige Substitution zu gestatten. Während des Mittelalters

---

[3]) Ueber den franz. avantparlier und den anglonorm. conteur vgl. meine Abhandlung Wort und Form im altfranzösischen Process, 1868, Wiener Sitzungsberichte 57, 750, ins Französische übersetzt von Hecquet de Roquemont in der Revue critique de législation et de jurisprudence XXI (1871—1872). Ueber die Fürsprecher in Deutschland Nietzsche, Commentatio de prolocutoribus 1831 und Siegel, die Erholung und Wandelung 1863.

[4]) Ausgeschlossen bleiben von der folgenden Untersuchung die Vertretung im gerichtlichen Zweikampf, ferner die dauernden Bevogtungsverhältnisse in Fällen der Standesvormundschaft, sowie die Vormundschaft, welche in Fällen mangelnder oder beschränkter gerichtlicher Handlungsfähigkeit Platz greift, sei es nun, dass der Vormund allein vor Gericht auftritt, weil die Rechtssphäre des Mündels in seine, des Vormunds, Rechtssphäre aufgegangen ist, oder dass er neben dem Mündel als Beistand fungirt, um dessen gerichtliche Handlungsfähigkeit zu ergänzen.

ist das Recht durch einen gekorenen Anwalt zu processiren ein wesentlich beschränktes [5]).

Der französischen und englischen Jurisprudenz ist die Unterscheidung des Vorsprechers vom Anwalt bekanntlich sehr geläufig, weil sie noch jetzt in dem Gegensatze des avocat zum avoué, des counsel zum attorney und solicitor lebendig ist. Dagegen wurden in Deutschland der prolocutor und der procurator nicht auf die Dauer aus einander gehalten und kann die gemeinrechtliche Unterscheidung von Advokaten und Procuratoren nicht etwa geschichtlich an den Gegensatz von Vorsprechern und Gewalthabern angeknüpft werden. Die Trübung und Verschiebung ist schon im Mittelalter eingetreten. Denn als mit der Aufnahme der fremden Rechte das Institut der Advokaten Eingang fand, wurden nach dem Vorgange der Kammergerichtsordnungen von 1471, §. 4, 6, 7 und von 1495, §. 4, 6—10, 18 die Fürsprecher oder Redner mit den Procuratoren oder Anwälten sprachlich identificirt und den Advokaten gegenübergestellt [6]). Da auch manche neuere Schriftsteller diese Vermengung nicht immer vermeiden, schien es mir geboten, zunächst jenen Gegensatz klar zu stellen, um die folgenden Ausführungen im Sinne der vergleichenden Rechtsgeschichte fruchtbar machen zu können.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen es im französischen und im englischen Rechte des Mittelalters mündigen Personen gestattet war, in rechtswirksamer Weise einen Anwalt zu bestellen, soll den Gegenstand dieses Aufsatzes bilden. Sie hat nicht bloss antiquarisches Interesse, ihre Lösung bietet einen nicht unwichtigen Beitrag zur Geschichte der Stellvertretung in den germanischen Rechten und diese ist für

---

[5]) Eine summarische Uebersicht über die Beschränkung der Anwaltschaft habe ich in meinen Beiträgen zur Geschichte und Dogmatik der Werthpapiere, Zeitschr. für Handelsrecht XXIII. p. 236 gegeben.

[6]) Dasselbe ist in zahlreichen Particularrechten der Fall. In den Salzburger und Tiroler Weisthümern und in der steirischen Landesrechtsreformation werden unter den Procuratoren Vorsprecher verstanden.

das Verständniss unserer Rechtszustände zum mindesten von nicht geringerer Bedeutung, als die Geschichte der römischen Cognitur und Procuratur, die doch zu den Anfangsgründen unseres juristischen Unterrichts gehört. Unmittelbarer Anlass, die Beschränkungen der altfranzösischen und englischen Anwaltschaft ins Auge zu fassen, war mir der Umstand, dass sie mir den Schlüssel für das Verständniss der französischen und englischen Order- und Inhaberpapiere des Mittelalters darzubieten scheinen [7]). Hier kann dieser Zusammenhang nicht weiter erörtert werden. Ueber das altfranzösische Order- und Inhaberpapier denke ich mich anderwärts zu äussern. Als Ausgangspunct der Untersuchung dient uns hier das französische Recht, welches ja im weiteren Sinne auch das normannische in sich schliesst, während das englische Recht nur als ein Tochterrecht des letzteren in Betracht kommt [8]).

Die Anwaltschaft war nach französischem Recht auf Civilsachen beschränkt, in cas de crime war sie schlechtweg ausgeschlossen [9]). Die Grundsätze über die Anwaltschaft in Civilsachen sind verschieden nach coutumiärem und nach geschriebenem Rechte. Die allgemeine Zulässigkeit der Bestellung von Procuratoren, wie sie das ius scriptum kennt,

---

[7]) Ueber den massgebenden Gesichtspunct Brunner, Die fränkisch-romanische Urkunde, Zeitschr. f. Handelsrecht XXII, 520 und Zur Geschichte des Inhaberpapiers in Deutschland a. a. O. XXIII. 246, 260.

[8]) In Bezug auf die Ausgaben der im Folgenden citirten französischen, normannischen und englischen Rechtsquellen verweise ich auf meinen Ueberblick über die Geschichte dieser Rechtsquellen in von Holtzendorffs Encyclopädie, 3. Auflage.

[9]) Beaumanoir, Cout. du Beauvoisis IV, 15, 23, Boutillier, Somme rurale (ed. 1537) f. 12. Die Coutume stand hierin in einem Gegensatze zum Verfahren der geistlichen Gerichte, welches in gewissen Criminalfällen die Vertretung gestattete. Summa de omni facultate I, 31: quando procurator possit constitui in causa criminali bei Varin, Archives législatives de Reims I, p. 417. Bataillard, Origines de l'histoire des procureurs p. 103, 223. Ueber das englische Recht Stephen (Blackstone) Commentaries (7. ed.) III, p. 271. — Ein Vorsprecher könnte sowohl in Criminal- wie in Civilsachen bestellt werden.

ist in den Ländern des droit coutumier nicht vorhanden. Aber auch manchen Landes- und Stadtrechten des südlichen Frankreich, welche geographisch in das Gebiet des droit écrit fallen, ist jener Rechtssatz fremd, wie ja überhaupt die übliche Scheidung der Länder des coutumiären und der Länder des geschriebenen Rechtes bekanntlich nicht dahin zu verstehen ist, als ob im Süden keine Coutumes gegolten hätten.

In der Gruppe der coutumiären Rechte sind wiederum mehrere Rechtskreise zu unterscheiden. In manchen Coutumes ist die gekorene Anwaltschaft grundsätzlich versagt und nur in Ausnahmefällen gestattet, nämlich in Fällen, in welchen die Partei nicht, oder aus gewissen Gründen nicht in eigener Person vor Gericht erscheinen kann. Diese Coutumes, welche die Vertretung mehr oder minder ängstlich auf die Fälle echter Not beschränken, stehen dem ältesten Rechtszustande am nächsten. Soweit die Vertretung in weiterem Umfange, nämlich auch dann zugelassen wird, wenn die Partei zwar erscheinen kann, aber nicht erscheinen will, sind zwei verschiedene Typen von Anwälten auseinander zu halten. Der Gegensatz wird am schärfsten einerseits durch den normannischen attornatus und andrerseits durch den procureur général vertreten, wie ihn der sogenannte stilus curiae Franciae zur Ausbildung brachte [10]). Die Coutumes des attornatus unterscheiden zwischen genereller und specieller Vertretungsvollmacht und lassen im allgemeinen nur die Bestellung von Anwälten für einen einzelnen bestimmten Rechtsstreit zu, ohne dass dabei die Rolle des Klägers oder des Beklagten in Betracht käme. Der stilus curiae Franciae unterscheidet zwischen der Ver-

[10]) Nur diesen procureur fasst in's Auge Bataillard, Les origines de l'histoire des procureurs et des avoués depuis le Ve siècle jusqu'au XVe, 1868, eine treffliche Schrift, welche im Folgenden vielfach verwerthet, aber auch vielfach berichtigt und ergänzt werden wird. Auf den stilus curiae Franciae beschränken sich auch die Bemerkungen bei Warnkönig und Stein, Franz. St. u. R.-Gesch. I, 187; III, 389, 478 und bei Schäffner, Rechtsverfassung Frankreichs II, 445.

tretung des Klägers und der des Beklagten, gestattet letztere schlechtweg, erstere nur auf Grund eines Privilegiums, einer lettre de grace. Nach dem Vorgange eines französischen Rechtshistorikers [11]) kann man die Herrschaft dieser Rechtsgrundsätze immerhin als régime des lettres de grace bezeichnen; doch ist zu beachten, dass dabei in einseitiger Weise nur die Rolle des Klägers ins Auge gefasst wird, und dass das Vertretungsprivileg von jeher und allenthalben eine Rolle spielt.

Der attornatus darf mit dem römischen cognitor, der procureur des régime des lettres de grace darf mit dem römischen procurator verglichen werden. Jenem wird der bereits begonnene Rechtsstreit vor Gericht durch Formalact übertragen. Der procureur kann für einen zukünftigen Rechtsstreit oder als Vertreter in allen Processen des Constituenten, sei es nun gerichtlich oder aussergerichtlich bestellt werden und handelt stets auf Grund einer schriftlichen Vollmacht, einer procuration, welche entweder carta oder gerichtliche notitia sein kann [12]).

Das System der lettres de grace ist durch den dominirenden Einfluss des Königthums und des Pariser Parlaments in Frankreich schliesslich das allgemein herrschende geworden. So wurde denn auch der normannische attornatus durch den procureur des stilus curiae Franciae allmählich verdrängt. Doch hat ihn das anglonormannische Recht bewahrt und selbständig fortgebildet; der attorney des englischen common law führt auf ihn zurück. Ausserdem haben einzelne Lokalrechte in den Ländern des geschriebenen Rechtes und verschiedene dem französischen Flandern angehörige Coutumes durch das Mittelalter hindurch selbständige Rechtssätze über die Zulässigkeit der Anwaltschaft conservirt, indem sie sowohl das

---

[11]) Bataillard a. a. O.

[12]) Ueber diese Unterscheidung vgl. Brunner Carta und notitia, ein Beitrag zur Rechtsgeschichte der german. Urkunde in den philol. Abhandlungen zu Ehren Mommsens 1877.

Eindringen der coutume générale als auch die Aufnahme des römisch-canonischen Rechtes in dieser Materie standhaft von sich abwehrten.

I. Coutumes, welche die Vertretung grundsätzlich versagen.

Wenn man die Aussprüche der altfranzösischen Quellen mit den Rechtssätzen der deutschen Stammesrechte, des langobardischen, des englischen Rechts und der skandinavischen Rechte vergleicht, so weisen sie in unverkennbarer Deutlichkeit auf einen Rechtszustand zurück, welcher die Vertretung der Parteien vor Gericht schlechtweg versagte. Ein Rechtsgang, welcher, wie der germanische, ausschliesslich auf der Selbstthätigkeit der Parteien beruhte, konnte das persönliche Erscheinen der Parteien nicht entbehren. Das gilt auch vom altfranzösischen Gerichtsverfahren. Das ausgebildete System der Essoines, die unerschöpfliche Langmuth in den reichlich bemessenen Fristen, die rechtliche Behandlung der maladie reséante, des morbus lecti [13]) erklären sich nur durch die peinliche Strenge, mit welcher andrerseits das persönliche Erscheinen der Partei gefordert wurde. Die herkömmlichen Klagformeln waren derart stilisirt, dass nur derjenige, dessen Recht verletzt worden war, damit vor Gericht operiren konnte. Wenn beispielsweise nach dem Rechte von Orleans die Bürgschaftsklage lautete: G. est mis pléges por vingt livres, que Estienne me devoit de deus dra(p)s verz. Je l'ai requis qu'il me ballast ses nanz (Pfänder), car termes est passez, ne le vost fere; si m'en plaing; car s'il viout dire que ce ne soit voirs, je sui prez de monstrer et de l'avérer par moi et par garanz, qui en fera ce qu'il devra [14]), so konnte diese Formel nur von der Partei, nicht von einem Anwalt

[13]) Eine Krankheit, welche zwingt das Bett zu hüten.

[14]) Livres de Jostice et de Plet. XIX, 38, ed. Rapetti p. 313.

gesprochen werden [15]). Für diesen hätte der ganze Satz eine Umgestaltung erfahren müssen, welche namentlich in Bezug auf das Beweisangebot bedenkliche Schwierigkeiten hervorgerufen hätte. Das Beweisverfahren, welches so häufig in Parteieiden gipfelte, gestattete keine Vertretung im Eide. Der etwa denkbare Ausweg, den Process durch einen Vertreter zu führen und den Eid persönlich zu schwören, fand ein Hinderniss in formellen Schwierigkeiten, nämlich in der Leistung des Eidesgelöbnisses durch den Vertreter und in dem Satz, dass der Eid wörtlich mit der Processrede übereinstimmen soll, welche zum Eidesthema erhoben worden war [16]). Unsere heutigen Anschauungen, gebildet unter Verhältnissen, in welchen die Processführung durch Vertreter die Regel und die rechtsgeschäftliche Stellvertretung fast unbeschränkt ist, können sich nur schwer in ursprüngliche Rechtszustände hineinfinden, in welchen bei Durchführung eines Rechtsstreites, bei Contrahirung oder Zahlung einer Schuld die handelnden Subjecte nicht als personae fungibiles galten. Versenkt man sich aber in die Structur des älteren Processrechtes, so liegt umgekehrt die Schwierigkeit darin, sich klar zu machen, wie es denn möglich wurde, wenigstens in Ausnahmefällen einen Anwalt zuzulassen.

---

[15]) Was das ältere englische Recht betrifft, so hat schon Coke, Instit. II, 249 hervorgehoben, dass ursprünglich die Parteien persönlich erscheinen mussten, weil die in den Writs enthaltene Aufforderung, dass der Beklagte erscheine, auf dessen eigene Person beschränkt wurde und weil die Formel für das Auftreten des Klägers: et praedictus petens (oder querens) obtulit se quarto die etc. stets von der Person des Klägers selbst verstanden wurde. Vgl. Britton VI, 10, §. 5; II. p. 358. Ueber die Beschränkung der Vertretung im altrömischen Recht Puchta Inst. 7. Aufl. II, 44, welcher denselben Gesichtspunct geltend macht. »Die feierlichen Worte, die bei der Legis actio vorgeschrieben waren, sind von der Beschaffenheit, dass der Kläger sich selbst das Recht, das er geltend machte, zuerkennen musste. Ebenso musste der Beklagte das Subject sein, gegen das der Anspruch gerichtet war.«

[16]) Vgl. über die Erfordernisse retrospectiver Erklärungen Wort und Form im altfranzös. Process, p. 718.

Der altfranzösische Process kann mit Rücksicht auf die unbedingte Herrschaft der Form dem römischen Legisactionenprocess an die Seite gestellt werden. Der Vergleich passt auch in Bezug auf die Zulässigkeit der Anwaltschaft. Denn geradezu wörtlich gilt für das altfranzösische Recht der Satz, welchen Gaius IV, 82 für den Legisactionenprocess aufstellte:

> cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis . .

Ja die Uebereinstimmung geht so weit, dass auch in den Ausnahmefällen beider Rechte eine gewisse Verwandtschaft nicht zu verkennen ist.

Gleichwie in Rom die Entstehung des Formularprocesses die erweiterte Anwendung der Anwaltschaft ermöglicht hat, so haben gerade in jenen Rechtsgebieten Frankreichs, welche die grundsätzliche Versagung der gerichtlichen Vertretung überwanden, tiefgreifende Processreformen der allgemeineren Zulässigkeit der Anwaltschaft die Bahn gebrochen. Die Neuerungen Heinrichs II., welche die Beweisjury und die brevia in das ordentliche Gerichtsverfahren der Normandie einführten, ebneten dem Auftreten des normannischen attornatus den Weg. Und der procureur général des stilus curiae Franciae ist Parteivertreter in einem Verfahren, dessen Grundlage Ludwig IX. durch die Entlehnung canonistischer Processeinrichtungen, insbesondere des inquisitorischen Zeugenbeweises geschaffen hatte.

Von den Coutumes, welche die gerichtliche Vertretung principiell verweigern, sollen im folgenden einige Beispiele verzeichnet werden. Die Aufzählung ist keine erschöpfende und zieht sowohl südfranzösische als auch flandrische Coutumes heran.

1. In der Landschaft Bearn galt nach dem For de Morlaas (von 1220) der Rechtssatz, dass ein Procurator vor Gericht nicht angenommen wurde, ausser wenn der Vertretene

des Landes verwiesen war und einen wahrhaften Grund anführen konnte, weshalb er nicht zu kommen wage [17]).

2. Die Schöffen von Douai lassen sich im Jahre 1290 von dem Grafen von Flandern das Privilegium ertheilen, dass wenn ein Schuldner aus der Stadt verwiesen sei, die in der Stadt befindlichen Güter desselben von den Gläubigern mit Beschlag belegt und in Anspruch genommen werden können und zwar der Art, dass der Eigenthümer sich dabei durch einen procureur vertreten lassen dürfe [18]).

3. Beaumanoir, der für die höheren Stände das System der lettres de grace zur Anwendung bringt, theilt mit, dass nach der Coutume von Beauvoisis bevogtete Leute, homs de poesté, weder als Kläger noch als Beklagte einen procureur stellen.

> IV, 31: nous n'avons pas acoustumé que hons de poesté face procureur en nul cas, mais gentilhons, religieus clers et femmes le poent fere en deffendant, non en demandant.

4. Die Coutumes von Toulouse von 1280 gestatten die Bestellung eines procurator vor der Litiscontestation nur mit Zustimmung des Gegners:

> Noverint universi praesentes pariter et futuri quod usus et consuetudo est Tolosae, quod in causis civilibus ante litis contestationem non admittitur procurator vel deffensor, nisi de voluntate partium illud fiat [19]).

---

[17]) Art. 289, Rubr. 92: De no prener procuratori: Que non prenque hom procurador per autre, sino que fora banit sie de la terre et mustri causa de vertat, que non y ausi bier. Fors de Bearn, Législation inédite du 11me au 13me siècle publ. par Mazure et Hatoulet. Pau et Paris.

[18]) Tailliar, Recueil d'actes en langue romane wallone du Nord de la France, 1849, p. 361, n. 238: (ke) s'aucun banit ot bien en leskevinage, con les puist saisir et arrester par loy par lor dettes, con pora monstrer kil deveront, en tele maniere kil se puissent deffendre à loy par procureur. Bei dem banit ist wohl an die in den Städten so häufig vorkommende Ausweisung auf bestimmte Zeit zu denken.

[19]) Bourdot de Richebourg, Cout. gén. IV, 1039, rubr. de procur. et deffens.

5. Der Livres de Jostice et de Plet, der in seinen nicht romanistischen Sätzen das Recht von Orleans im 13. Jahrhundert darstellt, enthält eine Anzahl nicht ganz klar gefasster Aussprüche, als deren leidlich sicheres Ergebniss sich folgende Sätze gewinnen lassen.

Minderjährige, Stumme, Blinde, Thoren, hochschwangere Frauen, Personen, welche an dauerndem Siechthum leiden, solche, die sich auf Kauffahrten oder Pilgerfahrten befinden, oder zu gemeinem Nutzen verreisen, sowie Gefangene dürfen durch Vertreter processiren [20]). Doch gelten diese Verhinderungsgründe nur en cause de moeble. In Grundbesitzstreitigkeiten darf man nur bei dauerndem Siechthum einen procureur bestellen. Als eine weitere Beschränkung kommt noch hinzu, dass — abgesehen von dem Falle anhaltender Krankheit — in der Rolle des Klägers nur höher gestellte Personen sich ohne Zustimmung des Beklagten vertreten lassen dürfen.

> Simple chevaliers, ni simple clers, ni borjois, ne maine personne ne puet metre procurator por soi, se il ne sont empeschié de maladie reséente et lors l'en doit respondre à son procurator [21]).

---

[20]) Livres de Jostice, III, 2, de procurators, §. 1: Ce fut establi por bones mors, que li menor, que li muat, que li orp, que li desvé, les fames prestes de anfanter, cil qui sunt malade de maladie durable, cil qui sont en marcheandise et en pélerinage et cil qui sunt por le commun et cil qui sunt pris de gerre et celx qui sunt en garde par hayne, puent metre procurator por aus si com vos porret ci-près oir. — §. 3: Mais orp, sort (Taube), cil qui sunt malade de maladie durable puent metre procurator en toutes causes. — §. 5. Home ou feme qui sont en santé ne puent metre procurator en cause d'éritage, ne l'en ne li recevroit mie; mès l'ome por sa feme. Mes en cause de moeble puet l'en metre procurator (damit soll nicht ein Vertretungsrecht nach Belieben, sondern nur ein Vertretungsrecht in den §. 1 angeführten Verhinderungsfällen statuirt werden). — §. 6. Evesques, arcevesques, contes, barons, toutes autres menières de genz puent metre procurator en la forme devant dite ne plus ne meins; nur in den vorher angeführten Fällen kann ein Vertreter bestellt werden. Das gilt auch von den höchstgestellten Personen.

[21]) Livres de Jostice IV, 11, §. 1.

Der Beklagte — das ist der Gesichtspunct, der die Anwaltschaft hier noch weiter einengt — braucht sich ausser dem Fall des morbus lecti auf die Klage des Vertreters nicht einzulassen, wenn nicht der Vertretene ein geistlicher oder weltlicher Grosser ist.

Charakteristisch ist die besonders weitgehende Beschränkung der Vertretung in Grundbesitzsachen. Minderjährigen war sie bekanntlich wie im salfränkischen, so auch im französischen Rechte in Bezug auf das Erbgut vollständig versagt, so dass der Process liegen bleiben musste, bis der Unmündige zu seinen Jahren gekommen war [22]).

Der König, Capitel und Universitäten können stets durch einen procurator klagen.

6. In dem Gerichtsverfahren der Champagner Messen bestand bis zum Jahre 1344 der Grundsatz, dass sowohl der Kläger als auch der Beklagte eines besonderen königlichen Privilegs, einer lettre de grace bedürfe, um das Recht der Vertretung zu erlangen. Erst eine Ordonnanz Philipps VI. vom Juli 1344, die Ordonnanz von Chateau-Thierry: pour la reformation des foires de Champagne führte das Recht des stilus curiae Franciae ein, indem sie bestimmte, dass der Beklagte sich ohne Privileg solle vertreten lassen dürfen.

> Art. 19: Nous ordonnons que tuit deffendeurs soient receus à plaidier leurs causes par procureur sans grace en la court de foires ès cas, qui ne desirent detention de corps, non obstant coustume contraire [23]).

7. Wie nach dem älteren Rechte der Champagner Messen

---

[22]) Vgl. darüber die treffenden Bemerkungen von Amiras in der kritischen Vierteljahrsschrift XVII, p. 430 und Warnkönig, Franz. Staats- und R.-Gesch. II, p. 193 ff. Ueber das englische Recht Coke Inst. I, 1356, Note 1, II. 261, 390. Nach dem Livres de Jostice III, 2, §. 2, p. 105 und IV, 11, §. 1, p. 131 verweigert der Unmündige die Antwort auf Klagen um ererbtes Gut, bis er 15 Jahre alt geworden ist. Cf. Assises d'Antioche, Cour des Bourgeois ch. 2.

[23]) Ordonnances du Louvre II, 204.

war auch nach dem Livre des Droiz et des Commandemens d'office de Justice, einer Compilation über das Recht von Poitou aus der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts, dem Beklagten ebenso wie dem Kläger die wirksame Bestellung eines Anwalts nur auf Grund eines königlichen Privilegiums gestattet [24]).

8. In der Grafschaft Namur war es bis zum Jahre 1477 nicht gestattet, sich en action personelle vertreten zu lassen. Vielmehr mussten beide Parteien zu jedem Gerichtstermine persönlich erscheinen à péril de perdre leur action. Erst eine Satzung der Gräfin von Namur aus dem gedachten Jahre hob diesen Rechtssatz auf, welcher als chose dure et fort prejudiciable bezeichnet wird. Fürderhin solle jede Partei einen procureur bestellen können unbeschadet der in Person zu leistenden Eide [25]).

9. In der flandrischen Stadt Ypern war noch im Jahre 1619 das Vertretungsrecht nur in Fällen echter Not anerkannt. Ueber das Vorhandensein echter Not entschied das Ermessen des Gerichtes.

> Et les deux parties, tant le demandeur que le défendeur procédant au siège sont obligées d'intenter leur cause et de la poursuivre en personne, sans que personne y seroit receue à procéder pour un autre par procuration, si ce n'estoit pour cause considérable et necessaire à la discrétion de l'avoué, du premier des eschevins ou du tenant leur place en leur absence [26]).

---

[24]) Art. 802: De non apparestre sans grace. Nulle personne séculière ne autre n'est receu en court séculière par procuracion sans grace, soit en demandant ou en deffendant, excepté prélaz ou collégez comme abbez, prieurs conventuaux ou autres collégez.

[25]) Coutumes de Namur publ. par Grandgagnage I, p. 294, ch. 20: Ordonnons que doresenavant chacun pourra estre receu par procureur en baillant caution et seurté aux justiciers, qu'il appartiendra, de accomplir le jugié, se ainsi n'est que l'une partie ou l'autre vueille déférer ou référer le serement.

[26]) Le stil et usage de procéder au siège. Coutumes de la ville d'Ipre.

Fassen wir die Aussprüche der erörterten Rechtsquellen kurz zusammen, so stimmen sie in der principiellen Versagung der Anwaltschaft überein. Die Ausnahmen betreffen entweder Fälle, in welchen die Partei verhindert ist, persönlich zu erscheinen, oder den Fall eines Privilegs, welches das Recht der Anwaltbestellung gewährt, oder den Fall, dass der Processgegner in die Vertretung einwilligte.

II. Der Stilus curiae Franciae oder das System der lettres de grace.

Von anderen Gesichtspuncten wird jener Gerichtsbrauch beherrscht, welcher seit dem Ende des vierzehnten Jahrhunderts als stilus curiae Franciae oder auch als coutume générale de France bezeichnet wird und uns in den für die Ausbildung einer gemeinen Coutume zumeist massgebenden Rechtsbüchern des dreizehnten Jahrhunderts, bei Pierre de Fontaines, bei Beaumanoir und in den sogenannten Usages d'Artois entgegentritt. Er zeichnet sich durch folgende Eigenthümlichkeiten aus:

1. Die Vertretung des Klägers ist principiell unzulässig. Es kann ihm nur ein Privileg des Souveräns die Befugniss zur Bestellung eines Vertreters gewähren.

2. Der Beklagte kann sich durch einen Anwalt vertreten lassen. Er bedarf dazu keines Privilegs; er ist auch nicht genöthigt, einen Verhinderungsgrund zu behaupten und zu beweisen.

3. Der Vertreter kann nicht bloss für einen einzelnen bestimmten Rechtsstreit, sondern als ein procureur général für alle Rechtshändel des Vertretenen bestellt werden.

I. Die Vertretung des Klägers ist principiell unzulässig.

Bourdot de Richebourg, Coutumier général I, 878. Ypern hat als Oberhof nicht nur in Flandern (z. B. in Estaires), sondern auch im eigentlichen Frankreich (Saint Dizier in der Champagne) eine ausgedehnte Rechtsprechung ausgeübt.

De Fontaines IV, 24: Mès se il demande à autrui .. il ne puet mie selonc la costume ausi metre home en son leu por porsiure sa droiture, com il puet por li défendre.

Beaumanoir IV, 2: En demandant nus n'est ois par procureur.

Usages d'Artois tit. 2, §. 14: S'aucuns te fait adjourner et tes adversaires te fait demander par procureur, tu n'y responderas.

Stilus Parlamenti c. 13 (f. 25): actor qui est de patria consuetudinaria non potest per procuratorem agere, nisi super hoc gratiam regis habuerit.

Jedoch eröffnet ein Privilegium den Weg zur Bestellung eines Vertreters.

Gewisse Personen sind durch Rechtssatz privilegirt[27]). Als solche werden erwähnt Kirchen, Bischöfe, Prälaten, Capitel, Barone, Städte, Gemeinden und Universitäten. Die einzelnen Quellen stimmen in der Aufzählung der privilegirten Klassen nicht vollständig überein. Der Kreis derselben war ursprünglich enger gezogen und wurde allmählich ausgedehnt. Ein königliches Privilegium von 1290 statuirt zu Gunsten der Prälaten, geistlichen Collegien und der personae ecclesiasticae zunächst nur ein beschränktes Vertretungsrecht, indem es bestimmt, ut in causis tam agendo quam defendendo per procuratorem admittantur, dum tamen in principio causae eorum praesentiam requirentis praesentes existant: in arduis vero causis personaliter litigabunt sicut existit consuetum[28]).

---

[27]) Etablissements de Saint Louis l. II, ch. 8; Beaumanoir IV. 2, 17, 18; Usages d'Artois I, 9, §. 8; Grand Coustumier de France III, 6, p. 434.

[28]) Aus Bataillard l. c. p. 414. Mit Berufung auf ein bestehendes Gewohnheitsrecht nahm der Adel der Balleien von Amiens und von Vermandois das Recht in Anspruch, sich ohne grace vertreten zu lassen. Eine Ordonnanz von 1315 (O. L. 1, 561) versprach die Fortdauer dieses Vorrechts. Bataillard l. c. p. 126 missversteht diese Ordonnanz, wenn er glaubt, dass der König die Bitte der Petenten abgeschlagen habe.

Andere Personen bedürfen eines speciellen Privilegiums, einer lettre de grace. Zunächst wurden solche Vergünstigungen nur in Verhinderungsfällen ertheilt. Die echte Not an sich genügte also nicht, um einen Vertreter zu bestellen; es musste das Privilegium des Souveräns hinzutreten. In einem Arrêt des Pariser Parlaments von 1267, Olim I, p. 709, n. 22 findet sich die Mittheilung:

> dedit dominus rex procuratorem et quasi curatorem dicto Guillelmo propter infirmitatem seu impedimentum ipsius.

Auch nach Beaumanoir erscheint die grace nur als eine ausnahmsweise und aus besonderen Gründen ertheilte Begünstigung, welche solchen Personen gewährt werde, die im Dienste des Souveräns beschäftigt sind und deshalb ihre eigenen Geschäfte nicht wahrnehmen können. In der Folge wurde bei der Gewährung der lettres de grace auf den Anlass des einzelnen Falles keine Rücksicht genommen. Sie wurde zur fiskalischen Verwaltungsmassregel, zum gewerbemässigen Verkauf des Kanzleisiegels. Es war nämlich die königliche Kanzlei ein für allemal ermächtigt, gegen Zahlung der herkömmlichen Siegelgebühr von fünf oder sechs Sous jedermann, der darum nachsuchte, den Gunstbrief zu gewähren. Das Vertretungsrecht des Klägers hatte damit aufgehört eine Ausnahme zu sein; die lettre de grace hatte thatsächlich den Charakter des Privilegiums verloren und war zu einer Formalität herabgesunken, welche die einzige Wirkung hatte, die Kosten der Processführung zu vertheuern [29]).

Ein Beispiel einer königlichen lettre de grace bietet eine Urkunde vom 13. October 1355, welche sich in die von Varin herausgegebenen Archives administratives de Reims verirrt hat:

> Johannes Francorum rex . . . notum facimus nos de gracia speciali concessisse P. la Sauge . . ut ipse in

[29]) Treffend sagt Bataillard l. c. p. 193: Les lettres de grace n'avaient été d'abord que des exceptions, qui avaient confirmé la règle, puis à force de se multiplier elles l'avaient anéantie.

omnibus causis suis motis et movendis contra quoscumque adversarios suos coram quibuscumque iudicibus secularibus regni nostri agendo et deffendendo per procuratorem extra parlamentum usque ad annum admittatur. Datum Parisiis [30]).

Nach Beaumanoir ist die Gewährung der grace Attribut jeder Souveränität. Es kann sie der König im Gebiete des ganzen Reiches, der seigneur, qui tient en baronie, innerhalb seiner Baronie verleihen [31]). Dagegen findet sich in den sogenannten Décisions de Desmares, welche dem 14. Jahrhundert angehören, bereits der Rechtssatz:

Et ne peut donner grace à pledier par procureur en demandant fors tant seulement le Roy (Déc. n. 168)

eine Aenderung, in welcher sich die Wandelung wiederspiegelt, welche die Stellung der Barone in der Zwischenzeit der erstarkenden Königsgewalt erlitten hatte [32]).

---

[30]) Arch. adm. de Reims ed. Varin III, p. 72, Note 1. Bataillard, dem diese Urkunde entgangen ist, führt im Anhang unter nr. 12, 23 und 26 drei andre Beispiele von Lettres de grace auf. Allein nr. 12 von 1338 ist keine solche. Es handelt sich da um ein im Parlamente erzieltes Einverständniss der beiden Processparteien, von welchen die eine der procurator regis ist, des Inhalts, dass der Gegner des letzteren sich in der obschwebenden Streitsache durch einen procureur solle vertreten lassen dürfen. Darüber wird im Namen des Königs eine Urkunde ausgestellt, welche sich begnügt, diese Thatsache zu constatiren. Auch nr. 23 von 1405 kann nicht als Typus der lettres de grace gelten; es ist ein Schutzbrief, der neben anderen Vergünstigungen auch das Vertretungsrecht (ohne die den lettres de grace charakteristische Beschränkung auf die Dauer eines Jahres) gewährt. Nr. 26 ist eine lettre de grace von 1409, welche, wie aus der Erwähnung des attourné hervorgeht, ihre Wirksamkeit auch auf die Normandie erstrecken soll.

[31]) Cout. du Beauvoisis IV, 31.

[32]) Im Hennegau konnte zur Zeit Boutillier's der Kläger nicht einmal auf Grund eines Privilegiums einen Anwalt bestellen. Nachdem Boutillier den Stilus curiae Franciae dargestellt, fuhr er fort: mais selon l'usage d'Haynoult nul en demandant nest receu par procureur et convient quil face son proces en personne ou aultrement aultre n'y seroit receu. Ausgabe von 1505. Die jüngeren Ausgaben haben diesen Satz unterdrückt. Charondas bemerkt p. 52 der Ausgabe B. von 1611, dass in einer ihm

Die Wirksamkeit der lettres de grace ist eine zeitlich beschränkte. Die grace dauert, wie das angeführte Beispiel darthut, in der Regel nur Ein Jahr. Nach Beaumanoir ist es die Vertretungsvollmacht, procuration, des Vertretenen, welche nach Jahresfrist erlischt, wenn der Vertreter und der Vertretene in der Grafschaft Beauvoisis wohnen. Das von ihm angeführte Motiv: car moult de perix porroient venir por anciennes procurations oubliées es mains des procureurs hat mit Recht Befremden erregt, da das französische Recht jener Zeit sich doch sonst nicht scheut, den Grundsatz iura vigilantibus scripta sunt zur Wahrheit zu machen. Darf ich eine Vermuthung aussprechen, so ist die einjährige Dauer der Vollmacht aus einer thatsächlichen Gewohnheit hervorgegangen, welche ihrerseits aus älteren zur Zeit Beaumanoirs vergessenen Rechtssätzen entstanden sein dürfte. Eine englische Urkunde von 1243, welche die Bestellung eines attornatus enthält, ist zum Schluss mit der Clausel versehen: volo autem quod literae istae durent per annum[34]). Sollte es nicht auch in Frankreich Sitte gewesen sein, die Vertretungsvollmacht auf die Dauer eines Jahres zu beschränken, bis endlich aus dieser thatsächlichen Uebung der allgemeine Rechtssatz entstand, dass die Vollmacht nach Jahr und Tag erlischt? Suchen wir nach einem Motiv jener thatsächlichen Beschränkung, so liegt es nahe, an die Grundsätze über die saisine von Jahr und Tag zu denken. Eine länger dauernde Vertretung hätte nach älterem Rechte vielleicht zu einer dauernden Bevogtung, zu einer Schutzherrschaft führen können, wenn der Vertreter sich auf die Zeit von Jahr und Tag berufen konnte. Da es sich einmal um Hypothesen handelt, kann noch ein anderes Moment heran-

---

gehörigen Handschrift sich der Zusatz finde: ce qui a lieu aussi (das System der lettres de grace) par l'usage de Hainault. Es dient als Massstab für das Alter der einzelnen Handschriften Boutillier's, ob und in welcher Form sie den gedachten Zusatz enthalten.

[33]) Warnkönig a. a. O. I, 187.

[34]) Madox, Formularium Anglicanum n. 607, p. 346.

gezogen werden. Aeltere deutsche Rechtsquellen gestatten eine Vertretung in Grundbesitzsachen nur in der Weise, dass der Vertreter formell zum Eigenthümer des Grundstücks gemacht wird[35]). Hat das französische Recht in ältester Zeit unter ähnlichen Anschauungen gestanden[36]), so würde es sich leicht erklären, dass eine die Frist der rechten Gewere erreichende Dauer der Vertretungsvollmacht als bedenklich und gefährlich erschien. In der Zeit nach Beaumanoir wurde die beschränkte Dauer der Vollmacht auf die grace übertragen. Die sog. Décisions von Desmares[37]), und die jüngeren Quellen sehen nicht auf das Datum der procuration, sondern auf das Datum der grace, indem sie das Recht, einen Bevollmächtigten zu haben, nach Jahresfrist erlöschen lassen. Desgleichen enthalten die überlieferten Beispiele von lettres de grace aus den Jahren 1355 und 1409 die Clausel der einjährigen Dauer. Da mit dem Erlöschen der grace — denn diese hatte die Zulassung des Procureurs zum Inhalt — auch die ertheilte Vollmacht hinfällig wurde, so musste der Gunstbrief, wenn das Vertretungsverhältniss fortdauern sollte, von Jahr zu Jahr erneuert werden, eine Beschränkung, welche vollständig dem fiscalischen Charakter entspricht, den das Erforderniss der grace im vierzehnten Jahrhundert angenommen hatte.

Die dargestellten Grundsätze galten für das Verfahren des Pariser Parlaments und für eine Anzahl central- und nord-

---

[35]) Näheres darüber anderwärts in einer Untersuchung über die Geschichte der Anwaltschaft in Deutschland.

[36]) Das französische Recht kennt eine Verpfändung von Grundstücken in der Form, dass der Gläubiger für den Fall des Vertragsbruches als procureur bestellt wird mit der Vollmacht, das Pfandobject in rem suam Namens des Schuldners zu veräussern. Vgl. Dareste Sur l'origine de l'éxecution parée in der Bibliothèque de l'école des chartes, sér. III, t. I, p. 457. — Nicht ungewöhnlich war es auch, dass aus Anlass einer Schenkung der Beschenkte als procureur des Schenkers bestellt wurde pour avoir plus d'action en la chose. Boutillier (1611) I, tit. 10, p. 49: de procureur estably à qui on donne don.

[37]) Déris. n. 168 bei Brodeau, Cont. de Paris II. p. 579.

französischer Coutumes. Jedoch cessirten sie am Pariser Parlamente dann, wenn der Kläger nach seinem Heimatsrechte die Befugniss der Anwaltbestellung hatte, wie das nach dem droit écrit der Fall war. So sagt der stilus parlamenti, c. 13:

> Item procurator rei nunquam indiget gratia, nec procurator actoris, si sit de patria, quae iure regitur scripto.

Die Bestimmungen jener Coutumes, welche die Anwaltschaft noch weiter beschränkten, blieben anfänglich in Kraft, andrerseits aber auch herkömmliche Privilegien, welche in einigen Coutumes höhere Stände genossen, trotzdem dass sie dem Erforderniss der grace widersprachen [38]). Allmählich aber wurde der Einfluss, welchen die curia regis im Sinne einer einheitlichen Rechtsbildung ausübte, so stark, dass der stilus curiae Franciae auch in jenen Ländern zur unbedingten Herrschaft gelangte, deren Coutumes ursprünglich von anderen Gesichtspuncten ausgegangen waren. Bezeichnend ist in dieser Beziehung eine Rechtsbelehrung, welche am Ende des vierzehnten oder am Anfang des fünfzehnten Jahrhunderts nach Ardre in der Grafschaft Guisnes ergangen ist. Dieselbe gelangt zu dem Ergebniss, dass sich in Guisnes der Kläger ohne grace vertreten lassen dürfe, motivirt aber diese Ausnahme von der coutume générale de France durch den Umstand, dass die Grafschaft Guisnes damals zur Krone von England gehörte:

> Il est vray et chose notoire que vous êtes à Guisne du royaulme d'Angleterre qui n'est mie en plusieurs cas selon le royaulme de France . . . Pour quoy vous povez et devez de droit et raison recevoir tant en demandant comme en deffendant par procuration ainsi et par la forme et manière que l'on fait en la court espirituelle en ce royaulme [39]) . . .

---

[38]) Ein Beispiel die Ordonnanz vom 15. Mai 1315 zu Gunsten des Adels von Amiens und Vermandois, Ord. du Louvre I, 561, Bataillard, l. c. p. 415.

[39]) Nach den bei den geistlichen Gerichten üblichen Formen. Le

Seit die lettres de grace jedermann verliehen wurden, war ihre Bedeutung nur noch als eine rechtsgeschichtliche zu erklären. Diese beruhte eben darin, dass der alte formale Rechtsgang jede gerichtliche Stellvertretung ausgeschlossen hatte, weil diese Ausschliessung durch die ganze Structur des Verfahrens gefordert wurde. Als das Processrecht den alten formalen Charakter abgestreift hatte, war das Bewusstsein dieses historischen Zusammenhangs vollständig verloren gegangen. Man suchte nach anderen Gründen, um das Erforderniss der grace zu erklären. Massgebend wurden dabei auf Jahrhunderte hinaus die etwas malitiösen Bemerkungen Du Breuil's, des Verfassers des stilus parlamenti, welche bereits jene Superiorität zum Ausdruck bringen, womit in Frankreich das Standesbewusstsein der Advocaten auf die minder angesehenen procureurs herabzusehen pflegte. Die Beschränkung der klägerischen Stellvertretung sei darin begründet, dass der Kläger, si sit bonus homo, sich schämen würde, eine schlechte Sache zu verfolgen, der Procurator aber nicht, cum non constituatur de melioribus hominibus, ut in pluribus quam magis de facili laxant conscientias. Du Breuil fügt hinzu: audivi quod ista non est ratio, der Grund der Beschränkung liege vielmehr darin, dass durch die Anwesenheit der Parteien selbst der Gerichtshof mehr geehrt werde, ein Motiv, das namentlich bei dem Parlamente zuträfe (quod) est sedes regni capitalis et omni honore digna. Der Grand Coutumier de France führt die Gründe des stilus parlamenti mit etwas anderen Worten aus; den zweiten Gesichtspunct Du Breuil's hat eine gelehrte Sage noch weiter ausgesponnen, welche der flandrische Jurist Damhouder in seiner praxis rerum civilium c. 84 erwähnt. König Pippin habe im Jahre 757 bei der Stiftung des Parlamentes, auf dass der Adel nicht fern bleibe, mit Zustimmung der Grossen angeordnet, es solle jedermann seine Sache in eigener Person, ohne Procurator führen.

Livre des usages et anciennes Coutumes de la conté de Guysnes ed. Tailliar 1856, p. 119.

Gegen das Ende des vierzehnten Jahrhunderts versuchten die Procureurs von Paris, welche schon 1342 zu einer Innung zusammengetreten waren, durch eine ebenso einfache als einträgliche Manipulation das Erforderniss der lettres de grace zu umgehen. Die Procureurs erhoben nämlich die Klage ohne lettres de grace, auf Grund der Verabredung, dass die Collegen, welche einen Beklagten zu vertreten hätten, die Einrede der mangelnden grace nicht vorschützen sollten. Die sechs Sous, welche für das Siegel der lettres de grace an die königliche Kanzlei hätten bezahlt werden sollen, wurden den Parteien nichtsdestoweniger aufgerechnet und flossen in die Taschen der Procureurs. Um diesem Missbrauch zu steuern, der nur den Procureurs, nicht den Parteien zum Vortheil, dem König aber zum Schaden gereiche, gebot eine Verordnung Karls VI. vom 3. November 1400 dem Parlamente [40]), diese Praxis zu verhindern und zu bestrafen und den Procureurs das eidliche Versprechen abzunehmen, que ilz garderont en ce et en tous autres cas nostre droit et cellui de nostre dicte audience. Aus gleichem Anlass erging im Jahre 1407 ein ähnlicher Befehl an den Prévôt von Paris, bezüglich der Rechtspflege des Châtelet [41]). Ein Gesuch der Procureurs um Aufhebung dieser Vorschriften wurde 1414 in sehr energischer Weise abgelehnt [42]). Andrerseits aber weigerte sich das Parlament, die Vertreter des Klägers, wie die königliche Kanzlei es wünschte, von Amtswegen zur Vorlegung der lettres de grace anzuhalten, indem es sich auf die bestehende Gewohnheit berief, dass es Sache des Beklagten sei, den Mangel der grace geltend zu machen [43]).

Nachdem noch 1453 die Ordonnanz von Montil-les-Tours in Art. 56 die Vorweisung der lettres de grace eingeschärft

---

[40]) Ord. du Louvre VIII, 396.
[41]) O. L. IX, 260.
[42]) Bataillard l. c. p. 194.
[43]) Bataillard l. c. p. 194.

hatte[44]), sind sie endlich 1483 für entbehrlich erklärt worden. Als nach dem Tode Ludwig XI. wegen der über die vormundschaftliche Regierung entstandenen Streitigkeiten die états généraux nach Tours berufen worden waren, stellten sie unter anderem folgenden Antrag:

> Semble ausdits états que ès causes civiles chacune partie tant en demandant comme en deffendant ès premières instances et ès causes d'appel doivent estre receues à plaider par procureur sans grace[45]).

Der König willfahrte dieser Bitte der Reichsstände[46]).

Franz I. Ordonnanz von Saint Germain-en-Laye vom 13. Januar 1528 bestätigte die Entbehrlichkeit der lettres de grace, indem sie in §. 1 bestimmte, dass die Procureurs auf Grund einer Parteivollmacht processiren dürfen, sans qu'il soit besoin de requérir autre authorisation[47]). Die Praxis scheint sich mit dieser Neuerung nur allmählich abgefunden zu haben. In gewissen Ausnahmefällen wird der Gunstbrief noch als nöthig angesehen[48]). Da die lettres de grace nicht schlechtweg abgeschafft, sondern nur für entbehrlich erklärt worden waren, so mögen die Parteien sie mitunter zu vermeintlich grösserer Sicherheit auch noch fernerhin erwirkt haben. Eine Ausgabe des grand stille de la chancellerie de France von 1539 bringt noch Formularien von lettres de grace[49]). Und noch die Nachträge, welche sich in der Ausgabe der practica forensis

---

[44]) O. L. XIV, 284.

[45]) Bataillard l. c. p. 470.

[46]) »Accordé par le roy et veult que doresnavant ainsi se fasse«. Ueber die Zeit der Abschaffung des Erfordernisses der lettres de grace herrschten früher widersprechende Ansichten. Es ist das Verdienst Bataillard's, die Sache klar gestellt zu haben. Doch findet sich die richtige Zeitangabe bereits bei Damhouder, Praxis rerum civilium, c. 84.

[47]) Recueil général des anciennes lois franç. p. Isambert etc. XII, p. 307.

[48]) In Francia huiusmodi gratiis non utimur .. et sic in vanum laboraverunt qui aedificant eam, nisi in causa impedimenti et certis aliis casibus ... Additio zu Mazuer's Practica forensis, ed. von 1571 fol. 18, 13.

[49]) Stein in seiner und Warnkönigs franz. St.- u. R.-Gesch. III, 477.

des Mazuer von 1571 finden, liefern den Beweis, dass die Verkündigung des neuen Rechtssatzes im 16. Jahrhundert mit einem tief eingewurzelten Unglauben zu kämpfen hatte[50]).

2. Der Beklagte kann sich ohne Gunstbrief durch einen Anwalt vertreten lassen.

> Beaumanoir IV, 2: Çascuns par le coustume de Biavoisis en soi deffendant pot envoier procureur[51]).

Diese Regel tritt ausser Kraft, wenn die Processpartei die Rolle des Beklagten aufgibt, also nach coutumiärem Recht im Fall der Appellation. Denn im Gebiete des coutumiären Rechtes ist die „Appellation", anschliessend an die alte germanische Urtheilschelte, eine Klage gegen den Richter, der das angefochtene Urtheil gefällt hat[52]). Demgemäss bedarf der appellirende Beklagte einer lettre de grace, um sich im Appellationsverfahren vertreten zu lassen.

> Coutume de Bourgogne a. 101: se le procureur de l'appellant ne se fonde avant litiscontestacion de grace de plaidier par procureur, li appel est desert, quia appellans est actor[53]). Grand Coutumier de France III, ch. 6: supposé que en la cause principalle il feust deffendeur, si est il demandeur en la cause d'appel et lui fault grace.

Die Thatsache, dass dem Beklagten ein Anwalt gestattet war, dem Kläger aber nicht, dürfte sich aus dem in der Regel vorliegenden Interesse erklären, welches der Kläger selbst an der durch die Stellvertretung ermöglichten Einlassung des Beklagten hatte. Die ältesten Rechtsquellen, in welchen von einer Vertretung des Beklagten die Rede ist, statuiren nicht sowohl ein Recht als vielmehr eine Pflicht des Beklagten, sich in gewissen Fällen vertreten zu lassen. Wenn der Beklagte

---

[50]) Huius modi gratiis hodie non utimur . . et si mihi non vultis credere, operibus cancellarie et practicis credite. Pract. for. l. c.

[51]) Dasselbe sagen die übrigen oben Seite 336 angeführten Stellen.

[52]) Brunner, Entstehung der Schwurgerichte p. 46.

[53]) Bei Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen age II, 286.

an langwierigem Siechthum leidet, so kommen ihm zunächst reichlich bemessene Fristen zu Statten. Allein bis zur Genesung des Gegners zu warten, mochte unter Umständen als eine Härte gegen den Kläger erscheinen[54]). Misslich war auch der Ausweg, den ein deutsches Landesrecht, die steirische Landesordnung ergriff, nämlich die Abhaltung des Gerichtes am Siechbette des Beklagten. Aeltere Coutumes machen es daher in solchem Falle dem Beklagten zur Pflicht, einen Vertreter, responsalis, defensor zu schicken. So bestimmt die dem 13. Jahrhundert angehörige Coutume von Anjou und Maine in c. 111, das Gericht solle an den Beklagten, der die zweite Essoine angemeldet hat, Boten senden, welche ihm den Kläger und den Klaggrund nennen, und ihn zur Bestellung eines Vertreters auffordern. Vous estes malade, so sollen die Boten sagen, de longue maladie, si vous esgarde l'en que vous devez mestre un autre en lou de vous, qui deffende, quant vous ne quenoissez (wenn Ihr die Klage nicht einräumt). Der Beklagte soll darauf hin seinen ältesten Sohn oder den nächsten Grunderben schicken[55]).

---

[54]) Das älteste Recht hat davor nicht zurückgescheut, sondern liess in der That den Kläger warten, bis der kranke Gegner gesund wurde, ebenso wie er warten musste, bis der minderjährige Gegner mündig wurde. Cf. Assises des bourgeois d'Antioche ch. 10, ch. 2.

[55]) Beautemps-Beaupré, Coutumes et Institutions de l'Anjou et du Maine (1877) p. 130. Die Établissements de Saint Louis haben l. c. 100 die citirte Stelle aufgenommen und fügen hinzu, es sei ein autre commandement (Vollmacht) nicht nöthig, wenn der Vertreter une persone conjointe sei, si comme la dite écriture le dit. Unter la dite écriture ist die Coutume von Maine und Anjou zu verstehen, welche dem Compilator der Établissements für das erste Buch zu Grunde lag. — Vgl. noch De Fontaines IV, 24: et s'il nest gariz au chef de l'an et du jour (nach Jahr und Tag), lors le puet fère r'ajorner ses aversaires et lors primes est-il tenuz d'envoier home qui le defende. Beaumanoir IV, 1. Glanvilla I, 12, §. 2; XI, 5, §. 1: der Beklagte soll bei länger dauerndem Siechthum einen responalis schicken. Si notum sit eum esse conjunctam personam absentis, pro eo accipitur in curia ad lucrandum vel perdendum. Andernfalls ist der responsalis cum litteris zu bestellen. Privilegium Philipp

Wenn der Beklagte einen Vertreter stellen muss, cessiren natürlich die allgemeinen Grundsätze über die processualische Vertretung, weil, wie eine anglonormannische Rechtsquelle von diesem Falle sagt, hoc contingit ex vi iudicii [56]), es cessirt also auch das Erforderniss der lettres de grace. Dieses Erforderniss konnte aber in allen Fällen durch den Consens der Parteien umgangen werden. Die Zulässigkeit der Vertretung war unter dieser Voraussetzung durch das Verhandlungsprincip des Civilprocesses von selbst gegeben. Dass auch der Kläger mit Zustimmung des Beklagten durch einen Procureur plädiren konnte, hat die Ausführung über die Ordonnanz von 1400 bereits ergeben [57]). Aber auch ältere Quellen sprechen diesen Satz auf das Deutlichste aus.

> Olim I, 426, 13 vom Jahre 1254: Cum dominus U. constituisset procuratorem . . dictum fuit, quod, si pars adversa talem procuratorem vellit recipere, reciperet, sin autem, non tenebatur [58]).
>
> Usages d'Artois I, 9, §. 8: Selon l'usage de la Court laie nuls procureur n'est recheu en court laie, se n'est de personne autentique de baron ou d'évêque . . ou se ce n'est dou consentement des personnes.

Während es nun aber in der Regel im Interesse des Beklagten liegt, den Process hinauszuschieben, geht der Wunsch des Klägers dahin, dass der Rechtsstreit baldigst sein Ende nehme [59]). Wenn der Beklagte in Verhinderungsfällen statt Essonien anzumelden einen Vertreter bestellte, so kam er da-

---

Augusts für Tournai von 1187, c. 16, bei Tailliar, Recueil d'actes en langue romane wallone p. 489 ff. Der Beklagte, welcher extra villam wohnt, meldet echte Noth an. Alius ei dies praefigetur et post illum diem tertius, ad quem vel eum vel pro eo responsalem venire oportebit.

[56]) Glanvilla XI, 5, §. 1.

[57]) Siehe oben Seite 343.

[58]) Cf. Olim I, 833, 45, Arrêt von 1270 und Grand Coustumier de France III, 6, p. 433.

[59]) Bracton f. 342: Petens presumitur desiderare potius instantiam litis, quam dilationem.

mit nur dem Interesse des Klägers entgegen. Da im Falle der rechtsförmlich bestellten Vertretung die Befriedigung des Klägers aus dem Vermögen des Vertretenen erfolgte, — denn die Stellvertretung wirkte unmittelbar — so hatte der Kläger in der Regel wohl keinen Grund, die Zustimmung zur Vertretung des Beklagten zu verweigern. Während der Vertretung des Klägers die Schwierigkeit entgegenstand, den gegen den Beklagten geübten Einlassungszwang dahin auszudehnen, dass er nicht bloss demjenigen, der eine Rechtsverletzung behauptete, sondern auch dem durch dieselbe nicht betroffenen Anwalt antworten müsse, war ein derartiges Hinderniss bei der Vertretung des Beklagten nicht vorhanden. So dürfte sich denn erklären, dass im Gebiete des stilus curiae Franciae das Processrecht von der Vertretungspflicht des Beklagten, wie sie in Fällen dauernden Siechthums begründet war, zu einer unbeschränkten Befugniss des Beklagten gelangte, durch einen gekorenen Anwalt zu antworten [60]).

3. Der Anwalt kann als procureur général bestellt werden.

Boutillier unterscheidet drei Arten von procureurs, den procureur d'office, den Vertreter der öffentlichen Gewalt und Vorläufer des heutigen Staatsanwalts, den procureur aux negoces und den procureur a litige. Im Gegensatz zum procurator omnium bonorum des römischen Rechtes kann nach Boutillier der procureur aux negoces nur ein Specialprocurator sein. En ce convient, que la procuration (die Vollmacht) contient le cas especial. Und anderwärts: La se desirent speciaulx commandemens [61]). Anders dagegen sei der Processvertreter, der procureur a litige gestellt, für welchen keine

---

[60]) Der Rechtssatz, dass der Beklagte einen Vertreter stellen dürfe, der Kläger aber nicht, findet sich auch anderwärts, so in der Brügger Keure von 1304, §. 55: ende es te vertaene, dat over elcken mensche, die gheboden es te rechte te stane van pennincboten, dat man over hem staen mach, die scepenen kennen suffisant ter bote; maer hie en mach niet winnen. Gilliodt van Severen, Cout. de Bruges tom. I. p. 312.

[61]) Somme rurale l. c.

Specialvollmacht nöthig ist, sondern eine procuration générale genügt.

> Mais aux procurations qui sont a litige pour proceder en court partie contre autre, ne fault que la generalite de commune procuration qui contienne envers tous et contre tous.

Der Procureur muss sich mit einer schriftlichen Vollmacht legitimiren, welche die Clausel enthält, dass der Vollmachtgeber sein Vermögen zum Pfand setzt. Mit Rücksicht auf diese Obligation, so folgert Boutillier, kann ein Anwalt in der Regel nur unter dem Siegel eines Gerichtes bestellt werden, vor welchem man sein Vermögen verpfänden kann. Eine Ausnahme besteht nach Boutillier nur für denjenigen homme noble, qui eust seel congneu en court. Ein solcher kann unter eigenem Siegel einen procureur bestellen. Im ersten Falle erfolgt die Bestellung des Anwalts durch die vor Gericht abgegebene mündliche Erklärung, über welche dem procureur eine Gerichtsurkunde, eine notitia ausgefertigt wird, worin der Richter erklärt: que par devant moy est venu et comparé en propre personne tel, lequel . . a fait, constitué et estably et par la teneur de ces presentes lettres faict, constitue et establit, telz et telz ses procureurs generaux [62]). Im zweiten Falle wird der Anwalt durch Uebergabe der Privaturkunde bestellt, welche natürlich als charta stilisirt ist (je fais, constitue et establis etc.). Und die obligatio bonorum erfolgt durch die traditio chartae [63]) an den procureur, dessen Handlungen er genehm zu halten verspricht, zu Gunsten des unbestimmten Kreises von Personen, zu welchen der procureur als Processpartei in Beziehung treten wird [64]).

---

[62]) Boutillier (1611) p. 46.

[63]) Sie findet im französischen Rechte dieser Zeit noch eine ausgedehnte Awendung.

[64]) Tout ce qui sera dit et fait dou dit Jehan . . il tenra fermement sor l'obligation de tous ses biens. Beaumanoir IV, 4. — Si promet ledit constituant par foy et sur obligation de tous ses biens . . a avoir et

Durch das Erforderniss der schriftlichen Vollmacht schliesst nach Boutillier die Coutume jede vollmachtlose Vertretung aus, selbst in jenem Umfang, in welchem sie das fremde Recht (l. 12 Cod. II, 13) ausnahmsweise gestattet [65]).

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass gemäss dem stilus curiae Franciae der Kläger nach erfolgter Litiscontestation einen Vertreter ohne grace bestellen konnte.

> Stilus parlamenti l. c. Item procurator actoris indifferenter admittitur in iudicio post litem contestatam [66]).

Der Grundsatz ist dem fremden und zwar dem canonischen Rechte entlehnt, welches den nach der Litiscontestation bestellten Vertreter nicht als eigentlichen Procurator, sondern als blossen Substituten betrachtet [67]).

In der Zeit, da die Vertretung des Klägers nur in Verhinderungsfällen bewilligt wurde, suchten die Gerichtshöfe sich das Recht dieser Bewilligung beizulegen, ein Bestreben, welches jedoch keinen Erfolg hatte, da das Königthum und die königliche Kanzlei die den lettres de grace drohende Concurrenz zu unterdrücken verstanden. Johannes Faber, ein Jurist des vierzehnten Jahrhunderts, sagt in seinem Institutionencommentar, dass in allen weltlichen Gerichtshöfen, welche unter der Herrschaft der Coutume ständen, propter legitima impedimenta (actoris) iudex possit contra consuetudinem admittere procuratorem und zwar auf Grund der generalis clausula in l. 5, Inst. IV, 6 (de actionibus), welche von der Machtvollkommenheit des römischen Prätors spricht, ex aequitate

---

tenir et valoir à tousiours ferme et stable tout ce que par ses dits procureurs . . sera faict, procuré et ordonné en toutes les causes . . et à payer le iugé . . Boutillier (1611) p. 48.

[65]) Mais en pays coutumier n'est point vse selon ceste loy, car nul est receu en demandant ne en deffendant par procureur sans procuration.

[66]) Cf. Mazuer, Practica forensis (1571) f. 19, Coutume de Bourgogne 158 bei Giraud Essai II, 294.

[67]) Vgl. Bataillard p. 102.

Actionen zu gewähren. Faber vergisst jedoch nicht, hinzuzufügen: scio tamen quod in multis curiis servatur contrarium [68]). Eine Bearbeitung der Coutume von Maine und Anjou von 1437 gibt dem Richter das Recht, der Partei in Fällen echter Not die Vertretung zu gestatten. Ein solcher Vertreter heisst procureur par non puissance. Dass das Pariser Parlament im vierzehnten Jahrhundert es versuchte, die Theorie Fabers gelegentlich praktisch durchzuführen, ist durch vereinzelte Nachrichten beglaubigt [69]). Nennenswerthen Erfolg hatten diese Versuche nicht; es ist dem Parlamente nicht gelungen, einen ähnlichen Rechtszustand herbeizuführen, wie er z. B. nach der oben S. 334 erörterten Coutume von Ypern galt. Andrerseits hat es freilich das Parlament auch verschmäht, den Büttel der fiskalischen Interessen zu machen und von Amtswegen auf die Vorlegung der lettres de grace zu dringen, wenn die Parteien darüber hinwegsahen.

Nachdem das Erforderniss der lettres de grace abgeschafft worden war, nahmen einzelne Coutumes den ausdrücklichen Vorbehalt auf, dass es im Ermessen des Richters stehe, persönliches Erscheinen der Parteien anzuordnen, so die Coutume der Auvergne von 1520, der Haute Marche von 1521 [70]).

III. Der Attornatus.

Der Attornatus, Atourné tritt uns als ein besonderer Typus des processualischen Vertreters in den normannischen Rechtsquellen entgegen. Die Normandie hat ihn auch nach ihrer Vereinigung mit der französischen Krone bewahrt, jedoch macht sich seit dem vierzehnten Jahrhundert ein allmähliches

---

[68]) Jo. Faber In IV instit. libros commentaria, rubr. de his, per quos agere possumus (ed. 1546) f. 130.

[69]) Beautemps-Beaupré II, 103.

[70]) Bourdot de Richebourg, Cout. gén. IV, 1161, ch. 4, §. 2; IV, 11,03 ch. 4, §. 28.

Eindringen der coutume générale de France bemerkbar. Wie zahlreiche andere Institute des normannischen Rechtes ist auch der Attornatus nach England verpflanzt worden, um daselbst eine in Details etwas abweichende Ausprägung zu erhalten.

Der Attornatus kann nur für einen bereits begonnenen Rechtsstreit bestellt werden.

> Attornatus non potest fieri ab aliquo nisi ad causam motam. Assisiae Normanniae v. 1236 [71]).
>
> Et est assavoir que chascun fait attourné à querelle mue. Aelterer Style de Norm. ch. 13 [72]).

Der Act der Bestellung, die Attornatio, kann erst erfolgen, wenn der Kläger die Vorladung des Beklagten bewirkt hat, denn von diesem Momente ab gilt der Rechtsstreit als begonnen.

> La querelle est reputée mue, si tost que l'adjournement est fait. Aelt. Style de Norm. l. c. [73]).

Damit stimmen die englischen Rechtsbücher des dreizehnten Jahrhunderts überein, welche das attournement nicht vor der Vorladung des Beklagten gestatten [74]). Ausgeschlossen

---

[71]) Bei Warnkönig, Französ. Staats- und Rechtsgesch. II, U. B. p. 52.

[72]) In den Mém. de la soc. des antiquaires de Norm. XVIII, p. 11. Ueber verwandte Grundsätze deutscher Landesrechte, vergl. vorläufig meine Beitr. zur Gesch. u. Dogmatik der Werthpapiere, Ztschr. f. Handelsr. XXIII p. 239. Die Glosse zur Somma de legibus consuetudinum Norm. ch. 65 sagt zwar: item l'en doit noter que l'en ne se peut fonder par attournee ou procuracion se elle n'est passee depuis la querelle meue, soit en demandant ou en deffendant. Doch zeigt sich der beginnende Einfluss des stilus curiae Franciae darin, dass die Glosse mittheilt, manche seien der Meinung, dass man als Beklagter sich par vertu de procuration generalle ou especialle auch durch einen vor Beginn des Rechtsstreites bestellten Vertreter vertheidigen könne.

[73]) Das ältere Recht scheint für die Attornatio ein noch späteres Stadium des Processes verlangt zu haben. Der Verfasser der assissiae Norm. erwähnt ein Urtheil des Echiquier von 1236, wonach die Attornatio im scaccarium nicht erfolgen kann ante terminum in curia assignatum, also nicht vor dem ersten Verhandlungstermin.

[74]) Glanvilla äussert sich nicht. Bracton f. 334, Fleta p. 379,

ist dadurch die Bestellung eines Attornatus für einen zukünftigen Rechtsstreit. Bracton sagt gelegentlich, man bestelle den Attornatus mit den Worten: facio attornatum meum in loquela quae est coram tali. Würde aber jemand sagen in loquela quae erit, so würde er damit keinen Attornatus bestellt haben [75]). Daher kann denn auch der Beklagte, welcher einen Attornatus bestellt hat, die Thatsache der erfolgten Vorladung nicht bestreiten, weil die Giltigkeit der Attornatio die vorausgegangene Vorladung (summonitio) voraussetzt.

Der Attornatus kann daher nur ad hoc bestellt werden; er hat stets nur Specialvollmacht; er kann nicht etwa als Generalbevollmächtigter in allen Processen seines Vollmachtgebers fungiren.

> Nec debet audiri nisi in querela, de qua est attornatus [76]).

Der Attornatus ist der normannischen Rechtsbildung nicht ausschliesslich eigen. Wir finden das Wort in Frankreich auch ausserhalb der Normandie [77]); wir finden die Sache in deutschen Rechten und in französischen Coutumes, so in den Coutumes von Ponthieu und Vimeu:

Britton II, 359 sagt: nicht avant semounse ou qe autant vaille, nach der Vorladung oder nachdem der Kläger das zur Erhebung der Klage erforderliche Breve erwirkt hat.

[75]) Britton II, 357: der Attornatus kann nur bestellt werden en parole qe est, nicht en parole qe serra. Der Myrror of justice II, sect. 31 fügt hinzu: auch nicht en paroll qui fuist. Das heisst: wenn ein Rechtsstreit aus dem Gerichte, in welches er ursprünglich gewiesen worden war, an ein höheres Gericht gezogen wird, so kann in letzterem der Attorney nicht bestellt werden mit den Worten: ich mache den N. zum Attornatus für den Process, welchen ich bisher in dem Untergericht führte. — Cf. Britton l. c. 359, 360.

[76]) Somma de leg. consuet. Norm. c. 65. Ueber die Ausnahme, welche das jüngere englische Recht im Generalattorney statuirte, wird unten besonders gehandelt werden.

[77]) Bataillard l. c. p. 158, Note 1.

par devant che que li plais est commenchiez des principaus personnes, ne peut on estaulir procureur [78]);

eine Erscheinung, die uns berechtigen dürfte, die geschichtliche Wurzel des Attornatus im fränkischen Rechte zu suchen.

Dem Attornatus wird die Processführung nicht schlechtweg übertragen, er erlangt kein dominium litis, wie der römisch-canonistische Procurator, sondern er wird nur in bedingter Weise mit der Vertretung betraut, nämlich nur für den Fall, dass der Dominus nicht selbst vor Gericht anwesend ist. Steht dieser in eigner Person vor Gericht, so darf der Attornatus mit keinem Worte gehört werden.

Et l'attourne ne doit de rien estre ouy, tant comme cil soit present, qui l'attourna [79]).

Es unterscheidet sich hierdurch der Attornatus sehr augenfällig vom Prolocutor, dessen Thätigkeit die Anwesenheit der im Worte vertretenen Partei nothwendig voraussetzt. Da der Attornatus nur zum Vertreter des abwesenden Dominus bestellt ist, so kann der letztere den Process in jedem Stadium durch sein blosses Erscheinen vor Gericht übernehmen, ohne dass ein Widerruf der ertheilten Vollmacht, eine Deattornatio erforderlich wäre.

Nach normannischem Rechte ist die bedingte Vollmacht des Attornatus unwiderruflich. Der Dominus kann nicht etwa statt des einmal bestellten Attornatus einen anderen bestellen, es müsste denn jener freiwillig zurücktreten.

---

[78]) Marnier Cout. de Picardie p. 109.

[79]) Grand Cout. de Norm. (franz. Text der Somma) ch. 65. Glanvilla XI, 3, §. 2: ita intelligitur quilibet alium loco suo ponere scilicet si ipsemet interesse non possit. Bracton f. 342: et quamvis quis attornatum fecerit, in persona propria sequi poterit, cum voluerit vel possit. Auf die bedingte Vollmacht des Attornatus nimmt selbst die Fassung der Urtheile Rücksicht, so wenn es z. B. heisst, es sei etwas zu erweisen par le serement le (du) pleintif ou par loial informatioun de soun attourne, si le pleintif ne soit my present. Liber albus ed. Riley in den Munimenta Gildhallae Londoniensis (Script. rer. Brit.) I, p. 211.

Attornatus non potest mutari nisi volens et consentiens. Assisiae Norm. l. c. [80]).

Nach den anglonormannischen Quellen kann der Attornatus von seinem Herrn beliebig amovirt werden [81]). Doch bietet die Darstellung dieses Rechtssatzes bei Glanvilla XI, 3, §. 2 eine Reminiscenz an das ursprüngliche Verbot der Deattornatio dar.

Andrerseits ist der Attornatus nicht befugt, seine Vollmacht einem anderen zu übertragen, sich etwa einen subattornatus zu substituiren.

Attornatus non potest facere attornatum. Assisiae Norm. l. c.

Der Attornatus ist Vertreter der Partei in Bezug auf die einzelnen processualischen Handlungen, welche er in ihrer Abwesenheit vornimmt. Seine Handlung gilt als Handlung des Attornans. Nicht selten sind Wendungen wie folgende:

Et predictus Willelmus . . per Thomam attornatum venit et defendit vim et iniuriam [82]).

---

[80]) Urtheil des Echiquier der Norm. von 1239: iudicatum est quod J. de Estoutevilla non potuit deattornare attornatum suum, quem fecerat coram Johanne de Vineis in baillivia Caleti, nec faceret alium ibidem super querela quam habebat in baillivia Pontis Audomari versus Galterum de Bosvilla militem et est in misericordia pro deattornatione. Delisle Recueil des jugem. de l'éch. p. 149, n. 671.

[81]) Rotuli curiae regis ed. Palgrave I, 344: Godefridus de s. Martino ponit loco suo Fremundum clericum versus abbatissam de Wilton de placito terre ad lucrandum vel perdendum. Et ipse posuerat antea Petrum de Stane et eum modo deposuit. Cf. l. c. p. 352.

[82]) Liber albus I, p. 300. Vergleiche, welche durch einen Vertreter abgeschlossen werden, sind direct auf den Namen des dominus gestellt. Z. B. Madox, Glossar. Anglicanum n. 364: finalis concordia facta in curia regis . . inter Thomam de Preston per Alexandrum Walensem positum loco suo ad lucrandum vel perdendum et Radulphum abbatem Westmonasterii deforciantem de advocatione ecclesiae de Perham; scilicet quod praedictus Thomas recognovit advocationem praedictae ecclesiae esse ius ipsius abbatis . . et eam remisit et quietam clamavit de se et heredibus suis eidem abbati . . in perpetuum. Und das Beispiel einer finalis concordia bei Glanvilla VIII, 2.

Kurz, das Vertretungsverhältniss ist nicht ein mittelbares, sondern ein unmittelbares, wie in unserem modernsten Verkehrsrecht.

Was die Voraussetzungen betrifft, unter welchen ein Attornatus bestellt werden konnte, so müssen wegen des verschiedenen Entwicklungsganges das normannische Recht und das anglonormannische einer gesonderten Betrachtung unterzogen werden.

Die Attornatio in der Normandie.

Ein Attornatus konnte ursprünglich nur in der curia ducis bestellt werden. Die Quellen des dreizehnten Jahrhunderts beschränken die Attornatio übereinstimmend auf die Recordgerichte. Sämmtliche Recordgerichte sind aber aus der curia ducis hervorgegangen, erscheinen als Emanationen derselben. Recordgerichte sind der Echiquier, ein aus dem Herzogsgerichte durch Ernennung ständiger Beisitzer erwachsener Gerichtshof, und sind die Assisen, welche wie die missatischen Placita der fränkischen Zeit als Gerichtscommissionen des obersten Reichsgerichtes erscheinen. Der Record, das unanfechtbare Gerichtszeugniss, war im fränkischen Reiche und ebenso in der Normandie ein Vorrecht der curia regis, resp. ducis [83]) gewesen. Weil die Attornatio in gleicher Weise beschränkt war, so erklären die Quellen ihre Zulässigkeit für ein Merkmal der Recordgerichte; nur diese seien dafür competent, weil in anderen Gerichten die Bestellung eines Attornatus, wenn sie hinterher bestritten wird, nicht durch Record festgestellt werden könne. Erst im Jahre 1288 wurde in der Normandie die Zulässigkeit der Attornatio für Nothfälle auf die von den Vicecomites und deren Stellvertretern abgehaltenen Gerichte ausgedehnt [84]).

---

[83]) Brunner, das Gerichtszeugniss und die fränkische Königsurkunde p. 149 ff.

[84]) Ordinatum fuit quod eo modo, quo fiunt attornaciones in Nor-

Die Attornatio kann nur in der Weise erfolgen, dass erstens der Vollmachtgeber (attornans), zweitens der Processgegner desselben und drittens derjenige, der zum Attornatus bestellt werden soll, vor Gericht gegenwärtig sind. Ausdrücklich wird die Attornatio in Abwesenheit des Gegners als ein Missbrauch bezeichnet [85]) und zwar mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Gegner des Attornans nicht in der Lage ist, die in seiner Abwesenheit erfolgte Attornatio, wenn sie hinterher bestritten wird, durch Record zu beweisen. Der Record ist ihm nämlich deshalb unzugänglich, weil er nicht weiss, welche Gerichtspersonen zugegen waren, als die Attornatio geschah und sie daher nicht zum Record aufrufen kann [86]). Ein processualischer Sieg über den Attornatus wäre somit ergebnisslos, weil der Vertretene, wenn es zur Execution käme, die stattgefundene Attornatio ohne die Gefahr einer Ueberführung ableugnen könnte.

Eine Ausnahme von dem Verbote der attornatio in absentia adversarii bildet die Attornatio, welche vor der Person des Königs selbst vorgenommen wurde, die attornatio coram domino rege. Der Grund dieser Ausnahme besteht nach dem Grand Coutumier der Normandie in dem Rechtssatz, dass des Königs alleiniges Zeugniss genügender Record ist.

Durch einen Arrêt des Pariser Parlamentes von 1294 wurde das Erforderniss, dass derjenige, der zum Attornatus bestellt werden soll, bei der Attornatio zugegen sei, für die Normandie beseitigt.

---

mannia in assisiis, fient de cetero, quando opus fuerit, coram vicecomitibus Normanniae aut coram portantibus sigilla vicecomitatuum ubicumque invenientur. Olim II, 277, n. 8.

[85]) Somma c. 65. Dieser Grundsatz des normannischen Rechtes hat, wie sich unten ergeben wird, für die englischen Recordgerichte nicht gegolten.

[86]) Der normannische Record ist Dingmannenzeugniss. Er wird nicht durch das Gericht als solches erbracht, sondern es ist Sache des Beweisführers, die Dingzeugen auszuwählen. Brunner, Gerichtszeugniss p. 139.

Ordinatum fuit in isto parlamento quod in Normannia absens posset institui attornatus [87]).

Unbekannt war dem älteren normannischen Rechte die Bestellung eines Attornatus durch schriftliche Vollmacht. Ein Assisenurtheil von 1236 gestattet sie nur grossen Baronen und auch diesen nur kraft eines königlichen Gunstbriefes [88]). Ohne Beschränkung auf den magnus baro wird die attornatio per regis litteras patentes von der Somma de legibus cons. Norm. zugelassen.

Per litteras etiam patentes domini regis lectas in assisia recordationem habente praesente parte adversa potest attornatus fieri, cum ex hac attornatione possit recordatio haberi. Somma c. 65.

Es darf diese Attornatio nicht mit der oben erwähnten attornatio coram rege verwechselt werden. Denn letztere erfordert die Anwesenheit des Attornans vor dem König, erstere nicht.

Ein besonderes Vorrecht hatte der Erzbischof von Rouen, nämlich die Befugniss, durch seinen offenen Brief Processvertreter in seinen Rechtshändeln zu bestellen. Im Jahre 1272 erwirkte er dieses Recht zunächst für Patronatsstreitigkeiten, in welchen er die Rolle des Beklagten hatte [89]). Sieben Jahre später behauptete er dieses Privilegium in allen innerhalb der Normandie anhängigen Processen zu haben. Das Pariser Parlament, welches über diesen Anspruch zu entscheiden hatte, fällte 1279 das Urtheil: quod sine gracia sibi facta a rege non poterat per suas literas facere attornatum [90]).

---

[87]) Du Cange-Henschel Gloss. I, 473 a.

[88]) Attornatus non potest fieri per litteras nisi magnus baro hoc faciat de voluntate regis et per litteras ipsius regis. Assis. Norm. Warnkönig l. c.

[89]) Dominus rex ex gracia speciali concessit dicto archiepiscopo Odoni, quod in causa patronatus possit se per attornatum defendere ut petebat cum suis litteris patentibus, licet hoc sit contra consuetudinem terre. Olim I, p. 918, n. 86.

[90]) Olim II, p. 138, n. 25.

Bald darauf beschritt der Erzbischof den durch diese Entscheidung angedeuteten Weg, indem er bat:

> quod domino regi placeret, quod idem archiepiscopus posset facere attornatum per suas litteras in omnibus causis agendo et defendendo quamdiu voluntati domini regis placeret.

Der König willfahrte dieser Bitte usque ad sue beneplacitum voluntatis [91]).

Die jüngeren normannischen Rechtsquellen lassen deutlich erkennen, wie dem einheimischen Attornatus an dem französischen Procureur ein Concurrent erwuchs. Eine Rechtsquelle aus dem Anfang des fünfzehnten Jahrhunderts, der ältere Style de proceder nennt zwei Arten von Processvertretern, den Attourné, welcher für einen bestimmten Process oder für mehrere in der Vollmacht bezeichnete Processe bestellt ist, und den Procureur, welcher Generalvollmacht besitzt [92]). Um nach erhobener Klage einen Attourné zu bestellen, bedarf es keiner grace du roy. Um aber für eine noch nicht anhängige Sache einen Vertreter zu gewinnen, sei es nun einen Attourné oder einen Procureur, bedarf sowohl der Kläger als auch der Beklagte einer lettre de grace. Diese wird sonach in allen Fällen als nothwendig betrachtet, in welchen nicht schon das ältere normannische Recht — wie es vorhin dargestellt worden — die Attornatio gestattete. Als eine Besonderheit ist hervorzuheben, dass eine königliche lettre de grace nach dem älteren Styl nur dann das Recht gibt, sich im Echiquier vertreten zu lassen, wenn der Echiquier in der lettre de grace ausdrücklich genannt ist [93]).

---

[91]) Olim II, 141, n. 1.

[92]) La difference d'entre procureur et attourné sy est: car l'attourné ne sert fors en la cause ou causes specificées en l'attourné et nommées . . Et procureur si sert générallement à toutes causes meuez ou à mouvoir comme en France. Style etc. ch. XIV in Mémoires . . de Normandie XVII, p. 11.

[93]) Die allgemeine Formel der lettres de grace, dass man sich devant

Die Glosse zur Somma entwickelt die Lehre von der Processvertretung zunächst im Anschluss an den Text der Somma, sucht sich aber im übrigen nach besten Kräften mit den Neuerungen abzufinden, welche seit Abfassung der Somma im normannischen Rechte eingetreten waren. Als solche Neuerungen erscheinen:

1) Der Rechtssatz, dass man auch ausserhalb des Echiquier und der Assisen einen Attourné bestellen könne. Er wurde durch die oben erwähnte Verordnung von 1288 eingeführt; die Glosse aber begründet ihn als par l'usage notoirement gardé.

2) Der Rechtssatz, dass ein Attornatus auch in Abwesenheit des Gegners (durch schriftliche Vollmacht) bestellt werden könne. Der entgegenstehende Satz der Somma gelte nur für den Fall, dass man die Attornatio durch Record beweisen wolle, dagegen nicht für die Attornationen, qui seroient verifiées par lettres. Die Somma habe nur den Fall des Records ins Auge gefasst, weil man sich damals noch nicht so häufig wie jetzt der Urkunden bedient habe.

3) Die Controverse, ob der Beklagte zur Attornatio vor erhobenem Rechtsstreit einer lettre de grace bedürfe[94]). Der Glossator betrachtet die Ansicht derjenigen, welche dem stilus curiae Franciae gemäss den Gunstbrief für entbehrlich halten, als la plus vraye opinion.

Die reformirte Coutume der Normandie von 1583 hat den ganzen Abschnitt der Somma, welcher von den Attournés handelt, unterdrückt. Bei den Berathungen über die Redaction

---

tous juges vertreten lassen dürfe, wurde also nicht für genügend gehalten. In der That nennen manche lettres de grace vom Anfang des fünfzehnten Jahrhunderts — die auch für die Normandie berechneten — neben dem Pariser Parlament und den übrigen Gerichten ausdrücklich den Echiquier. Grace von 1405: coram omnibus iudicibus tam parlamenti et scaccarii quam aliis. Bataillard l. c. p. 446. Dessen Vermuthung, dass unter dem scaccarium die chambre de comptes zu verstehen sei, bedarf keiner Widerlegung. Vergl. die Grace von 1409 bei Bataillard p. 451.

[94]) Vergl. oben Seite 352 Note 72.

der neuen Coutume, welchen die Somma zu Grunde gelegt wurde, fiel cap. 65 „d'attournés" unter jene Capitel des alten Rechtsbuches, welche, wie der procès verbal der reformirten Coutume sagt, für abrogez comme inutils erklärt wurden [95]).

Die Attornatio in England.

Das englische Recht hat auch in der Lehre von der Anwaltschaft seine Wurzeln im normannischen Rechte [96]). Dem angelsächsischen Rechte ist der Attornatus sowohl dem Namen als der Sache nach unbekannt. Inwieweit das angelsächsische Recht eine gerichtliche Vertretung gestattete, lässt sich nicht klarstellen, bezeichnend ist es aber, dass das selten vorkommende Wort forspeca, forspreca nicht wie unser Vorsprecher eine auf die Vertretung im Worte beschränkte Hülfsperson, sondern einen Bevollmächtigten oder einen Vormund bedeutet [97]), welcher sein eigenes Wort spricht, eine Erscheinung, die darauf hinweist, dass das angelsächsische Recht die Functionen des Vorsprechers und des Anwalts nicht wie das anglonormannische [98]) als unvereinbar betrachtete.

Die Attornatio konnte nach anglonormannischem Rechte entweder gerichtlich oder aussergerichtlich vorgenommen wer-

---

[95]) Bourdot de Richebourg, Coutumier général IV, p. 122.

[96]) Ueber den anglonormannischen Attornatus handeln Reeves, History of the English Law (ed. Finlason) I, 217, II, 80, 187, 191, 799 ff., Phillips, Engl. Rechtsgesch. II, 118, Coke, Inst. I, 128a, 516, II, 249; Blackstone, Comment. III, 25, Stephen, Comment. 7. ed. II, 271; Spence, The equitable jurisdiction of the court of Chancery I, 370, Stephen A., treatise on the principles of pleading in civil actions (7. ed.) p. 404, Pearce, History of the inns of court and chancery, 1848, p. 16, Rüttimann, Engl. Civilprocess, p. 56.

[97]) Vergl. Sohm das Recht der Eheschliessung 1875, p. 72, Note 38 und die dort angeführten Beläge.

[98]) Liber albus ed. Riley I, 570: que (nul countour) ne soit attourne .. ne que attourne ne soit countour. Liber custumarum p. 281.

den [99]). Die aussergerichtliche war nur vor der Person des Königs statthaft. Die gerichtliche, welche die Regel bildete, wurde in der Zeit Glanvillas und Bractons nur in der curia regis zugelassen. Da nun das Recht des Records auf die curia regis beschränkt war — nulla curia recordum habet generaliter preter curiam domini regis [100]) — so war die gerichtliche Attornatio in England ebenso wie in der Normandie auf die Recordgerichte beschränkt. Und da ja auch das normannische Recht eine aussergerichtliche attornatio coram rege kennt, so stimmt das ältere anglonormannische Recht mit dem normannischen in der Art der Beschränkung der Attornatio vollständig überein.

Der Zusammenhang, welcher zwischen dem Rechte des Records und der Zulassung der Attornatio obwaltet, — er tritt, wie sich noch zeigen wird, in jüngeren englischen Quellen deutlich zu Tage — berechtigt uns anzunehmen, dass auch in den ersten Anfängen der anglonormannischen Periode die Competenz zu recordiren und die Competenz eine Attornatio zuzulassen sich gegenseitig deckten. Da nun unter Wilhelm I. ein Record nur erst in dem Gerichte, in welchem der König in Person zugegen war, zulässig gewesen ist [101]), so kann damals auch die gerichtliche Attornatio nur in dem unter persönlichem Vorsitz des Königs stattfindenden Gerichte möglich gewesen sein.

Nach Glanvilla pflegte die Attornatio coram iusticiariis, in banco residentibus stattzufinden [102]). Persönliche Gegenwart des Königs ist dabei ebenso wenig erforderlich als bei

---

[99]) Nicht unter die allgemeinen Regeln fällt die Pflicht des Beklagten, sich bei andauerndem Siechthum vertreten zu lassen. S. o. Seite 346 Note 55. Eine Ausdehnung der Pflicht sich vertreten zu lassen enthält c. 42 des ersten Westminsterstatuts (3. Ed. I.).

[100]) Glanvilla VIII, 8, §. 2.

[101]) Leges Willelmi Conquestoris I, 24 bei Schmid, Gesetze der Angelsachsen p. 338.

[102]) Glanvilla XI, 1, 2.

der Recordatio des Königsgerichtes. Die Zulassung eines Attornatus mag ursprünglich eine besondere Vergünstigung des Königs gewesen sein. Zu Glanvillas Zeit ist sie es nicht mehr. Es kann vielmehr jedermann im Königsgerichte einen Attornatus bestellen, sofern dies in dem betreffenden Rechtsstreite überhaupt gestattet ist. So viel wir sehen können, war die Attornatio kostenfrei; es mussten nicht etwa, wie das sonst so vielfach vorkommt, besondere Gebühren dafür an das Schatzamt bezahlt werden. Da das englische Recht an der Fiction festhielt, dass die Verhandlungen des Bancum — ohne Rücksicht auf die thatsächliche Gegenwart des Königs — coram rege ipso stattfänden [103]), so erscheint begrifflich die Zulassung der Attornatio vor den iusticiarii locum regis tenentes als ein Vorbehalt der königlichen Gewalt [104]). Nicht erforderlich ist für die Attornatio im englischen Königsgericht die Anwesenheit des Gegners, eine Consequenz jener Fiction. In der Normandie dagegen, wo durch die politischen Verhältnisse der innige Zusammenhang zwischen dem Echiquier (der curia ducis) und der Person des Herzogs abhanden gekommen war, wurde die attornatio in absentia adversarii nur vor des Königs

---

[103]) Rüttimann, Englischer Civilprocess (1851) p. 53: Nach dem Curialstile finden die Verhandlungen der königlichen Bank coram ipso rege Statt.

[104]) Aehnlich war die Entwicklung bei den processualischen Writs, welche im Namen des Königs ausgestellt wurden, ohne dass im einzelnen Fall ein Urkundungsbefehl des Königs an die Kanzlei erging. Jedermann konnte sie erlangen und ihre Ausstellung war schliesslich nur Geschäftssache der in der Kanzlei beschäftigten Clerks. Nichtsdestoweniger erscheint das Breve als ein praeceptum regis. In voller Schärfe tritt die Sondergewalt des Königs bezüglich der Attornatio noch in einer Quelle vom Anfang des vierzehnten Jahrhunderts hervor. Mirrour of justices (übersetzt von Hughes 1840) V, sect. 1, n. 102, p. 225: it is an abuse to receive an attorney, where no power so to do is given by writ out of the chancery; V, sect. 5, p. 258: note, that none but the king can receive attornies in the kings court . . without original writs. Cf. l. c. V, sect. 1, n. 29, p. 217.

eigener Person gestattet[105]). Nothwendig ist, dass derjenige, qui alium loco suo ponit, zur Attornatio erscheint. Der zu bestellende Vertreter kann nach Glanvilla abwesend sein, wenn er eine dem Gerichte bekannte Persönlichkeit ist. Eine Quelle aus der Zeit Eduards I. kennt diesen etwas patriarchalischen Ausnahmefall nicht mehr, sondern verlangt schlechtweg die Anwesenheit des Attornandus[106]).

Will jemand sich in einem Rechtsstreit vertreten lassen, welcher nicht im Königsgerichte, sondern in alia curia verhandelt werden soll, so nimmt er die Attornatio vor dem König oder vor den Richtern des Königsgerichtes vor und erhält ein Breve des Königs, welches die coram rege vel iusticiis suis erfolgte Attornatio bezeugt und den Vicecomes anweist, den bestellten Attornatus als Vertreter des Vollmachtgebers in der näher bezeichneten Streitsache anzunehmen[107]). Bei Glanvilla heisst dieses Writ breve de recipiendo responsalem und lautet:

> Rex vicecomiti (vel alii presidenti curie ille) salutem. Scias quod N. posuit coram me vel iusticiis meis R. loco suo ad lucrandum vel perdendum pro eo in placito illo quod est inter eum et R (W) de una carrucata terre in illa villa vel de aliqua re nominata. Et ideo tibi precipio

---

[105]) Vergl. oben S. 357. Nach den englischen Einrichtungen war dem Abwesenden die Möglichkeit geboten, den Record zu erbringen, da die Attornatio in den Gerichtsprotocollen inrotulirt wurde. Auch war der mündliche Record in England leichter durchzuführen, da der Beweisführer nicht alle einzelnen Gedenkleute zu bezeichnen brauchte. Cf. Glanvilla VIII, 5, §. 4.

[106]) Die Abhandlung Fet assavoir, welche das Verfahren der curia regis betrifft und einen üblichen Anhang der Ausgaben der Fleta bildet, stellt den Satz auf: qil convient qil soit meismes en present (der Attornans) et son attorne autresint. Fleta (1685) p. 447.

[107]) Unrichtig ist die Ansicht, welche einzelne englische Juristen, so Pearce l. c. vertreten, dass in allen Fällen ein königliches Breve nöthig gewesen sei. Wurde der Attornatus im Königsgerichte bestellt um daselbst zu processiren, so war ein Breve nicht erforderlich.

quod predictum R. loco ipsius N. in placito illo recipias ad lucrandum vel perdendum pro eo[108]).

Das statutum Walliae von 1284 nennt es breve de attornato und gibt ihm folgende Fassung:

Rex vicecomiti salutem. Sciatis quod A. attornavit coram nobis R. et C. ad lucrandum vel perdendum in loquela que est coram vobis per breve nostrum inter ipsum A. petentem et D. tenentem de uno mesnagio in N. et ideo vobis mandamus quod predictos R. et C. . . loco ipsius A. ad hoc recipiatis[109]).

Nach der Praxis der curia regis wurde über die daselbst erfolgte Attornatio ein schriftlicher Vermerk in das Gerichtsprotocoll eingetragen. Die Attornatio wurde, um das Gerichtszeugniss über dieselbe zu erleichtern, inrotulirt. Schon die ältesten Protocolle der curia regis, welche uns überliefert sind, die rotuli curiae regis aus der Zeit Richards I. und Johanns enthalten zahlreiche derartige Eintragungen. Sie haben die typische Form:

Petrus filius Henrici ponit loco suo Nicholaum de Wokendun. versus Rogerum del Estre de placito debiti ad lucrandum vel perdendum[110]).

Oder um ein rechtsgeschichtlich interessantes Beispiel von 1194 zu wählen:

Thomas de Arden. et Radulfus filius Roberti ponunt loco suo magistrum Willelmum de Lecton. versus Will. de Aubevill. et Matillidem uxorem eius ad lucrandum vel perdendum de particione hereditatis Rannulfi de Glanvilla[111]).

Eine im Bancum erfolgte Attornatio zum Zweck der Processführung im Grafschaftsgerichte bezeugt die Inrotulirung:

---

[108]) Glanvilla XI, 2.

[109]) Stat. Wall. (12 Ed. I.) c. 6, Statutes of the Realm I, 61.

[110]) Rotuli curiae regis, rolls and records of the court held before the kings justiciars or justices ed. Palgrave I, p. 2.

[111]) Rotuli I, p. 24. Glanvilla starb 1190.

Adam filius Liuing. ponit loco suo Matildem uxorem suam versus Jordanum filium Uri et Nicholaum filium suum de placito terre in Farnb. quod est in comitatu [112]).

Beachtenswerth ist die in den Brevia und in den Rotuli regelmässig wiederkehrende Formel ad lucrandum vel perdendum. Sie entspricht der Formel auf Gewinn und Verlust, mit welcher nach deutschem Rechte der Processvertreter bestellt wurde [113]) und soll ausdrücken, dass der Vertreter nicht bloss für eine einzelne processualische Handlung, sondern ohne Beschränkung für alle processualischen Handlungen bestellt wird, welche eine Partei in ihrer Sache vornehmen kann, dass der Attornans alle Handlungen des Vertreters als eigene Handlungen gelten lassen will, mögen sie ihm nun günstig oder ungünstig sein. Dass der gedachten Formel die Beziehung auf die Gesammtheit der möglichen processualischen Handlungen zu Grunde liegt, erhellt aus Eintragungen über beschränkte Vertretungsvollmachten. Der Attornatus wird mitunter bestellt, um sich eine Urkunde begeben zu lassen,

Robertus ponit loco suo Johannem ad c(h)irographum suum recipiendum [114])

oder um die Urtheilsverkündigung, die Abgabe eines Records, die Durchführung einer Recognitio, die Festsetzung eines Termins entgegenzunehmen, ad audiendum iudicium suum, ad audiendum recordum, ad recognitionem recipiendam, ad audiendum diem [115]). Im Gegensatz zu dieser Attornatio für eine einzelne oder für mehrere einzelne processualische Handlungen bezeichnet die Formel ad lucrandum vel perdendum die Vollmacht zur unbeschränkten processualischen Disposition über das streitige Recht. Die Bestellung eines procurator in rem suam ist damit nicht gemeint [116]) und ebenso wenig die Ueber-

---

[112]) Rotuli I, p. 307.

[113]) Vergl. Franklin, das Reichshofgericht II, 170 fg.

[114]) Rotuli I, p. 18.

[115]) Rotuli I, p. 7, p. 25, p. 75, p. 95.

[116]) Eine solche lautet beispielsweise: G. filius G. ponit loco suo

tragung eines dominium litis, vielmehr ist es gerade die Negation dieses Begriffes, die unmittelbare Wirkung des Vertretungsverhältnisses bezüglich jeder einzelnen processualischen Handlung, welche jene Formel nöthig machte.

Bei Glanvilla heisst der Processvertreter regelmässig responsalis, ein Ausdruck, der darauf zurückschliessen lässt, dass die Praxis der curia regis die Attornatio zuerst zu Gunsten des Beklagten regelmässig gestattet hatte. Die Rotuli bezeichnen den Vertreter als positus loco, indem sie den Namen des Vertretenen hinzufügen. Die bei Bracton und in der Fleta übliche Bezeichnung attornatus, welche dem loco positus wörtlich entspricht, scheint erst im dreizehnten Jahrhundert technisch geworden zu sein.

Neben der Attornatio im Königsgerichte finden wir eine solche, welche ausserhalb des Gerichtes vor der Person des Königs vorgenommen wurde und somit in der Form vollständig mit der normannischen attornatio coram rege übereinstimmt. Sie kann sowohl für Processe stattfinden, die in der curia regis, als auch für solche, die in alia qualibet curia durchzuführen sind. In beiden Fällen bedarf es eines Breve. Für die Processführung des Attornatus ausserhalb des Königsgerichtes genügt das Formular des statutum Walliae, da das coram nobis zwar das Bancum, aber jedenfalls auch die Person des Königs bedeuten kann. Das Breve für den coram rege attornirten Vertreter, welcher im Bancum processiren soll, ist uns in einer kleinen Abhandlung aus der Zeit Eduards I., welche nach ihren Anfangsworten Fet assavoir citirt wird, in seinem Wortlaute überliefert.

> Et se il fet attorne hors de court, dunk avera il un tiel bref: Sociis et amicis suis C. P. iusticiariis domini regis de banco salutem. Sciatis quod W. de N. coram nobis attornavit loco suo A. vel B. ad lucrandum vel

J. filium R. versus Gil. . . de placito XL acrarum terre in H. ad lucrandum vel perdendum et concedit ei totum ius suum quod habet in predicta terra. Rotuli I, p. 42.

perdendum in loquela ista coram vobis inter W. petentem et B. tenentem de tanto terre cum pertinentiis in N. Et ideo vobis mandamus quod praedictos A. et B. admittatis [117]).

Von dieser attornatio coram rege ipso hat sich später, da der Kanzler als Vertreter des Königs eintreten konnte, eine gleichwerthige attornatio coram cancellario abgezweigt. Andererseits ist die Attornatio auch vor den iusticiarii itinerantes für Processe in ihren Assisen, welche ja nur als eine Emanation der curia regis erscheinen, zugelassen worden [118]).

Eine Ausnahme von den angeführten Grundsätzen bildete der Process wegen frischer Entwerung, nova dissaisina, indem bei diesem statt des Beklagten auch dessen Gutsvogt, baillivus, zu erscheinen und zu antworten berechtigt war. Der Grund dieser Ausnahme beruht in der Wortfassung des breve de nova dissaisina, welches in England (nicht in der Normandie) den Vicecomes auffordert: Et pone per vadium et salvos plegios predictum R. (den Beklagten) vel baillivum suum, si ipse non fuerit inventus, quod . . sit ibi auditurus illam recognitionem. Wie das Verfahren wegen nova dissaisina überhaupt ein summarisches ist, so ist auch zum Zweck schleuniger Erledigung des Besitzstreites in dem Breve auf den Fall einer Vertretung des Beklagten Rücksicht genommen. Der Bailli des streitigen Grundstücks erscheint aber hier durchaus nicht als ein normaler Attornatus [119]). Er muss erscheinen, auch wenn ihn sein Herr nicht bevollmächtigt hat, er ist andererseits nicht befugt, die stattgefundene Entwerung

---

[117]) Fleta p. 447.

[118]) Cf. Rotuli curiae regis ed. Palgrave I, p. 165, 178, 195 und öfter.

[119]) Bracton nennt diesen baillivus, der seinen Herrn gegen die Klage wegen frischer Entwerung vertritt, zum Unterschied vom Attornatus einen responsalis und sagt: Est . . differentia magna inter responsalem et attornatum. Bracton f. 212, Fleta 226. Responsalis bedeutet also bei Bracton und in der Fleta etwas anderes wie bei Glanvilla.

einzuräumen oder einen Vergleich zu schliessen [120]). Weil das Breve bei Abwesenheit des Beklagten ausdrücklich das Erscheinen des Bailli verlangte, so folgerte die Praxis mit stricter Wortinterpretation, dass der Beklagte sich bei Klagen wegen frischer Entwerung schlechterdings nicht durch einen Attornatus im technischen Sinne dürfe vertreten lassen, selbst unter jenen Voraussetzungen nicht, unter welchen sonst die Attornatio statthaft war. Erst das Statut von York, 12. Ed. II, c. 1 von 1318 erlaubte die Bestellung eines technischen Attornatus, unbeschadet des Rechtes sich in älterer Weise durch den Gutsverwalter vertreten zu lassen [121]).

Dass die Attornatio nach älterem Rechte auch bei gewissen anderen Klagen absolut ausgeschlossen war, ergibt sich aus einer Bestimmung des Statuts von Glocester, 6. Ed. I, von 1278. Dieses ordnet nämlich in c. 8 als eine Neuerung an, dass die Attornatio in plees de trespas [122]) über 40 Sh. Werth und bei Klagen wegen batery, plaies und maihemes [123]),

---

[120]) Bracton f. 212 b. Dagegen sagt dieselbe Rechtsquelle vom Attornatus f. 342 a: attornatus fere in omnibus personam domini representat. Fere dico propter essonium de malo lecti. Die Essonien sind nach stattgefundener Attornatio nur in der Person des Attornatus begründet. Doch kann der Attornatus nicht dauerndes Siechthum geltend machen, wie der dominus es könnte, wenn er ohne Vertreter processiren würde. Cf. Coke Instit. II, 394.

[121]) Statutes of the Realm I, 177: Pur diverses meschefs qe unt estez de ceo que les tenantz en assises de novele disseisine ne poient avant ces houres fere atorne, accorde est que les tenantz en brefs de novele disseisine desore puissent fere attornez. Merkwürdiger Weise sagt aber schon Britton, seiner Zeit vorauseilend I, 305: qe en ceste assise et en nule autre pura chescun disseisour par limesmes respoundre ou par attourné ou par baillif. Vergl. unten S. 374 N. 133.

[122]) Das Common Law kennt eine action of trespass vi et armis wegen unmittelbaren Angriffs gegen eines Anderen Person oder Vermögen und eine action of trespass upon the case, eine sehr ausgedehnte subsidiäre Klagform, welche namentlich für das Schuldrecht von Bedeutung ist. Blackstone nennt sie Co. III, 122 an universal remedy given for all personal wrongs and injuries without force.

[123]) plaies = plagae; maihemes Verwundung.

wenn sie ohne Appell, also nicht als Criminalklagen erhoben werden, fürderhin statthaft sein soll. Eine Erleichterung in den Voraussetzungen der Attornatio wurde hiermit bei diesen Klagen nicht eingeführt, sie wurde vielmehr überhaupt erst in der Weise möglich gemacht, wie sie bis dahin in anderen Streitsachen zulässig gewesen war.

Eine besondere Beschränkung der Attornatio kannte das Stadtrecht von London. Nach einem Londoner Weisthum von 1221 durfte ein Auswärtiger, der einen Bürger von London in der Stadt belangte, auf keine Weise einen Attornatus stellen, quia sic posset quemlibet civem iuste et iniuste gravare et indifferenter vexare. Ein Auswärtiger, der in London ein Grundstück besitzt, konnte, wenn er um dasselbe belangt ward, per breve domini regis einen Attorney bestellen, eine Bestimmung, aus welcher man folgern muss, dass auswärtige Beklagte in einem anderen als in dem gedachten Falle trotz eines etwaigen breve regis vor den Stadtgerichten nicht durch einen Attornatus gegen Londoner Bürger processiren konnten [124]).

Eine angebliche Neuerung des Statuts von Merton von 1240, dass jedem freien Manne die Attornatio in den Grafschaftsgerichten und in anderen Untergerichten beliebig gestattet sein solle, erweist sich bei näherer Besichtigung als ein Irrthum eines neueren englischen Juristen [125]). Denn c. 10

---

[124]) Liber albus I, p. 63: Quaestiones itineris (5 Hen. III). Qualiter admittendus est attornatus in Hustengo? Responsio: sciendum est quod si quis forinsecus manens extra civitatem et terram teneat in civitate et implicitatus fuerit de tenemento suo per breve domini regis, bene poterit facere attornatum suum per breve domini regis et erit admissus. Sed si aliquis forinsecus voluerit aliquem de civitate implicitare, non poterit facere attornatum suum aliquo modo quia sic posset quemlibet civem . . . gravare . .

[125]) Stephen glaubt nämlich in seiner modernisirten und ergänzten Ausgabe Blackstones letzteren corrigiren zu müssen, indem er gegen Blackstone, der die erweiterte Zulässigkeit der Anwaltschaft vom zweiten Westminsterstatut ab datirt, auf das Statut von Merton, 20 Hen. III. c. 10 als auf ein älteres Statut verweist, welches die Attornatio bereits

jenes Statuts erlaubt nicht die Vertretung von Processparteien, sondern nur die hier nicht weiter in Betracht kommende Vertretung der Dingpflichtigen, nicht die Attornatio von Seite eines Klägers oder eines Beklagten, sondern nur die Attornatio von Seite der zur Gerichtsfolge Verpflichteten, der suitors oder sectatores bezüglich der Dingpflicht.

Vor dem Jahre 1285 konnte der Attornatus nur als Specialprocurator für einen bereits erhobenen Rechtsstreit bestellt werden. Schon die Fassung des breve de attornato schloss die Bestellung eines Generalattorneys aus. Eine Aenderung führte das cap. 10 des zweiten Westminsterstatuts herbei. Eduard I. gestattete nämlich de gratia speciali, dass Grundbesitzer, welche in verschiedenen Grafschaften Grundstücke besitzen, vor jeglichem Richter einen attornatus generalis ernennen dürfen, der sie vor den reisenden Richtern, so lange die Session dauert, in omnibus placitis motis vel movendis vertreten möge. Die gratia specialis beruht dem älteren Rechte gegenüber darin, dass erstens vor jedem Gerichte attornirt werden kann und zweitens darin, dass ein Generalattorney bestellt werden darf. Damit war zum ersten male grundsätzlich mit der Anschauung gebrochen worden, dass die Zulassung der Attornatio der königlichen Gewalt vorbehalten sei und

---

in umfassendster Weise ausgedehnt habe. Allein der Wortlaut des citirten c. 10: quod quilibet liber homo qui sectam debet ad comitatum, trithingum, hundredum et wapentachium vel ad curiam domini sui, libere possit facere attornatum suum ad sectas illas faciendas lässt erkennen, dass das mehrdeutige Wort secta hier als Gerichtspflicht zu verstehen sei, welche sonst die persönliche Theilnahme der Dingpflichtigen, suitors, an den Gerichtsversammlungen erheischte und nunmehr durch Ersatzmänner ausgeübt werden darf. Cf. Stat. Westminster II, c. 33. Ebenso fasst der mirrour of justices das Stat. Merton auf, V, sect. 2, p. 243: the point of making attornies in suits at hundreds is to be understood in this manner: that although a suitor by this statute may make an attorney for him to save his default, yet non can give judgment by attorney; nor is a woman named in this statute, because that no judgment is to be given by a woman. Stephen hat also in dieser Materie den Text Blackstones nicht verbessert.

ebenso mit der Beschränkung, dass nur ein Vertreter ad hoc constituirt werden dürfe.

Diese Erleichterungen blieben zunächst auf die im Westminsterstatut selbst bezeichneten Ausnahmefälle beschränkt. Ein statutum de finibus et attornatis [126]) unbestimmter Entstehungszeit, welches ohne Grund als Stat. 15 Ed. II bezeichnet wird und vermuthlich älter ist, verbietet allen Justitiaren Attornationen in Streitsachen zuzulassen, welche nicht vor ihnen selbst als vor den competenten Richtern angebracht sind. Es wird ihnen ferner eingeschärft, die Annahme von Attorneys nicht ihren Clerks und Unterbeamten zu überlassen. Aufrecht erhalten wird dagegen das herkömmliche Recht, welches der Kanzler und der Chief Justice in attornatis recipiendis besassen.

Namhaft erweitert ist das Recht der Attornatio in dem bald nach 1290 entstandenen Rechtsbuche Britton's[127]), welcher in dieser Materie von den Ausführungen Bractons und der Fleta vollkommen unabhängig ist. Britton unterscheidet Generalattorneys und Specialattorneys. Die ersteren können nur durch offenen Brief des Königs, welchen der König oder dessen Kanzler gewährt und ausserdem vor den reisenden Richtern en pleine court bestellt werden. Der durch Königsbrief constituirte Generalattorney kann in demselben auch das Recht erhalten, sich einen anderen Attorney zu substituiren, welche Befugniss die von den reisenden Richtern creirten Generalattorneys nicht erwerben können. Especial attournez können nicht bloss vor dem König, vor dem königlichen Kanzler und vor demjenigen, den der König durch sein Breve dazu autorisirt, sondern vor jedem Richter zugelassen werden, falls es sich um Processe handelt, welche durch königliches Writ eingeleitet worden sind. Dagegen können jene Gerichte, welche nicht Recordgerichte sind, in anderen als

---

[126]) Statutes of the Realm I, 215.

[127]) Britton ed. Nichols VI, 10; t. II, p. 356—361.

in Fällen des Writprocesses Attorneys nur auf Grund eines königlichen breve de attornato zulassen.

> Et ou la parole est mue sauntz bref, ne purra nule tele court de seutors porter record de attourné et pur ceo ne deit nul attourné estre receu en tel court sauntz noster bref for qe par la ou le plee est meu par bref [128]).

Wie in der normannischen Jurisprudenz [129]) tritt auch bei Britton der enge Zusammenhang zwischen dem Rechte des Records und der Zulassung des Attornatio auf das Deutlichste hervor. Die recordlosen Gerichte haben nur ausnahmsweise das Recht des Records [130]), nämlich soweit es ihnen durch Rechtssatz für gewisse processualische Acte oder durch königliche Verfügung ad hoc verliehen ist. Während nun nach den älteren Rechtsbüchern die Grafschaftsgerichte des Records entbehren, geht Britton von der Auffassung aus, dass der Vicecomes in Streitsachen, welche auf Grund eines königlichen Writ vor ihn gelangen, als iusticiarius regis gelte und als solcher die Vollmacht des Records besitze [131]). Daraus musste sich für ihn die Consequenz ergeben, dass der Vicecomes in Writprocessen ohne ein besonderes breve de attornato eine Attornatio zulassen dürfe. Britton geht aber in letzterer Beziehung noch einen Schritt weiter, indem er in Writprocessen die Attornatio vor allen Richtern, quels il soint, viscountes ou autres hommes frauncs, gestattet. Die Sache liegt dann thatsächlich so, als ob das Breve, welches den Process an das

---

[128]) Das erstemal ist unter dem bref das breve de attornato, das zweitemal ein breve originale, ein den Process einleitendes Breve zu verstehen.

[129]) Bezeichnend ist in dieser Beziehung auch eine Stelle aus dem Liber albus I, 222: item chescun alderman de Loundres poet par usage recorder attournez en plees pendantz en courtz des viscountz et aillours en hustenge et en la chambre. Die Stelle ist jünger als Britton. Der Liber albus wurde 1419 compilirt.

[130]) Glanvilla VIII, 8, §. 7. Brunner das Gerichtszeugniss p. 150, Entstehung der Schwurgerichte p. 191.

[131]) Britton I, p. 4; p. 136 und die Anmerkung Nichols' l. c. r. Cf. I, p. 403: et en chose qe touche le bref, qe (le viscounte) porte record.

Untergericht bringt, neben dem Namen des Klägers und dem des Beklagten die Worte enthielte: vel quem coram vobis attornaverit. Es ist nicht unmöglich, dass wir es bei Britton in dieser Materie nicht durchweg mit geltenden Rechtssätzen, sondern theilweise nur mit einem legislativen Projecte zu thun haben [132]); wenigstens treten uns in der Zeit nach Britton einzelne Satzungen und Urtheile entgegen, mit welchen sich die unbedingte praktische Geltung der von Britton über die Attornatio ausgeführten Sätze nicht leicht vereinigen lässt [133]).

---

[132]) Brittons unvollendetes Werk — es bricht mitten in dem Capitel von den Attorneys ab — verdankt seine Entstehung einem Plane Eduards I. das englische Recht nach Art der Institutionen zu codificiren.

[133]) Die jüngere Praxis negirt den Record der county courts in einzelnen Writprocessen. Siehe Nichols in seiner Ausgabe Brittons I, 136, Note r. Britton gestattet die Attornatio dem Besitzer, gegen welchen aus dem breve de nova dissaisina geklagt worden ist. Nichtsdestoweniger wird dieselbe erst durch das Statut von York mit Aufhebung des entgegenstehenden Rechtssatzes eingeführt. Siehe oben Seite 369 Note 121. Uebrigens ist zu betonen, dass der Attornatus, welcher ausserhalb der alten Recordgerichte bestellt werden kann, nur ein Specialattorney ist. Dieser fällt aber bei Britton nicht mit dem ad hoc bestellten responsalis Glanvillas, dem attornatus Bractons zusammen. Der Specialattorney ist vielmehr bei Britton mit geringerer Vollmacht versehen als bei Glanvilla und Bracton. Er hat, weil nur für die Durchführung des Processes bestellt, nicht die Befugniss, ihn durch Vergleich zu erledigen. Denn sobald ein Vergleich in Frage gekommen, commence une autre manere de parole qe avaunt ne fust mie en court. Britton I, 306, II, 357. Dagegen Glanvilla XI, 1, §. 3: per procuratorem . . potest placitum . . terminari sive per iudicium sive per finalem concordiam. Cf. Glanvilla VIII, 2 und die von Attorneys abgeschlossenen finales concordiae bei Madox Gloss. Angl. n. 362, 364, 368, 370, 372, 376. Vgl. Bracton 212, Fleta 226 mit Britton I, 306, 307. Der Attorney, welcher Vergleiche schliessen kann, ist für Britton ein Generalattorney. Nur eine besondere Art des letzteren ist derjenige Attorney, welcher für alle pleez muez et à mover bestellt worden (der Generalattorney des gewöhnlichen Sprachgebrauches). Sonach sind nach Britton die Processvertreter bezüglich der Vollmacht folgendermassen zu classificiren. 1) Der bailli aus dem breve de nova dissaisina, der dem responsalis Bracton's entspricht, 2) der Specialattorney, 3) der Generalattorney für einen er-

Der Mirrour of justices, eine Quelle aus dem Anfang des vierzehnten Jahrhunderts, welche nur mit Vorsicht benutzt werden kann, enthält einzelne Aussprüche, welche für die Geschichte der englischen Anwaltschaft ohne Belang sind, weil sie sich gegenseitig widersprechen oder Sätze des älteren Rechtes in nicht oder doch nicht mehr zutreffender Weise generalisiren [134]). Bemerkenswerth ist dagegen eine Mittheilung, welche in überraschender Weise mit dem normannischen Rechte übereinstimmt.

> Ne nul poit resceiver attorney après paroll attainée fors que le Roy ou autre garrant par especial brefe, si non en presence des parties. Mirrour II, sect. 31 [135]).

Darnach ist in den volksrechtlichen Gerichten die Attornatio, soweit sie überhaupt gestattet war, nur in Gegenwart des Processgegners möglich, wogegen sie in den Recordgerichten auch in Abwesenheit desselben erfolgen konnte. In der Normandie war, wie wir oben gesehen haben, die attornatio in absentia adversarii nur vor des Königs eigener Person erlaubt, dagegen nicht im Echiquier und in den Assisen.

Der entscheidende Bruch mit den anglonormannischen Beschränkungen der Attornatio erfolgte durch Statut 15 Hen. VI, 1436—1437. Die Geschichte dieser Neuerung ist in kurzem folgende.

Eine provisorische Verordnung 4 Hen. V von 1415—1416

---

hobenen Rechtsstreit. 4) Der Generalattorney für alle gegenwärtigen und zukünftigen Processe.

[134]) Mirrour V, 1, n. 138: it is abuse to answer or appear by attorney. Dagegen V, 1, n. 104: it is abuse that none can make an attorney in personal actions, where corporal punishement is to be awarded. Der Verfasser des Mirrour scheint in V, 1 verschiedene Klagen über Verletzungen der Magna Charta, welche ihm zur Kenntniss kamen, tumultuarisch und ohne kritische Sichtung zusammengehäuft zu haben.

[135]) Für die ersten vier Bücher des Mirrour citire ich den französischen Text bei Houard, Traités sur les Cout. anglonormandes IV. für das fünfte Buch, welches bei Houard fehlt, steht mir nur die engl. Uebersetzung von Hughes zu Gebot.

gewährte den Aebten, Prioren und Religiosen bestimmter Bezirke das Recht, en chascune manere de plee de dette et trespas sich in den Gerichten ihrer Hundertschaften durch Generalattorneys vertreten zu lassen, welche sie schriftlich unter dem Siegel ihrer Kirche bestellen können. Diese Verordnung sollte nur bis zum nächsten Parlamente Kraft haben. Veranlasst wurde sie durch den Umstand, dass die Seneschalls und Baillis der betreffenden Gerichte die von den Geistlichen bestellten Attorneys nicht annehmen wollten [136]).

Ein Circular Heinrichs V. vom folgenden Jahre, welches an die Vicecomites gerichtet ist, erklärt, dass bis zum nächsten Parlamente alle Unterthanen, sowohl geistliche als weltliche, an den Gerichten der Hundertschaften und an den curiae baronum des ganzen Reiches in quocunque placito debiti transgression isseu alterius contractus cuiuscunque moto seu movendo sollen Attorneys bestellen dürfen [137]).

Ein Statut 9 Henry VI, c. 10 erneuerte die provisorische Verordnung 4 Henry V für so lange, als es dem König gefiele. Die Uebelstände, welche letztere hervorgerufen, hätten sich, da sie nur für ein Jahr erlassen worden, wieder eingestellt. Nach wie vor hätten die Seneschalls und Baillis verlangt, dass die Aebte, Prioren und Religiosen in Person vor ihnen erschienen und ihre Attorneys zurückgewiesen [138]). Daher die Erneuerung jener älteren Verordnung ohne zeitliche Beschränkung.

Eine endgiltige Regelung der Attornatio brachte in umfassender Weise cap. 7 des Statuts 15 Henry VI, von 1436 bis 1437. Dasselbe wiederholt zunächst die Bestimmungen der provisorischen Verordnung 4 Henr. V, indem es sie ohne Zeitbeschränkung auf alle Processe — chascune manere de plee — ausdehnt. Dazu kommt aber der wichtige Zusatz,

---

[136]) Stat. of the Realm II, 192.
[137]) Statutes of the Realm II, p. 200.
[138]) Statutes of the Realm II, p. 268.

dass auch alle in jener Verordnung nicht inbegriffenen Aebte, Prioren und Religiosen, so wie alle weltlichen Personen in jedem Hundert und Wapentak Generalattorneys bestellen dürfen und zwar die Geistlichen unter dem Siegel ihrer Kirche, die Weltlichen unter ihrem eigenen Siegel. Die Dauer dieser Bestimmung ist unbeschränkt (tant come y plerra au roy[139]). Während im älteren Recht der Attorney in der Regel nur ein Specialanwalt sein konnte, kann er jetzt von jedermann als Generalattorney und somit vor erhobenem Rechtsstreit bestellt werden. Die Attornatio ist nicht mehr nothwendiger Weise ein gerichtlicher Act, der das persönliche Erscheinen der Partei vor Gericht erheischt. Denn der Anwalt kann durch gesiegelte schriftliche Vollmacht bestellt werden. Da unser Statut nur veranlasst ist, diese Neuerungen für die Untergerichte vorzuschreiben und derartige Reformen gewöhnlich zuerst in den Recordgerichten ausgebildet worden waren, ehe sie auf jene ausgedehnt wurden, so ist es wahrscheinlich, dass schon vorher in den Recordgerichten die Bestellung von Generalattorneys durch schriftliche Vollmacht üblich geworden war. Wie dem auch sei, die Geschichte des altenglischen Attorney können wir füglich mit dem Statut 15 Henry VI. abschliessen, welches somit für England eine ähnliche Bedeutung hat wie die Ordonnanz von Tours von 1483 für Frankreich, sofern sie mit den mittelalterlichen Beschränkungen der Anwaltbestellung gebrochen hat. Auch in Deutschland erscheint das fünfzehnte Jahrhundert im allgemeinen als der Wendepunct in der Geschichte der gerichtlichen Stellvertretung. Auch hier wie in England und Frankreich verlangte und erreichte an der Schwelle der Neuzeit das steigende Verkehrsleben die Beseitigung unbequem gewordener Beschränkungen der gerichtlichen Anwaltschaft.

Noch später als in den Gerichten des common law brach sich die Stellvertretung in der Court of Chancery Bahn, wo

---

[139]) Statutes of the Realm II, p. 300.

man die Anwesenheit beider Parteien als wesentlich betrachtete, damit sie dem Gerichte alle verlangten Informationen geben und examinirt werden könnten. Noch ein Kanzler aus der Zeit Eduards IV. erklärte die persönliche Anwesenheit der Parteien für eine Forderung des Naturrechts [140]). Auf die Details der Entwicklung ist hier nicht einzugehen, weil sie dem hier behandelten Zeitraume nicht mehr angehört. Für die Vertreter an den Billigkeitsgerichten wurde die Bezeichnung solicitors [141]) üblich. Den procurator des römisch canonistischen Verfahrens bezeichnet der Ausdruck proctor. Durch die Judicature Act von 1873 wurde bestimmt, dass alle Solicitors, Attorneys und Proctors jener Gerichte, deren Jurisdiction auf das neu geschaffene oberste Reichsgericht übertragen wurde, Solicitors of the supreme court genannt werden sollen.

Schlussbemerkungen.

In Frankreich, in der Normandie und in England erscheint die königliche Gewalt als der Ausgangspunct für die Ausbildung der Anwaltschaft. Das Volksrecht ist in keinem dieser Rechtsgebiete über die Vertretung im Falle echter Noth hinausgekommen. Entweder gestattet der König, dass vor ihm einer bestimmten Person die Vertretung übertragen werde. Der König selbst ist es, der den Vertreter zulässt, eine Prärogative, welche auf das Königsgericht als solches, auf die iusticiarii locum regis tenentes überging. Oder aber zweitens der König gibt einem Unterthan das Privilegium, einen Vertreter zu bestellen, ohne dass die Bestellung vor dem König oder seinen Organen zu erfolgen braucht. Die Person des Anwalts ist in der vom König ertheilten Vergünstigung noch völlig unbestimmt. Die Ertheilung der Vollmacht ist nur Sache der privilegirten Partei und nicht etwa wie im ersten Falle ein

---

[140]) Spence, The equitable iurisdiction I, p. 370.

[141]) Ueber solliciteurs in Frankreich, vgl. Bataillard l. c. p. 223 f.

Rechtsgeschäft, welches nur vor dem König oder im Königsgerichte in rechtswirksamer Weise geschlossen werden kann. Den ersteren Weg ging die Entwicklung des normannischen und des englischen Rechtes, den letzteren ging das französische System der lettres de grace [142]). Dort bekundet das Breve, soweit ein solches erforderlich ist, die erfolgte Attornatio, so dass es einer besonderen Vollmacht von Seite der Processpartei nicht erst bedarf. Hier dagegen wird der Procureur, weil ja die lettre de grace der Anwaltbestellung vorausgeht, erst durch eine schriftliche procuration des Clienten bestellt. In der Normandie und im älteren englischen Rechte finden sich nur Specialanwälte; wenigstens sind Generalanwälte vor dem zweiten Westminsterstatute nicht bezeugt. Die lettre de grace gibt das Recht, Generalprocuratoren zu bestellen.

Anknüpfungspuncte bietet für beide Arten von Anwälten schon das fränkische Recht der merovingischen Zeit dar. Eine Formel bei Marculf I, 21, Rozière n. 392 enthält unter der Ueberschrift de causas alterius reciptas die vor dem König erfolgte Bestellung eines Generalanwalts.

> Fidelis noster ille ad nostram veniens praesentiam, suggessit nobis eo quod propter simplicitatem suam causas suas minime possit prosequere vel admallare; clementiae regni nostri petiit ut inlustris vir ille omnes causas suas in vice ipsius tam in pago quam in palatio nostro ad mallandum vel prosequendum recipere deberet, quod in praesente per fistuca eas eidem visus est commendasse. Propterea iubemus ut dum taliter utrisque decrevit voluntas, memoratus ille vir omnes causas lui ubicumque prosequere vel admallare debeat, ut unicuique pro ipso vel hominibus suis de reputatis conditionibus et directum

---

[142]) Die den französischen lettres de grace entsprechende Vergünstigung wurde in England im Wege der Gesetzgebung ertheilt. So erhielt ein derartiges Privilegium der Herzog von Bedford für die Dauer seiner Abwesenheit im Reichsdienst durch Parlamentsacte 2 Hen. VI, c. 3, Statutes of the Realm II, 217.

faciat et ab aliis (simili modo) veritate recipiat sic tamen quamdiu amborum decrevit voluntas.

Die Formel Marculfs unterscheidet sich von dem anglonormannischen breve de attornato [143]) namentlich darin, dass hier ein Generalattorney bestellt wird. Die Ertheilung einer generellen Befugniss sich vertreten zu lassen, hat sie mit der französischen lettre de grace gemein; doch ist in der Formel der Anwalt bereits vor dem König bestellt wie nach anglonormannischem Brauch, während die lettre de grace der Bestellung des Anwalts vorausgeht. Wenn wir berücksichtigen, dass die Bestellung des Procureur durch schriftliche Vollmacht dem canonischen Processrechte entlehnt wurde — wie schon der Wortlaut der procuration deutlich ersehen lässt — so erklärt sich das System der französischen lettres de grace einfach daraus, dass man die fränkische Sitte eine generelle Vertretung durch Privilegien zu gestatten mit der canonistischen Form der Anwaltbestellung durch procuration verband und dafür die germanische Art, den Anwalt rechtsförmlich vor Gericht zu constituiren, fallen liess.

Ueberflüssig war die Erwirkung eines königlichen breve, wenn der Anwalt im Königsgerichte selbst zur Vertretung in einem daselbst schwebenden Rechtsstreite bestellt wurde. Auf einen solchen Act ist c. 12 des wahrscheinlich ältesten Capitulum zur lex Salica zu beziehen.

> De eum qui causa aliena dicere praesumpserit, cui nec demandata nec leverpita fuerit et non potuerit vindicare solidos XV culpabilis iudicetur. De postea ei cui causa est liceat legibus causam suam mallare [144]).

Auf eigenmächtige Vertretung eines Anderen ohne vorausgegangene Uebertragung der Vertretungsbefugniss wird eine Brüche von fünfzehn Solidi gesetzt. Ueber die Voraussetzungen, unter welchen ein Anwalt bestellt werden konnte, spricht sich

---

[143]) Siehe oben Seite 365.

[144]) Behrend-Boretius, Lex Salica p. 92.

die Stelle nicht aus. Doch ist es von vorneherein höchst unwahrscheinlich, dass das volksgerichtliche Verfahren des salischen Rechtes die Anwaltbestellung allgemein gestattet habe. Vielmehr liegt die Annahme am nächsten, dass jenes demandare et laisowerpire causam im Königsgerichte mit Bewilligung des Königs erfolgte. Die Durchführung von Processen durch Vertreter, welche mit königlicher Genehmigung für den Einzelfall bestellt worden waren, ist uns durch merovingische Placita bezeugt[145]). Für die beschränkte Zulässigkeit der Vertretung sprechen nicht nur die altfranzösischen Coutumes, welche sie grundsätzlich versagen, sondern spricht namentlich ein karolingisches Capitulare missorum, auf welches schon Pardessus[146]) und Bataillard[147]) hingewiesen haben. Das Capitulare Aquisgranense von 802 verbietet nämlich in c. 9 die Vertretung als einen Missbrauch. Nur in Fällen echter Noth soll das missatische Gericht einen aus seiner Mitte oder einen anderen tauglichen Mann als Vertreter oder als Beistand zulassen.

> Ut nemo in placito pro alio rationare usum habeat . . sed unusquisque pro sua causa vel censum vel debito ratione reddat, nisi aliquis (sit) infirmus aut rationes nesciens pro quibus missi vel priores qui in ipso placito sunt vel iudex qui causa huius rationis sciat rationetur conplacito, vel si necessitas sit talem personam largiatur ut rationem . . qui omnibus probabilis sit et qui in ipsa bene noverit causa, quod tamen omnino fiat secundum convenientiam priorum vel missorum qui praesentes adsunt[148]).

Wir dürften wohl nicht fehlgreifen, wenn wir annehmen, dass die Grundsätze, welche hier für die missatischen Placita

---

[145]) Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis p. 45.

[146]) Fragment d'un commentaire inédit de la loi Salique. Bibliothèque de l'école des chartes prem. Série, I, p. 426 ff.

[147]) Origines des procureurs p. 37.

[148]) Monum. Germ. Leges I, p. 90.

vorgeschrieben wurden, nichts anderes als die in diesem Puncte beachtete Praxis des fränkischen Königsgerichtes waren [149]).

Der Vertreter heisst schon in merovingischer Zeit mundboro, eine Bezeichnung, die sich im fränkischen Stammesgebiet in dem Worte Momper über das Mittelalter hinaus für den gekorenen Anwalt erhalten hat.

Nach salfränkischem Rechte erfolgte die Bestellung des Anwalts mit Mund und Halm, nämlich durch eine mündliche Erklärung und durch Uebergabe einer Festuca [150]). Verwandte Formen finden wir in deutschen Stammesrechten bis über das Mittelalter hinaus, bei den Baiern das Aufgeben von Klage und Antwort durch Vergreifung am Gerichtsstab, bei den Sachsen die Bestellung des Anwalts mit Mund und Hand, mit Fingern und Zungen. Es sind die bei der Auflassung angewendeten Symbole, welche bei der rechtsförmlichen Bestellung des Anwalts in überraschender Weise wiederkehren. In den altfranzösischen Quellen ist der fränkische Formalact nicht mehr zu finden. Nur bei der Vertretung im Zweikampf kommt ein formeller Uebertragungsact vor, der als bailler l'avouerie [151]) bezeichnet wird, aber nicht mit der fränkischen

---

[149]) Nahe Verwandtschaft mit dem salfränkischen Recht zeigen die Bestimmungen des langobardischen Rechtes (Ratchis I, 3; II, 7), über welche mein Aufsatz über die fränkisch-romanische Urkunde, Zeitschr. f. Handelsrecht XXII, p. 519 verglichen werden möge.

[150]) Die Bestellung eines Vertreters durch schriftliches Mandat — cf. Pardessus l. c. — darf nicht als allgemein zulässige Form betrachtet werden. Die dafür vorhandenen Formeln waren entweder für die römische Bevölkerung (Rozière 384, 385, 386, 388) oder für Geistliche bestimmt (Rozière 387, 389, 390).

[151]) Anchienne Coutume d'Amiens bei Du Cange-Henschel, Gloss. II, 67: Et doit prendre chil qui claime son avoué par puing et dire que par chelui qui est ses avoues le monstrera — et son droit et s'avouërie à son avoué baillera et en foi le baisera et li avoués l'avouerie de chelui retenra. Und der Beklagte: prendera . . son avoué par le poing et dira que par chelui le monstera et son droit et son avouërie à son avoué baillera et son avoué en foi baisera.

laisowerpitio identisch ist, wie denn überhaupt die Vertretung im Zweikampf unter der Herrschaft besonderer hier nicht zu erörternder Grundsätze steht. Ebenso hat die normannische und englische Attornatio die fränkische Symbolik abgestreift, sie erscheint nur als ein mündlicher gerichtlicher Act ohne symbolisches Beiwerk.

X.

Ueber das System der Freiheitsstrafen mit besonderer Rücksicht auf den ungarischen und den niederländischen Entwurf eines Strafgesetzbuchs.

Von

Prof. Dr. **A. Geyer.**

I.

Jeder neue Strafgesetzentwurf bringt auch ein neues Strafensystem. Während in den Verbrechensdefinitionen nicht selten im Wesentlichen, ja oft selbst in Nebenpunkten Einhelligkeit herrscht, weichen die Bestimmungen über die Strafarten weit von einander ab. Während nicht bloss die allgemeine Rubrik Verbrechen gegen die persönliche Freiheit, sondern auch vielfach der Inhalt, mit welchem diese Rubrik ausgefüllt wird, der nämliche ist, finden wir allerdings in den neuen Gesetzen überall den Namen Freiheitsstrafen, aber der Inhalt, welcher sich unter jenem Namen birgt, ist ein äusserst verschiedener. Gerade über diese Strafen möchte ich hier aus Anlass von zwei neuen Werken der Gesetzgebung etwas vorbringen, da es ja doch unzweifelhaft ist, dass sie den Kern unseres Strafensystems bilden. Dabei will ich zur Ver-

meidung von Missverständnissen bemerken, dass ich hier unter Freiheitsstrafen immer nur die in einer Einsperrung (mit möglicherweise sehr verschiedenartiger Behandlung) bestehenden Freiheitsstrafen im engeren Sinne verstehe, nicht also die Verstrickung, die Verweisung und die Verbringung (Deportation). —

Schon in der Eintheilung der Freiheitsstrafen tritt uns die allergrösste Verschiedenheit entgegen, wenn man die jetzt geltenden Gesetzbücher Europas aufschlägt. Vielfach zeigt sich der Einfluss des französischen Gesetzbuchs, wie z. B. im belgischen und in abgeschwächter Weise auch im griechischen Strafgesetzbuch. Das letztere, welches weniger bekannt ist, zählt unter den Verbrechensstrafen (lebenslängliche und zeitliche) Zwangsarbeit, sowie Einschliessung, unter den correctionellen Strafen Kerker und unter den Polizeistrafen Detention auf. Die zur Zwangsarbeit Verurtheilten haben nach Art. 9 beide Füsse mittelst einer langen, durch einen eisernen Block beschwerten Kette zusammengeschlossen und müssen die härtesten Arbeiten verrichten, aber auch die Einschliessung ist mit Arbeitszwang verbunden. Die letztere hat eine Dauer von 5—10 Jahren, die Zwangsarbeitsstrafe dauert mindestens 10 Jahre.

Wohl am weitesten treibt die Eintheilungen der Freiheitsstrafen das spanische Str.-G.-B. (Codigo Penal reformado) vom 17. Juni 1870. Hier nämlich begegnen uns folgende Strafen:

1. Cadena (Kettenstrafe) perpetua und cadena temporal, letztere in der Dauer von 12 Jahren und einen Tag bis zu 20 Jahren (Art. 29). Lebenslängliche Kettenstrafe ist mit interdiccion civil verbunden (Art. 54 [1]), zeitliche mit interdiccion civil während der Strafdauer und mit inhabilitacion absoluta perpetua [2]) (Art. 57).

---

[1]) Die interdiccion civil entzieht dem Sträfling die Rechte der väterlichen und ehemännlichen Gewalt, der Vormundschaft, Curatel, Betheiligung am Familienrath, der Vermögensverwaltung und der Verfügungen über das Vermögen durch Acte unter Lebenden (Art. 43).

[2]) Die inhabilitacion absoluta perpetua entzieht den Besitz und die Befähigung zu den Ehren-Aemter- und Wahlrechten, sowie die Pensionen

2. Reclusion perpetua, verbunden mit inhabilitacion absoluta perpetua und reclusion temporal in der Dauer von 12 Jahren und einem Tag bis zu 20 Jahren, verbunden mit inhabilitacion absoluta temporal.

3. Presidio mayor von 6 Jahren 1 Tag bis zu 12 Jahren, verbunden mit inhabilitacion absoluta temporal und presidio correccional von 6 Monaten 1 Tag bis zu 6 Jahren, verbunden mit Suspension von Aemtern und Wahlrecht. Das Presidio ist eine Festungsstrafe, aber, wie man sieht, keineswegs eine custodia honesta.

4. Prision mayor von 6 Jahren 1 Tag bis zu 12 Jahren und prision correccional von 6 Monaten 1 Tag bis zu 6 Jahren, beide verbunden mit Suspension der Amts- und Wahlrechte während der Strafdauer.

5. Arresto mayor von 1 Monat 1 Tag bis zu 6 Monaten, ebenfalls mit jener Suspension verbunden und arresto menor und 1 Tag bis zu 30 Tagen.

Nun muss man noch ferner erwägen, dass das spanische Str.-G.-B. dreierlei Verbannungsstrafen kennt, die Relegacion, das Extranamiento und den Destierro. Die ersten beiden sind Criminalstrafen und können lebenslänglich oder zeitlich (von 12 Jahren 1 Tag bis zu 20 Jahren) sein, der Destierro ist Correctionalstrafe und dauert von 6 Monaten 1 Tag bis zu 6 Jahren. Endlich kommt unter den Criminalstrafen aber auch noch die Verstärkung (confinamiento) in der Dauer von 6 Jahren und 1 Tag bis zu 12 Jahren vor.

Gewiss ein grosser Reichthum an Strafmitteln (daneben kommt noch Todesstrafe, Geldstrafe, Entziehung von Aemtern u. s. w., Verweis, cautio de non offendendo vor). Gleichwohl hat der Gesetzgeber die Freiheit des richterlichen Ermessens gerade durch diesen Reichthum an Strafarten erstickt oder zum mindesten in spanische Stiefel eingeschnürt. Nicht nur,

---

und ähnliche Bezüge; die i. a. temporal lässt die letzteren unberührt und schränkt die Entziehung der Befähigung zu Aemtern u. s. w. auf eine bestimmte Zeit ein.

dass wie wir sehen, überall die mit den Freiheitsstrafen verbundenen Ehrenfolgen vom Gesetz ganz absolut vorausbestimmt sind, es wird das Strafensystem auch dadurch noch weiter verkünstelt, dass jede Strafart in drei Grade eingetheilt ist, so dass jeder dieser drei Grade ein Drittel des gesammten Strafrahmens umfasst. Ueberall wird dabei aber, ebenso wie bei der Abgränzung der Strafarten gegen einander — was schon die oben angeführten Zahlen gezeigt haben — sorgfältig darüber gewacht, dass das Minimum des höheren Grades immer höher gestellt werde als das Maximum des nächst niederen. Ueber die Verkehrtheit dieses Vorgehens braucht man bei uns in Deutschland kein Wort zu verlieren. Bei uns herrscht längst Klarheit darüber, dass die Höchstmaasse der niederen Strafarten und Strafsätze höher gegriffen werden müssen als die Minima der nächst höheren Strafarten und Strafsätze; das System der übergreifenden Strafsätze ist ein Dogma geworden, das man hier und da in der Gesetzgebung vielleicht einmal aus Unachtsamkeit verletzt, das man aber principiell nicht anficht.

Ein viel erfreulicheres Bild als das spanische Str.-G.-B. bieten nun zwei der neuesten Entwürfe, obwohl auch sie beide zu manchen Bedenken Anlass geben und von einander in sehr charakteristischer Weise abweichen. Lässt sich ja doch auch nicht erwarten, dass die feurigen Magyaren und die bedächtigen Holländer — und um diese handelt es sich hier —, zwei Völker, deren historische und staatliche Entwicklung überdies eine sehr verschiedenartige ist, im Strafrecht uns genau dieselbe Physiognomie zeigen werden. Und haben nicht gerade jene alles wohl überlegenden Holländer schon 1870 die Todesstrafe abgeschafft, während der neue ungarische Entwurf sie beibehält, was die Billigung einer grossen Mehrheit der ungarischen Volksvertreter gefunden hat? Nicht zu verkennen ist aber doch der immer mehr über die Grenzen der Nationalitäten und Staaten hinausgreifende Einfluss der Wissenschaft auf den einen wie den anderen Entwurf, so dass man zuletzt mehr

gemeinsames in denselben findet als man vermuthen möchte. In dem ungarischen Entwurf[3]) zeigt sich der Einfluss des österreichischen Entwurfs, welcher bekanntlich ganz vornehmlich auf das deutsche Str.-G.-B. Rücksicht genommen und vieles wörtlich oder fast wörtlich aus diesem entlehnt hat, der niederländische Entwurf, welchem vortreffliche Motive beigegeben sind, sagt sich in einer bemerkenswerthen Weise von den französischen Traditionen los, welche auch im belgischen Str.-G.-B. zu viele Berücksichtigung gefunden haben, und schlägt, im Wesentlichen doch auf der nie verloren gegangenen gemeinsamen Grundlage deutscher und niederländischer Rechtswissenschaft fussend, manche kühne Reform vor. Gerade in Bezug auf das System der Freiheitsstrafen zeigen die beiden Entwürfe eine grosse Verschiedenheit.

Der ungarische Entwurf, welcher, wohlgemerkt nur Verbrechen und Vergehen behandelt, die Uebertretungen dagegen einem besonderen Polizeistrafgesetzbuch überlässt, kennt vier Freiheitsstrafen: Zuchthaus, Staatsgefängniss, Kerker und Gefängniss. Zuchthaus und Kerker sind ausschliesslich auf Verbrechen, Gefängniss ist ausschliesslich auf Vergehen anwendbar. Staatsgefängniss wird für Vergehen in der Dauer bis zu 5 Jahren, für Verbrechen bis zu 15 Jahren angedroht. (§. 20.)

Die Zuchthausstrafe ist eine lebenslängliche oder zeitliche. Die längste Dauer der letzteren beträgt 15, die kürzeste 2 Jahre (§. 22). Sie wird in Landesstrafanstalten vollstreckt (§. 28). Der zur Zuchthausstrafe Verurtheilte ist zu den an

[3]) Entwurf eines ungarischen Strafgesetzbuches über Verbrechen und Vergehen. Regierungsentwurf nebst der von der Justizcommission des Abgeordnetenhauses beschlossenen Fassung. Herausgegeben vom k. ungar. Justizministerium, Budapest 1877. Ich werde in der Regel nur die Fassung der Justizcommission berücksichtigen.

[4]) Ontwerpen van een Wetboek van Strafregt en dartoe behoorende wetten met Toelichting den Koning aangeboden door de Staatscommissie etc. Herausgegeben mit Ermächtigung des Justizministers. Haag, Gebr. Belinfante 1875.

der Strafanstalt eingeführten und ihm von der Direction angewiesenen Arbeiten anzuhalten. Während der im §. 30 bezeichneten Zeit (s. unten) ist er Tag und Nacht, sonst aber nur Nachts in Einzelhaft zu verwahren. Er trägt Strafhauskleider, wird nach den für Zuchthäuser bestehenden Vorschriften verpflegt und ist diesen Vorschriften wie der Hausdisciplin unterworfen. Ausserhalb der Strafanstalt dürfen Zuchthaussträflinge lediglich zu öffentlichen Arbeiten und nur dann verwendet werden, wenn ihre Absonderung von freien Arbeitern durchführbar ist (§. 29). Jeder Zuchthaussträfling wird in der Regel zu Beginn der Strafe (wenn es die körperliche oder geistige Gesundheit des Sträflings da nicht gestattet, allenfalls später, aber stets nur während der ersten Hälfte der Strafzeit — §. 32) in Einzelhaft gehalten. Sträflinge, deren Strafzeit 3 Jahre und darüber beträgt, sind 1 Jahr lang, solche deren Strafzeit kürzer als 3 Jahre ist, ein Drittel der Strafzeit in Einzelhaft zu halten. Die Absonderung wird nur unterbrochen durch die in den Vorschriften für Zuchthäuser bestimmten Besuche, den Gottesdienst und den Aufenthalt in freier Luft (§. 30). Zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe Verurtheilte dürfen nur während der ersten 10 Jahre in Einzelhaft gehalten werden (§. 34).

Die längste Dauer der Strafe des Staatsgefängnisses beträgt 15 Jahre, die kürzeste 1 Tag (§. 23). Die Staatsgefangenen werden in besonderen Staatsgefängnissen verwahrt; sie sind, soweit es die räumlichen Verhältnisse gestatten, Nachts abgesondert, während des Tags in gemeinschaftlichen Räumen unterzubringen. Sie dürfen zur Arbeit nicht angehalten werden; es steht ihnen jedoch frei, sich mit einer den Verhältnissen der Anstalt entsprechenden, selbstgewählten Arbeit zu befassen. Sie dürfen ferner ihre eigenen Kleider tragen und sich selbst verpflegen. In Bezug auf die Hausordnung und die Disciplinarvorschriften bestehen für das Staatsgefängniss mildere Anordnungen als für das Zuchthaus und den Kerker (§. 35).

Die längste Dauer der Kerkerstrafe beträgt 10 Jahre, die kürzeste 6 Monate (§. 24). Sie wird im Districtskerker oder in den vom Justizminister zu diesem Behuf bezeichneten Gerichtshofgefängnissen vollzogen (§. 36). Die zur Kerkerstrafe Verurtheilten sind zu einer ihren Verhältnissen entsprechenden Arbeit anzuhalten; doch können sie unter den in der Anstalt eingeführten Arbeiten frei wählen. Ausserhalb des Kerkergebäudes können sie lediglich zu öffentlichen Arbeiten und nur mit ihrer Einwilligung verwendet werden; in diesem Falle sind sie von den Zuchthaussträflingen wie von den freien Arbeitern abzusondern. Sie sind in analoger Weise wie die Zuchthaussträflinge der Einzelhaft unterworfen; in Hinsicht auf Kleidung, Verpflegung, Hausordnung und Disciplin gelten für sie besondere Vorschriften, welche milder sind als die für Zuchthäuser (§§. 37, 38).

Die Gefängnissstrafe hat eine Dauer von 1 Tag bis zu 5 Jahren (§. 25) und wird im Gerichtshofs- oder im Bezirksgerichtsgefängniss vollzogen (§. 39). Die zur Gefängnissstrafe Verurtheilten sind regelmässig nur wenn ihre Strafzeit länger als 1 Jahr dauert, der Einzelhaft unterworfen; in Bezug auf deren Dauer gelten dann die Vorschriften des §. 30. Die zur Gefängnissstrafe Verurtheilten sind zu einer ihren Verhältnissen entsprechenden Arbeit verpflichtet, haben aber das Recht der Wahl unter den in dem Gefängniss eingeführten Arbeiten. Ausserhalb des Gefängnisses dürfen sie nur mit ihrer Einwilligung und lediglich zu öffentlichen Arbeiten verwendet werden. In Hinsicht auf Verpflegung, Hausordnung und Disciplin sind sie den Gefängnissvorschriften unterworfen; diese sind jedoch milder als die für Zuchthäuser und Kerker bestehenden (§. 40). Aus besonders berücksichtigenswerthen Gründen kann das Gericht einen zur Gefängnissstrafe Verurtheilten von der Arbeit entheben und demselben die Verpflegung auf eigene Kosten gestatten (§. 41 — neu eingefügt von der Justizcommission). —

Zur richtigen Würdigung dieses Strafensystems ist noch

der §. 92 und das, was der Entwurf über die sog. Ehrenfolgen sagt, heranzuziehen. Der §. 92 lautet: „Sind die mildernden Umstände so schwerwiegend oder so zahlreich, dass selbst das auf die Handlung angedrohte niedrigste Strafmaass unverhältnissmässig schwer wäre, so kann innerhalb derselben Strafart auf das niedrigste Strafmaass erkannt werden; sollte auch diess zu strenge sein, dann kann an Stelle der zeitlichen Zuchthausstrafe Kerker, an Stelle der Kerkerstrafe Gefängniss, an Stelle des Gefängnisses Geldstrafe bis zum niedrigsten Ausmaasse der jeweiligen Strafart treten; in diesem Falle kann auch von der Verhängung des Amtsverlustes und der zeitweiligen Entziehung der politischen Rechte Umgang genommen werden.

Selbst in diesem Falle kann jedoch anstatt der Todesstrafe auch keine geringere als 15jährige Zuchthausstrafe, an Stelle der lebenslänglichen Zuchthausstrafe auch keine geringere als 10jährige Zuchthausstrafe erkannt werden."

Als Ehrenfolgen kennt der Entwurf nur 1) Amtsverlust und 2) zeitweilige Entziehung der politischen Rechte. Diese können nach §. 54 in den durch das Gesetz (im besonderen Theil) bestimmten Fällen einzeln oder beide zusammen neben einer Freiheitsstrafe verhängt werden. Die zum Amtsverlust Verurtheilten verlieren nach §. 55: a) die durch Ernennung oder Wahl erlangten öffentlichen Aemter oder Dienste; desgleichen die auf Grund einer behördlichen Bestätigung bekleideten Aemter, Dienste oder Stellungen und die darnach entfallenden Pensionsansprüche, Pensionen oder Gnadengehalte; b) die Advocatur, das Notariat, die öffentliche Professur oder die öffentliche Lehrerstellung; c) die von ihnen geführten Vormundschaften oder Curatelen; d) die auf Erben nicht übergehenden öffentlichen Titel, inländische Ordens- und Ehrenzeichen, die Berechtigung, ausländische Ordens- und Ehrenzeichen tragen zu dürfen; e) die Fähigkeit, während der durch das Gericht bestimmten Zeit die bezeichneten Aemter, Dienste, Stellungen und Auszeichnungen zu erlangen. Die zeitweilige Entziehung der politischen Rechte bewirkt nach §. 56, dass

der Verurtheilte 1) nicht Mitglied des Reichstages oder des Vertretungskörpers eines Municipiums oder einer Gemeinde, 2) nicht Geschworner sein kann, 3) bei Reichstags-, Municipal- oder Gemeindewahlen kein Stimmrecht besitzt. Die Dauer des Amtsverlustes und der Entziehung der politischen Rechte bestimmt nach §. 57 das Gericht. Sie kann sich bei Vergehen auf 1 bis 3 Jahre, bei Verbrechen auf 3 bis 10 Jahre erstrecken, und wird vom Ende der Freiheitsstrafe, im Falle der Verjährung (d. h. natürlich der Verjährung der Strafvollstreckung) aber vom Ende der letzteren an gerechnet. —

Wir wollen uns hier nicht auf Einzelheiten einlassen, also nicht genauer prüfen, ob die Entziehung der Advocatur und des Notariats, namentlich die erstere, nicht den betreffenden Disciplinarbehörden überlassen bleiben sollte, ob die Entziehung des Rechts, Geschworner zu sein, nicht unter den Amtsverlust statt unter die Entziehung politischer Rechte einzureihen wäre u. dgl. Im Allgemeinen muss man anerkennen, dass der Entwurf bei Bestimmung des Umfangs der sog. Ehrenfolgen sich einer gebührenden Mässigung beflissen hat.

Vorerst ist es nun klar, dass in diesem Strafensystem das Staatsgefängniss ebenso wie die den gleichen Namen führende Freiheitsstrafe des österreichischen Entwurfs den Charakter einer custodia honesta haben soll. Wir finden sie deshalb vorzugsweise bei den sog. politischen Verbrechen und bei dem Zweikampf angedroht. Dabei will ich nur bemerken, dass es auf einer falschen Hyperloyalität beruht, wenn (ähnlich wie im österreichischen Entwurf) jede thätliche Beleidigung eines Mitgliedes des königlichen Hauses Zuchthaus nach sich ziehen soll (§. 141, während nach dem deutschen Str.-G.-B. §. 94 selbst bei thätlicher Majestätsbeleidigung Festungshaft zulässig ist).

Im Allgemeinen finden wir zwei Hauptfehler in der Behandlung des Staatsgefängnisses in dem ungarischen Entwurf:

1. Dasselbe ist überhaupt nicht als allgemeine Surrogatstrafe für alle strafbaren Handlungen aufgestellt. Selbst in dem Fall des §. 92 (beim Zusammentreffen ausserordentlich

vieler oder wichtiger Milderungsumstände kann Staatsgefängniss weder an die Stelle des Zuchthauses noch an die des Kerkers treten. Auch im besondern Theil ist nicht, wie häufig im deutschen Str.-G.-B., die custodia honesta neben Zuchthaus (oder Kerker) angedroht, so dass also die Zuchthaus- sowie die Kerkerstrafe niemals in Staatsgefängniss umgewandelt werden kann. Dasselbe gilt selbst von der Gefängnissstrafe, an deren Stelle nach §. 92 Geldstrafe, aber nie Staatsgefängniss treten kann. Der Gedanke, dass es für alle Fälle, mögen sie unter welche Verbrechensart immer gehören, eine Haft geben müsse, welche den vollen Charakter der custodia honesta hat, ist also in dem Entwurf gar nicht zum Ausdruck gekommen.

2. Andererseits ist der Charakter des Staatsgefängnisses dadurch bis zur Unkenntlichkeit verwischt, dass mehrfach im besondern Theil angeordnet wird, es solle neben dem Staatsgefängniss auf Amtsverlust und Entziehung der politischen Rechte erkannt werden. So in den §§. 138 und 162 (vergl. §. 152). Nun lässt es sich zwar rechtfertigen, dass bei schwereren sog. politischen Verbrechen mit der Freiheitsstrafe Verlust der öffentlichen Aemter im engeren Sinne des Wortes und der Wahlrechte, sowie eine länger dauernde Unfähigkeit, solche Aemter wieder zu erlangen, bez. das Wahlrecht auszuüben, verbunden werde. Der „Amtsverlust" des ungarischen Entwurfs umfasst aber auch die Advocatur, ja auch das Recht Vormund oder Curator zu sein und es lässt sich um so weniger rechtfertigen, dass mit dem Staatsgefängniss die Summe aller Ehrenfolgen verbunden wird, wenn man auf der andern Seite sieht, wie selbst die Zuchthausstrafe in einer Reihe von Fällen (vgl. die §§. 169, 202, 223, 227, 250, 289, 326, 432, 447) die Entziehung politischer Rechte nicht mit sich führt, ja dass sogar in einer Anzahl anderer Fälle überhaupt keine Ehrenfolge an die Verurtheilung zur Zuchthausstrafe geknüpft ist (s. die §§. 254, 304—7, 309, 315, 400, 403, 404, 433—35, 443). Unter den hier angezogenen Bestimmungen sind einige im hohen Grad auffallend. So ist es gewiss sehr seltsam,

dass der Meineidige (vgl. §. 223) das Recht, Geschworener zu sein, nicht verliert (was beiläufig gesagt auch von dem Betrüger gilt, vgl. §. 388). Ebenso ist es durchaus zu missbilligen, dass gerade bei einer Reihe der schwersten, mit Zuchthaus bedrohten Verbrechen Ehrenfolgen gar nicht eintreten. Hieher gehören: die schwere Körperverletzung (auch mit nachgefolgtem Tod), zugefügt mit der Absicht, schwer zu verletzen (§§. 306, 307), Vergiftung (§. 309), Brunnenvergiftung u. s. w. (§. 315), Privaturkundenfälschung (§§. 400, 403, 404), vorsätzliche, gemeingefährliche Beschädigung von Eisenbahnen, Dampf- u. a. Schiffen u. s. w. (§§. 433—435). Soll denn also ein Giftmischer oder ein Urkundenfälscher in Amt und Würden bleiben, Geschworenendienst thun, vielleicht um seinen Spiessgesellen durchzuhelfen, und sich wo möglich zum Abgeordneten oder Bürgermeister wählen lassen?? — Man muss sich doch endlich fragen, was für eine Bedeutung denn die Aufstellung der Zuchthausstrafe als der allerschwersten Freiheitsstrafe haben soll, wenn man mit ihr keinerlei Ehrenfolgen verbindet und damit den Zuchthaussträfling in vielen Fällen in moralischer Hinsicht höher stellt als den ins Staatsgefängniss Gesperrten? Was hat es für einen Sinn, jemanden auf die unterste Stufe der Sträflinge zu setzen, ihn nicht nur zur Arbeit, und zwar selbst zur öffentlichen, sondern auch in die Zuchthauskleidung zu zwingen, ihn der härtesten Hausordnung zu unterwerfen und dann zugleich zu erklären: Sobald Du das Zuchthaus verlässt, bist Du Vollbürger in jeder Hinsicht, Du kannst Titel, Aemter und Würden aller Art besitzen, bist Wähler und Geschworener. Dort drüben siehst Du zwar Einen, der im Staatsgefängniss war und dem es in jeder Beziehung dort besser erging als Dir, denn man sah ihn nicht wie Dich als einen sittlich Unmündigen an, er wurde nicht zur Arbeit gezwungen, trug seine eigenen Kleider und verpflegte sich selbst. Aber beneide ihn nicht, denn er hat sein Amt verloren und kann es höchstens nach Jahren (vielleicht!) wieder erlangen, er ist in Folge dessen dem Elend preisgegeben,

er ist für eine Reihe von Jahren ausgestossen aus der Reihe der Vollbürger; für ihn beginnt die demüthigende, erniedrigende Behandlung erst jetzt, da er in die Freiheit kommt. Du hast sie hinter Dir, hast sie im Zuchthaus überstanden.

Es geht eben nicht an, die Ehrenfolgen ausser allem Zusammenhang mit der Verschiedenartigkeit der Freiheitsstrafen zu behandeln. Man geräth, wie wir gesehen haben, mit sich selbst in Widerspruch, wenn man unmittelbar an die demüthigende Zucht des Zuchthauses das Vollbürgerthum zeitlich anfügt [5]), während dieses nicht einmal auf die custodia honesta immer folgt.

So sehen wir uns zu dem Ausspruch gedrängt, dass auch der ungarische Entwurf das schwierige Problem nicht gelöst hat, wie die Freiheitsstrafen in gerechter Weise zu classificiren und in die richtige Verbindung mit den sog. Ehrenfolgen zu bringen seien. Ich verkenne dabei die Vorzüge des Entwurfs nicht. Bereits oben habe ich hervorgehoben, dass derselbe im Allgemeinen eine weise Sparsamkeit in der Festsetzung der Ehrenfolgen zeigt und ich füge jetzt noch ausdrücklich hinzu, dass die von der Justizcommission in den §. 92 aufgenommene Bestimmung, nach welcher bei ausserordentlicher Milderung der Richter auch von den auf das betreffende Verbrechen angedrohten Ehrenfolgen gänzlich absehen kann, eine werthvolle Verbesserung des Ministerialentwurfs ist. Der ungarische Richter kann also in allen Fällen die „Ehre vorbehalten", was leider dem deutschen Richter nicht in allen Fällen möglich ist. Aber damit ist doch die doppelte Anomalie nicht beseitigt, dass selbst mit der custodia honesta die Gesammtheit der Ehrenfolgen

---

[5]) Der ungarische Entwurf führt zwar bezugs der zu mindestens 3jähriger Zuchthaus- oder Kerkerstrafe Verurtheilten das Progressivsystem ein (vgl. §. 44), dessgleichen ist „die Entlassung auf Widerruf" möglich (§. 48 ff.), indessen verschlägt dies nichts für unsere Ausführung. Auch derjenige Zuchthaussträfling, welcher sich nie einer derartigen Begünstigung würdig gemacht hat, wird in den obigen Fällen Vollbürger, sobald er das Zuchthaus verlässt.

verknüpft werden kann; und dass andererseits selbst mit der Zuchthausstrafe (von der Kerkerstrafe gar nicht zu reden) diese Ehrenfolgen öfter nur zum Theil oder gar nicht verbunden werden dürfen.

Ausserdem ist gegen das System des Entwurfs einzuwenden, dass er eine zu grosse Anzahl verschiedenartiger Freiheitsstrafen aufstellt. Mit Hinzurechnung der polizeilichen Haft wird der ungarische Richter 5 verschiedenartige Freiheitsstrafen zu verhängen haben, während m. E. für alle strafbaren Handlungen, mit Einschluss der Polizeiübertretungen drei Arten der Freiheitsstrafe genügen. Ehe ich zur Begründung dieses Ausspruchs übergehe, will ich nur mit ein paar Worten der Ansicht gedenken: dass eine einzige Art der Freiheitsstrafe genüge, da ja alle Strafe überhaupt nur die Natur und den Zweck einer bessernden Zucht und Nacherziehung haben müsse. Diess nun ist eine grundfalsche Anschauung. Für bessernde Erziehung ist nur dann Raum, wenn der Verbrecher sittlich unmündig ist. Bei weitem nicht alle Verbrecher stehen auf einer solchen Stufe sittlicher Gesunkenheit, Verderbtheit oder Willensschwäche, dass man sie wie Unmündige zu behandeln Grund und Recht hätte. Eine Besserungsprocedur in der empfindlich eingreifenden bevormundenden Weise, wie sie namentlich hier gemeint ist, wird zunächst in vielen Fällen überflüssig sein, in welchen der Verbrecher als unzweifelhaft gebessert, von der vorübergehenden Verwirrung des Affects zu sich selbst zurückgekehrt, von Reue ergriffen und gerade durch die That selbst und ihre Folgen zum Guten bekehrt uns entgegentritt. Soweit die Besserungstheorie consequent ist, lässt sie in allen diesen Fällen die Strafe ganz bei Seite. Ist die Strafe nur ein Ausfluss des Rechts des Verbrechers gebessert zu werden, und der entsprechenden Pflicht des Staats, so ist ebenso wenig jenes Recht wie diese Pflicht vorhanden, wenn der Verbrecher bereits gebessert ist. Auch der schwerste Verbrecher, der Mörder und Räuber, bleibt also straflos, wenn seine Besserung nachgewiesen wird,

ehe die Strafvollstreckung begonnen hat, und ebenso muss er aus dem Gefängniss entlassen werden, sobald der (freilich äusserst schwierige und leicht trügende) Beweis geführt ist, dass er sich gebessert habe. Zu welchen Unzukömmlichkeiten, ja Verkehrtheiten dieser Weg führt, ist leicht zu erkennen.

Aber noch Eines ist für uns besonders wichtig. In sehr vielen Fällen kann man überhaupt von vornherein gar nicht sagen, dass der Verbrecher durch die Begehung des Verbrechens sich irgendwie als ein sittlich Unmündiger gezeigt habe. Verbrechen von geringerer Bedeutung, namentlich wenn sie im Affect begangen werden, Polizeiübertretungen, aber selbst Verbrechen schwererer Art, falls sie nur nicht aus an sich verwerflichen Motiven hervorgehen, wie diess oft (freilich bei weitem nicht immer!) bei den sog. politischen Verbrechen der Fall ist, können keinen begründeten Anlass zu einer Besserungskur im Zuchthaus bieten. Was sollte man dazu sagen, wenn dem Injurianten oder dem Uebertreter eines Polizeiverbots eine monatelange (denn in ein paar Tagen kann man jemanden doch nicht „erziehen“) Nacherziehung von Staatswegen zu Theil würde, oder wenn man den Redacteur einer Zeitung, welche Regierungsmaassregeln in etwas allzuscharfer Weise getadelt hat, nun von Staatswegen zur Besserung, d. h. hier wohl zur Aenderung seiner politischen Ueberzeugung „erziehen“ wollte, so dass die Zuchthäuser, je nachdem eine conservative oder liberale Regierung am Ruder wäre, in Zwangsschulen conservativer oder liberaler Regierungsweisheit umgewandelt würden? Dabei würde es auch nöthig, dass bei einem Regierungswechsel die jetzt „gutgesinnten“ Sträflinge mit den jetzt „schlechtgesinnten“ Gefängnissbeamten die Stelle tauschten, und diese von jenen „nacherzogen“ würden.

Denken wir also künftighin nicht mehr an die seltsame Phantasie von einer einzigen Freiheitsstrafe.

II.

Ich gehe über zur positiven Begründung meiner Anschauung über die richtige Classification der Freiheitsstrafen.

Als Grundlage für diese muss die Unterscheidung zwischen solchen Verbrechen dienen, welche aus gemeiner oder entehrender Gesinnung begangen werden, und solchen, bei welchen dies nicht der Fall ist. Wenn die Strafe wirklich eine gerechte sein soll, so kann man nicht die gleiche Behandlungsweise demjenigen angedeihen lassen, dessen That sittliche Verkommenheit und Niederträchtigkeit geoffenbart hat, wie demjenigen, bei welchem das Verbrechen ein Ausfluss einer blossen Unbedachtsamkeit oder leidenschaftlichen Aufwallung oder vielleicht gar das Erzeugniss ehrenhafter und löblicher Motive war. Strafe muss allerdings denjenigen treffen, welcher eine unter das Strafgesetz fallende Uebelthat begangen hat. Aber die Gerechtigkeit darf sich nicht die Augen dagegen verschliessen, dass die dem Verbrechen, welches unter den gesetzlichen Begriff fällt, zu Grunde liegende Schuld eine nicht bloss quantitativ, sondern qualitativ sehr verschiedene sein kann. Zwischen dem Dieb, welcher aus träger Gewinnsucht, um auf fremde Kosten ein Drohnenleben zu führen, stiehlt, und jenem anderen, der den hartherzigen reichen Schuldner, der eine gesetzliche Klausel benutzt, die ihn zwar juristisch aber nicht moralisch von der Zahlung befreit, zu Gunsten des in namenloses Elend gebrachten Gläubigers bestiehlt und dabei an seinen Vortheil nicht denkt [6]), ist eine himmelweite Kluft. Kein Ehrenmann wird Anstoss daran nehmen, mit einem „Dieb“ der letzteren Art in Verkehr zu treten, während er sich recht wohl scheu zurückziehen wird von dem Umgang mit einem Staats-

---

[6]) Ich erinnere an den bekannten preussischen Fall, welchen Osenbrüggen, Casuistik S. 165 f. nach Bonseri und Temme, Criminalist. Zeitung für die preussischen Staaten II. S. 25 mittheilt.

verbrecher, der notorisch aus den gemeinsten und niederträchtigsten Motiven sein Verbrechen verübt hat.

Indem bei Aufstellung des Thatbestandes der Verbrechensarten in der Regel (und mit Recht) von den Motiven abstrahiert wird, ergibt sich das Resultat, dass an dem Maassstabe der Gemeinheit der Gesinnung gewisse Verbrechen verschiedener Art, wenn ihnen dasselbe Motiv zu Grunde liegt, nicht selten einander näher rücken als Verbrechen einer und derselben Art, welche verschiedenartigen Motiven ihre Entstehung verdanken.

Man hat deshalb mit Recht den Grundsatz aufgestellt: der Gesetzgeber dürfe für keine Verbrechensart ausschliesslich eine Strafe androhen, welche den Charakter einer Beeinträchtigung der Ehre an sich trägt, entweder indem sie eine besonders demüthigende Behandlung des Sträflings in sich schliesst, oder indem mit ihrer Zuerkennung der Verlust von Ehrenrechten verbunden ist. Dem Richter soll stets die Wahl eingeräumt sein zwischen einer „entehrenden“ und einer „nicht entehrenden“ Strafe.

Hier nun stossen wir von anderer Seite auf Widerspruch. Es wird uns entgegengehalten, dass überhaupt nicht die Strafe entehre, sondern nur das Verbrechen „entehren“ könne, wie ja auch derjenige durch die Verübung eines gemeinen Verbrechens sich entehre, welche der Strafe vollständig entgangen ist. Von diesem Gesichtspunkt ausgehend ist neuerlich der niederländische Entwurf zu seinem Strafensystem gekommen, und wir wollen darum vor Allem einmal hören, was die Motive zu demselben für dieses System vorzubringen wissen.

Es heisst in den erwähnten Motiven S. 28 ff. hierüber:

„Das Verbrechen, nicht die Strafe entehrt. Beachtet man, dass der Staat die Pflicht hat, die Strafe, ohne ihren eigentlichen Zweck zu verkennen und ihre Strenge dadurch abzuschwächen, soviel als möglich für die sittliche und bürgerliche Besserung des Verbrechers dienstbar zu machen, dann muss auch der Begriff der entehrenden Strafe nothwendigerweise

aufgegeben werden. Eine Massregel, welche darnach strebt, das sittliche Bewusstsein desjenigen, der ihr unterworfen wird, zu erwecken und zu stärken, kann, wie schwer sie auch immer treffe, nimmermehr entehrend sein. Wenn der Staat ihr diesen Namen verleiht, oder mit ihr von Rechtswegen und dauernd Ehrenfolgen verbindet, giebt er in seinem Strafensystem ein Beispiel von Misstrauen und nährt das Vorurtheil, welches die Rückkehr des Gestraften in das gesellschaftliche Leben erschwert und dadurch den Rückfall in das Verbrechen befördert.

Die Wahrheit dieser Ausführungen wird denn auch so allgemein anerkannt, dass man in keinem der neueren Gesetzbücher die alte Unterscheidung zwischen entehrenden und nicht entehrenden Strafen findet. Aber mit dem Namen ist die Sache selbst nicht allgemein verschwunden. Das Gegentheil davon ist der Fall. (Zum Beweis führen die Motive den Art. 31 des belgischen Strafgesetzes an, wornach mit Todesstrafe und travaux forcés dauernde Ehrenfolgen verbunden sind, ferner Art. 32 desselben, wornach Ehrenfolgen auch bei Verurtheilung zu réclusion und détention eintreten können, endlich den §. 31 des deutschen Str.-G.-B. über die mit Verurtheilung zur Zuchthausstrafe verbundene Unfähigkeit zum Dienst in der Armee u. s. w. Sodann wird weiter bemerkt:)

Der Entwurf hat einen anderen Weg eingeschlagen. Will man keine entehrenden Strafen, so genügt es nicht, den Namen abzuschaffen und die Sache zu behalten. Die Strafe ist entehrend, wenn an sie von Rechtswegen eine dauernde und gewiss eintretende capitis deminutio, die Unfähigkeit zur Ausübung höchst belangreicher Rechte und Befugnisse geknüpft wird. Aber nicht von der Strafe, sondern nur von dem Verbrechen kann jene Unfähigkeit abhängig sein, dauernd kann sie ferner nur sein, wenn auch die Hauptstrafe für die ganze Lebenszeit auferlegt wird; und die Befugniss des Richters, diese Nebenstrafe in den vom Gesetz bestimmten Fällen auszusprechen, ist niemals eine Verpflichtung (vgl. Art. 37—40).

So allein wird vollständig gebrochen mit der schon lange im Princip verurtheilten Unterscheidung zwischen entehrenden und nicht entehrenden Strafen.

Mit dieser Unterscheidung muss auch die der Zuchthausstrafe im Gegensatz zu der Gefängnissstrafe fallen. Im (französischen, bisher in der Hauptsache auch in den Niederlanden geltenden) Code pénal besteht in der That zwischen diesen beiden Strafen keine andere erhebliche Verschiedenheit, als dass die eine von Rechtswegen und dauernd entehrende Folgen hat, welche bei der anderen nicht eintreten. (Es wird noch auf einige andere unbedeutende Unterschiede aufmerksam gemacht und dann heisst es:)

Eine andere, viel wichtigere Verschiedenheit, die nach der geltenden niederländischen Gesetzgebung zwischen Zuchthaus- und Gefängnissstrafe besteht, ist, dass jene bloss in Gemeinschaftshaft, diese auch in Absonderung verbüsst wird. Diese Verschiedenheit ist aber im Princip nicht länger zu vertheidigen, wenn man die Unterscheidung zwischen entehrenden und nicht entehrenden Strafen fallen lässt. Ist das Zellensystem gut, dann muss es, mit gewissen Beschränkungen hinsichtlich der Dauer der Absonderung, auch so allgemein als möglich angewandt werden. Die intensiv schwerste Freiheitsstrafe darf nicht ausgeschlossen sein bei denjenigen, die sich am schwersten gegen die gesellschaftliche Ordnung vergangen haben.

Wird also angenommen, dass jede Gefängnissstrafe, falls sie nicht ganz in der Zelle verbüsst wird, dann doch mit einigen Jahren Zellenhaft beginnen muss, und dass so die Vollstreckung der Strafe im Princip für Alle dieselbe ist, dann entfällt auch jeder Grund für eine gesetzliche Unterscheidung zwischen schwerer und leichter Gefängnissstrafe und einen anderen Sinn kann die Unterscheidung zwischen Zuchthaus und Gefängniss in einem Strafensystem, welches die entehrenden Strafen verwirft, nicht haben."

Diese Argumentation scheint auf den ersten Blick ebenso viel Bestechendes für sich zu haben wie das darauf gegründete, sehr einfache Strafensystem des Niederländischen Entwurfs, welcher nur 2 Freiheitsstrafen, „Gefängniss“ und „Haft“ kennt. Die Gefängnissstrafe ist entweder lebenslänglich oder zeitlich in der Dauer von 6 Tagen bis zu 15 Jahren. Sie ist mit unbedingtem Arbeitszwang verbunden (Art. 10 und 15). Die Haft (hechtenis) hat die Dauer von 1 Tag bis zu 3 Jahren. Der Häftling hat zunächst freie Wahl der Arbeit; wenn er sich aber zu dieser Wahl nicht entschliesst, wird er der Zwangsarbeit unterworfen (Art. 24 und 27). Die Entsetzung von verschiedenen Rechten (hierher gehören gewisse Aemter, mit Ausnahme der lebenslänglichen, für welche die Disciplinarvorschriften entscheiden, der Dienst in der bewaffneten Macht, Wahlrechte, Recht der väterlichen Gewalt, Vormundschaft und Curatel u. s. w.) ist nicht an die Verurtheilung zu einer gewissen Freiheitsstrafe geknüpft, sondern tritt in den gesetzlich besonders bestimmten Fällen ein (s. Art. 37—40).

Gleichwohl kann ich mit dieser ganzen Auffassungsweise nicht einverstanden sein, auch abgesehen davon, dass bei der Auswahl jener Verbrechen, wegen welcher der Richter neben der Freiheitsstrafe auf den Verlust gewisser Rechte erkennen kann, manche Missgriffe geschehen sind, welche allerdings noch gutgemacht werden können [7]).

Kein Zweifel, dass nach richtiger Anschauung die ehrlose Gesinnung sich in dem aus niedrigen Motiven entsprungenen Verbrechen offenbart, und dass die Strafe nicht die Aufgabe hat, denjenigen zu einem ehrlosen oder unehrenhaften Menschen zu machen, welcher es nicht ist. Soll sie ja doch vielmehr das Ehrgefühl wo möglich wieder erwecken und kräftigen, falls es in dem Verbrecher erloschen war. Wenn wir also der

[7]) Ganz einverstanden mit dem Strafensystem des niederländ. Entw. ist Brusa L'ultimo progetto di codice penale olandese, Bologna 1878 p. LXXXI sqq., im Wesentlichen auch Harburger Gerichtss. 1877 S. 219 f.

Kürze wegen von „entehrenden Strafen“ sprechen, so darf diess nicht in dem Sinne verstanden werden, als sollte die Strafe geradezu eine Ehrloserklärung in sich schliessen oder gar darauf abzielen, die innere Ehrenhaftigkeit in dem Verbrecher zu vernichten. Dagegen ist es unbestreitbar — und wird auch von allen Seiten zugegeben — dass dann, wenn der Verbrecher durch seine That eine unehrenhafte gemeine Gesinnung geoffenbart hat, mit der Strafe eine gewisse Minderung seiner öffentlich rechtlichen Stellung, eine capitis diminutio in diesem Sinne zu verbinden sei. Es gibt gewisse öffentliche Stellungen, welche zu bekleiden derjenige unwürdig ist, der unzweideutig gezeigt hat, dass er keine ehrenhafte Gesinnung besitzt. Einen solchen kann der Staat nicht ohne Weiteres im Besitz eines öffentlichen Amtes lassen; er hat das Vertrauen des Staats verloren und es ist zu fürchten, dass er dem öffentlichen Amt auch ferner zur Unehre gereichen würde; selbst die Ehre seiner Mitbeamten würde darunter leiden, wenn er ferner in ihrer Genossenschaft bliebe. Es gibt ferner öffentliche Würden und Titel, welche ebenfalls nur unter der Voraussetzung der Ehrenhaftigkeit zuerkannt und ertheilt werden, welche man daher auch geradezu mit dem Namen von Ehrenrechten bezeichnet. Man kann sodann das Recht, für die Volksvertretung und andere öffentliche Vertretungen zu wählen und gewählt zu werden, demjenigen nicht mehr gewähren, welcher durch ein entehrendes Verbrechen gezeigt hat, dass er kein würdiges Glied des Gemeinwesens ist, oder der die Grundlagen dieses Gemeinwesens selbst feindlich angetastet hat. Ist endlich das Volk von dem Bewusstsein durchdrungen, dass es ein Ehrenrecht (und eine Ehrenpflicht) ist, für das Vaterland die Waffen zu tragen und nöthigenfalls das Leben zu opfern, so wird der Verlust des Rechts, dem Heer anzugehören, ebenfalls unter die Minderung der Ehrenrechte einzureihen sein.

Wenn nun also der Staat unter der angedeuteten Voraussetzung solchen Rechtsverlust eintreten lässt, so spricht er damit die Erklärung aus, dass er den Verbrecher (für immer

oder doch für eine bestimmte Zeit) nicht für würdig, diese Ehrenrechte zu bekleiden, ansehe, gibt damit in einem gewissen Umfang allerdings ein Urtheil über die Ehrenhaftigkeit des Verbrechers ab und handelt zugleich diesem Urtheil entsprechend. Dieses Urtheil soll und wird ferner in der Regel, wenn wir gesunde staatliche Verhältnisse und eine diesen entsprechende Strafrechtspflege voraussetzen, einen bedeutenden Eindruck auf die öffentliche Meinung, auf die Achtung und Werthschätzung, in welcher der Verbrecher bei dem Volk überhaupt steht, machen. Es wird sich in der öffentlichen Meinung reflectieren und somit wird der Verbrecher, über welchen der Verlust von Ehrenrechten ausgesprochen worden ist, sobald diess öffentlich bekannt wird, in seinem Ansehen und der guten Meinung Aller von ihm, also in seiner (äusseren) Ehre Einbusse erleiden. Verhängt freilich der Staat, oder in Folge eines Missgriffs oder Irrthums der Richter, soweit dieser hier sein Ermessen walten lassen kann, Verlust von Ehrenrechten über einen Verbrecher, obwohl man bei unbefangener Prüfung sich sagen muss, dass dessen Verbrechen nicht auf ehrloser Gesinnung beruhte, so wird ein bedauerlicher Zwiespalt zwischen dem Urtheil des Staats oder seiner Gerichte und der (von den Urtheilsfähigen und der Sache Kundigen repräsentierten) öffentlichen Meinung eintreten. Die letztere wird den Verbrecher nach wie vor als einen ehrenhaften (oder mindestens nicht unehrenhaften) Mann ansehen und geneigt sein, für ihn gegen den Staat Partei zu nehmen, ihn als einen Märtyrer, die Richter und Gefangenwärter als seine Peiniger anzusehen. Diess hat zur weiteren Folge eine Erschütterung der Achtung vor dem Staatsgesetz und der Strafrechtspflege, welche allmälig zu einem für das Bestehen und Gedeihen des Staats verderblichem Uebel heranwachsen kann.

Die Hauptaufgabe bleibt hiernach für den Staat in dieser Hinsicht die: mit der grössten Sorgfalt darauf bedacht zu sein, dass in seinem Namen, von seinen Gerichten, nur dann ein Verlust von Ehrenrechten als Strafe ausgesprochen werde, wenn

mit Sicherheit zu erwarten ist, dass die geläuterte öffentliche Meinung diesen Ausspruch sanctionieren werde. Er muss es also allerdings, wie wir noch einmal betonen, vermeiden, gegen bestimmte Verbrechensarten unbedingt den Verlust von Ehrenrechten anzudrohen und jedes Ermessen des Richters in dieser Hinsicht auszuschliessen, weil, wie wir früher sahen, von keiner Verbrechensart behauptet werden kann, dass jeder zu derselben gehörige einzelne Fall nothwendigerweise aus einer entehrenden Gesinnung hervorgehen müsse.

Nun bieten sich aber dem Staat für sein Vorgehen unter der Voraussetzung, welche uns hier allein beschäftigt, zwei Wege. Wir fassen hier nämlich nicht jene Fälle einer mehr disciplinaren Strafgerichtsbarkeit ins Auge, bei welchen der Verlust gewisser Ehrenrechte der öffentlichen Aemter, Titel und Würden, Wahlrechte u. s. w. als alleinige Strafe eintritt, sondern jene anderen, in welchen dieser Rechtsverlust nur als eine Nebenstrafe neben der als Hauptstrafe zu verhängenden Freiheitsstrafe in Betracht kommt, und müssen uns fragen, in welcher Weise soll die Verbindung von sogenannten Ehrenfolgen mit der Freiheitsstrafe hergestellt werden? Hier nun, meine ich, stehen dem Staat zwei Wege offen:

1. Er kann eine Freiheitsstrafe unter besonderer Benennung (Zuchthaus, travaux forcés od. dgl.) als eine selbständige Strafart aufstellen und erklären: dass mit der Verurtheilung zu derselben von Rechtswegen Verlust von Ehrenrechten verbunden sein solle, so dass also damit jene Freiheitsstrafe den Charakter einer „entehrenden“ Strafe in dem eben angegebenen Sinn erhält.

2. Der Staat kann aber auch von einer solchen beständigen Verbindung der Ehrenfolgen mit einer bestimmten Strafart gänzlich absehen und den Richter bloss ermächtigen (eine Verpflichtung wäre aus den früher angeführten Gründen zu verwerfen) bei der Verurtheilung wegen bestimmter Verbrechen (oder auch bei irgend einer Verurtheilung) zu einer Freiheitsstrafe mit der letzteren Ehrenfolgen zu verbinden.

Der zweite Weg ist im Wesentlichen der vom Niederländischen Entwurf eingeschlagene, und er hat, wie das die Motive ausführen, gute Gründe für sich. Die Gesetzbücher anderer Länder haben — wenn auch mit vielen Abweichungen im Einzelnen — gewöhnlich den ersten Weg eingeschlagen, welcher scheinbar etwas Irrationelles an sich hat, welches indessen verschwindet, wenn wir dieses System uns nur in der richtigen Weise, mit den gehörigen Cautelen durchgeführt, denken.

Soll nämlich etwa mit der Zuchthausstrafe stets Verlust von Ehrenrechten verbunden sein, so muss eben, was aus dem Obengesagten folgt, dafür gesorgt sein, dass die Zuchthausstrafe nur in solchen Fällen verhängt wird, in welchen entehrende Gesinnung vorliegt. Diess wird am Sichersten dann erreicht, wenn dem Richter auch in jenen Fällen, in welchen das Strafgesetzbuch Zuchthausstrafe androht, die Ermächtigung gegeben wird, eine andere Freiheitsstrafe auszusprechen, ihm aber zugleich die Verpflichtung auferlegt ist, diess zu thun, wenn er findet, dass die That nicht aus niedriger Gesinnung hervorgegangen ist.

Sobald der Richter demnach auf Grundlage eines so abgefassten Gesetzes zur Zuchthausstrafe verurtheilen würde, so hätte diess die Bedeutung, dass zugleich Verlust von Ehrenrechten eintrete. Dabei ist aber nicht ausgeschlossen, dass dem Richter auch in dieser Hinsicht noch immer ein gewisses Ermessen eingeräumt bliebe, sowohl was die Dauer jenes Verlustes als was den Umfang desselben betrifft. Soweit die lebenslängliche Zuchthausstrafe vom Gesetz beibehalten wird, muss mit derselben sich natürlich auch der dauernde Verlust der Ehrenrechte verbinden; wenn aber nur auf eine zeitliche Zuchthausstrafe erkannt wird, versteht sich jener dauernde Verlust nicht von selbst. Dagegen wird sich kaum, wie das die Niederländischen Motive thun, behaupten lassen, dass in diesem Fall niemals ein dauernder Verlust der Ehrenrechte eintreten dürfe. Nur muss man hier unterscheiden zwischen dem Verlust gewisser Rechte und der Unfähig-

keit, solche Rechte zu erwerben. Die letztere darf allerdings als lebenslängliche nicht eintreten, wenn nur zu einer zeitlichen Freiheitsstrafe verurtheilt wird. Erklärt man den Verbrecher dauernd für unfähig, Aemter und öffentliche Dienste zu bekleiden, Titel, Orden und Würden zu erwerben, öffentliche Wahlrechte auszuüben u. s. w., so stösst man ihn von Staatswegen für immer aus aus der Gemeinschaft der ehrenhaften Vollbürger, und diess würde in Widerspruch stehen mit der Zuerkennung einer bloss vorübergehenden Freiheitsstrafe, nach deren Abbüssung der Staat den Verbrecher wieder in die Mitte eben jener Gesellschaft zurücksendet, aus welcher er ihn zugleich durch jene Unfähigkeitserklärung für immer ausgeschlossen hat. Wird der Verbrecher so als ein Paria behandelt, so wird dadurch das Ehrgefühl in ihm erstickt, Verbitterung, Rachegefühl und Hass gegen die Gesellschaft, die ihn geächtet hat, wird seine Seele erfüllen, er wird moralisch zerrüttet werden und nur zu leicht zu neuen Verbrechen schreiten. Ein Strafmittel, welches in dieser Weise entsittlichend wirkt, ist verwerflich und seine Anwendung widerstrebt ebenso dem Zweck der Besserung wie der Rechtssicherung. Es kann demnach unter Umständen mit der Verurtheilung zu einer zeitlichen Freiheitsstrafe zugleich der dauernde Verlust des Amtes, welches der Verurtheilte bekleidete, der Verlust der Orden und sonstigen öffentlichen Auszeichnungen, die er besass, der Verlust des aus einer Wahl für ihn hervorgegangenen Rechts für immer ausgesprochen (oder durch das Gesetz verbunden) werden, nicht aber darf der Verurtheilte für immer unfähig erklärt werden, solche Rechte zu erwerben, bez. Aemter und andere öffentliche Stellungen zu bekleiden. In dieser Hinsicht wird also der Richter festzusetzen haben, für welche Zeit, von Abbüssung der Strafe an gerechnet, die erwähnte Unfähigkeit eintreten solle, wobei das Gesetz ihm, wie auch sonst bei den Strafdrohungen, ein Minimum und Maximum (z. B. von 1 bis zu 10 Jahren), welche er nicht überschreiten darf, vorschreiben muss.

Was aber den Umfang der Ehrenfolgen betrifft, so kann man dieselben nicht ohne Weiteres als ein untheilbares Ganze betrachten. Namentlich drängt sich hier eine Unterscheidung auf, welche mit jener zwischen ehrenhafter und unehrenhafter oder verächtlicher Gesinnung wenig zu thun hat. Die sogenannten „politischen Verbrechen“ — ein Ausdruck, der vom rein criminalistischen Standpunkt anfechtbar, dennoch eine staatsrechtliche Bedeutung hat und daher einstweilen beibehalten werden mag — gehen in der Regel (wenn auch diese Regel mehr Ausnahmen hat, als Viele meinen) nicht aus gemeiner Gesinnung hervor. Gleichwohl wird der Staat sich genöthigt sehen, auf die bedeutenderen derselben, auch falls sie nicht aus entehrender Gesinnung entsprungen sind, nicht bloss Freiheitsstrafe, sondern auch Verlust des (unmittelbaren und mittelbaren) Staatsamts, welches der Verbrecher etwa bisher innegehabt hat, zu setzen. Es ist unmöglich, denjenigen, welcher eine staatsfeindliche Gesinnung in verbrecherischer Weise an den Tag gelegt hat, unmittelbar nachdem er die Freiheitsstrafe verbüsst hat, wieder als Organ des Staats selbst fungieren zu lassen, unmöglich, dass derjenige, welcher wegen eines gewaltthätigen Angriffs auf die Verfassung verurtheilt wurde, vom Kerker weg ohne Weiteres wieder die sella curulis besteigt und sodann die amtliche, von derselben Verfassung, welche er zu vernichten strebte, autorisierte und sanctionierte Stellung als einen Stützpunkt benützen kann, um wo möglich eben diese Verfassung aus den Angeln zu heben.

So sehen wir also, dass es dem Richter gestattet werden muss, mit der Verurtheilung zu einer „nicht entehrenden“ Freiheitsstrafe unter derartigen Voraussetzungen zwar nicht den Verlust sämmtlicher Ehrenrechte, wohl aber den des öffentlichen Amts, welches der Verurtheilte bekleidete, zu verbinden.

Ueberblicken wir die bisher gewonnenen Resultate, so hätten wir also zunächst Folgendes gefunden:

Es wären zweierlei verschiedene Freiheitsstrafen aufzustellen. Mit der einen wäre der (dauernde oder zeitliche)

Verlust von Ehrenrechten verbunden; der Richter wäre aber angewiesen auf sie nur zu erkennen, wenn dem Verbrechen gemeine Gesinnung zu Grunde liegt. Mit der anderen Strafe könnte nur ausnahmsweise bei bedeutenderen „politischen" Verbrechen (dauernder oder zeitlicher) Verlust der öffentlichen Aemter verbunden werden; in der Regel wäre sie nicht von einer Minderung der Ehrenrechte begleitet.

Nun entsteht die Frage, ob wir uns wirklich, wie es namentlich der Niederländische Entwurf thut und wie wir diess auch schon im Strafgesetzbuch für Lübeck vom Jahre 1863, im Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Bremen von 1861 und in den Strafgesetzbüchern für Hamburg, Baselstadt und Baselland finden, mit zwei Arten der Freiheitsstrafe begnügen können[8]) oder ob in der bisherigen Argumentation ein Gesichtspunkt übersehen ist, welcher uns zu einer dritten Art hindrängt.

III.

Wir werden uns auf zwei Wegen dem Ziele nähern, das nun ins Auge zu fassen ist, einmal von der näheren Betrachtung der den Verbrechen zu Grunde liegenden Gesinnung ausgehend, das andere Mal von der verschiedenartigen Behandlung, welche für die Sträflinge angemessen scheint und im Allgemeinen auch in den Gesetzen angeordnet ist.

Unter jenen Verbrechen nämlich, welche nicht auf geradezu gemeiner, entehrender Gesinnung beruhen, nicht niedrigen Eigennutz, thierische Genusssucht, barbarische Unmenschlichkeit offenbaren, gibt es dennoch viele solche, für welche wohl das, was man unter einer eigentlichen custodia honesta versteht, kaum die angemessene Strafe sein dürfte. Jene rücksichtslose Rohheit oder Leidenschaftlichkeit, welche oft bei

---

[8]) Diese Ansicht hielt ich früher allerdings für die richtige; s. meine Besprechung des österreichischen Entwurfs von 1867, Wien 1867 p. 31 sq.

Raufhändeln oder sonstigen Körperverletzungen oder bei Drohungen, Freiheitsberaubungen und anderen ähnlichen Verbrechen, bei schweren Injurien, Widersetzung gegen die Obrigkeit, Sachbeschädigungen, gewissen Verbrechen in Bezug auf Religion oder geschlechtliche Sittlichkeit etc. an den Tag gelegt wird, zeigt uns solche Verbrecher doch in einem ganz andern Licht, als denjenigen, der irgend ein politisches Pressdelict aus an sich nicht tadelhaften, ja vielleicht löblichen Motiven begangen oder der in ein Duell verwickelt sich dabei in der ehrenhaftesten Weise benommen hat. Sollte also nicht der angedeutete Unterschied am besten durch eine Dreitheilung der Freiheitsstrafen zur Geltung gebracht werden, welche vielleicht bessere Gründe für sich hätte als die unhaltbare Dreitheilung der strafbaren Handlungen?

Wie denn, wenn also etwa bestimmt würde, Zuchthaus solle dann eintreten, falls das Verbrechen auf einer niedrigen, entehrenden Gesinnung beruht, Gefängniss, wenn das Verbrechen zwar nicht aus solcher Gesinnung hervorgegangen sei, aber doch den Verbrecher der blossen Haft — einer custodia honesta — nicht würdig erscheinen lasse?

Dieses noch ziemlich unbestimmte Ergebniss wird sich vielleicht zu grösserer Bestimmtheit erheben lassen, wenn wir nun auf die den Sträflingen zu Theil werdende Behandlung unser Augenmerk richten, während wir bisher die Freiheitsstrafen nur in ihrer verschiedenen Stellung zu den Ehrenfolgen ins Auge gefasst haben.

Den Gefangenen trifft in der Regel nicht bloss eine Einschränkung in der Freiheit der körperlichen Bewegung im Allgemeinen, sondern es treten noch verschiedene Beschränkungen in Bezug auf Kleidung, Nahrung, Wohnung, Beschäftigung und Verkehr mit Anderen hinzu. Nun scheinen aber die beiden Strafen, die wir mit „Zuchthaus“ und „Haft“ (custodia honesta) bezeichnet haben, in allen diesen Hinsichten so ziemlich das entgegengesetzte Extrem darzustellen. Bei der Zuchthausstrafe Sträflingskleidung und Gefangenenkost,

eine dürftige Zelle und Arbeitszwang, grosse Einschränkung des Verkehrs nach aussen (Einschränkung des Verkehrs mit anderen Sträflingen gehört natürlich nicht hierher, sondern hängt mit der Frage nach dem Zellensystem zusammen) — bei der custodia honesta dagegen Freiheit bezugs der Kleidung, Nahrung, Beschäftigung, des Verkehrs und z. Th. selbst der Wohnung, soweit diess nur irgendwie verträglich ist mit dem Ernst der Strafe und mit den gegen etwaige Fluchtgefahr unbedingt nothwendigen Massregeln.

Sollte hier nicht noch ein Mittleres angemessen sein, da ja doch auch die Verbrechen und Verbrecher nicht nur entweder die härteste und in vieler Hinsicht demüthigende Behandlung oder die mildeste blosse custodia verdienen?

Soll man den Raufbold, der schwere Verletzungen zugefügt, den Boshaften, der einem Anderen kostbare Eigenthumsgegenstände zertrümmert hat, in der That nur in eine solche custodia bringen, wo er nach Belieben, wenn er das Vermögen dazu besitzt, sich kleiden und nähren kann und von jedem Arbeitszwang frei bleibt? Und wenn uns diess nicht als genügende Strafe erscheint, müssten wir dann eben zu jener anderen härtesten Strafart greifen und zugleich auf Verlust von Ehrenrechten erkennen, obwohl niedrige, entehrende Gesinnung nicht vorliegt, denn die Rohheit, der trotzige Uebermuth, mit welchem ein Rauflustiger auf seinen Gegner losschlägt, ist himmelweit verschieden von der kaltblütigen Gewinnsucht des Banditen, der niederträchtigen Schlauheit des Betrügers und Fälschers, dem gemeinen Eigennutz des Diebs, der Brutalität des Nothzüchtigers. Gewiss ist aber auch bei dem Raufbold, dem Sachbeschädiger u. s. w. in sehr vielen Fällen eine schwerere, empfindlichere Strafe als die blosse custodia, sowie der Versuch einer bessernden Einwirkung am Platz. Jede Gestaltung der Freiheitsstrafe nun, welche über die zur Aufrechthaltung der allgemeinen Ordnung an dem Ort der Einsperrung und zur Festhaltung der Person an diesem Ort unumgänglich nothwendigen Massregeln hinausgreift, trägt

zugleich für den Gefangenen etwas Demüthigendes an sich. Nicht die dürftige Kleidung, die kärgliche Nahrung, die anstrengende Arbeit ist es natürlich, welche demüthigt. Armuth bringt nicht Schande und Arbeit ehrt den Arbeiter, aber dazu gezwungen werden, dass man sich in einer gewissen Weise kleide, nähre, sich beschäftige, ist niederdrückend und demüthigend und wirft in Folge dessen auch eine gewisse Ehrenmakel auf denjenigen, der so behandelt wird. Wenn das Volk weiss, dass der Staat, von dem doch vorausgesetzt werden muss, dass er nicht aus Leidenschaftlichkeit und Gehässigkeit, sondern weil der Verbrecher es verdient, diesen in solcher Weise behandelt, so wird der Verbrecher in der öffentlichen Meinung herabgesetzt, also in einem gewissen Grad in seiner Ehre gemindert erscheinen gegenüber einem anderen Verbrecher, über welchen eine blosse einfache custodia ausgeübt wird. Namentlich wirkt der Arbeitszwang in jener angeführten Weise; es wird als ein besonders schwerer Druck und eine grosse Herabsetzung gefühlt, dass man nicht nach seinem inneren Trieb über die Bethätigung der geistigen und körperlichen Anlagen entscheiden darf, sondern in dieser Hinsicht gleich einem Unmündigen behandelt wird. Ebenso wirkt jede von aussen her kommende und mit einem gewissen Zwang begleitete Zumuthung der Besserung, jede bessernde Zucht — von welcher der richtig angewandte Arbeitszwang einen Hauptbestandtheil bildet — einem Erwachsenen gegenüber demüthigend, da sie eben auch eine Erklärung moralischer Unmündigkeit in sich schliesst. Werden also mit einer Freiheitsstrafe derartige Zwangsmassregeln verknüpft, so trägt sie selbst dann in gewissem Masse einen entehrenden Charakter an sich, wenn mit ihr Verlust von Ehrenrechten nicht verknüpft ist.

Natürlich wird von einer solchen Gefängnisszucht, von einer strengen Behandlung bezugs Kleidung, Nahrung u. s. w. überhaupt nur die Rede sein können, wenn das Verbrechen von einiger objectiven Bedeutung ist, so dass nicht bloss eine

vorübergehende, nur wenige Tage oder wenige Wochen dauernde Freiheitsbeschränkung angemessen erscheint. Bessernde Zucht, insbesondere mittelst der Arbeit, hat eine längere Einwirkung zur Voraussetzung.

So ergibt sich uns demnach eine Scheidung der Freiheitsstrafen in drei Kategorien, welche wir — ohne auf die Nomenclatur besonderes Gewicht zu legen — mit den Ausdrücken Zuchthaus, Gefängniss und Haft bezeichnet haben. Es entsteht aber zunächst die Frage, ob nicht dasselbe Ziel auch in ebenso vollkommener Weise erreicht werden könne, wenn man formell bloss zwei Freiheitsstrafen mit besonderen Benennungen unterscheidet, wie diess unter andern der niederländische Entwurf gethan hat.

Der Letztere zieht unter den neuesten Werken der Gesetzgebung desshalb unsere besondere Beachtung auf sich, weil er einerseits die übermässige Zersplitterung der Freiheitsstrafen, an denen z. B. auch der ungarische Entwurf leidet, zu vermeiden wusste, andererseits von selbstständigen Gesichtspunkten ausgeht, und sich nicht wie der Oesterreichische Entwurf im Ganzen an das Deutsche Strafgesetzbuch anschliesst.

Wir haben schon gesehen, von welcher Anschauung im Allgemeinen der niederländische Entwurf geleitet war, als er bloss zwei Arten der Freiheitsstrafe, Gefängniss und Haft aufstellte. Wie wir ferner angeführt haben, ist die erstere lebenslänglich oder reicht von 6 Tagen bis zu 15 Jahren (in gewissen Ausnahmsfällen, wenn sie neben lebenslänglicher Strafe angedroht ist, bis zu 20 Jahren) und ist mit Arbeitszwang verbunden; die letztere geht von 1 Tag bis zu 3 Jahren. Ueber das Verhältniss dieser beiden Strafen zu einander äussern sich die Motive S. 51 ff. folgendermaassen:

„Die Gefängnissstrafe ist nach dem Strafensystem des Entwurfs weder dem Namen noch der That nach eine entehrende Strafe. Nichtsdestoweniger wird in dem Volksbewusstsein allezeit, und nicht ganz mit Unrecht, eine gewisse Schande mit dem Aufenthalt in dem Gefängniss verbunden bleiben und eine Verurtheilung zur Gefängnissstrafe jemanden stets minder

oder mehr in der allgemeinen Achtung herabsetzen. Schande darf man aber nicht für den herbeiführen, dessen Verfehlung wohl aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung eine Zurückweisung fordert, dessen gesetzwidrige Handlung ihrer Art nach aber weder ein Zeichen von sittlicher Verdorbenheit ist, noch irgend eine bösartige Leidenschaft an den Tag legt. Ueberdiess ist die Gefängnissstrafe in dem System des Entwurfs mit strenger methodischer Zucht, mit Zwang zu bestimmter und möglichst anhaltender Arbeit gepaart. Der Gedanke der Zügelung der schlechten Neigungen oder schlimmen Leidenschaften, aus welchen das Verbrechen entsprang, der sittlichen Besserung und gesellschaftlichen Rehabilitation geht hier Hand in Hand mit dem Gedanken der Strafe. Jener Gedanke steht nicht in dem Vordergrunde der Strafe und kann dieser keine Leitung und Richtung geben, wo das Vergehen bloss gegen die gesellschaftliche, nicht gegen die höhere sittliche Ordnung gerichtet war. Geht man von diesen Principien aus, so darf die sog. custodia honesta kein Mittel in der Hand des Richters sein, um nach Willkür die strenge Zucht des Gefängnisses für denjenigen leichter zu machen, auf welchen sie wegen seiner Erziehung und Bildung am schwersten drückt, sondern das Gesetz muss sie als einzige Freiheitsstrafe gegen bestimmte Kategorien strafbarer Handlungen oder auch alternativ mit Gefängnissstrafe gegen andere Verbrechen androhen, welche (im einzelnen Fall) so sehr verschieden sind nach Mass der Umstände, unter denen, und der Beweggründe, aus denen sie begangen worden, dass der Gesetzgeber nicht vorweg im Allgemeinen entscheiden kann, welche Art der Freiheitsstrafe in jedem einzelnen Fall angemessen ist . . . . . .

Das Maximum der Haft glaubte man (ausser in den Fällen, welche der zweite Absatz des Art. 24 anführt [9]) nicht

[9]) Dieser Absatz 2 sagt, dass die Haft in der Dauer von höchstens vier Jahren verhängt werden kann, wenn Concurrenz oder Rückfall oder der Fall des Art. 55 vorliegt, d. h. wenn ein Beamter das Verbrechen begangen hat, und zwar entweder unter Missbrauch seines Amtes oder trotz-

höher als auf 3 Jahre stellen zu müssen. Denn, wenn das Verbrechen mit einer Strafe von längerer Dauer belegt werden muss, so ist es auch von so grosser Schwere, dass die Rücksicht auf die öffentliche Ordnung Androhung der Gefängnissstrafe gegen dasselbe fordert".

Hier müssen wir nun unsere Bedenken vor Allem gegen den obenangeführten letzten Satz erheben. Es kann sehr wohl sein, dass ein Verbrechen ein so schweres ist, dass eine dreijährige Strafe nicht die genügende Sühne für dasselbe bietet, und gleichwohl mag dasselbe nicht im Mindesten eine Gemüthsbeschaffenheit und Gesinnung des Thäters offenbaren, welche es zuliesse, dass man die „strenge methodische Zucht" des Gefängnisses und den mit diesem verbundenen unbedingten Arbeitszwang über den Thäter verhienge. Ich erinnere nur wieder an die ofterwähnten „politischen Verbrechen", welche so schwer sein können, dass langjährige Freiheitsstrafe der Gerechtigkeit entspricht, während die Motive, aus welchen sie in vielen Fällen hervorgehen, eine custodia honesta, also nicht methodische Zucht, nicht Arbeitszwang fordern [10]). Die custodia honesta darf also jedenfalls nicht auf die Dauer von drei bis vier Jahren beschränkt werden, sondern es muss möglich sein, sie auch in den schwersten Fällen anzuwenden und ihr Maximum muss mithin eben so hoch sein wie das Maximum der schwersten, entehrenden Freiheitsstrafe. Den Charakter der custodia honesta hat aber überdiess die „Haft" des niederländischen Entwurfs nicht einmal vollständig. Denn es ist ja, wie schon oben er-

---

dem, dass er dazu amtlich verpflichtet war, derartige Verbrechen zu verhindern.

[10]) Der niederländische Entwurf droht übrigens (abgesehen von Polizeiübertretungen und culposen Handlungen) nur ausnahmsweise Haft allein oder alternativ mit Gefängniss. Diese letztere Strafe, welche doch, wie die Motive zu dem Entwurf selbst zugeben, eine gewisse „Schande" mit sich bringt, tritt also ohne Weiteres z. B. bei allen Majestätsbeleidigungen, Körperverletzungen, Sachbeschädigungen ein. Die custodia honesta muss aber vielmehr bei allen Verbrechen möglich sein, wie wir früher ausführten.

wähnt wurde, bestimmt (was sehr bezeichnend ist für die arbeitssamen Holländer), dass der in Haft Befindliche, wenn er sich nicht selbst eine der Hausordnung der Strafanstalt entsprechende Arbeit wählt, zur Arbeit ebenso wie ein „Gefangener" im engern Sinn gezwungen werden kann.

Was aber die Gefängnissstrafe des niederländischen Entwurfs betrifft, so haben wir schon gesehen, dass nur in gesetzlich besonders bestimmten Fällen der Richter ermächtigt wird, Verlust von Ehrenrechten mit ihr zu verbinden. So wird z. B. dem Richter im Art. 338 diese Ermächtigung für die schwereren Arten der Körperverletzung ertheilt, dagegen ist sie nicht gegeben für den Fall der Provocation (Art. 337) oder des Raufhandels (Art. 339). Liesse sich nun dieser Unterschied nicht auch in der Weise ausdrücken, dass man sagte: In den Fällen, welche Art. 338 im Auge hat, solle der Richter ermächtigt sein, statt auf Gefängniss auf Zuchthaus von gleicher Dauer zu erkennen, während ihm dieses Recht in den Fällen der Art. 337 und 339 nicht eingeräumt würde?

Dem steht gewiss nichts im Wege und ich glaube, dass die vollständige Trennung der mit Verlust der Ehrenrechte begleiteten Freiheitsstrafe von den übrigen Freiheitsstrafen selbst in Hinsicht auf die besondere Benennung derselben den Vorzug verdient vor jener anderen Methode, welche mit demselben Namen bezeichnet, was doch der Sache nach gründlich verschieden ist.

Nennt man Haft diejenige Strafe, welche in einfacher Freiheitsentziehung besteht, Gefängniss diejenige, bei welcher noch weitere Einschränkungen, bezw. Zwangsmassregeln, namentlich betreffs der Kleidung, Nahrung und Beschäftigung hinzutreten, endlich Zuchthaus diejenige, mit welcher sich ausserdem noch Verlust der Ehrenrechte ipso jure verknüpft, so bezeichnet man auch für die öffentliche Meinung deutlich, was damit gesagt ist, wenn der Richter eine Verurtheilung zu Zuchthaus, Gefängniss oder Haft ausspricht. Zugleich wird natürlicher Weise Vorsorge dafür zu treffen sein, dass die drei

verschiedenen Strafarten auch stets in verschiedenen Strafanstalten verbüsst werden. Man darf auf diese Aeusserlichkeiten nicht, wie es öfter geschieht, zu wenig Gewicht legen. Es ist ein Gebot der Staatsweisheit und Gerechtigkeit, dass der Staat seine Strafrechtspflege in allen Theilen dem ganzen Volk möglichst verständlich und durchsichtig gestalte; nichts wirkt aber mehr auf das Verständniss der grossen Menge ein als eine verschiedene Nomenclatur und eine räumliche vollständige Trennung der verschiedenen Strafanstalten, welche ja überdiess im Interesse der Gefängnissdisciplin geboten ist.

IV.

Trachten wir nunmehr das Resultat unserer Erörterungen zu ziehen, wobei wir manches mehr Nebensächliche, das uns zu weit führen würde, bei Seite lassen.

Wir gehen dabei von der Voraussetzung aus, dass die Todesstrafe als ordentliche Strafe — also abgesehen vom Kriegs- und Seerecht — beseitigt werde, was ja in nicht ferner Zeit in allen Culturstaaten der Fall sein wird. Unter jener Voraussetzung nun wird man vor der Hand nicht umhin können, die lebenslängliche Strafe beizubehalten, obwohl sich gegen diese ebenfalls schwere Bedenken erheben und ich mich geradezu für einen Gegner derselben erkläre. Eine so radicale Reform, welche Todesstrafe und lebenslängliche Freiheitsstrafe zugleich beseitigte, ist in der nächsten Zeit nicht durchzusetzen. Ich nehme also bloss aus diesen praktischen Erwägungen die lebenslängliche Strafe mit in meine Vorschläge auf und das System der Freiheitsstrafen würde sich hiernach ungefähr in folgender Weise gestalten:

1) Das Strafgesetzbuch setzt drei Freiheitsstrafen fest: Zuchthaus, Gefängniss und Haft.

2) Die Zuchthausstrafe ist entweder eine lebenslängliche oder eine zeitliche.

Die lebenslängliche Zuchthausstrafe wird nur gegen jeden Mord überhaupt und ausserdem gegen den Mordversuch und den Todtschlag an dem Staatsoberhaupt gedroht. In beiden Fällen ist alternativ neben ihr Zuchthausstrafe von 10—15 Jahren anzudrohen.

3) Die zeitliche Zuchthausstrafe hat eine Dauer von 3 Monaten bis zu 15 Jahren.

Soll nämlich die zeitliche Freiheitsstrafe nicht thatsächlich in den meisten Fällen zur lebenslänglichen werden, so wird man nicht noch höher, etwa bis zu 20 Jahren gehen dürfen. Ich verweise im Uebrigen auf die bekannten Ausführungen vieler neuerer Schriftsteller gegen die zu lange dauernden Freiheitsstrafen, insbesondere auf die vierte Beilage zu dem I. Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund und auf die Motive zum niederländischen Entwurf, S. 36 ff.

Die kürzeste Dauer darf nicht wohl unter 3 Monate herabgesetzt werden, damit die schwerste der Freiheitsstrafen, die Zuchthausstrafe, nicht ihren Ernst verliere und weil von einer so tief eingreifenden methodischen bessernden Zucht, wie sie bei Verbrechen entehrender Natur nothwendig wird, kaum die Rede sein kann, wenn man die Dauer der Einsperrung noch kürzer bemisst. Wenn dagegen die meisten Strafgesetzbücher das Minimum der Zuchthausstrafe viel höher, mindestens um 1 Jahr, ja sogar auf 2, 5 und mehr Jahre ansetzen [11]), so wird dadurch die Anwendung dieser Strafe, welche wir zur „entehrenden“ Strafe in dem früher angegebenen Sinn gestalten wollen, ausgeschlossen für eine grosse Anzahl ziemlich bedeutender Verbrechen, für welche eine „entehrende“ Strafe durchaus angemessen wäre, während doch eine Strafe von ein- oder gar mehrjähriger Dauer zu hart sein würde. Zuletzt muss dann, wie wir diess in jenen Strafgesetzbüchern wahrnehmen, die „entehrende“ Strafe wieder in zwei Strafarten zerlegt werden, und die sog. Gefängnissstrafe bekommt ebenfalls

[11]) Im ungarischen Entwurf beträgt, wie wir gesehen haben, das Mindestmass 2 Jahre.

einen entehrenden Charakter, indem mit ihr auch Verlust der Ehrenrechte verbunden wird. Die Herabsetzung des Minimums der Zuchthausstrafe ist also, zur Vermeidung derartiger Uebelstände, dringend geboten.

4) Mit der Zuchthausstrafe ist Verlust der Ehrenrechte[12]), Arbeitszwang, Sträflingskleidung und Zwang zur Gefängnisskost verbunden.

Findet der Richter, dass das mit zeitlichem Zuchthaus bedrohte Verbrechen nicht aus einer entehrenden Gesinnung hervorgieng, so muss er an die Stelle der Zuchthausstrafe Gefängniss von der gleichen Dauer setzen. Erscheint diese Strafdauer und der mit dem Gefängniss verbundene Zwang zur Arbeit, zur Sträflingskleidung und Sträflingskost der Beschaffenheit der vorliegenden strafbaren Handlung, insbesondere mit Rücksicht auf die zu Grunde liegenden Motive oder auf die (objective) Geringfügigkeit des Verbrechens nicht angemessen, so erkennt der Richter statt des Zuchthauses auf Haft und kann selbst bis zum Minimum von 1 Tag Haft herabgehen, falls das Minimum der primär angedrohten Zuchthausstrafe nicht höher als 3 Monate ist. —

Diese Bestimmung würde besonders häufig bei den animo lucri faciendi begangenen Vermögensverbrechen Anwendung finden. Ich halte es für geboten, diese alle in erster Linie mit Zuchthaus zu bedrohen, um ihren regelmässigen moralischen Werth richtig zu bezeichnen. In geringfügigeren Fällen aber und bei Abwesenheit entehrender Motive muss der Richter selbst auf Haft erkennen können.

An Stelle der vom Gesetz angedrohten lebenslänglichen Zuchthausstrafe muss der Richter lebenslängliche Haft verhängen, wenn er findet, dass die That nicht aus entehrender Gesinnung hervorgieng. Lebenslängliche Gefängnissstrafe würde sich nämlich von der lebenslänglichen Zuchthausstrafe im Wesentlichen nur dadurch unterscheiden,

[12]) Einzelheiten über Umfang und Dauer dieses Verlustes lasse ich hier bei Seite.

dass bei der letzteren Verlust der Ehrenrechte eintritt. Ist nun aber das schwere Verbrechen (der Mord, bezw. hochverrätherische Todtschlag oder Mordversuch), das hier immer in Frage steht, von der Beschaffenheit, dass der Richter nicht 10—15jährige, sondern lebenslange Strafe für angemessen erachtet und ist er auch mit Rücksicht auf die Motive zu dem Verbrechen nicht zu der Ueberzeugung gelangt, dass eine custodia honesta am Platze sei, so kann derjenige, welchen der Richter für würdig erachtet, dass ihn lebenslängliche, mit Zwangsarbeit u. s. w. verknüpfte Freiheitsstrafe treffe, doch offenbar für nicht würdig des Genusses der bürgerlichen Ehrenrechte erachtet werden. Für die lebenslängliche Strafe ergibt sich also die blosse Alternative: Zuchthaus oder Haft.

5) Die Gefängnissstrafe hat die Dauer von einem Monate bis zu 15 Jahren.

Nach dem soeben über die lebenslangen Freiheitsstrafen Bemerkten ergibt sich von selbst die Feststellung des Maximums der Gefängnissstrafe. Das Minimum ist auf 1 Monat festgesetzt, weil auch hier eine gewisse bessernde Einwirkung, eine methodische Zucht, wenn auch nicht in dem Umfang wie bei der Zuchthausstrafe am Platz ist.

6) Mit der Gefängnissstrafe ist Arbeitszwang, Sträflingskleidung und Gefängnisskost verbunden.

7) Findet der Richter, dass eine Handlung, gegen welche das Gesetz Gefängnissstrafe gedroht hat, und für welche er im vorliegenden Fall mindestens 1 Jahr Gefängniss als angemessene Strafe erachtet, aus entehrender Gesinnung hervorgegangen ist, so muss er statt auf Gefängniss auf Zuchthaus von gleicher Dauer erkennen.

Es kann nämlich vorkommen, dass eine Handlung aus besonders schändlichen Motiven begangen ist, obwohl sie zu einer Verbrechensart gehört, gegen welche das Gesetz nur Gefängnissstrafe angedroht hat, weil in der Regel bei Verbrechen dieser Art nicht eigentlich entehrende Motive, sondern blosse Rohheit, Trotz, Uebermuth, Leidenschaftlichkeit u. s. w.

zu Grunde liegen. Jene Befugniss des Richters, in solchen Fällen an die Stelle des Gefängnisses Zuchthaus zu setzen, ist aber eine so weitgehende, dass sie jedenfalls einer Einschränkung bezugs der minder schweren Verbrechen bedarf, weshalb als Voraussetzung für ihre Ausübung aufgestellt worden ist: dass der Richter eine Strafe von mindestens 1 Jahr in concreto für angemessen halte.

8) Findet der Richter, dass die Gefängnissstrafe für die vorliegende Handlung mit Rücksicht auf deren Beschaffenheit, insbesondere deren Motive zu hart ist, so muss er auf Haft entweder in der gleichen Dauer oder bis zu dem Minimum von einem Tag Haft erkennen. Ein solches Herabgehen wird nämlich oft bei gewissen äusserst geringfügigen Vermögensdelicten geboten sein, während diese doch im Allgemeinen mit Gefängniss bedroht werden müssen.

9) Die Haft ist entweder lebenslänglich oder zeitlich.

Die zeitliche Haft hat die Dauer von 1 Tag bis zu 15 Jahren.

Die Strafe der Haft besteht in der blossen Freiheitsentziehung unter Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise der in Haft Befindlichen.

Ich bemerke hierzu nur, dass die Haft nach dem schon früher Ausgeführten bei allen Verbrechen Anwendbarkeit haben muss. In den geringsten Fällen, bei welchen sich das Strafmaximum nicht bis über 3 Monate erhebt, wird die Haft als alleinige Strafe anzudrohen sein, darum musste ihr Minimum auf einen Tag gestellt werden. Da sie subsidiär selbst bei dem Mord zulässig sein soll, kann auch die Lebenslänglichkeit der Haft nicht ausgeschlossen werden.

10) Mit der Verurtheilung zur Haft kann in den vom Gesetz bestimmten Fällen Verlust der öffentlichen Aemter und Unfähigkeit, solche binnen einer bestimmten Zeit zu erlangen, verbunden werden.

Eine solche Bestimmung stellt sich nach dem schon früher Bemerkten als nothwendig bezugs verschiedener politischer

Verbrechen heraus, bei denen, wenn sie auch aus nicht entehrenden Motiven begangen sind, gerade wegen ihres politischen Charakters die Belassung im öffentlichen Amt eine Verkehrtheit wäre. Eine ähnliche Bestimmung wird sich wohl auch für den Zweikampf empfehlen, für welchen zwar Haft die passende Strafe, eine Belassung im Amt aber unverträglich ist mit der Ueberhebung über die staatliche Ordnung durch Selbsthülfe und die Missachtung der staatlichen Rechtspflege, welche das Duell charakterisiert.

11) Auch in jenen Fällen, in welchen das Gesetz bloss Haft androht [13]), muss der Richter, falls er eine Strafe in der Dauer von mindestens 3 Monaten für angemessen hält, statt der Haft Gefängnissstrafe verhängen, wenn die dem Verbrechen zu Grunde liegende Gesinnung bessernde Zucht und Arbeitszwang nothwendig macht und er muss statt der Haft Zuchthausstrafe aussprechen, wenn die dem Verbrechen zu Grunde liegende entehrende Gesinnung den Verlust der Ehrenrechte fordert und er in concreto eine Strafe von mindestens einem Jahr für angemessen hält.

Wenn auf diese Weise der Richter in den meisten Fällen — abgesehen namentlich von dem Fall, wo lebenslängliche Freiheitsstrafe angewandt werden soll, in welchem nur Haft oder Zuchthaus einander substituiert werden könnten, und von dem andern Fall, dass die zuzuerkennende Strafe nicht einen Monat beträgt, in welchem diese Strafe nur in Haft bestehen könnte, sowie den unter 7) und 11) angedeuteten Fällen, in welchen bloss Gefängniss oder Haft möglich wären — die Wahl zwischen Zuchthaus, Gefängniss und Haft haben soll, so könnte man meinen, es wäre einfacher, wenn das Gesetz, etwa von den erwähnten vier Ausnahmen abgesehen, überhaupt nicht eine bestimmte unter diesen Freiheitsstrafen, sondern nur im Allgemeinen Freiheitsstrafe von einer gewissen Dauer androhte,

[13]) Lebenslängliche Haft sollte das Gesetz aber nie androhen, sondern diese könnte nur als Surrogat an die Stelle der gesetzlich angedrohten lebenslänglichen Zuchthausstrafe treten.

da ja auf diesem Weg dem Richter ebenfalls jenes Wahlrecht eingeräumt wäre. Gleichwohl scheint mir es den Vorzug zu verdienen, wenn das Gesetz zunächst und in erster Linie gegen eine Anzahl von Verbrechen bloss eine der drei Freiheitsstrafen festsetzt. Wenn diess geschieht, gibt der Staat gleichsam einen Durchschnittsmassstab für die Werthschätzung dieser Verbrechen an, zeigt also, in welchem Licht sie ihm unter den gewöhnlichen regelmässigen Voraussetzungen erscheinen. Er macht die Richter somit aufmerksam darauf, dass er sich einen klaren Beweis für die Umstände verschaffen soll, bei deren Vorhandensein er an die Stelle der regelmässigen Strafe eine andere Freiheitsstrafe setzen soll, die wenigstens nach der Anschauung des Gesetzgebers nur als die Ausnahme von der Regel zu betrachten ist. Auf diese Art wird also durch den Gesetzgeber dem Richter ein Fingerzeig für die moralische Werthschätzung des Verbrechens gegeben, ohne dass desshalb sein vernünftiges gewissenhaftes Ermessen durch unüberschreitbare starre Verbote allzusehr gefesselt würde.

Nur noch Eines bemerke ich. Dass mit einem so geordneten Strafensystem die Schablone der Dreitheilung in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, welche auch der niederländische Entwurf trotz der französischen Traditionen Hollands bei Seite wirft[14]), nicht vereinbar ist, liegt am Tage, zeigt aber eben nur die Willkürlichkeit dieser Dreitheilung. Trunkenbolde, Lustdirnen und unter Polizeiaufsicht Gestellte (vgl. §. 361 Z. 5, 6 und 1 des Deutschen Str.-G.-B.'s) soll man nicht in ein Gefängniss mit dem bringen, der zu schnell gefahren oder geritten ist oder eine polizeiliche Meldungsvorschrift nicht befolgt hat. Für jene passt nicht die Haft, sondern die Gefängnissstrafe[15]).

[14]) S. die treffliche Ausführung in den Motiven zum niederländ. Entw. S. 8 ff.

[15]) Vorstehendes ist, wie ich zum Schlusse bemerke, die Umarbeitung eines für einen anderen Leserkreis bestimmt gewesenen, in der „Rivista penale" erschienenen Aufsatzes.

XI.

Zur Lehre vom Check.

Von

G. Cohn.

Seit der Veröffentlichung meines Aufsatzes „zur Geschichte der Checks“ im ersten Hefte dieser Zeitschrift ist die Literatur über die Checks um einige dankenswerthe Beiträge bereichert worden. Fast gleichzeitig erschienen

Funk, über die rechtliche Natur des Cheque. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 5. Februar 1878;

und Koch, über Giro-Verkehr und den Gebrauch von Checks als Zahlungsmittel. Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 9. Februar 1878 [1]).

Beide Vorträge gipfeln in der in der That unabweisbaren [2]) Forderung auf Erlass eines Checkgesetzes für das Gebiet des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs. Diese übereinstimmende Forderung verdient Seitens der legislativen Faktoren um so mehr Berücksichtigung, als beide Schriftsteller durch ihren Beruf in den Brennpunkten des deutschen, resp. österreichischen Checkverkehrs stehen, mit den Bedürfnissen

[1]) Auch abgedruckt in Busch's Archiv für Handelsrecht. Bd. 37, p. 85 ff.

[2]) Vgl. auch oben p. 157, 158 und 119.

der Praxis daher in eminentem Grade vertraut sind. Herr Oberfinanzrath R. Koch ist Reichsbankjustitiarius, Herr Dr. Ignatz Funk fungirt als Direktor-Stellvertreter des Wiener Giro- und Kassen-Vereins. — Beide Vorträge enthalten auch positive Vorschläge für eine gesetzliche Regelung des Instituts, Vorschläge, die freilich in Einzelheiten nicht ganz unerheblich divergiren.

Sodann hat Dr. Franz Mittermaier, dessen Verdienst um die Lehre vom Check schon oben p. 119 hervorgehoben worden, in seinem soeben erschienenen Bericht über die englische Handelsgesetzgebung vom Jahre 1876 auch die „Crossed-Cheques Act 1876" zum Gegenstand der Erörterung gemacht [3]).

Bezüglich der Literatur ist endlich noch nachzutragen, dass Dr. Heinrich Brentano in der von ihm umgearbeiteten vierten Auflage der Schiebe'schen Lehre von den Wechselbriefen den Checks einen besondern Abschnitt gewidmet hat [4]).

Auch die Rechtsprechung hat inzwischen Veranlassung gehabt, sich mit den Checks zu beschäftigen, und insbesondere die schwierige Frage der Haftung aus dem Check zu entscheiden [5]).

Können wir hiernach auch unsere p. 118 ausgesprochene Bemerkung, dass die deutsche Jurisprudenz bisher die Checks

---

[3]) Zeitschr. f. d. ges. H.-R. XXIII. Beilageheft p. 142—146. Vgl. auch oben p. 140.

[4]) Diese 4te Aufl. erschien bereits 1877, ist mir aber erst nach dem Druck des ersten Heftes dieser Zeitschrift bekannt geworden. p. 247—260.

Während des Drucks erschien noch Michael Luwisch, Handbuch des Giro- und Chequeverkehrs, eine gemeinverständliche Darstellung etc. Wien, Pest, Leipzig 1878. Wissenschaftliche Bedeutung kommt diesem Schriftchen in keiner Weise zu.

[5]) Erkenntniss des K. K. Oesterr. obersten Gerichtshofs zu Wien vom 26. April 1878 (in erster und zweiter Instanz sprachen die Gerichte von Podersam und Prag), abgedruckt in den Juristischen Blättern VII, Nr. 24 v. 16. Juni 1878, Beilage p. 309, 310. — Auf dieses Erkenntniss hatte Herr Bankdirektor Dr. Funk die Güte, mich aufmerksam zu machen. Ich benütze diese Gelegenheit, Herrn Dr. Funk hiefür, wie für die wiederholt ertheilte Auskunft über Fragen der österreichischen und englischen Bankpraxis auch öffentlich meinen Dank auszusprechen.

ziemlich vernachlässigt habe, dahin modificiren, dass sich in jüngster Zeit ein höchst erfreuliches Interesse für unser Institut auf vielen Seiten zu regen beginne, so bleibt doch auch noch heut das Bedürfniss einer eingehenden Darstellung der Lehre vom Check auf comparativer Basis bestehen; gerade die divergirenden Vorschläge, zu denen so kundige Fachmänner, wie Koch und Funk, in einzelnen Punkten gelangen, regen zu erneuter Untersuchung an.

Hiernach dürfte es sich rechtfertigen, wenn ich im Anschluss an die im ersten Heft publicirten historischen Untersuchungen nunmehr den Versuch mache, das Institut der Checks auf rechtsvergleichender Basis nach seinen Voraussetzungen und nach seinen Wirkungen vom dogmatischen und legislatorischen Gesichtspunkte aus zu erörtern.

Cap. I.

Die Voraussetzungen des Checks.

§. 1. Schriftform. — Blanquette.

Zu den wesentlichen Erfordernissen des Checks gehört 1) die Schriftlichkeit; ein mündlicher Zahlungsauftrag gilt nirgends als Check [1]).

Die Schrift selbst ist gesetzlich an kein bestimmtes Material gebunden, nach englischer Rechtsprechung nicht einmal an Papier und Dinte [2]). Die einzige Ausnahme bildet Oester-

[1]) Frankreich Art. 1. Le chèque est l'écrit qui . . Belgien Art. 2. Ces dispositions sont signées . . Canada 2349. A cheque is a written order . . Holland 209. Eene assignatie is een . . geschrift . . A. 220. Het kassiers-papier . . Walker p. 57. „A check must of necessity be in writing." Newman p. 1. Vgl. auch Nouguier p. 31. Schon aus diesem Grunde konnte oben p. 123 der mündlich zu ertheilenden Umschreibungsordre des Phormio des Terenz der Charakter eines Checks nicht zuerkannt werden.

[2]) Walker p. 57. It is usually written on paper, but might legally be written on any substitute for paper and with pencil or ink.

reich, insofern der Finanz-Ministerial-Erlass vom 28. Februar 1864 die den Checks gesetzlich gewährte Stempelermässigung auf solche Anweisungen beschränkt, die auf Blanquetten geschrieben sind, welche der Aussteller zu diesem Zweck von der zur Zahlung aufgeforderten Gesellschaft eingehändigt erhalten hat [3]). Es mag hier dahin gestellt bleiben, inwieweit diese ministerielle Interpretation sich mit der ganz allgemein lautenden Bestimmung des Oesterreichischen Gebührengesetzes vereinbaren lässt, und ob die nicht auf Blanquetten gezogenen Checks mit dem Stempelprivilegium auch wirklich ihren juristischen Charakter als Checks eingebüsst haben; thatsächlich steht jene Ministerialvorschrift aber allerdings im Einklang mit der constanten Praxis der österreichischen und auch der ausserösterreichischen Bankinstitute. In fast allen Ländern pflegen nämlich die grossen Bankiers ihren Kunden, mit denen sie einen Checkverkehr eröffnen wollen, ein Heft zu übergeben, welches eine grössere Anzahl fortlaufend numerirter Blätter enthält. Dies Heft wird Checkbuch (chéquier, carnet de chèque, livre de souches, chek-book) genannt. Jedes seiner Blätter zerfällt in zwei ungleiche Theile, deren grösserer das eigentliche Checkformular enthält, welches beim Gebrauch von dem Kunden herausgeschnitten, resp. an der dazu perforirten Stelle abgerissen und ausgefüllt wird. Der zurückbleibende kleinere Theil heisst der Stamm (souche, juxte, talon); er bleibt in den Händen des Kunden und dient der Kontrole halber zum Vermerk des Namens, der Summe und des Datums, welche man in das Formular bei der Ausfüllung gesetzt hat [4]). Viele continentale Geldinstitute erklären die Benutzung dieser Formulare für obligatorisch und honoriren keine Verfügungen

---

[3]) Funk p. 11 und 13.

[4]) Vgl. Michaux-Bellaire p. 7; Nougnier p. 23; Le Mercier p. 94; Munzinger p. 406, 421; Hulshoff p. 16, 22; Sampajo p. 353; Mittermaier Z. X, p. 9; Brentano p. 248; Funk p. 9; Koch p. 22.

anderer Art [5]); der englische Banquier dagegen erwartet zwar gleichfalls, dass man seine Formulare benutzen wird, er löst indess nichts desto weniger auch Checks von gewöhnlichem Papier ein [6]).

Es fragt sich, ob diese ausschliessliche Benutzung der Formulare als Essentiale aller Checks gesetzlich zu fordern ist. Funk hat diese Frage bejaht und das Erforderniss des Blanquetts sogar in seine Definition des Checks aufgenommen [7]); er erachtet die Beschränkung auf bestimmte, oft mit geheimen Merkmalen versehene Blanquette als nothwendig für die Sicherheit des Verkehrs, zumal der Check ohne vorhergegangenes Aviso sofort bei der Vorzeigung zahlbar, und es zu gefährlich sei, sich blos auf die Prüfung der Echtheit der Unterschrift zu verlassen. Dieses Argument hat indess wesentlich das Interesse der zahlenden Banken im Auge, die jedoch sehr wohl, wie es ja thatsächlich bisher meist der Fall war, durch Reglement, resp. Vertrag, eine solche Einschränkung für ihre Kunden auch ohne Gesetz herbeizuführen vermögen. Volle Sicherheit gewährt überdies auch das Blanquett nicht, da Formulare und ganze Checkbücher verloren gehen oder veruntreut werden können; ja in solchem Falle dürfte die Zahlungsstelle, sowie das Publikum, unter dem der Check cursirt, gerade

---

[5]) Z. B. der Wiener Giro- und Kassen-Verein, Geschäftsordnung für die Giro-Abtheilung, vom Mai 1878, Art. 22. Die Niederösterr. Escompte-Gesellschaft, Reglement für die Giro-Abtheilung §. 9; die K. K. priv. Oesterr. Credit-Anstalt für Handel und Gewerbe, Bestimmungen über die Benützung der Giro-Abtheilung, giltig vom 1. Febr. 1875 an, §. 5; die Hamburger Bank, Regulativ-Nachtrag v. 30. 1. 1873 §. 4 (Z. f. H.-R. XVIII, p. 657) und die Deutsche Reichsbank, Bestimmungen Nr. 7 (Z. f. H.-R. Beilageheft zu XXIII, p. 233).

[6]) Vgl. Seyd p. 10 und besonders Walker p. 57: „Most bankers supply their customers with blanc forms to be filled up as required; but any instrument is valid as a check, which complies with the following conditions."

[7]) Funk definirt p. 14 den Check als eine . . . Anweisung auf eine Bank, welche auf einem von dieser Anstalt ausgegebenen Blanquette geschrieben ist.

durch den gewissermassen officiellen Anstrich eines von der Bank ausgegebenen Blanquetts sich eher verleiten lassen, die Unterschrift minder streng zu prüfen, als dies einem schlichten Stück Papier gegenüber vielleicht der Fall wäre. Der Funk'sche Vorschlag hat übrigens zur Voraussetzung, dass nur auf Bankinstitute Checks gezogen werden dürfen, eine Voraussetzung, die, wie unten zu zeigen, keineswegs immer zutrifft; nun denke man nur an Privatpersonen entlegener kleiner Ortschaften, denen man die Vortheile des Checkverkehrs doch nicht entziehen will, in denen aber Blanquette sich nicht zu jeder Minute beschaffen lassen, um die möglichen Unzuträglichkeiten einer solchen Bestimmung ermessen zu können. — Zu Gunsten des Blanquetts wird aber noch von anderer Seite [8]) geltend gemacht, dass es die Vertrauenswürdigkeit des Ausstellers erhöhe, weil das Publikum wisse, dass die Bank eine gewisse Controlle über den Geschäftsgang ihres Kunden ausübe. Dies ist gewiss richtig; führt doch gerade jener gesteigerte Credit, wie oben p. 139 angedeutet, jeden englischen gentleman dazu, zunächst einen renommirten banker zu suchen, um ein Checkbuch von demselben zu erhalten. Sollte aber die Gesetzgebung es nicht den Einzelnen überlassen dürfen, für diese Erhöhung ihrer Vertrauenswürdigkeit selbst Sorge zu tragen? Ein Zwang in dieser Richtung kann unter Umständen höchst unbequem, ja geradezu schädlich sein; so wenn der Aussteller auf Reisen sich befindet, oder wenn ihm sein Checkbuch verloren gegangen ist. — Auch zu neuen Streitfragen könnte das Requisit des Blanquetts Anlass geben; welche Worte müssen vorgedruckt, welche Stellen zur Ausfüllung leer gelassen sein? braucht der Nehmer eines Checks nur die Echtheit der Unterschrift zu prüfen, oder muss er sich auch darüber vergewissern, dass das Blanquett echt ist, von dem Bezogenen dem Aussteller wirklich eingehändigt worden? Endlich würde dies Erforderniss, wenn auch nur um Weniges, die Kosten des

[8]) Knies p. 283.

Checkverkehrs erhöhen, was in sehr kleinen Verhältnissen, und diese sollen von den Vortheilen des Instituts doch nicht ausgeschlossen sein, auch nicht ganz ohne Bedeutung ist. Aus allen diesen Gründen scheint mir die von Funk empfohlene Einschränkung auf die von der Bank ausgegebenen Blanquette, gegen welche auch Koch [9]) sich erklärt hat, keineswegs empfehlenswerth.

§. 2. Zahlungsauftrag. Anweisungschecks und Quittungschecks. — Checks und Giro-Anweisungen.

Der Check muss

2) einen Zahlungsauftrag enthalten; derselbe kann
   a) direct ertheilt sein oder
   b) sich unter einer in Erwartung der Zahlung ausgestellten Quittung verbergen.

Im ersteren Falle lautet der Check:

Zahlen Sie [1]) die Summe von .... ℳ

An A. & Cie. X.,

im letzteren Falle:

Von Herren A. & Cie. die Summe von .... ℳ empfangen [2])

X.

Die erstere Form ist, wie die historische Betrachtung uns

---

[9]) Koch p. 32 Note 76.

[1]) Oder: „Belieben Sie zu zahlen“ vgl. Goldschmidt I. p. 1195 n. 34. Auch in Holland: „UEd. gelieve te betalen“, vgl. Kist II. p. 396. Bestimmte Worte sind nirgends vorgeschrieben; in England wird in der Regel das imperativische „pay“ gebraucht. Diese Form entspricht dem Wesen der Sache mehr als die Zahlungsbitte. Walker p. 58 . . „it should purport to be a demand made by a party having a right to call on the other to pay“. Vgl. auch Hulshoff p. 18 und Frank bei Borchardt I., p. 169.

[2]) In Holland: Ontvangen van den Heer N. N. enz. Vgl. Kist a. a. O. Das Quittungsformular der Reichsbank vgl. oben p. 156 n. 15 und Koch p. 22 n. 54.

lehrte, die jüngere; sie wird in Frankreich als chèque-mandat, in Deutschland als Check im engeren Sinne oder nach ihrer äusseren Uebereinstimmung mit der Anweisungsform als Anweisungscheck bezeichnet.

Die zweite (ältere) Form wird in Frankreich reçu, récépissé, chèque-reçu, in Deutschland nach ihrer äusseren Uebereinstimmung mit der Quittung Quittungscheck genannt.

Nur in der Form des Anweisungschecks findet sich unser Papier in England [3]), Nordamerika [4]), Canada [5]) und Portugal [6]) vor; nur sie wird, soweit mir wenigstens bekannt geworden, in Oesterreich [7]), der Schweiz und den skandinavischen Staaten angewandt; nur sie ist endlich in den gesetzlichen Definitionen des Checks in Frankreich [8]), Deutschland [9]), Belgien [10]) und Oesterreich [11]) zu Grunde gelegt.

Der Quittungscheck hat ein verhältnissmässig kleineres Gebiet: er prävalirt in Holland [12]), er hat sich in mässigem

---

[3]) Walker p. 58. It must contain an order to pay. Shaw p. 2. Levi p. 484 Newman p. 1.

[4]) Story p. 666 n. 2.

[5]) Canada 2349. A cheque is a . . order . . for the payment of money.

[6]) Portugal 430. Cheque . . é una ordem, que o mandante . . . . . dá . . de pagar.

[7]) Dr. Funk theilt mir auf Anfrage gütigst mit: „Checks, die (wie bei der Reichsbank) in Quittungsform gefasst sind, kennt man in der Oesterreichischen Praxis gar nicht."

[8]) Art. 1. Le chèque est l'écrit, qui sous la forme d'un mandat de payement . . Vgl. Nouguier p. 31. 33 ff. Le Mercier p. 98. Bédarride p. 15.

[9]) Gesetz v. 10. Juni 1869 §. 24 . . und Checks d. i. Anweisungen auf . . . — Vgl. oben p. 157.

[10]) Belgien Art. 1. Les chèques . . . et généralement tous titres à un payement . . — Hierzu Mittermaier XX., p. 115 n. 5. „Bei der Berathung entstanden Zweifel, ob ein reçu nicht doch unter das Gesetz falle, allein schliesslich herrschte Uebereinstimmung, dass dies nicht der Fall, weil es kein titre sei." Vgl. auch Pasinomie belge 1873, p. 189. 190.

[11]) Gebührengesetz v. 13. Febr. 1862, resp. 29. Febr. 1864 „Cheques sind Anweisungen auf . . ." vgl. Funk p. 11.

[12]) Holtius p. 468.

Umfange in Frankreich trotz der Ungunst des Gesetzgebers, der ihn absichtlich mit Stillschweigen übergangen, thatsächlich noch immer zu behaupten gewusst[13]); er ist es endlich, welcher ungeachtet der Definition des Deutschen Reichsgesetzes[14]) in dem zu wahrhaft überraschenden Dimensionen angewachsenen[15]) Checkverkehr der Deutschen Reichsbank und zwar ausschliesslich[16]) zur Anwendung gelangt.

Der einzige Staat, der beide Formen gesetzlich anerkannt und geregelt hat, ist Holland[17]); der Verkehr hat sich jedoch daselbst mit der Anweisungsform nicht recht zu befreunden vermocht[18]). Der französische Entwurf von 1864 hatte zwar auch beide Formen zugelassen, scheiterte indess in dieser Beziehung am Widerspruch der Commission des gesetzgebenden Körpers[19]).

Bei dieser verschiedenartigen Stellung, welche die Gesetzgebung und der Handelsgebrauch in den einzelnen Staaten zu der Duplicität der Checkform einnehmen, drängt sich die Frage auf, — und sie ist namentlich in Frankreich lebhaft diskutirt worden[20]) — welche der beiden Formen legislatorisch den Vorzug verdiene. Darüber herrscht nun zunächst allseitige Ueber-

---

[13]) Le Mercier p. 72 ff. Bédarride p. 20 ff. Koch p. 12.

[14]) Vgl. Note 9.

[15]) Koch p. 20 Note 51. Der grösste Theil des Umsatzes betrifft zwar Uebertragungen, nicht Baarzahlungen, dennoch bleibt der rasche Aufschwung immer noch bewunderungswürdig.

[16]) Vgl. über die scheinbare Ausnahme der rothen Checks unten bei Note 39.

[17]) Art. 222 ... Kassiers-papier ... het zij hetzelve in den vorm van assignatie of van quitantie is vervat .....

[18]) Vgl. Note 12.

[19]) Le Mercier p. 53. Bédarride p. 16 ff. u. 211.

[20]) Michaux-Bellaire p. 18. Nouguier p. 31 ff. Alauzet p. 608 ff. Bédarride p. 16 ff. 211. 249. Le Mercier p. 58 ff. — Vgl. auch Munzinger p. 408, Borsari p. 951 und jetzt besonders Koch p. 12 und 30. — Funk hat in seinem Vortrage die Frage nicht berührt, brieflich aber entschieden gegen die Quittungsform und zu Gunsten vollster Exclusivität der Anweisungsform sich ausgesprochen.

einstimmung [21]), dass dem Wesen der Sache, welches ja auf Veranlassung einer Auszahlung gerichtet ist, die Anweisung mehr entspricht, als die Quittung, dass die letztere den Erfolg anticipirt, indem sie eine Zahlungsleistung als geschehen bekundet, welche doch erst bewirkt werden soll. Zu hart ist es aber, wenn der französische Kammerreferent aus diesem Umstand den Vorwurf herleitet: le récépissé constitue un mensonge commercial" [22]). Der reçu wird ja erst in den Händen der die Zahlung leistenden Bank zu einer wirklichen Quittung; bis dahin ist derselbe, wie Bédarride treffend bemerkt, „un chiffon insusceptible de constater quoi que ce soit" [23]). Kennt doch der Handel auch ausser den chèques-reçus zahllose Quittungen, die in Erwartung der erst zu leistenden Zahlung ausgestellt werden, denen aber noch Niemand den Vorwurf der Lüge gemacht hat [24]). Eine derartige Anticipation wird sogar von unserer deutschen Gesetzgebung geradezu begünstigt, indem sie z. B. den Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des vorher quittirten Wechsels Zahlung zu leisten verpflichtet, auch die Präsumtion aufstellt, dass der Ueberbringer einer Quittung zur Empfangnahme der Zahlung berechtigt ist.

Man hat den Check aber nicht nur als „forme menteuse", sondern auch als „forme incommode" angegriffen; Darimon wirft zu diesem Zweck die Fragen auf, wie man wohl in den Empfangsschein den Namen eines Remittenten einrücken, wie man ihn indossabel machen, wie man ihn endlich Mangels Zahlung protestiren könne [25]). Die Beantwortung dieser

---

[21]) Selbst Koch, der eifrigste Vertheidiger der Quittungschecks, räumt p. 30 ein, dass „was in dem Anweisungscheck deutlich zum Ausdruck kommt, in dem Quittungscheck ... gewissermassen latent bleibt."

[22]) Alfred Darimon, rapport au nom de la commission etc. bei Nouguier p. 175, bei Bédarride p. 249.

[23]) Bédarride p. 19.

[24]) Alauzet p. 609. Bédarride a. a. O.

[25]) Darimon a. a. O., vgl. auch Cornesse in der Pasinomie belge p. 189. — Eingehend und treffend hat schon Bédarride p. 17 u. 18 die drei Fragen Darimons beantwortet.

rhetorischen Fragen bietet jedoch keine grossen Schwierigkeiten; die Handelspraxis hat längst Empfangsscheine geschaffen, die auf den Namen eines Remittenten oder an Ordre gestellt sind[26]); mit der Einfügung der Ordreclausel ist sodann die Indossabilität von selbst gegeben; warum aber endlich die Thatsache einer Zahlungsweigerung aus Anlass der Präsentation eines reçu durch einen Notar nicht sollte beurkundet werden können, ist ganz unerfindlich; übrigens ist auch hier schon darauf hinzuweisen, dass gerade der Anweisungscheck in seiner Heimath England für „not protestable" gilt[27]).

Den lebhaftesten Gegner haben die Quittungschecks an Nouguier[28]) gefunden, der sie aus drei Gründen befehdet. Er erklärt sie zunächst für gefährlich, weil sie Mangels Nennung des Remittenten in den Händen eines unredlichen Besitzers entweder die Gefahr des Forderungsverlustes für den Eigenthümer oder die Gefahr der doppelten Zahlung für den Banquier begründen.

Hierbei geht aber Nouguier von der soeben widerlegten Annahme aus, dass der reçu nicht auf den Namen des Zahlungsempfängers gestellt werden könne; sodann theilt der auf den Inhaber gestellte Quittungscheck diese Gefahr mit jedem Inhaberpapier, also auch mit der überwiegend grossen Klasse der auf den Inhaber gestellten Anweisungschecks, wenigstens überall da, wo ein Quittungszwang nicht besteht[29]); endlich

---

[26]) Der Quittungs-Recta-Check lautet:

Von Herrn A. die Summe von . . . . zahlbar an Herrn B. erhalten

X.

Der Quittungs-Ordre-Check lautet:

Von Herrn A. die Summe von . . . . zahlbar an die Ordre des Herrn B. erhalten.

Vgl. Mittermaier Z. XX. p. 115. n. 5, auch oben p. 135. n. 6 Bédarride p. 18 giebt folgendes Muster: Reçu de N. N. la somme de . . . qu'il a payé pour moi à M. . . . . ou à son ordre et dont je lui tiendrai compte.

[27]) Byles p. 26.

[28]) Nouguier p. 31—33.

[29]) Vgl. weiter unten bei Note 35.

bleibt zu bemerken, dass man diese aus der Natur des Inhaberpapiers sich ergebenden Gefahren durch das sog. crossing sehr erheblich herabzusetzen im Stande ist, eine Vorsichtsmassregel, welche die Deutsche Reichsbank bei ihren Quittungschecks ausdrücklich für anwendbar erklärt hat[30]).

Der zweite Vorwurf Nougier's betrifft die im Verhältniss zum Anweisungscheck verminderte Vertrauenswürdigkeit und Umlaufsfähigkeit der Quittungsform; dieser Mangel entspringe dem Umstande, dass der Erwerber des reçu nicht die Unterschrift seines direkten Vormanns als Indossanten fordern könne, daher nur auf die Garantie des Ausstellers beschränkt sei, dessen Solvenz er nicht immer ausreichend kenne. Wäre aber selbst die Voraussetzung Nouguiers, dass der Erwerber eines Quittungschecks die Unterschrift dessen, der ihm den Check übertragen, nicht verlangen dürfe, zutreffend, (was sie mindestens[31]) bezüglich der an Ordre gestellten reçus nicht ist), so könnte doch selbst eine Einbusse an der Umlaufsfähigkeit keinen wirklichen Vorwurf involviren; ist doch der richtigen[32]) Meinung zufolge die Circulation des Checks etwas ganz Zufälliges; die Gesetzgebung selbst ist ihr überall dadurch entgegen getreten, dass sie die Präsentationsfristen möglichst kurz bemessen hat; nicht auf dem Credit etwaiger Indossanten, sondern lediglich auf dem Credit des Ausstellers und der bezogenen Bank beruht der

---

[30]) Oben p. 156 n. 15, Koch p. 23.

[31]) Auch Inhaberpapiere werden bisweilen, um eine Garantie durch die Unterschrift zu gewinnen, indossirt, so z. B. Banknoten, Coupons, Inhaberchecks (vgl. Macleod, dict. p. 74, elem. p. 289, Hulshoff p. 97 u. 103).

[32]) Hildebrand p. 140. 141, Knies p. 278, Koch p. 5 und 33, Hulshoff p. 40. 41. 101, Wolowski, la change et la circulation p. 247, Pouyer-Quertier und Darimon bei Bédarride p. 84 und 227, Story p. 663. So sagt auch the court in einem in the Privy Council 1854 verhandelten Falle generell vom Check: „it is not intended for circulation." (Shaw p. 2.)

Check; Zahlungsmittel, nicht Umlaufsmittel zu sein ist seine oberste wirthschaftliche Bestimmung [33]).

Als letztes Argument führt Nouguier das fiskalische Stempelinteresse ins Feld, und dieser Grund war ja leider in Frankreich der entscheidende. Ohne die hohe Bedeutung der Stempelfragen unterschätzen zu wollen, bleiben sie doch füglich ausser Betracht, wo es sich um allgemeine Würdigung eines Rechtsinstituts ohne Rücksicht auf ein concretes Land handelt. Uebrigens sollte man meinen, dass die Anweisungsform um ihrer Aehnlichkeit mit der Tratte willen zu Defraudationen des Wechselstempels in weit höherem Grade einladet, als die Form des Empfangsscheins.

Sind hienach die gegen die Quittungschecks gerichteten Vorwürfe im wesentlichen als unbegründet, unerheblich oder übertrieben zurückzuweisen, so fragt es sich andererseits, ob jenes zähe Festhalten der Holländer und Franzosen an dem chèque-reçu und neuerdings die Adoption der Quittungsform seitens der Reichsbank durch besondere Vorzüge des Quittungschecks sich erklärt. Koch p. 30 nimmt in der That an, dass der Quittungscheck eigenthümliche Vortheile bietet: einerseits löse er nämlich die Frage, ob der Check auf den Inhaber gestellt werden könne, in der einfachsten Weise, andererseits vereinfache er den Geschäftsgang, indem er auch unquittirt in der Hand der bezogenen Bank die Zahlung beweise, somit eine nochmalige Quittung des Empfängers, der zahlenden Bank gegenüber, und damit auch die Untersuchung der Identität zwischen Empfänger und Quittungsleister entbehrlich mache. Das erste Argument ist sicher zutreffend nach der Lage des

---

[33]) Wie Hildebrand a. a. O. treffend bemerkt, ist der Check keineswegs dazu angethan, für mehrere Umsätze hinter einander benutzt zu werden; vielmehr werde der Check (selbst in England) gewöhnlich gleich vom ersten Empfänger umgewechselt, und bei einer neuen Zahlung werde fast stets auch ein neuer Check ausgestellt. Hildebrand nennt dies einen wichtigen Punkt, der leicht übersehen werde. Der Passus ist auch abgedruckt bei Funk p. 31.

heutigen deutschen Rechts; wenn aber die Gesetzgebung, wie Koch selbst dringend befürwortet und an jener Stelle geradezu voraussetzt, ein Specialgesetz über Checks erlassen sollte, so wird sie wohl ohne Zweifel dem französischen Vorbild folgen und, was auch Koch als selbstverständlich bezeichnet, die Stellung auf den Inhaber für die Anweisungschecks gestatten [34]). Damit würde aber die Eigenschaft des Inhaberpapiers aufhören, ein besonderer Vorzug des Quittungschecks zu sein. — Was den zweiten Grund anlangt, so scheint mir die Voraussetzung Koch's, dass bei dem Anweisungscheck eine Quittung des Empfängers und eine Identitätsprüfung erforderlich sei, doch wenigstens nicht für alle Anweisungschecks zutreffend. Nach der mir brieflich ertheilten Auskunft des Herrn Dr. Funk besteht vielmehr in der Oesterreichischen Bankpraxis ein Quittungszwang nur für die auf Namen oder an Ordre lautenden Checks, während die auf den Inhaber lautenden von dem Zahlungsempfänger gar nicht quittirt werden; aber auch bei jenen beiden Kategorieen verliert der Quittungszwang dadurch viel von seiner Bedeutung, dass die grossen Checkbanken nach ihren hierin fast wörtlich gleichlautenden Reglements [35]) „jeden Inhaber der Anweisung als den rechtmässigen Besitzer betrachten, ohne irgend eine Haftung für die Identität der Person, noch für die Richtigkeit der Unterschrift der girirenden oder acquittirenden Partei zu übernehmen". Hiermit ist aber für alle Arten des Anweisungschecks bei den Oesterreichischen Instituten jene Vereinfachung des Geschäfts-

---

[34]) Koch sagt a. a. O. selbst: »Dass der Anweisungschek anstatt an Ordre auch sogleich an den Inhaber gestellt werden könne, erachte ich als selbstverständlich" und p. 31 n. 70: „Etwas dem Inhaberpapier Aehnliches wird ohnehin durch das Blanco-Giro erzeugt."

[35]) Vgl. Bestimmungen über die Benutzung der Giro-Abtheilung der k. k. priv. österr. Creditanstalt für Handel und Gewerbe, giltig vom 1. Febr. 1875 an, §. 6. — Geschäftsordg. f. d. Giro-Abth. des Wiener Giro- und Kassen-Vereins vom Mai 1878 Art. 22 Absatz 3. — Regl. f. d. Giro-Abth. der Niederösterr. Escompte-Gesellsch. §. 9, Absatz 5 und 6.

ganges erzielt, welche als eigenthümlicher Vortheil des Quittungschecks von Koch bezeichnet wurde. Auch in England werden, der gütigen Auskunft Funk's zufolge, die Inhaberchecks, und das ist doch dort die entschiedene Mehrheit aller Checks[36]), nicht quittirt; überhaupt legen die englischen Bankiers in der neuesten Zeit, wo die weitaus überwiegende Zahl der Checks crossirt werden und ihren Weg durch das Clearinghouse nehmen, so wenig Werth auf das Acquit, dass sie ihren Contoinhabern die für deren Rechnung eingelösten Checks zurückstellen, während die letzteren auf dem Continente von den Banken doch sorgfältigst aufbewahrt werden[37]). Es wäre endlich noch darauf hinzuweisen, dass auch nach der holländischen Gerichtspraxis die nichtquittirte Anweisung in den Händen des Bezogenen gegen den Aussteller vollen oder doch wenigstens theilweisen Beweis der Zahlung erbringt[38]).

Hat hiernach auch keine der beiden Formen wesentliche praktische Vortheile vor der anderen voraus, so bleibt doch immerhin die Thatsache bestehen, dass der Anweisungscheck klar und bestimmt, der Quittungscheck dagegen nur künstlich und versteckt den Zahlungsauftrag zum Ausdruck bringt. Diese Thatsache wäre nun freilich an sich wichtig genug, um für die Anweisungsform und gegen die Quittungsform zu entscheiden, sofern nämlich der Gesetzgeber wirklich freie Hand und nicht mit den eingewurzelten Gewohnheiten des Handelsstandes zu rechnen hätte. Diese Voraussetzung liegt aber

---

[36]) Hulshoff p. 100: „de meeste cheques in Engeland en Amerika zijn aan toonder."

[37]) Auch diese Notiz stützt sich auf die Mittheilung Funks. Vgl. Walker p. 90 „The custom of bankers is to return checks after cashing them to the drawer". Die Zurückstellung erfolgt „cancelled" by drawing lines along and across the names of the party for whom such payment is intended to be made (Walker p. 69). Vgl. auch Newman p. 32, Shaw p. 129, Levi p. 489. Dagegen vgl. über den gesetzlichen Quittungszwang 43 Geo. III. c. 126 s. 5. Byles p. 231 und Frank bei Borchardt I. p. 204.

[38]) Asser p. 98 zu Art. 213. A. M. Holtius p. 468.

nicht vor; der Handel hängt nun einmal, wie Holland und Frankreich zeigen, an der althergebrachten Quittungsform. Dies darf die Legislative aber nicht ausser Acht lassen, wenn sie die Rechtsunsicherheiten im Checkverkehr wirklich und vollständig beseitigen will. Es ist daher durchaus Koch darin beizustimmen, dass die Deutsche Gesetzgebung, wie es die holländische gethan und die französische 1865 wenigstens intendirt hat, beide Formen des Checks dem Publikum zur Auswahl zu überlassen und für keine derselben ausschliesslich sich zu entscheiden habe [39]). —

Nicht ganz unzweifelhaft ist es, ob der Auftrag auf Baarzahlung gehen muss, oder ob durch Checks auch indirekte Zahlung mittelst Skontration mandirt werden kann. Für die letztere Ansicht spricht die Praxis der Reichsbank, welche zweierlei Arten Verfügungspapiere ihrer Kontoinhaber mit dem Namen Checks belegt hat und dieselbe als weisse und rothe Checks unterscheidet. Mittelst der weissen Checks werden baare Abholungen bewirkt, während die sog. rothen Checks lediglich zu Uebertragungen von einem Conto auf das andere dienen. Der weisse Check hat die Quittungsform, der rothe Check dagegen die Anweisungsform und folgenden Inhalt: „Die Reichsbank wolle dem Conto des A. die Summe von x Mark gutschreiben und dafür belasten das Conto von B.“ [40]). Sieht man nur auf den Namen, so müsste auch die indirekte Zahlung, da sie durch den sog. rothen Check veranlasst wird, mittelst Checks mandirt werden können. Es bleibt aber zu erwägen, dass die Ausdehnung des Namens Check auf diese Ueberweisungsaufträge eine Eigenthümlichkeit der Reichsbank zu sein scheint; die Bank von Frankreich kennt zwar auch Ueberweisungsaufträge ihrer Kunden auf rothem Formular, ich habe aber dieselben ausser bei Koch nicht als rothe Checks,

---

[39]) Für die Duplicität haben sich auch Bédarride p. 16 und Alauzet p. 608 lebhaft ausgesprochen.

[40]) Koch p. 23 Note 55.

sondern nur als mandats rouges oder billets rouges bezeichnet gefunden [41]).

Sicher haben diese rothen Formulare mannigfache Aehnlichkeiten mit den weissen Checks, aber sie sind doch mancher Eigenschaften der letzteren, wie der Stellung an Ordre oder auf den Inhaber und der Uebertragbarkeit nicht fähig [42]). Es dürfte demnach in diesen rothen Ueberweisungen doch ein vom Check generisch verschiedenes Werthpapier zu finden sein, für welches der auch von Koch mehrfach angewandte Name der Giro-Anweisung [43]) geeigneter erscheint, als der Name Check. Dürfen wir hiernach von diesen uneigentlichen Checks der Reichsbank absehen, so ergiebt sich der Baarzahlungsauftrag als Essentiale des Checks.

§. 3. Die Checksumme. Geld- und Effectenchecks.

Ein drittes Essentiale eines jeden Checks ist die Angabe der zu zahlenden Summe [1]). Diese Summe muss eine Geld-

[41]) Vgl. oben p. 148 n. 9. Koch p. 11. Darimon bei Nouguier p. 167. De Germiny ebendas. p. 195: les mandats rouges et les mandats blancs .... ne s'appellent pas des chèques, mais équivalent. Le Mercier p. 38. Nouguier p. 16.

[42]) Koch p. 24.

[43]) Koch p. 9. 14. 23. — Im belgischen Gesetze scheinen sie als mandats de virement neben den Check gestellt. — Der Name Giro-Anweisung hat freilich auch noch eine ganz andere Bedeutung; so nennt Goldschmidt p. 1224 Geldpapiere, welche die Bank über den Belauf des Metallguthabens ihrer Kunden, bezw. Bankbetheiligten auf sich ausgiebt oder acceptirt, Giroanweisungen. Vgl. auch Endemann p. 655 n. 16. Ueber acceptirte Giro-Anweisungen der früheren Preussischen Bank vgl. Koch p. 18, Note 47. Koch unterscheidet die rothen Ueberweisungen von jenen acceptirten Giro-Anweisungen dadurch, dass er die ersteren eigentliche oder reine Giro-Anweisungen nennt. Vgl. auch Wagner, Syst. d. Zettelbankpolitik, 1873 p. 391.

[1]) Portugal 430 .. de pagar .. uma somma do dinheiro Malta 245 .. enunciano la somma da pagarsi. Wegen Hollands und Canada's vgl. Note 2 und 3. Frankreich, Belgien, Deutschland und Oesterreich drücken das Erforderniss nicht bestimmt aus, doch ist es sicher zu subintelligiren. Frankreich

summe sein nach der ausdrücklichen Bestimmung des portugiesischen, holländischen [2]) und canadischen Gesetzbuchs[3]); auch die Praxis der übrigen Staaten kennt nur auf Geldzahlung lautende Checks (Geldchecks).

Eine scheinbare Ausnahme zeigt sich im englischen Recht, insofern der Aussteller durch einen Check anordnen kann, dass die Zahlung in Tratten oder Solawechseln erfolge [4]); die Ausnahme ist aber nur scheinbar, denn diese Gewährung von Wechseln ist nur eine im Voraus verabredete Modalität der Zahlung einer Geldsumme [5]).

Eine wirkliche Abweichung von der Regel, dass der Check auf eine Geldsumme lauten muss, ist dagegen neuerdings in Oesterreich zu constatiren. Der unter Leitung des Dr. Funk stehende Wiener Giro- und Cassen-Verein hat das Verdienst, neben dem Geldcheck ein neues Papier, den sog. Effectencheck [6]), geschaffen zu haben. Das genannte Institut übernimmt nämlich nicht nur die Gelder, sondern auch die aus dem Börsenverkehr stammenden Effecten seiner Conto-Inhaber; die Letzteren verfügen über ihr Guthaben an Effecten mittelst Effectenchecks genau in derselben Weise, als sie über ihr Geldguthaben mittelst Geldchecks disponiren; der einzige

---

Art. 1 . . . à effectuer le retrait . . de tout ou partie de fonds. Vgl. Alauzet p. 625, Le Mercier p. 112. Belg. 1 . . . . titres à un payement. Deutschland (§. 24 Abs. 2 G. v. 10. 6. 1869): „Anweisungen auf das Guthaben des Ausstellers bei dem die Zahlungen desselben besorgenden Bankhause." Oesterr.: „Anweisungen auf die zur Uebernahme von Geld berechtigten Anstalten."

[2]) A. 210: om die darbij uitgedruckte geldsom . . Art. 223 penningen, ten beloope van het uitgegeven papier.

[3]) Art. 2349 . . for the payment of money.

[4]) Walker p. 77. Thus he may by his check direct payment to be made in bills of exchange or promissory notes. Jedenfalls aber muss die Summe in englischem Münzfuss ausgedrückt sein. Newman p. 4. The sum specified must be expressed in English money.

[5]) Vgl. Erk. des O.-A.-Ger. zu Dresden vom 18. März 1856 in Borchardts Allg. D. W. O., Zusatz 56 zu Art. 4 Nr. 2.

[6]) Funk p. 24 Note **.

selbe heisst in England drawer [2]), in Frankreich tireur [3]), in Holland oorspronkelijke uitgever [4]), in Portugal passador [5]). Derselbe wird auch wohl, insoweit es sich um sein Verhältniss zum Bezogenen handelt, und sofern der Letztere ein Bankier ist, als Girokunde oder Conto-Inhaber [6]), in Frankreich als client, déposant und correspondant [7]), in England als customer [8]) bezeichnet.

Die Unterschrift des Ausstellers befindet sich in der Regel in der rechten Ecke des Checks, doch ist nach englischer Praxis jede Stelle der Vorderseite dazu geeignet [9]). Der Aussteller braucht weder seinen vollen Namen [10]), noch persönlich zu unterzeichnen [11]). Die allgemeinen Grundsätze der Vertretung gelangen auch hier zur Anwendung.

Zur Ausstellung eines Checks fähig ist Jeder, der sich durch Verträge verpflichten kann; besondere Eigenschaften des Ausstellers werden nicht erfordert [12]). Die einzige Ausnahme bildet das holländische Kassierspapier, das wenigstens nach Ansicht der Amsterdamer Commentatoren nur von Kauf-

---

[2]) Shaw p. 9, Levi p. 484, Walker p. 57, 62. — Canada Art. 2351. New-York 1286.

[3]) Frankreich Art. 1 „Il est signé par le tireur". Belg. 2. „Ces dispositions sont signées par le tireur".

[4]) Holland Art. 223 und auch 210.

[5]) Portugal Art. 430 . . . uma ordem, que o mandante, que se chama passador, . .

[6]) Vgl. die Bestimmungen der Reichsbank Nr. 7 ff. und die wiederholt citirten Reglements der 3 Oesterr. Bankinstitute.

[7]) Nouguier p. 16 ff.

[8]) Shaw p. 1, vgl. Walker p. 28 ff.

[9]) Walker p. 62. Hulshoff in der Themis p. 432.

[10]) Newman p. 17 „any signature will be sufficient which gives reasonable means of identification".

[11]) Walker p. 62. Newman p. 13. — Nouguier p. 43. Le Mercier p. 105.

[12]) Nouguier p. 29. 30. Le Mercier p. 93. — Reiche Casuistik bei Shaw p. 44—57. Newman p. 12—17. Vgl. auch Themis p. 444 ff. Walker p. 37 ff. Parsons p. 96.

leuten und nur ihren Handelsangelegenheiten emittirt werden darf[13]).

Eine ganz singuläre Bestimmung enthält das Handelsgesetzbuch für Niederländisch Indien, insofern es die notarielle Beglaubigung der Unterschrift inländischer Aussteller verlangt; dieses Erforderniss theilt indess der Check in jenen Colonien mit allen von „Inlanders" unterzeichneten Handelspapieren und Handelsverbindlichkeiten[14]).

Mit der allgemeinen Fähigkeit, Checks ausstellen zu dürfen, deckt sich keineswegs das Recht, in concreto einen Check zu emittiren; dieses ist vielmehr Beschränkungen unterworfen, auf die wir weiter unten einzugehen haben werden.

Nothwendig ist dem Check

5) der Name oder doch die Bezeichnung[15]) desjenigen, der die Zahlung leisten soll, des Bezogenen, drawee, tiré. Der Bezogene muss eine dritte Person, darf nicht mit dem Aussteller identisch sein; trassirt-eigene Checks werden von der französischen und englischen Jurisprudenz übereinstimmend als unstatthaft ausgeschlossen[16]).

Ueber die Frage, wer als Bezogener auf dem Check erscheinen könne, gehen die Gesetze und die Meinungen der Schriftsteller aus einander.

Der Bezogene muss ein Bankier oder eine Bank sein,

---

[13]) Diese Beschränkung behauptet Asser p. 101, Commentar zu A. 221, vgl. übrigens Holtius p. 473 zu Art. 229 und Kist p. 367. 395.

[14]) Wetboek van Koophandel voor Nederlandsch-Indië Art. 229 bei Borchardt I, 2 p. 224.

[15]) Diese genügt in Frankreich (Nouguier p. 64), nicht aber in England, wo man vielmehr Vor- und Zunamen, resp. die volle Firmenangabe verlangt. Walker p. 58. Vgl. auch Alauzet p. 625. Le Mercier p. 93 Nr. 3.

[16]) Newman p. 14. Nouguier p. 63, auch Borsari p. 955. Die englische Praxis verweigert sogar dem Mitinhaber einer Handelsgesellschaft wegen seines Privatguthabens auf seine Firma zu ziehen, die französische gestattet es; für das deutsche Recht müsste man es gleichfalls zulassen. Vgl. Endemann p. 173 bei Note 19.

nach dem Rechte Amerikas [17]), Englands [18]), den Gesetzen Nieder-Canada's [19]), Portugals [20]), Deutschlands [21]) und Oesterreichs [22]), sowie nach dem Schweizer Entwurf [23]). Er muss entweder ein Bankier oder ein Kassier sein in Malta [24]) und Holland [25]). Im Gegensatz zu all diesen Rechten steht nur aus früherer Zeit die Amsterdamer Keure [26]) vom 30. Januar 1776 und die gegenwärtige Gesetzgebung Frankreichs und Belgiens [27]); der lebhaftesten Opposition [28]) ungeachtet hat

---

[17]) Story p. 664, vgl. aber auch unten bei Note 49. — Eine Singularität der amerik. Praxis ist es übrigens, die Checks an den Kassierer der bezogenen Bankhäuser, nicht an die Firma selbst zu adressiren, also „to the cashier of the X-Bank". Vgl. Story p. 662, vgl. auch oben p. 142.

[18]) Crossed Cheques Art. 1876 c. 3. „Cheque" means a draft or order on a banker . . . „Banker" inludes persons or a corporation or company acting as bankers". — Walker p. 57. „It must be addressed to a banker". Vgl. aber auch Shaw p. 6. u. 7: „Under the old Stamp laws it was necessary that an unstamped cheque should be drawn upon a banker; but under the new Stamp Act there is no difference in this respect between cheques and any other bills of exchange".

[19]) A. 2349 . . upon a bank or banker.

[20]) Art. 430 . . ordem que o mandante . . dá ao seu respectivo banqueiro.

[21]) Wechselstempelges. §. 24 „Checks, (d. i. Anweisungen auf das Guthaben des Ausstellers bei dem die Zahlungen desselben besorgenden Bankhause oder Geldinstitute)". Der Entwurf lautete „Bankier oder Geldwechsler". Vgl. Hoyer, Preuss. Stempelgesetzgebung p. 204. Koch p. 28 n. 64. Drucksachen des Reichstags 1869, Nr. 230 p. 8.

[22]) Gebührengesetz bei Funk p. 11: „zur Uebernahme von Geld für fremde Rechnung statutenmässig berechtigte Anstalt."

[23]) Art. 443: „eine Depositenanstalt."

[24]) Art. 245: I mandati o cheques sopra banchieri o cassieri.

[25]) Gesetzlich sind nur Kassiers die Bezogenen des Kassierpapiers. faktisch aber werden auch auf Bankiers z. B., die Haarlem'sche Bankvereinigung jetzt Checks abgegeben, vgl. Hulshoff p. 32. 36.

[26]) Art. 1 . . . quitantie op deszelfs Cassier of op een ander. Art. 2 . . . Quitantien op Cassiers of op anderen.

[27]) Vgl. Mittermaier Z. XX. p. 116.

[28]) Vgl. oben p. 150. 151 bei Note 14, 15 u. 18.

auch die französische Novelle, der man doch sonst das Lob der Liberalität keineswegs spenden kann, daran festgehalten, dass Checks auf Jedermann ohne Unterschied des Standes und Gewerbes abgegeben werden können.

Da zwischen den Kassiers und den bankers ein wirklicher Unterschied nicht mehr besteht [29]), so stehen sich eigentlich nur zwei Systeme gegenüber: das französisch-belgische der vollen Unbeschränktheit auf der einen Seite, auf der anderen Seite der Bankierszwang aller übrigen Staaten. Das Bankiers-System ist das ältere und war bis zum Jahre 1865 auch fast das ausschliessliche. Man hielt die Beschränkung auf Bankiers für so unumgänglich, dass man dieselbe häufig in die Begriffsbestimmung des Checks hineingezogen, sie sogar im Namen des Papiers zum Ausdruck gebracht hat, indem man in Gesetzen, Gesetzentwürfen und Aufsätzen die Worte Checks, bankers' checks, checks on a banker, mandato sobre banqueiro, cheques sopra banchieri o cassieri und Bankanweisungen [30]) geradezu synonym gebrauchte. Ja, der amerikanische Richter Johnson ging soweit, zu behaupten, dass der einzige charakteristische Unterschied zwischen Wechsel und Check darin bestehe, dass der Letztere upon a bank or banker gezogen sei [31]).

In dem neuerdings geführten lebhaften Meinungsstreit [32])

---

[29]) Vgl. oben p. 137, Hulshoff p. 32, 36 u. 111. Ueber die Unterscheidung von banker und banquier vgl. Holtius p. 180. Goldschmidt I. p. 603 n. 6.

[30]) So Munzinger Schweizer Entwurf, Motive p. 397 ff. Mittermaier Z. X. p. 1 ff. Macleod, banking I. p. 85. Byles p. 13 ff. Newman und Shaw betiteln ihre Abhandlungen geradezu „a summary of the law relating to cheques on bankers", resp. „the law of bankers' cheques."

[31]) Story p. 677 Note. — Walker p. 57 bezeichnet dies zwar nicht als das einzige, aber doch als eines der 3 Unterscheidungsmerkmale zwischen Check und Wechsel.

[32]) Vgl. oben p. 150. 151. Vgl. Le Mercier p. 226—229. Hulshoff 73. 74. Knies Credit, p. 275. 283. Funk p. 12, 13. Koch p. 12 n. 27, p. 28. 31 Note 75 u. p. 32. Mittermaier Z. X. p. 33 und XX.

zwischen beiden Systemen hat man für die Beschränkung des Papiers auf Bankiers geltend gemacht zunächst das Beispiel des bezüglich des Checkverkehrs doch am meisten entwickelten Englands [33]), sodann das Bedürfniss einer Concentration der Checks in den Händen der Bankiers, durch welche allein jene geldersparenden Compensationen im Grossen ermöglicht würden [34]), ferner die geschäftliche Zurüstung, welche die Einlösung der Checks erfordere [35]), und endlich das Interesse, welches sowohl der Aussteller, als jeder Empfänger des Checks daran habe, dass der Bezogene eine öffentlich kundbare, leicht zu ermittelnde und vertrauenswürdige Person sei. Richtig ist hievon sicher soviel, dass man auch auf dem Continent in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle nach englischem Beispiel als Einlösungsstelle seiner Checks einen Bankier wählen wird, weil in der That gerade dieser durch seine bekannte Firma, sein zugängliches Comptoir und seinen ganzen geschäftlichen Apparat den Interessenten besondere Vortheile zu bieten vermag. Ist es aber deshalb auch erforderlich, einem Aussteller, welcher jene Vortheile nicht begehrt, sie aufzunöthigen? Auf den Inhaber eines Checks ist aber um so weniger Rücksicht zu nehmen, als einerseits der Check gar nicht zur Circulation bestimmt ist [36]), andererseits es ja auch im freien Belieben eines Jeden steht, ob er Inhaber eines Checks werden will oder nicht. Es kommt hiezu, dass der englische Handel auf Grundlagen beruht, die nicht ohne weiters bezüglich des Continents zutreffen [37]). Der englische banker im eigentlichen Sinn ist etwas ganz anders, als unsre meisten so-

p. 116. Eine petitio principii, kein Argument ist es, wenn Mittermaier a. a. O. p. 116 behauptet, gerade der Umstand, dass auf eine Bank gezogen wird, verleihe dem Check seine Eigenthümlichkeit.

[33]) Achille Adam im franz. corps législ. Vgl. Le Mercier a. a. O.

[34]) Wolowski ebendaselbst. Knies a. a. O.

[35]) Knies a. a. O.

[36]) Vgl. oben §. 1 n. 32. p. 435.

[37]) Pouyer-Quertier bei Le Mercier a. a. O.

genannten Bankiers; die letzteren betreiben in der Regel neben dem wirklichen banking auch den Effecten- und Valutahandel, dazu noch Commissionsgeschäfte, wenn nicht gar Spekulationen [38]); jene Vertrauenswürdigkeit der englischen bankers kommt ihnen daher keineswegs immer zu; diese gebührt vielmehr in Deutschland und Frankreich in weit höherem Grade dem Notar, dessen Bureau gerade so kundbar ist, als das Comptoir eines Bankiers; auch der Waarenkaufmann, der Fabrikant vereinigt oft genug die Vorzüge der Zuverlässigkeit und Kundbarkeit mit dem Besitz aller für Auszahlungen erforderlichen geschäftlichen Zurüstungen. Es giebt übrigens kleine Städte, die einen Bankier gar nicht besitzen; hier wäre jene Beschränkung mit einem allgemeinen Verbot der Platz-Checks nahezu gleichbedeutend.

Die gesetzliche Beschränkung dürfte weiter im Regressprozesse nicht ganz selten dazu führen, die Banquierseigenschaft des Bezogenen in Abrede zu stellen; es käme somit erst auf den Beweis an, ob der Bezogene ein Bankier ist. Wer ist aber Bankier? Der Begriff ist nicht unbestritten, auch nicht zu allen Zeiten und Orten der nämliche gewesen [39]). Nach der auch von deutschen Gerichten adoptirten Definition Goldschmidt's [40]) ist der Bankier „Vermittler des Umlaufs von Geld und sonstigen Zahlungsmitteln, daher auch Creditvermittler;“ „alle Geschäfte, welche diesem Zwecke dienen, sind

---

[38]) Ebendaselbt, vgl. auch Funk p. 12.

[39]) Vgl. Puchelt, Commentar II. p. 17. 18. Macleod, elem. p. 284. 288, principles p. 547—554. Macleod selbst hat in seiner Definition gewechselt; er erklärt zuletzt: „a banker is a trader, who buys money or money and debts by creating other debts; seine Hauptaufgabe sei: „to collect money from others“. — Levi p. 491 definirt: a banker is one who deals in and with money“; nach Gilbart ist ein banker ein Kaufmann in Capital. Vgl. Hulshoff p. 10 u. 74. — Ueber die verschiedenen Unterarten (local banker, foreign banker, banker commissioner) vgl. Funk p. 12.

[40]) Goldschmidt I. p. 600 ff. und das dort citirte Erk. des H.-App.-Ger. zu München v. 15. April 1872 (Ztschr. f. H.-R. XX. p. 582).

Bankier- oder Bankgeschäfte; dahin gehören insbesondere ..... die Leistung von Zahlungen auf Anweisungen, Wechsel, Creditbriefe u. drgl.[41])." Hiernach muss die Honorirung eines Checks als Bankgeschäft aufgefasst werden, unabhängig davon, von wem die Einlösung vorgenommen wird, ob von einem Kaufmann oder Nichtkaufmann, einer Bank oder einem Notar. Wenn man nun aber auch gewerbsmässigen Betrieb für das Bankiergeschäft erforderlich erachtet[42]), so muss mindestens derjenige, der gewerbsmässig Checks honorirt, als ein Bankier im Sinne jener Definition gelten[43]). Hiemit würde aber die Beschränkung des englischen Systems in den meisten Fällen durchaus bedeutungslos und zu einem blossen Schein. In Amerika beginnt man in der That bereits, jenes Requisit der Bankierseigenschaft des Bezogenen als eine reine Formalität aufzufassen; dies beweist der Entwurf des civil code of New-York, der den Check als einen Wechsel definirt „drawn upon a bank or banker or a person described (!) as such upon the face thereof[44])"; es kann hienach der Bezogene auch ein Nichtbankier sein, sofern er nur als Bankier auf dem Check bezeichnet wird!

Das französische System entspricht dagegen dem Prinzip der Gewerbefreiheit und der Monopolsbeseitigung[45]); es muss

---

[41]) Vgl. auch Thöl p. 106 ad 7. Dernburg, Preuss. Privatr. II. p. 14 und Portug. H.-G.-B. Art. 87 (bei Goldschmidt I. p. 602 n. 2).

[42]) Puchelt a. a. O. p. 18.

[43]) Dernburg II. p. 14 fordert allerdings, dass sich das Bankiergeschäft in Formen bewegt, welche dem Betrieb derer, welche sich Bankiers nennen, gewöhnlich sind; dies Kriterium giebt aber doch zu manchen Zweifeln Anlass, da diese Formen keineswegs überall und zu allen Zeiten gleiche sind, auch manche Kaufleute, z. B. Geldwechsler an einzelnen Orten sich Bankiers nennen, an anderen nicht; vgl. auch Puchelt p. 17. Auch Hulshoff p. 73 u. 74 hebt hervor, dass beinahe jeder (englische) Kaufmann wohl einmal „bankierszaken doet".

[44]) §. 1825. Vgl. auch Revised Stat. of N. York c. 416. s. 2 und Stat. of N. Jersey, act of 13. 3. 1862 s. 2 in Borchardt's Sammlung II. p. 304, 308.

[45]) Vgl. bes. Pouyer-Quertier bei Le Mercier p. 226 ff.

sich auch praktisch bewährt haben; wenigstens sind Klagen über dasselbe noch nicht mit einzelnen Fällen belegt worden.

Noch weniger als das englische System dürfte eine Beschränkung Zustimmung finden, welche von Munzinger im Schweizer Entwurf und neuerdings von Funk p. 12 im Anschluss an das Oesterreichische Gebührengesetz vorgeschlagen worden. Munzinger will nur den auf eine „Depositenanstalt", Funk nur den auf eine „Bank" gezogenen Anweisungen die Vorrechte des Checks einräumen; Checks auf Privatbankiers schliesst Funk ausdrücklich aus. Es soll hier dahin gestellt bleiben, ob den sogenannten Banken wirklich mehr Vertrauen als den Privatbankiers entgegen gebracht werden darf, ob in Folge der öffentlichen, resp. staatlichen[46]) Controle die Institute sich wirklich innerhalb ihrer statutenmässigen Grenzen halten und eigene Geschäfte gewagter Art vermeiden[47]), ob in der That der Zusammenbruch corporativer Banken trotz periodischer Veröffentlichung der Ausweise ganz ohne Beispiel ist. Wäre dieses aber auch wirklich der Fall, so rechtfertigte die grössere Vertrauenswürdigkeit doch noch immer nicht ein Monopol, welches nicht nur die materiellen Interessen vieler Privatbanquiers schwer verletzte, sondern auch das Publikum bevormundend zwänge, aus einem immerhin nur kleinen Kreis die für seine Kassehaltung erforderliche Geschäftsverbindung zu wählen; wie leicht könnte endlich der Ausschluss der Privat-

---

[46]) Staatliche Controle der Actienbanken findet bekanntlich in Deutschland seit der Novelle v. 11. Juni 1870 nicht mehr statt. Vgl. Thöl p. 407. 415.

[47]) Funk a. a. O. setzt voraus, dass die Banken, die dem Checkverkehr dienen, sich innerhalb des reinen Depositengeschäftes halten werden, aber er muss doch selbst hinzufügen „bezüglich der auf Giro-Conto erliegenden Gelder wenigstens". Reine Depositenbanken giebt es übrigens verschwindend wenige; Effekten-Commissionsgeschäfte sind fast nirgends, nicht einmal bei der Deutschen Reichsbank (§. 13 Nr. 6 des Bankgesetzes) ausgeschlossen. In Folge des Prinzips der beschränkten Haftung (Art. 219 u. 241 R.-H.-G.-B.) stehen die Conto-Inhaber im Fall der Insolvenz der Actienbanken noch weit schlechter, als die Girokunden des insolventen Privatbankiers.

concurrenz die wenigen privilegirten Institute zu einer Coalition verleiten, welche dem Publikum ungünstigere Bedingungen in Verzinsung und anderen Punkten aufnöthigte, als sie zur Zeit bestehen. Gegen Funk hat sich auch Koch erklärt[48]).

§. 5. Fortsetzung.

Depotchecks und Creditchecks.

Mussten wir auch das Erforderniss einer besonderen Eigenschaft des Bezogenen und des Ausstellers in Abrede stellen, so ist doch damit nicht zugestanden, dass jeder Zahlungsauftrag einer Person an die andere ohne Weiteres als Check zu bezeichnen ist. Es bedarf vielmehr noch einer materiellen Voraussetzung, welche den Check vom Wechsel und der Anweisung, mit denen er äusserlich oft die grösste Aehnlichkeit besitzt, generisch unterscheidet. Diese materielle Voraussetzung wird gewöhnlich Deckung (provision, consideration) genannt. Gerade über sie herrscht in Gesetzgebung und Doktrin[1]) die grösste Divergenz.

Prüfen wir zunächst die einzelnen Rechte auf diese Frage hin:

I. Das französische Gesetz weist nicht weniger als dreimal auf die Deckung hin; es definirt zunächst in Art. 1 den Check als

> l'écrit qui . . sert au tireur à effectuer le retrait . . . de tout ou partie de fonds portés au crédit de son compte chez le tiré, et disposibles;

---

[48]) Koch p. 32 n. 76.

[1]) Mittermaier Z. X. p. 12 ff. 26. 33 ff. 38. XX. p. 115. Munzinger p. 410. Goldschmidt I. p. 1223. Hildebrand p. 139 n. 20. 143. 156. Schäffle p. 247. Knies p. 276. Bischof p. 399. Funk p. 13. Koch p. 31. — Frets p. 372 ff. Hulshoff p. 52. 159 ff. — Nouguier p. 34. 38 ff. 63 ff. 125 ff. 225. Bédarride p. 29 ff. 51 ff. 214. 226. Michaux-Bellaire p. 6. 17. 20. Le Mercier p. 101 ff. 131 ff. 199 ff. Alauzet p. 637. — Pasinomie belge p. 188 ff. — Borsari p, 955. — Macleod, elem. p. 294, princ. p. 564 ff. Walker p. 28 ff. 59. 79 ff. 82. Parsons p. 94. 95. 108. Byles p. 18. Story p. 670. 671. 676. 693 Note.

sodann wird durch Art. 3 jeder Urkunde ohne vorgängige Deckung der Charakter des Checks abgesprochen:

> le chèque ne peut être tiré que sur un tiers ayant une provision préalable,

und endlich bedroht Art. 6 die

> émission d'un chèque sans provision préalable

mit hoher Geldbusse vorbehaltlich etwa verwirkter Betrugsstrafe. Die Novelle hat diese Strafvorschrift noch geschärft; selbst „provision préalable" schützt nicht mehr; die provision muss vielmehr préalable et disponible sein, um zur Ausstellung eines Checks zu legitimiren. (Art. 6.)

Ganz ähnlich hat Belgien die Steuerbefreiung auf „titres à un payement .. sur fonds disponibles" beschränkt, ja eine noch höhere Geldstrafe als das französische Gesetz demjenigen angedroht, „qui dispose sans provision préalable."

Diese in beiden Staaten nicht ohne lebhaften Widerspruch angenommenen, mit Recht als höchst unbestimmt und dehnbar getadelten [2]) Bestimmungen drücken den Willen des Gesetzgebers nur sehr incorrect aus; sie verlangen einerseits mehr und andererseits weniger, als die Redaktoren gewollt haben. Sie verlangen mehr, sofern man nämlich die Worte „fonds préalables, provision disponible" in ihrem gewöhnlichen Sinne nimmt; denn alsdann besagen sie, dass die Ziehung eines Checks nur auf Grund eines wirklichen Depositums zulässig ist, dass der Aussteller daher Baarvorräthe bei dem Bezogenen zur Zeit der Ausstellung stehen haben müsse. So weit wollten aber die entscheidenden Faktoren nicht gehen; in beiden Ländern erklärten vielmehr die Regierungsvertreter, hier M. de Lavenay, dort Minister Malou, jene Worte sollten nicht „dans un sens trop absolu" verstanden, vielmehr „lato sensu" interpretirt werden [3]); in beiden Ländern wurde von

---

[2]) Ueber die Opposition der franz. Abgeordneten Morin, Louvet, Quesné und Gressier vgl. Nouguier p. 37—41, Bédarride p. 30 ff., über den Widerspruch des belgischen Abg. Pirmez vgl. die Pasinomie belge p. 191.

[3]) Nouguier p. 38. Le Mercier p. 99 ff. — Pasinomie

dem Referenten der Commission zugestanden, dass Checks nicht nur auf Grund eines wahren Depots, sondern auch auf Grund von fälligen Forderungen jeder Art (à toute espèce de créance certaine, liquide, exigible) ausgestellt werden dürfen [4]). Zu jenen Forderungen gehören nicht blos die Summen, die ein Privatmann „par suite d'une opération de change et d'escompte, d'une vente d'immeubles ou d'une remise de marchandises" zu seiner Disposition bei dem Bezogenen stehen hat [5]), sondern auch die Einzahlungen, resp. Ueberweisungen Dritter zu Gunsten des Ausstellers, ja sogar, so sehr dies mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch steht, die Vorschüsse, die der Bezogene selbst dem Aussteller gewährt (même lorsque le tiré a pris l'engagement d'en faire l'avance [6]). Es genügt hiernach jedes Guthaben im weitesten Sinne des Wortes, mag es auf Hinterlegung, auf einer fälligen Forderung oder auf gewährtem Credit beruhen. In den belgischen Motiven wird sogar ausgesprochen, dass nach der Absicht des französischen Gesetzes Disponibilität auch dann existire, wenn der Bankier dem Checkkunden erlaubt habe, ausnahmsweise oder auf einige Tage den Activsaldo zu überziehen („dépasser" [7]). Auf Grund der historischen Interpretation ergiebt sich sonach, dass das französische und belgische Gesetz trotz des entgegenstehenden Wortlauts eine vorgängige Deckung nicht unbedingt verlangen, vielmehr die Mandirung in allen ihren Formen [8])

---

belge p. 188 Note 1 u. p. 192. Mittermaier Z. XX. p. 115. Nouguier nennt p. 39 diese Erklärung de Lavenay's mit Recht eine „naive".

[4]) Cornesse in der Pasinomie p. 189. Aehnlich Darimon bei Nouguier p. 37. Bédarride p. 37.

[5]) Darimon bei Nouguier p. 174.

[6]) Le Mercier p. 101. Alauzet p. 634. Bédarride p. 55 erachtet die Eröffnung eines limitirten Credits wenigstens an Nichtkaufleute für provision préalable; er verneint es unter Kaufleuten, weil hier Conto-Corrent vorliege, und nicht dieses selbst, sondern erst die Bilanz ergebe, wer von beiden Theilen Gläubiger, wer Schuldner sei. Vgl. unten Note 13.

[7]) Pasin. belge p. 188.

[8]) Vgl. Thöl I. p. 529—536.

(auf Baarfonds, auf Schuld, auf Borg und auf gedeckten Credit) gestatten.

Dennoch sind die wiederholten Vorschriften der provision préalable et disponible nicht bedeutungslos; ein anderes Erforderniss soll durch sie vorgeschrieben, in dem Wort „disponible" stillschweigend mit enthalten sein [9]), und insofern sagen in der That diese Bestimmungen weniger, als der Gesetzgeber gewollt hat. Dieses andere Erforderniss ist „une convention préalable de disponibilité, expresse ou sous-entendue, entre le tireur et le tiré qui permet de considérer les fonds comme libres et de créer un chèque" [10]). Gerade dadurch unterscheidet sich der Check vom Wechsel und der Anweisung, die ohne Genehmigung, ohne Vorwissen des Bezogenen trassirt werden können [11]). Der Check setzt dagegen ein Recht zur Ziehung voraus, ein Recht, welches der Bezogene dem Aussteller eingeräumt hat; ein Check, der ohne solches Recht gezogen worden, ist civilrechtlich wirkungslos [12]), sein Aussteller strafbar. Die Genehmigung des Bezogenen, welche dem Aussteller ein Recht zur Abgabe von Checks gewährt, kann generell oder speciell, ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt sein; sie wird bei Banken in der Regel zum Ausdrucke gelangen durch die Uebergabe eines Checkbuchs. Unter Kaufleuten wird sie fast ausnahmslos in der Eröffnung einer Rechnung, eines Contos sich dokumentiren [13]). Es scheint sogar, als ob in Frankreich

---

[9]) Vgl. die Erklärungen Darimon's und besonders de Lavenays bei Nouguier p. 39. 41 und 65. Aus dem corps législ. wurde dabei der Ruf laut „nous prenons acte de l'explication" (p. 41).

[10]) Nouguier p. 39: „Quand M. Louvet manifestait cette dernière exigence (convention préalable), M. Darimon, rapporteur, l'interrompit en lui disant: „la convention préalable est de droit!" Le Mercier p. 104. 132. 199. Pasinomie belge p. 192.

[11]) Vgl. über die sog. O.-W. Wechsel die Rede des Abgeordneten Schmidt im Deutschen Reichstage bei Berathung des Wechselstempelgesetzes.

[12]) Bédarride p. 53. Vgl. auch Brentano p. 252.

[13]) Bédarride p. 35 verlangt bei gewöhnlichem Conto-Corrent unter Kaufleuten noch eine besondere formelle Convention und zwar aus dem

das Conto-Current ein gesetzliches Erforderniss der Checks wäre; definiren doch die oben citirten Worte des Art. 1 den Check als eine Urkunde, welche diene zur ganzen oder theilweisen Zurückziehung „des fonds portés au crédit de son compte“. Aber auch diese Worte sollen nach der Erklärung des Regierungscommissars de Lavenay weniger bedeuten, als sie aussagen; „la nature du compte dont il s'agit ici n'a pas de forme sacramentelle; du moment, que le tireur est crédité chez le tiré d'une somme disponible, on ne peut pas demander la justification d'une pièce rédigée dans une certaine forme“. Nach einem vom Abgeordneten Morin vorgetragenen Beispiel darf ein Weinhändler auf einen Privatmann, dem er Wein gesandt hat, Checks ziehen, wenn Letzterer ihm nur geantwortet hat: „j'ai reçu votre envoi, j'en suis débiteur, les fonds sont à votre disposition à partir de cette époque“; es braucht weder ein „compte ouvert“, noch eine „écriture passée“ vorzuliegen. Die Ansicht Morin's bezeichnete der Regierungscommissarius ausdrücklich als identisch mit der Ansicht der Commission und der Regierung[14]). An die Stelle des Checkbuchs und Conto-Currents tritt sonach unter Nichtkaufleuten ein schlichter „avis donné au créancier qu'il tient les fonds à sa disposition“[15]). So ergiebt sich denn, dass dem französisch-belgischen System weder das Depositum, noch die vorgängige Deckung, noch die laufende Rechnung, wohl aber der vorgängige Vertrag, die vorgängige Genehmigung der Checkemission Seitens des Bezogenen essentiell ist.

II. Das gleiche Resultat ergiebt sich für das englisch-amerikanische Recht[16]). Auch hier betrachtet man als die selbst-

---

oben (Note 6) genannten Grunde. Seine Annahme (p. 53), dass die Emission von Checks ungesetzlich sei, so lange das Conto-Corrent nicht abgeschlossen, steht, wie er selbst einräumt, im Widerspruch mit der allgemeinen Praxis und wohl auch mit der Absicht des Gesetzgebers.

[14]) Sitzung vom 5. Mai 1865 bei Nouguier p. 38.

[15]) Bédarride p. 35.

[16]) Nichts enthalten über das Requisit der Deckung der C. C. of L. Canada und der C. C. of New-York; vgl. über letzteren Hulshoff

verständliche Voraussetzung des Checks die Berechtigung des Ausstellers, auf den Bezogenen Checks abzugeben; „it should purport to be a demand made by a party having a right to call on the other to pay [17]); dieses Recht, eine Zahlungsleistung in beliebigen Raten anzuordnen, setzt die vorgängige Genehmigung des Beauftragten voraus. Da der Bezogene stets ein banker ist, so wird die Eröffnung der laufenden Rechnung den Checkvertrag begleiten [18]). Irrig aber ist es, wenn man als wesentliches, unumgängliches Erforderniss des englisch-amerikanischen Rechts noch die Existenz von Baarfonds aufstellt, in deren Besitz der Bezogene zur Zeit der Ausstellung des Checks sich befinden müsse. In der Mehrzahl der Fälle wird allerdings auf einen Baarfonds gezogen werden, und das Gesetz vermuthet dies sogar; the law presumes, sagt Walker p. 82, the check is drawn on account of the drawees having effects of the drawer in his hands, und ganz ähnlich heisst es in amerikanischen Präjudizien: „they are always supposed to be drawn upon a previous deposit of funds“ [19]). Diese Präsumtion lässt aber doch recht erhebliche Ausnahmen zu und bedarf der näheren Begrenzung.

1. Es ist alltäglich, dass kein baares Depositum, sondern diskontirte Wechsel oder zum commissionsweisen Verkauf übergebene Waaren die Deckung bilden, auf Grund deren Checks gezogen werden [20]).

---

p. 162. Die Ord. von Malta spricht in A. 246 nur gelegentlich der Regressfrage von dem Falle, dass der Aussteller nachweisen kann, bei dem Kassier oder Bankier „fondi per il pagamento del suo mandato“ besessen zu haben; dass dieser Besitz von Fonds (Borchardt I. p. 259 übersetzt „genügender Deckung“) Essentiale des Checks wäre, ist aber nicht ausgesprochen; eher dürfte das Gegentheil aus Art. 246 a contrario folgen.

[17]) Walker p. 58.

[18]) Häufig erhält der Kunde ausser dem Checkbuch noch zwei weitere Bücher, das Slip-Book zur Eintragung seiner dem Bankier gemachten Rimessen und das Pass-Book (carnet de comptes) für die Soll- und Haben-Posten der Rechnung. Vgl. Brentano p. 248.

[19]) Story p. 670. 676 Note a. E., vgl. auch Parsons p. 95.

[20]) Walker p. 80, Macleod elem. p. 294, principles p. 565.

2. Es ist nicht erforderlich, wie Le Mercier fälschlich behauptet [21]), dass schon im Augenblick der Ausstellung des Checks genügende Deckung in den Händen des Bankiers sich befinden müsse, es genügt vielmehr durchaus, wenn der Aussteller „sufficient funds in the bank" zur Zeit der Präsentation besitzt, oder correkter, wenn die Deckung nur soviel Stunden vor der Präsentation eingegangen, dass die Beamten des Bezogenen bei der Präsentation Kenntniss von deren Vorhandensein erlangt haben; 2 Stunden sind für diese Kenntnissnahme für mehr als genügend erachtet worden [22]). Es kommt oft genug vor, dass Checks emittirt werden, ohne dass Deckung zur Zeit der Ausstellung vorhanden ist; Postdatirung oder crossing dienen dem Aussteller als Mittel, die Präsentation so lange zu verzögern, bis er nachträglich Deckung eingesandt hat [23]).

3. Wenngleich viele Banken es ihren Checkkunden zur Bedingung machen, ein gewisses Minimalguthaben von einigen hundert Pfund immer in der Bank stehen zu lassen [24]), so darf doch andrerseits der Bankier dem Conto-Inhaber vertragsmässig sehr wohl gestatten, über den Betrag der vorhandenen Deckung hinaus Checks illimitirt oder limitirt auf ihn abzugeben, das Conto, wie man sagt, zu „überziehen". Solche Checks auf „overdrawn accounts" sind in Amerika nicht gerade selten [25]) und auch in den Provinzen Englands, obwohl Manche dies bestreiten [26]), keineswegs unbekannt [27]).

4. Mitunter gewährt der Bankier seinen Kunden limitirte

---

[21]) Le Mercier p. 131.

[22]) Macleod, banking II. p. 270. Seyd p. 36. Walker p. 79, Fall Marzeth contra Williams, Byles p. 18.

[23]) Hildebrand p. 143.

[24]) Darimon bei Bédarride p. 226. Koch p. 6.

[25]) Parsons p. 94.

[26]) Hulshoff p. 52 n. 1 und die dort Genannten.

[27]) Hildebrand p. 139 n. 20 u. 156. Brentano p. 247 n. 2. Selbst Seyd p. 31 muss zugestehen, dass solche Checks, die er schlechte Checks nennt, in England (im Verhältniss von ½ pro mille zur Zahl aller

Vorschüsse nicht durch Baarzahlung, sondern durch Gutschrift auf deren Conto, so dass der customer über dieselben mittelst Checks verfügen kann. Die Gewährung eines solchen Vorschusses, welche accommodation genannt wird[28]), erscheint in den Büchern der Bank als Doppelgeschäft; der Kunde wird als Darlehnsschuldner belastet, gleichzeitig aber auch auf dem separat geführten Checkconto creditirt[29]). Durch diese doppelte Eintragung wird allerdings der Schein gewahrt, als ob der Check auf vorhandene Depositen (sog. Buchcreditdepositen[30]) gezogen sei; es ist thatsächlich aber doch nur ein Mandiren auf Borg (à découvert); diese künstliche Schaffung eines Buchcredit-Depositums nennt die Bankpraxis sehr charakteristisch die Nährung eines Checkcontos[31]).

5. Ueberziehungen des Contos kommen dann und wann auch ohne vorgängige Bewilligung vor und werden durch Honorirung nachträglich genehmigt; dies ist namentlich dann der Fall, wenn es sich um alte, sichere Kunden handelt oder um einen offenbaren Irrthum, der bei wachsendem Guthaben (fluctuating balance, shifting balance) im Fall eines „open account" leicht entschuldigt wird.

6. Endlich kommt es wohl auch einmal vor, dass ohne jede reale Deckung eine Bank auf nur persönliche Bürgschaft hin ein Checkconto eröffnet[32]).

Checks) vorkommen. Vgl. auch Shaw p. 1 u. 14, Koch p. 31, Knies p. 277. Ueber den Ausdruck „overdrawn account" vgl. Walker p. 63. u. 28. 34. 43.

[28]) Hildebrand p. 156. Ueber den Ausdruck vgl. Byles p. 129 und 408, sowie Frank bei Borchardt I. p. 163.

[29]) Bischoff p. 399. Ueber die Eröffnung mehrerer Conti für den nämlichen Kunden vgl. Walker p 28 ff.

[30]) Knies p. 282. Bischof a. a. O. Wagner (Syst. der Zettelbankpolitik p. 373. 374) behauptet sogar: „Bekanntlich steht ein sehr grosser, vermuthlich der grösste Theil der ungeheuren Depositensumme der britischen (und nordamerikanischen) Banken aus solchen Buchcreditdepositen, welche mit die Grundlage für das so bedeutend entwickelte Checkwesen bilde."

[31]) Hildebrand p. 156.

[32]) Hildebrand a. a. O.

Nach alle dem ist es durchaus zutreffend, wenn Shaw p. 1 den Check definirt als eine „bill of exchange, drawn upon a banker by his customer, and generally, but not always, against funds lodged with the banker.“ Es ist auch der ohne vorhandene Deckung ausgestellte Check mit alleiniger Ausnahme der Minimalchecks [33]) keineswegs nichtig, äussert vielmehr, wie später zu zeigen, eine sehr kräftige Wirksamkeit, denn der Aussteller ist „liable to an action upon the cheque“ [34]).

Wie in England, so besteht auch in

III. Portugal das Erforderniss des Vertrages und der laufenden Rechnung, da der Check als ein Zahlungsauftrag erklärt wird, den der Aussteller „seinem respectiven Bankier (dá ao seu respectivo banqueiro)“ ertheilt. Im Uebrigen ist das portugiesische Gesetzbuch das einzige, welches mit klaren Worten den Creditcheck gestattet und damit das Requisit der vorgängigen Deckung negirt; Art. 430 definirt nämlich den Check als Auftrag eines Ausstellers an seinen Bankier zur Bezahlung einer Summe, es sei nun, dass jener den Betrag schon in Händen hat, oder dass er solchen vorschussweise hergiebt (que Ihe tem em guarda, ou que Ihe fia a credito) [35]).

IV. Das holländische W. v. K. geht zwar nicht soweit, wie das Portugiesische Gesetzbuch, dass es den Creditcheck ausdrücklich gestattete; aber es schliesst ihn doch nicht aus und hat immerhin die Folgen der Mandirung ohne Deckung in der Lehre vom Kassierspapier (Art. 223) vorgesehen. Das Kassierspapier auf reinen Credit ist hiernach in Holland keineswegs ungültig, wenngleich es daselbst weniger üblich ist, und der Fall, dass der Aussteller „gereede penningen, ten belope van het uitgegeven papier“ bei dem Bezogenen stehen hat,

---

[33]) Deren Betrag 1 Pfd. Sterl. nicht erreicht; sie sind „good“ und „lawful“, wenn der Aussteller ein Guthaben bei seinem Bankier besitzt, anderenfalls sind sie „void“. Vgl. oben §. 3 n. 9 a. E. p. 443.

[34]) Shaw p. 14.

[35]) Vgl. Hulshoff p. 163.

die Regel bildet [36]). Diese gereede penningen brauchen jedoch keineswegs Baarfonds zu sein; es folgt dies aus der oben p. 136 und 137 mitgetheilten historischen Entwicklung des Kassiersgewerbes [37]). Dass der Kassier als Bezogener laufende Rechnung halten und in einer vertragsmässigen Geschäftsverbindung mit dem Aussteller stehen muss, ergiebt sich aus dem Begriffe der Kassierderij, welche nach dem Kommentar der Amsterdamer Rechtsgelehrten gerade in dem Oeffnen eines Credit und Debet besteht [38]).

V. Im Gegensatz zu diesen Gesetzgebungen, die, selbst Frankreich und Belgien nicht ausgenommen, den Creditcheck wenigstens ausnahmsweise zulassen, stehen nun der Schweizer Entwurf und die Stempelvorschriften Oesterreichs und Deutschlands. Der Schweizer Entwurf Art. 443 versteht unter dem Check eine Bankanweisung, welche auf eine bei einer Depositenanstalt deponirte Summe ausgestellt wird, und die Motive [39]) lassen nicht den leisesten Zweifel darüber aufkommen, dass ein „Depositum von Geld", ein „bestimmter wirklicher Geldvorrath", eine „vorausgehende Deckung" gemeint, der Creditcheck dagegen streng ausgeschlossen ist.

Was Oesterreich anlangt, so hatte das Gebührengesetz ursprünglich die Checks als Anweisungen auf die zur Uebernahme von Geld für fremde Rechnung statutenmässig berechtigten Anstalten definirt; hiernach wären Creditcheks noch statthaft gewesen, sofern sie nur auf eine Depositenan-

---

[36]) Hulshoff p. 164 und p. 52 n. 1. Sogar Frets p. 380 räumt ein, dass der Kassier oft auch by anticipatie zu zahlen in die Lage komme.

[37]) Schon die Keure vom 30. 1. 1776 lässt Kassiersbriefe auf Baarfonds oder auf Schuld zu („dat hy het belop . . . vor syne rekening leggende of te goede heft gehad); diese Deckung braucht auch erst zur Zeit der Präsentation, nicht zur Zeit der Ausstellung („op diene tied, wannen de betaaling word geweigerd") vorhanden zu sein.

[38]) Asser p. 40 zu Art. 74.

[39]) Munzinger p. 410. Ueber eine Unklarheit in der Fassung des Art. 443 vgl. Hulshoff p. 163.

stalt gezogen worden. Dagegen hat der Finanz-Ministerialerlass v. 28. Febr. 1864 das Privileg auf jene Anweisungen beschränkt, welche „im Grunde des an eine . . . berechtigte Gesellschaft geleisteten Depots von dem Erleger gezogen sind“[40]). Das Wort „Depot“ kann nun zwar ausser den Fällen des depositum regulare oder irregulare auch die Hinterlegung von Werthen zur Sicherheit eines zu gewährenden Credits umfassen[41]); der ungedeckte Credit aber, die Mandirung à découvert, scheidet aus.

Das Deutsche Wechselstempelgesetz endlich betrachtet als Checks nur die auf das Guthaben des Ausstellers bei dem die Zahlungen desselben besorgenden Bankhause gezogenen Anweisungen. Der Begriff des „Guthabens“ ist leider im Gesetz nicht näher erklärt, und auch die Materialien ertheilen keinen Aufschluss; es ist dies um so mehr zu bedauern, als dieser Begriff, wie Koch treffend bemerkt, „elastisch genug“ ist[42]). Trotz dieser Elasticität erachtet Koch, und es ist ihm auch hierin beizustimmen, die Grenzen ziemlich eng gezogen und den Fall des „reinen Credits“ ausgeschlossen. Auf gedeckten Credit wird dagegen auch hier der Check gestattet sein; lässt doch selbst die Reichsbank über den Betrag der deponirten Gelder hinaus eine Ueberziehung des Guthabens bis zu einer gewissen Höhe[43]) zu, falls der Giro-Kunde ein Lombard-Darlehn von der Reichsbank hat und den Pfandschein mit einer bezüglichen Erklärung bei ihr hinterlegt. Das deutsche Gesetz lässt weiter unentschieden, ob das Guthaben durch Accommodation (Buchcreditdepositen) geschaffen werden kann, ob es zur Zeit der Ausstellung oder Präsentation vorhanden sein muss, ob dies Vorhandensein aus dem

---

[40]) Funk p. 11.

[41]) Vgl. Gareis s. v. Depotgeschäft in v. Holtzendorff's Rechtslexikon I. p. 370.

[42]) Koch p. 31.

[43]) Koch p. 25 n. 57 „bis zur Höhe des nach dem Werth der verpfändeten Papiere zulässigen Darlehnsbetrages“.

Check selbst sich zu ergeben habe [44]), ob endlich das Guthaben nur für den steuerfreien Check oder für den Check überhaupt essentiell ist.

Dass Oesterreich und Deutschland mit dem Erforderniss des Depots, resp. Guthabens, zugleich eine laufende Rechnung und einen Checkvertrag voraussetzen, ergiebt sich wohl aus der gesetzlich ausgesprochenen Beschränkung, dass Checks nur auf „eine zur Uebernahme fremder Gelder in laufender Rechnung berechtigte Gesellschaft" resp. auf ein „die Zahlungen des Ausstellers besorgendes Bankhaus oder Geldinstitut" gezogen werden dürfen.

Die Rechtsvergleichung ergiebt, dass die Checks zwar in der Regel voraussetzen: 1) einen Bankier als Bezogenen, 2) ein Deposital-Guthaben oder doch eine fällige Forderung des Ausstellers und 3) eine zwischen Beiden bestehende laufende Rechnung, dass aber keines dieser drei Requisite unabweisbar ist, dass es vielmehr auch Checks giebt, die auf reinen Credit und auf Personen gezogen sind, die weder Bankiers sind, noch mit dem Aussteller in laufender Rechnung stehen [45]). Insoweit findet also kein Unterschied zwischen Anweisung und Check statt; dagegen ist für den Check wirklich essentiell und unterscheidet ihn von der Anweisung eine der Ausstellung vorangehende Genehmigung des Bezogenen, ein Vertrag, welcher dem Aussteller ein Recht zur Emission des Checks gewährt. Checks sind sonach schriftliche Zahlungsaufträge, welche eine Person einer andern mit vorgängiger Zustimmung derselben ertheilt [46]).

---

[44]) Vgl. Entsch. des R.-O.-H.G. Bd. XIX. p. 73 a. E.

[45]) Hiernach muss ich die oben p. 118 gegebene vorläufige Definition modificiren; auch die Bemerkung p. 160 bezüglich der Schwedischen Checks ist nicht ganz correct; nicht das Conto-Corrent selbst, sondern der durch das Conto-Corrent nur besonders klar dokumentirte Checkvertrag ist das charakteristische Unterscheidungsmerkmal zwischen Check und Anweisung.

[46]) Wie diese vorgängige Zustimmung sich in dem Wegfall des Accepts

De lege ferenda hat man für das Erforderniss des verfügbaren Guthabens verschiedene Gründe geltend gemacht[47]). Zunächst das fiskalische Interesse, dessen allzu lebhafte Berücksichtigung ja das Grundübel des französischen Gesetzes bildet, und dessen Bedeutung schon früher gewürdigt worden. Sodann das Interesse des Publikums, insofern dadurch Betrügereien vorgebeugt, auch der Credit des Checks und seine Circulationsfähigkeit verstärkt werde. Hiegegen hat aber schon Hulshoff p. 160 treffend bemerkt, dass der Schwindel sich nie beseitigen lasse, dass er auch durch das französische Gesetz keineswegs beseitigt werde, da man ja nur eine scheinbare Schuld durch Buchung zu creiren brauche, um eine Umgehung des Gesetzes herbeizuführen, dass es auch verkehrt sei, einem Bankier die Creditgewährung an solide Personen untersagen zu wollen. Einer Verstärkung des Credits aber und einer erhöhten Circulationsfähigkeit bedarf der Check keineswegs; ein solcher Erfolg würde sogar der Natur des Checks widersprechen, wie oben §. 2 bei not. 32 und 33 gezeigt worden. Dass in Frankreich in Wahrheit nur das Stempelinteresse zu dem oft betonten Erforderniss der provision préalable geführt hat, beweist der Umstand, dass man in Abänderung der Regierungsvorlage und der Opposition Millet's und Josseau's ungeachtet die mindestens ebenso gefährliche Zurückziehung der Deckung vor der Präsentation nicht mit der Ausstellung des ungedeckten Checks auf eine Stufe gestellt[48]), diese Rückziehung der Fonds vielmehr ohne specielle[49]) Straf-

äussert, wird im zweiten Theil (von den Wirkungen des Checks) zu zeigen sein.

[47]) Vgl. besonders Exposé des motifs und den rapport Darimons bei Nouguier p. 152 und 176.

[48]) Nouguier p. 126. 131 ff., besonders p. 133: „on a formellement repoussé la proposition d'itentifier les deux hypothèses, au point de vue fiscal". Vgl. auch Le Mercier p. 202 ff., Hulshoff p. 161. Brentano p. 256.

[49]) Die allgemeinen Strafgesetze über Betrug kommen natürlich zur Anwendung. Bédarride p. 158. 171 eifert mit Recht gegen diese „scandaleuse impunité!"

androhung gelassen und sie in Bezug auf die rechtliche Natur der Urkunde für einflusslos erklärt hat; weil in solchem Fall der Check nicht in der Absicht der Hinterziehung des Wechselstempels ausgestellt worden, sieht der Gesetzgeber plötzlich von dem doch sonst so sehr betonten Interesse des Publikums, der Erhöhung des Credits und der Steigerung der Umlaufsfähigkeit des Papieres gänzlich ab!

Von Schriftstellern haben sich Munzinger[50]) und Koch[51]) zwar gegen die Strafbarkeit der ungedeckten Checkemission, aber doch immerhin für die Nothwendigkeit der vorausgehenden Deckung ausgesprochen; dagegen bekämpfen die Beschränkung und fordern die Zulässigkeit auch des Creditchecks Hulshoff, Knies, Mittermaier, Hildebrand und höchst energisch Funk[52]); auch Goldschmidt definirt die Checks im technischen Sinn als Bankanweisungen, welche der Bankkunde auf den Belauf seines Bankguthabens oder des ihm eröffneten Bankcredits ausstellt, und mittelst deren er sein Guthaben bez. seinen Credit realisirt. Funk insbesondere sieht in dem Ausschluss der Creditchecks einen unberechtigten Eingriff in den Privatverkehr, einen Eingriff, der den Banquier doch nicht hindern werde, einen auf reinen Credit gezogenen Check, so oft es ihm gut scheine, zu honoriren; es werde überdies aus dem Check selbst nie ersichtlich sein können, ob er wirklich auf Grund eines verfügbaren Guthabens ausgestellt worden. Funk schliesst seine Argumentation mit der schlagenden Bemerkung: „diese Bestimmung ist eben so verfehlt, als wenn man gleich von vorne herein die Bestimmungen des Wechselrechts auf Reit- oder Kellerwechsel nicht anwenden wollte".

Ein zu erlassendes Checkgesetz dürfte hiernach weder den Creditcheck, noch den Nichtbankcheck ganz ausschliessen; es müsste vielmehr eine Definition des Papiers aufstellen, welche

[50]) Munzinger p. 410. 412.

[51]) Koch p. 31; allerdings mit einer gewissen Reservation.

[52]) Hulshoff p. 159 ff. Knies p. 276. Mittermaier Z. X. p. 33. Z. XX. p. 115. Hildebrand p. 139 note. Funk p. 13.

einerseits die eben genannten Kategorieen neben den Bank- und Depotchecks mit umfasste, andererseits aber doch ein Merkmal enthielte, welches den Check von verwandten Papieren, insbesondere von der gewöhnlichen Anweisung unterschiede. Dieses Merkmal kann nach dem Vorstehenden nur die vorgängige Zustimmung des Bezogenen sein.

§. 6. Der Zahlungsort.

Ein in keinem Gesetze ausdrücklich vorgeschriebenes Erforderniss, welches aber nichts desto weniger fast überall zu subintelligiren [1]), ist 6. die Angabe des Ortes, an welchem die Zahlung geleistet werden soll. Diese Angabe ist ein wesentlicher Bestandtheil des Checks, da die Person des Beauftragten anderen Falls nicht immer sicher feststünde. Der Gedanke, dass durch den Ausstellungsort eventuell stets ein Zahlungsort gegeben sei, ist um so mehr abzuweisen, als, wie später zu zeigen, der Austellungsort ein vom Zahlungsort verschiedener sein kann und im Check gar nicht genannt zu werden braucht. Ist ein Wohnort bei dem Namen des Bezogenen angegeben, so gilt natürlich dieser als Zahlungsort.

Eine Ausnahme macht meines Wissens nur der Civil Code of New-York, indem er bezüglich aller „negotiable instruments", zu denen er auch den Check zählt, die Bestimmung aufstellt: „a negotiable instrument may be with or without date and with or without the designation of the time or place of payment;" für den letzteren Fall gilt der Check als zahlbar „wherever it is held at his maturity" [2]).

De lege ferenda dürfte sich dies amerikanische System nicht gerade empfehlen, da es Prozesse über die Identität des Bezogenen und Präsentaten begünstigt.

---

[1]) Le Mercier p. 110 nimmt an, dass in Frankreich das Requisit nur „par suite d'un oubli du législateur" unerwähnt gelassen sei. Für Belgien folgt das Erforderniss aus Art. 4 Absatz 2.

[2]) §§. 1717. 1721 u. 1723 Reported complete by the Commissioners of the Code. 1865 Albany.

§. 7. Der Remittent.

Der Check muss [1]) ferner enthalten

7. die Angabe desjenigen, an welchen gezahlt werden soll, des Remittenten, payee[2]), bénéficiaire[3]), portador[4]). Diese kann geschehen durch Benennung einer bestimmten Person mit oder ohne Beifügung der Ordreclausel, oder durch die Stellung auf den Inhaber. Hiernach können wir unterscheiden

a) Recta-Checks; ihr Formel lautet: zahlen Sie an A. B.

b) Ordre-Checks; ihre Formel lautet: zahlen Sie an A. B. oder dessen Ordre.

c) Inhaber-Checks und zwar

α. vollkommene; ihre Formel lautet: zahlen Sie an den Inhaber;

β. unvollkommene; ihre Formel lautet: zahlen Sie an A. B. oder den Inhaber.

Alle 3 Formen sind ausdrücklich gestattet nach den Gesetzen Frankreichs [5]) Belgiens [6]), Canada's [7]) und Malta's [8]); auch das deutsche Reichsgesetz vom 10. Juni 1869 bezieht sich nach der Interpretation des Reichsoberhandelsgerichts auf die sämmt-

---

[1]) Vgl. aber weiter unten Note 24.

[2]) Walker p. 60, Shaw p. 7, aber auch Walker p. 104.

[3]) Franz. Novelle Art. 5. Nouguier p. 35.

[4]) Portugal 430 .. de pagar ao mandatario (portador).

[5]) Art. 1. Il peut être souscrit au porteur, ou au profit d'une person dénommée. Il peut être souscrit à ordre . . .

[6]) Art. 2. Elles peuvent être nominatives ou au porteur, ou transmissibles par voie d'endossement (die Indossabilität bestätigt die Zulässigkeit des Ordrechecks).

[7]) A. 2349. It may be made payable to a particular person, or to order, or to bearer.

[8]) A. 245 „.. e si fanno nominativamente, all' ordine, o al latore."

lichen drei Kategorieen [9]). In England war die auch jetzt noch daselbst prävalirende Form des unvollkommenen Inhaberchecks so allgemein üblich, dass man dieselbe lange Zeit für die allein statthafte erachtete [10]); neuerdings ist jedoch, was Brentano zu übersehen scheint [11]), die Zulässigkeit aller drei Klassen gesetzlich anerkannt worden [12]).

Etwas anders ist die Frage für Portugal, Holland und New-York zu beantworten.

Der Codigo commercial portuguez erwähnt in der Definition nur die Stellung auf den Namen oder an Ordre; der Inhabercheck scheint durch den Wortlaut des Art. 430 ausgeschlossen [13]); die portugiesische Jurisprudenz erkennt jedoch auch den Inhabercheck als gültig an [14]).

Das holländische Kassierspapier muss in der Form der Anweisung auf den Inhaber lauten; wird es auf Namen oder

---

[9]) Entsch. XIX. p. 74 „in Erwägung, dass . . nicht angenommen werden kann, der Ausdruck „Anweisungen“ . . . umfasse nur die auf eine bestimmte Person oder auf jeden Inhaber gestellten Anweisungen, schliesse aber die auf Ordre gestellten aus.“ Vgl. auch Knies p. 279.

[10]) Newman p. 6, Byles p. 13 Note a, Macleod elem. p. 287, Stephen (bei Munzinger p. 413).

[11]) Brentano p. 247: „in England muss er, auch wenn er auf eine bestimmte Person lautet, zugleich auf den Inhaber (or to bearer) gestellt sein.“

[12]) 16 u. 17 Vict. c. 59 s. 19; 23 u. 24 Vict. c. 15 s. 1; 33 u. 34 Vict. c. 97. Vgl. Newman p. 3, 6, 8, Byles a. a. O. u. p. 27, Shaw p. 7, Macleod, banking II p. 269, Story p. 663 n. 4, Walker p. 60 ff., Koch p. 7.

[13]) Art. 430 „de pagar ao mandatario (portador) ou a sua ordem.“ Die letzten 3 Worte fehlen sowohl in Borchardts Uebersetzung (I, 1 p. 359), als auch bei Hulshoff p. 181.

[14]) Sampajo p. 353: „Pódem pois declarar ou occultar o nome do portador . . . Entendemos o Art. 430 em um e outro sentido, com quanto da sua letra não se deprehenda com a necessaria clarezza se comprehende tambem os titulos — ao portador. Esta é comtudo, come fica dicto, a jurisprudencia general“. — Ohne Angabe eines Gewährsmanns behauptet Hulshoff p. 104: „In Portugal zyn alleen cheques aan toonder erkend, maar die geen rechten van het toonderpapier overdragen.“

an Ordre gestellt, so verliert es seine Natur als Kassierspapier und unterliegt den gesetzlichen Bestimmungen über die Assignatie;[15]) immerhin bleibt es wenigstens im ökonomischen Sinne und nach Absicht der Interessenten ein Check, denn Check und Kassierspapier sind bei aller Aehnlichkeit doch nicht identisch[16]).

Was endlich New-York betrifft, so war es vor Abfassung des Civil Code höchst streitig, ob die allgemein übliche Inhaberstellung auch ein gesetzliches Erforderniss des Checks, wie der übrigen sog. negotiablen Papiere[17]) sei; der zwar in New-York nicht mit Gesetzeskraft bekleidete, aber daselbst in höchstem Ansehen stehende und in Dacota und Californien sogar als formelle Rechtsquelle geltende Civil Code entschied sich dafür, die Stellung auf den Inhaber oder an Ordre vorzuschreiben, die Stellung auf den Namen aber auszuschliessen; der Rectacheck soll in seinen Wirkungen nicht als Check, sondern als Mandat beurtheilt werden[18]).

Der Schweizer Entwurf hatte gleichfalls nur den Ordre- und Inhabercheck vorgesehen[19]); Munzinger hat indess noch selbst in den Motiven im Anschluss an das französische Gesetz eine Abänderung vorgeschlagen und sich für die volle Zulässigkeit auch der dritten Kategorie, des Rectachecks ohne Ordreclausel, ausgesprochen[20]).

---

[15]) Vgl. oben p. 135; vgl. auch Asser p. 101 zu Art. 222; Hulshoff p. 33: Quittungschecks sind in Holland „gewoonlijk", (also doch nicht ausnahmslos) Inhaberpapiere.

[16]) Hulshoff p. 107. Daraus folgt aber meines Erachtens doch noch nicht, dass nun die Bestimmungen des W. v. K. über die Assignatie wirkliche Specialbestimmungen über Checks wären; sie gelten vielmehr gemeinschaftlich für Check-Anweisungen und andere gewöhnliche Anweisungen.

[17]) §§. 1713. 1721. Reported complete p. 523. Mittermaier Z. XXIII. Beilageheft p. 161. 162.

[18]) Hulshoff p. 102.

[19]) Art. 444 und 441.

[20]) Munzinger p. 420.

Der Aussteller kann sich selbst als Remittenten bezeichnen; in England bedient man sich hierbei häufig der Formel „pay cash“ [21]), in Frankreich und Oesterreich der gewöhnlichen Clausel „payez à moi-même ou à mon ordre“, „die Bank beliebe zu zahlen an mich selbst“.. [22]). — Nicht minder kann der Bezogene als Remittent erscheinen, und solche Checks gehören, wenigstens in Oesterreich, durchaus nicht zu den Seltenheiten; sie kommen zur Anwendung, wenn der Aussteller dem Bezogenen, bei welchem er ein Guthaben (auf Checkconto) besitzt, eine Summe schuldig wird; man bedient sich hierbei der etwas perplexen Formel: „die Bank beliebe zu zahlen an sich selbst“ [23]).

Bei den unvollkommenen Inhaberchecks bedarf es nach englischem Recht in der Angabe des Remittenten keiner wirklichen Benennung einer Person; es genügt vielmehr die Blanco-Clausel „. . . or bearer“; man kann auch eine Zahl, einen fingirten Namen, einen Sachbegriff, den Namen eines Schiffes vor die Worte „or bearer“ setzen. [24])

Ueber die Gesetzgebungsfrage, ob der Inhabercheck vor dem Ordre- und Rectacheck den Vorzug verdiene, ist sehr lebhaft gestritten worden [25]); man hat einerseits die grössere Sicherheit des Ordrechecks, andrerseits die leichtere Circulation des Inhaberchecks gerühmt. [26]). Die Frage ist indess gar

[21]) Seyd p. 23. — Diese Formel wird aber auch noch in einem anderen Sinne angewandt, nämlich bei crossed checks, falls der Remittent selbst die Baarzahlung zu erheben wünscht. Vgl. Newman p. 10. — Vgl. auch Walker p. 62: „a check drawn payable to drawer's order is payable to himself.“ Bezüglich der deutschen Anweisung haben einzelne Rechtslehrer die Stellung an eigene Ordre für unwirksam erklärt. Vgl. Puchelt II. p. 105.

[22]) Nouguier p. 50. Le Mercier p. 121. Funk p. 15.

[23]) Funk p. 15.

[24]) Shaw p. 7. Newmann p. 4. Walker p. 61.

[25]) Dufour p. 313. Bédarride p. 43 ff. Nouguier p. 53. Le Mercier p. 122 ff. Hulshoff p. 96—112, besonders p. 99 und 103. Munzinger p. 413 ff.

[26]) Sehr mit Unrecht legen Nouguier und Le Mercier den

nicht so allgemein, sondern nur nach den Bedürfnissen der Interessenten im einzelnen Fall zu beantworten: zur Versendung wird sich der Recta- oder Ordrecheck mehr empfehlen, am Zahlungsort wird der Inhabercheck in erhöhtem Grade sich eignen. Die Gesetzgebung hat daher in den meisten Staaten das Richtige getroffen, indem sie alle 3 Formen zulässt, und es dem Einzelnen gestattet, die seinen Interessen am meisten entsprechende Wahl zu treffen.[27]) Eben jene Berücksichtigung der concreten Verhältnisse hat in manchen Staaten die sehr empfehlenswerthe Bestimmung zur Folge gehabt, dass der Check noch nachträglich aus seiner ursprünglichen Form in eine der anderen übergeführt werden kann;[28]) es wird hierauf später zurückzukommen sein.

Eine eigenthümliche Beschränkung des Zahlungsauftrags in Bezug auf die Zahlungsempfänger ist endlich das sogenannte Kreuzen (crossing) des Checks; dasselbe ist indess, so weit verbreitet sein Gebrauch auch ist, doch nur ein Accidentale, keineswegs ein Essentiale des Checks; wir werden daher auch auf dies Institut, über das recht befremdliche juristische Erklärungen abgegeben worden sind[29]), erst später einzugehen haben.

Mit der Bezeichnung des Remittenten ist der Kreis der wesentlichen Erfordernisse des Checks beschlossen; es waren deren 7 formelle, nämlich:

Ordrechecks die Eigenschaft bei, die Compensation durch das Clearing-House in höherem Grade als die anderen beiden Arten oder gar ausschliesslich zu ermöglichen. Vgl. dagegen Hulshoff p. 99. u. Bédarride p. 47.

[27]) So schon Dufour p. 314 und Munzinger p. 420, neuerdings Koch p. 31 u. 7.

[28]) Vgl. einstweilen Hulshoff p. 97. Newman p. 8. Shaw p. 8. Walker p. 60.

[29]) So erklärt es Darimon für ein Indossament, vgl. dagegen Hulshoff p. 98. Kuntze p. 256: „Unseren Eigenwechseln entsprechen die promissory notes, von welchen die Anweisungen auf Bankiers, die sog. crossed cheques und drafts, einen eigenthümlichen Uebergang zu den Tratten (mit Blankogiro) bilden.“ Nach Koch p. 7 sind die crossed checks ein „Mittelding“ zwischen Ordrecheck und Inhabercheck.

1. Schriftlichkeit,
2. Zahlungsauftrag,
3. die Angabe der zu zahlenden Summe,
4. die Unterschrift des Auftraggebers,
5. der Name dessen, der Zahlung leisten soll,
6. die Angabe des Zahlungsortes,
7. die Angabe dessen, an den gezahlt werden soll.

Hierzu tritt als materielle Voraussetzung:

8. die vorgängige Genehmigung des Bezogenen.

Neben diesen Essentialien pflegen aber noch eine Anzahl angeblicher Erfordernisse der Checks aufgestellt zu werden; wir werden indessen sehen, dass dieselben nicht von wesentlicher Bedeutung sind.

§. 8. Unwesentlicher Inhalt des Checks.

1. Das Zeitdatum.

Die Angabe der Ausstellungszeit ist unerlässlich nach den Gesetzen Hollands [1]), Frankreichs [2]), Belgiens [3]) und Maltas [4]); dagegen ist sie nicht unbedingt nothwendig nach englisch-amerikanischem Recht [5]).

---

[1]) Art. 221. „Het kassiers-papier . . moet de juiste dagteekening der oorspronkelijke uitgifte bevatten." Vgl. auch Art. 210. „Eene assignatie is een . . gedagteekend . . geschrift."

[2]) Art. 1. „Il . . . porte la date du jour où il est tiré." Nov. Art. 5 fordert sogar: „La date du jour où il est tiré est inscrite en toutes lettres et de la main de celui qui a écrit le chèque."

[3]) Art. 2. „Ces dispositions . . portent l'indication du jour où elles sont faites."

[4]) A. 245 . . . „esprimono la data."

[5]) Walker p. 58. „It should be dated, but a date is not essential to the validity of a check". Byles p. 78; ebenso New-York C. C. §. 1717; vgl. oben p. 466 und Hulshoff p. 118. Anderer Ansicht sind allerdings Shaw p. 3 u. Levi p. 484, jedoch hat Walker seine Behauptung mit 2 Präjudizien belegt.

Auch die Wirkungen der unterbliebenen Datirung sind nach den einzelnen Rechten verschieden. Nach der französischen Jurisprudenz[6]) verliert die nicht datirte Urkunde die Natur des Checks, und hohe Geldstrafe ahndet überdies noch die Unterlassung, mag sie selbst nur culpos erfolgt sein [7]).

Anders nach englischem Recht; dies betrachtet den nichtdatirten Check als durchaus giltig und fingirt, dass derselbe das Datum des durch Zeugenbeweis zu ermittelnden Emissionstages trage [8]).

Bezüglich des holländischen Rechts endlich gehen die Ansichten der Schriftsteller aus einander: während Kist und Hulshoff auf Grund der entschiedenen Ausdrucksweise des Art. 221 („het kassiers-papier moet de . . dagteekening . . bevatten") für völlige Unwirksamkeit des undatirten Kassierspapiers plaidiren [9]), kommt die Mehrheit [10]) der Commentatoren nach dem aus der Entstehungsgeschichte jenes Artikels klar erhellenden Willen [11]) des Gesetzgebers, sowie auf Grund einer Analogie [12]) zu der entgegengesetzten Ansicht. Immer-

---

[6]) Bédarride p. 37. 215 ff. Nouguier p. 45. 122 ff. („un tel titre ne serait plus un chèque"). — Anderer Meinung ist Hulshoff p. 116, weil Art. 6 doch noch von einem „chèque sans date" spricht; dieser Wortinterpretation steht die klare Absicht des Gesetzgebers entgegen.

[7]) Jedoch nur im Fall, dass der nichtdatirte Check de place à place gezogen ist; die Nichtdatirung des Chèque sur place bleibt straflos. Nov. Art. 6. Nouguier p. 224. Härter ist das belgische Recht; es straft die Nichtdatirung beider Kategorieen; auch ist die Strafsumme höher (10 Proz. gegen 6 Proz. in Frankreich).

[8]) Walker p. 58.

[9]) Hulshoff p. 123. Kist II. p. 395, vgl. auch p. 327.

[10]) Asser und Genossen p. 101, de Wal I. p. 285, Cosmann p. 355, Diephuis I. p. 302.

[11]) Vgl. Voorduin VIII. p. 752. 758. 760. — Dies räumt selbst Hulshoff p. 123 ein: „Hoewel de wetgever die kracht niet toeschreef aan deze woorden, zoo . . ."

[12]) Art. 115 schreibt die Datirung des Accepts des befristeten Sicht-Wechsels mit dem nämlichen imperatorischen „moet" vor, das Art. 221 anwendet; gleichwohl ist das undatirte Accept nicht nichtig, vielmehr kann der In-

hin aber unterscheidet auch diese herrschende Meinung sich von der englischen Praxis, indem sie den Beweis des Emissionstages nicht gestattet, vielmehr die Haftbarkeit des Ausstellers fortdauern lässt und ihm jede Berufung auf den Ablauf der Regress- und Verjährungsfristen abschneidet, da deren Anfangspunkt unbekannt sei.

De lege ferenda gelten gewiss alle für die Datirung der Urkunden sprechenden Gründe in noch erhöhtem Grade bezüglich des Checks, zumal ja die Berechnung der gerade dem Check so eigenthümlichen kurzen Fristen wesentlich von dem Ausstellungsdatum abhängt [13]). Dennoch ist das französische System nicht zu billigen; seine Härte erklärt sich wiederum nur aus der eingestandenen Furcht des Gesetzgebers vor Hinterziehung des Wechselstempels mittelst Ausgabe undatirter Checks [14]). Die Datirung des Checks wird auch ohne Androhung von Nichtigkeit und Geldbussen am sichersten durch Adoption des holländischen Systems erreicht [15]); dies System ist gerecht, indem es den Aussteller die Folgen seiner eigenen Nachlässigkeit oder Böswilligkeit tragen lässt und ihm die Berufung auf eine Frist abschneidet, deren Anfangspunkt durch seine Schuld ungewiss ist. Minder empfehlenswerth ist die englische Praxis, weil sie den nachlässigen Aussteller dem Inhaber gegenüber all zu sehr begünstigt. —

Die Datirung soll aber nicht nur vorhanden, sie soll nach

---

haber die Zahlung schon fordern „op den termijn daarbij uitgedrukt, te rekenen van den dag der trekking". — Hulshoff p. 124 folgert dagegen umgekehrt: gerade weil das Gesetz in Art. 115 die Bestimmung getroffen für den Fall der Nichtdatirung, hätte es dies auch bei Art. 221 thun müssen, falls gleiche Wirkung beabsichtigt gewesen wäre.

[13]) Nouguier p. 225. Le Mercier p. 109. Bédarride p. 36. 37.

[14]) Nouguier p. 218. 219. Le Mercier p. 192. 218.

[15]) So selbst Hulshoff p. 124 trotz seiner entgegengesetzten Ansicht de lege lata: „Beter ware het zeer zeker de geldigheid van het papier te laten, en dan de verantwoordelijkheid des uitgevers te laten doorloopen".

einzelnen Rechten auch eine wahre sein; so nach den Gesetzen Frankreichs[16]), Belgiens[17]), Hollands[18]), und früherhin auch nach englischem Recht; das heutige englische Recht gestattet hingegen die falsche Datirung[19]). Eine falsche Zeitangabe kann mittelst Antidatirung oder Postdatirung bewirkt werden; die Erstere ist indess im Allgemeinen bei dem Check kaum zu befürchten[20]); um so mehr die Postdatirung, mittelst deren man dem Check einerseits eine längere Circulation unter Umgehung der Wechselstempelpflicht zu verschaffen im Stande ist[21]), andererseits sich auch ohne vorangegangene Deckung Credit zu schaffen vermag.

Die Wirkungen der falschen Datirung sind wiederum nach den einzelnen Rechten und den Ansichten der Schriftsteller höchst verschieden. Das französisch-belgische System hat auch in diesem Falle hohe Strafen von 6, resp. 10 Proc. der Checksumme angedroht[22]); ob das falsch datirte Papier aber noch als Check zu betrachten, ist nicht ausdrücklich erklärt; Bedarride ist der Ansicht, „que l'absence de date ou la

---

[16]) Novelle Art. 6 .. celui qui revêt un chèque d'une fausse date .. est passible d'une amende ...

[17]) Art. 5 .. qui émet une disposition .. revêtue d'une fausse date .. est passible d'une amende ...

[18]) A. 221. „Het Kassiers-papier moet de juiste dagteekening ... bevatten." Dagegen heisst es bezüglich der wirklichen Assignatie in Art. 210 nur, dass sie „een dageteekend .. geschrift" sei.

[19]) Walker p. 58. Byles p. 17 Note p. — Vgl. aber auch Newman p. 6 Note b, Chitty p. 346, Hulshoff p. 113.

[20]) Bédarride p. 173.

[21]) Vgl. auch de Lavenay in der Sitzung vom 6. Mai 1865 bei Nouguier p. 120. Bédarride p. 172, 173. Le Mercier p. 190. 220. 231. Der Conseil supérieur du commerce berichtete über folgendes Manöver: „l'homme qui doit pour la fin du mois fait un chèque; il le date pour la fin du mois, mais il ajoute une fiche indiquant que le chèque ne doit être présenté qu'à la fin du mois." Le Mercier p. 218.

[22]) Die falsche Datirung ist auch bei denjenigen Checks (sur place) strafbar, bei welchen nach französischem Recht die mangelnde Datirung nicht geahndet wird. Vgl. n. 7 und Note 16.

fausse date enlèverait au titre toute sa valeur.[23])." Von den holländischen Schriftstellern geht nur Hulshoff so weit, mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes („moet de juiste dagteekening . . . bevatten") dem falsch datirten Check die Eigenschaft des Kassierpapiers (nicht auch der Assignatie) abzusprechen[24]); Diephuis dagegen giebt jedem Interessenten das Recht, die wahre Emissionszeit gegen den Aussteller des immerhin als Check zu behandelnden Papiers zu erweisen[25]). Diese Annahme wird auch für das französische Recht von Nouguier getheilt[26]).

Das englische Recht endlich behandelt die Fälschung als Wahrheit und gestattet daher die Präsentation des postdatirten Checks erst nach Eintritt des zu Unrecht angenommenen Ausstellungsdatum[27]). Die Londoner Bankiers haben übrigens eine sehr wirksame Usance gegen die Postdatirung ausgebildet: sie versehen derartige Checks, falls sie vor dem fingirten Ausstellungsdatum bei ihnen präsentirt werden, mit dem Vermerk „postdated" und verweigern den so gekennzeichneten Urkunden die Einlösung auch nach Eintritt des angeblichen Ausstellungstages[28]). In Amerika ist die Ausstellung postdatirter Checks so häufig, dass sie ein Richterspruch als „an every day occurence in our commercial cities" bezeichnete[29]); auch in Amerika gelten sie als am Tage des fingirten Datums ausgestellt[30]).

---

[23]) Bedarride p. 37. Gleicher Ansicht scheint zwar auch Nouguier p. 225 zu sein, vgl. aber auch n. 26.

[24]) Hulshoff p. 123; vgl. oben Note 18.

[25]) Diephuis p. 302 n. 3 u. p. 303. Die anderen Schriftsteller sprechen sich über die Frage nicht aus.

[26]) Nouguier p. 124: „si d'un côté la date des chèques est présumée réelle, d'un autre côté, les tiers intéressés seront admis à la contester sans récourir à l'inscription de faux, et à la détruire par des preuves contraires."

[27]) Vgl. Walker p. 58, Byles p. 17 Note p; Hulshoff p. 113, Story p. 672 n. 2 u. 4.

[28]) Shaw p. 6. Newman p. 7.

[29]) Story a. a. O. Shaw p. 8.

[30]) Story p. 673.

De lege ferenda möchte ich dem englischen System, welches die Unwahrheit als Wahrheit behandelt, den Vorzug geben, natürlich unter der Voraussetzung, dass nicht etwa ein strafbarer Betrug concurrirt. Sind aber Aussteller und der Remittent oder der spätere Nehmer von der unrichtigen Datirung unterrichtet und mit derselben einverstanden, so unterwerfen sie sich allen Folgen, die aus dem falschen Ausstellungsdatum ihnen erwachsen können; auch dürfte schon in der Annahme des Checks die Genehmigung der falschen Datirung zu finden sein, da die Prüfung der Formrichtigkeit Seitens jedes Nehmers vorausgesetzt werden muss. Für dies System spricht endlich noch die Analogie des Wechsels, der durch ein unrichtiges Zeitdatum, nach deutschem Recht wenigstens, keineswegs ungültig wird[31]).

§. 9. Fortsetzung.

2. Das Ortsdatum.

Nicht unbedingt erforderlich ist ferner

2) die Angabe des Ausstellungsortes (Ortsdatum). Diese Angabe wird nur von dem belgischen Gesetz[32]) und von der französischen Novelle[33]) ausdrücklich gefordert, während die übrigen Gesetzbücher schweigen[34]); das englische Recht hatte zwar früher das Ortsdatum verlangt, dieses Erforderniss jedoch neuerdings fallen lassen[35]).

---

[31]) Renaud p. 73. Borchardt, D.W.O. Zus. 118 zu Art. 4 Nr. 6 und Note 93. — Auch Hulshoff p. 113 gesteht zu, dass es, juristisch betrachtet, nichts ausmachen könne, ob ein Check zu früh oder zu spät datirt sei.

[32]) Art. 2. „Ces dispositions . . . portent l'indication du lieu . . . où elles sont faites."

[33]) Art. 5 al. 2. „Le chèque indique le lieu d'où il est émis."

[34]) Die Vorschrift der Ordinanza für Malta Art. 245 „I mandati o cheques . . . . esprimono la data" dürfte nur auf das eigentliche Zeitdatum sich beziehen.

[35]) Byles p. 15 Note g u. p. 17, Shaw p. 2 u. 3, Newman p. 8.

Die Unterlassung der Ortsangabe ist nirgends strafbar; sie hat die Unwirksamkeit des Checks anscheinend in Frankreich zur Folge [36]), während in Belgien kraft gesetzlicher Fiktion [37]) für den Check ohne Ortsdatum der Zahlungsort als Ort der Ausstellung gilt [38]).

Die Angabe eines falschen Ausstellungsortes ist in Frankreich nach ausdrücklicher Bestimmung [39]), in Belgien wenigstens nach der Absicht des Gesetzgebers [40]) mit Geldbusse bedroht; sie raubt indess dem Check schwerlich in beiden Ländern seine juristische Natur; nur den Interessenten dürfte der Nachweis des wahren Ortsdatums gegen den Aussteller gestattet sein [41]).

De lege ferenda lässt sich für die Beifügung des Ortsdatums anführen, dass einerseits die Weglassung desselben namentlich beim Inhabercheck leicht über die Persönlichkeit des Ausstellers irreführen und zu Streitigkeiten Anlass geben könne, dass andrerseits die Angabe des Emissionsortes wenigstens in denjenigen Ländern erforderlich werde, in denen die Fristen für die Geltendmachung des Checks verschiedene sind, je nachdem Ausstellungs- und Zahlungsort identisch sind oder nicht. Indess bleibt in ersterer Beziehung zu erwägen, dass der Nehmer eines Checks ohne Ortsdatum eine etwaige Irreführung nur seiner eigenen Unvorsichtigkeit zuzuschreiben hat, und dass Täuschungen und Streitigkeiten auch nach dem französischen System nicht ausgeschlossen sind, da ja der

---

[36]) Nouguier p. 225 u. 219. Mittermaier Z. XXI p. 151.

[37]) Art. 4 a. l. 2. „A défaut d'indication du lieu, la disposition est censée faite de la place où elle est payable."

[38]) In Folge Annahme eines Amendements Pirmez, vgl. Pasinomie belge p. 192. 193. Mittermaier Z. XX. p. 116.

[39]) Novelle Art. 6.

[40]) Das Gesetz spricht in Art. 5 nur von der Ausgabe einer „disposition non datée ou revetue d'une fausse date"; indess geht aus den Motiven hervor, dass „la date fausse par supposition de lieu" mit getroffen werden soll. Vgl. Pasinomie belge p. 197.

[41]) Vgl. Note 26.

Ausstellungsort keineswegs der Wohnort des Ausstellers zu sein braucht[42]). In letzterer Beziehung aber bietet die Fiktion des belgischen Gesetzes die durchgreifendste Hilfe. Der wahre Grund des französischen Systems ist auch keines jener beiden Argumente, sondern wiederum lediglich das Steuerinteresse, das allerdings von Bedeutung wird, sobald man die Stempel für die Inlands- und Auslandschecks, für Platz- und Distanzchecks verschieden regelt[43]).

Mit Bezug auf den Ausstellungsort sind Platzchecks (chèques sur place) und Distanzchecks (chèques de place à place) zu unterscheiden; die Ersteren sind am Zahlungsorte, die Letzteren an einem davon verschiedenen Platze ausgestellt. Die Distanzchecks haben lebhafte Anfechtung erfahren, und es lässt sich nicht leugnen, dass nach der historischen Entwicklung des Papiers (man denke nur an die alten Kassiersbriefje), der Platzcheck die naturgemässere Form ist[44]). Jene waren auch in England durch die Bestimmung, dass Zahlungs- und Ausstellungsort nicht über 10, resp. 15 Meilen von einander entfernt sein sollten, lange Zeit so gut, wie völlig ausgeschlossen; erst später sind sie daselbst gestattet worden[45]). Das französische Gesetz hat im Allgemeinen gerade in dieser Beziehung eine gegen seine sonstige Vinculirung fast über-

---

[42]) Die Banken pflegen auf ihren Checkformularen regelmässig den Zahlungsort als Ausstellungsort vorzudrucken, (vgl. die Formulare bei Nouguier p. 62, Le Mercier p. 95), so dass der Aussteller nur Tag und Monat auszufüllen hat, mithin sich zu einer immerhin den Credit des Papiers schädigenden Correktur entschliessen muss, um das Ortsdatum zu einem wahren zu machen, falls er nicht am Zahlungsorte lebt oder sich auf Reisen befindet; diese Einrichtung der Blanquette hat in England gerade unter dem alten Rechte oft genug zu Streitigkeiten Anlass gegeben. Vgl. Shaw p. 3.

[43]) Novelle Art. 8. Art. 9. Vgl. Nouguier p. 218.

[44]) Holtius p. 466. — Rouher und Darimon (vgl. Nouguier p. 70) sind lebhaft für Distanzchecks eingetreten.

[45]) Byles p. 15. 16.

raschende[46]) Freisinnigkeit entwickelt, indem es in Artikel 3 das Prinzip proklamirt: „le chèque peut être tiré d'un lieu sur un autre ou sur la même place.“ Nur Checks aus den Colonien oder dem Ausland auf französische Plätze galten noch für unstatthaft[47]). Bei der Berathung der Novelle fehlte es nicht an Stimmen, welche die Distanzchecks ganz beseitigen[48]) oder durch Belastung mit dem vollen Wechselstempel doch de facto zu verbannen bestrebt waren[49]). Scheiterten auch diese Versuche, so traf doch den Distanzcheck ein doppelt so hoher Stempel als den Platzcheck; bezüglich der Checks aus den Colonien und dem Auslande hob man zwar die Schranken auf[50]), vergass es aber, die Präsentationsfrist für überseeische Checks zu erweitern und damit den Colonieen die Möglichkeit der Checkziehung auf das Mutterland in Wahrheit zu eröffnen[51]).

In Portugal sind die Distanzchecks gleichfalls nicht verboten; da jedoch das Gesetz die Präsentation der Sichtchecks am Tage der Ausstellung fordert, so wären die Distanzchecks de facto ausgeschlossen, wenn nicht die Praxis durch analoge Anwendung der wechselrechtlichen Bestimmungen Abhilfe geschafft hätte[52]).

Da auch Belgien dem Beispiel Frankreichs und Englands durch Zulassung beider Klassen Folge gegeben hat[53]), auch

---

[46]) Um so mehr überraschend, als gerade Frankreich distantia loci für die Tratte nach Art. 110 des Cod. de comm. fordert.

[47]) So nach Ansicht Rouher's und de Lavenay's in der Sitzung vom 23. resp. 6. Mai 1865 (bei Le Mercier p. 140, der dieser Ansicht p. 141 indess entgegentritt).

[48]) Dies verlangte nach einer Mittheilung des Finanzministers Magne auch der conseil supérieur du commerce, vgl. Le Mercier p. 218.

[49]) Amendement Guibal, vgl. Le Mercier p. 222. 226.

[50]) Novelle A. 9. Bédarride p. 111. Le Mercier p. 140 ff. 234. Ztschr. f. H.-R. XXI. p. 151.

[51]) Le Mercier p. 142. Brentano p. 257.

[52]) Sampajo-Pimentel p. 353.

[53]) Art. 4.

in Holland die Statthaftigkeit beider Formen unbestritten ist[54]), so haben die Beschränkungen bezüglich des Ausstellungsortes nur noch historische Bedeutung.

§. 9. Fortsetzung.

3. Die Verfallzeit.

Nicht unbedingt erforderlich ist dem Check

3) die Angabe der Zeit, zu welcher die Zahlung der Checksumme geschehen soll. Dass der Check selbst diese Verfallzeit enthalten müsse, ist nirgends positiv vorgeschrieben, sogar in Frankreich nicht [1]); vielmehr wird überall einem Check ohne solche Angabe volle Wirksamkeit beigelegt, indem das Gesetz selbst die Lücke ergänzt und den Tag der Präsentation [2]) resp. der Ausstellung [3]) als Verfalltag constituirt. In Folge dieser gesetzlichen Fiktion ist die Ausgabe von

---

[54]) Asser p. 101 zu Art. 222 „betaalbaar". Hetzij op dezelfde, hetzij op eene andere plaats.

[1]) Man vergleiche die Fassung „ne peut être tiré qu'à vue" mit dem Wortlaut „le chèque est l'écrit . ., il est signé . ., le chèque indique le lieu . ., le chèque est acquitté . ., l'acquis est daté und besonders mit Art. 110 C. d. c. „elle (la lettre de change) énonce l'époque où le payement doit s'effectuer."

[2]) Frankreich A. 2 (vgl. n. 1). Schweizer Entwurf Art. 443 „Eine Bankanweisung... ist auch dann giltig, wenn sie keine Bestimmung über die Verfallzeit enthält. Sie ist in diesem Falle als ein Titel auf Sicht anzusehen." Wegen England vgl. Walker p. 60, Newman p. 4, Shaw p. 8, Story p. 671. Wegen Hollands vgl. Hulshoff p. 125: „in het toonderpapier ligt echter, implicite, opgesloten dat het op zicht is gesteld. Wegen New Yorks vgl. Hulshoff p. 118 und unten n. 14 u. 19. Für Belgien dürfte es aus Art. 1 (Les chèques... et généralement tous titres à un payement au comptant et à vue) sich ergeben.

[3]) Das portugiesische Gesetzbuch A. 431 beabsichtigt wohl wesentlich dasselbe, wenn es die Präsentation eines solchen Checks am Ausstellungstage verlangt („Não tendo termo designado, deve ser apresentado... no mesmo dia da sua data"). Wegen Canada und Malta vgl. n. 18.

Checks ohne Hinzufügung der Verfallzeit in England häufig, in Amerika sogar fast die Regel [4]). Wenngleich nun die Mehrzahl aller Checks, sei es nach ausdrücklicher Angabe in der Urkunde, sei es nach gesetzlicher Ergänzung bei Sicht zahlbar sind (Sichtchecks), so ist doch eine anderweitige Bestimmung der Verfallzeit keineswegs nach allen [5]) Rechten ausgeschlossen; es ist der Aussteller vielmehr ganz frei in der Wahl der Verfallzeit nach englischem Recht [6]), nach holländischem [7]), österreichischem [8]) und portugiesischem [9]) Gesetz, sowie nach dem Schweizer Entwurf [10]); dies war auch vor dem Gesetz von 1865 französische Praxis [11]). Etwas zweifelhafter ist die Frage in einer Reihe anderer Staaten.

Was zunächst Deutschland anlangt, so hat das Reichsgesetz allerdings die Stempelfreiheit nur den Sichtchecks bewilligt [12]), immerhin aber die Sichtstellung nicht in die Definition des Checks aufgenommen; ja man kann aus dem Umstande, dass das Gesetz als von der Stempelabgabe befreit „die auf Sicht zahlbaren Platzanweisungen und Checks" aufführt, sehr wohl zu dem Schluss gelangen, dass hiemit die Existenz nicht stempelfreier, nicht auf Sicht zahlbarer Platzanweisungen und Checks vom Gesetz selbst anerkannt worden ist.

---

[4]) Shaw a. a. O., Story a. a. O.

[5]) Dies räumt auch Funk p. 12 ein; dass die meisten Gesetze die Zahlbarkeit bei Sicht fordern, kann ich ihm nicht zugestehen.

[6]) Walker p. 60. Story p. 672. Biener p. 445. Mittermaier Z. X. p. 9. Nach Shaw p. 8 ist in Amerika die Ausstellung von Datochecks nicht ganz selten.

[7]) Hulshoff p. 125. Freilich wird in Folge der kurzen Regressfrist, die sich nach dem Tage der Ausstellung richtet, ein Check, der später als 10 Tage nach der Ausstellung fällig wird, auf Nehmer nicht zu rechnen haben.

[8]) Vgl. die österr. Definition bei Funk p. 11.

[9]) Portugal Art. 431. „O cheque pode ter (ou não ter) epocha marcada para a sua apresentação."

[10]) Art. 443, vgl. oben Note 2 und Munzinger p. 414. 415.

[11]) Michaux Bellaire p. 19, Hulshoff p. 115.

[12]) Entsch. d. R.-O.-H.-G. XIX, p. 74.

Auch in Belgien lässt sich das Erforderniss der Sichtstellung auf die Stempelfreiheit beziehen, indess wird durch die sehr kurze belgische Regressfrist die Frage wenigstens faktisch zu Ungunsten der Tageschecks und Datochecks sich entscheiden [13]).

In New-York [14]) ist zwar der Check ausdrücklich bezeichnet als zahlbar on demand, und Hulshoff [15]) leitet hieraus die Folgerung ab, dass der Nichtsichtcheck juristisch kein Check mehr, sondern ein gewöhnlicher Wechsel sei. Es ist aber zu erwägen, dass on demand mit at sight nicht ganz identisch ist; der erste Ausdruck will nur die Respekttage ausschliessen, bezieht sich daher auf den Zahlungstag, während sich der zweite auf den Verfalltag bezieht; ein Wechsel at sight ist in der Regel erst am dritten Tage nach der Präsentation zu zahlen, der Wechsel on demand dagegen, mag er nun Tages-, Dato- oder Sichtwechsel sein, schon auf erste Anforderung [16]). Durch die qu. Bestimmungen sollte nicht das Verbot der Nichtsichtchecks erfolgen, sondern nur die Abschaffung der Respekttage bezüglich aller Checks ausgesprochen werden, wie dies eine Reihe amerikanischer Staaten durch Specialbestimmungen für alle Sichtwechsel gethan haben [17]).

Für Malta und Canada besteht die gesetzliche Bestimmung, dass die Checks bei Präsentation zahlbar sind [18]);

---

[13]) Vgl. Note 7; in Belgien sind die Fristen noch kürzer als in Holland, nämlich nur 3, resp. 6 Tage.

[14]) Art. 1825. A check is ... payable on demand, without interest.

[15]) Hulshoff p. 118.

[16]) Borchardt, Sammlung I. p. 338 ad 2, sowie besonders Frank ebendas. p. 169. 200.

[17]) Vgl. Borchardt, Sammlung II. p. 304. 308 und auch I. p. 338. Brentano p. 44. Vgl. auch Wächter, Wechsellehre p. 136. In England sind die Ausdrücke on demand und at sight erst im Jahr 1871 mittelst 34 u. 35 Vict. c. 74, durch Aufhebung der Respekttage für Sichtwechsel, gleichbedeutend geworden. Vgl. Byles p. 80, 209 u. 528 und unten Note 20.

[18]) Malta 245 a. l. 2. Sono pagabili alla loro presentazione. Canada A. 2350: Cheques are payable on presentment, without days of grace.

hier bleibt aber zunächst zweifelhaft, ob on presentment mit on demand oder mit at sight identisch ist; für die erstere Ansicht spricht eine Acte von New-York vom Jahr 1857[19]), für die letztere das englische Statut vom Jahr 1871[20]). Entscheidet man sich aber auch für die zweite Alternative, so fehlt doch jede Bestimmung, dass Nichtsichtchecks nichtig oder unzulässig sind; es lassen sich vielmehr jene Bestimmungen als dispositive Normen für jene Checks auffassen, in denen eine Verfallzeit nicht angegeben worden.

Dürfen wir hiernach für die meisten Staaten die gesetzliche Zulässigkeit der nicht auf Sicht gestellten Checks (Tageschecks und Datochecks) annehmen, so bleibt als ein Land, welches die Ausschliesslichkeit der Sichtchecks ganz unbedingt proclamirt hat, doch Frankreich zu nennen. Schon auf Grund des Gesetzes von 1865 war den Tageschecks von den Gerichten die Eigenschaft der Checks abgesprochen worden[21]); dennoch wollte sich der Handel an jenes exclusive Prinzip nicht gewöhnen, vielmehr wusste er durch mannigfache Vorkehrungen dasselbe zu umgehen[22]); nunmehr hat indess die Novelle einerseits durch die oben erwähnten Strafvorschriften gegen irreguläre Datirung, andererseits durch die Bestimmung des Art. 5 a. l. 5 die Sichtstellung der Checks energisch durchgesetzt; denn mittelst jener Bestimmung sind alle Abreden zwischen Aussteller, Bezogenen und Remittenten, „ayant pour

---

[19]) Borchardt, Sammlung II. p. 308 Act of N.-Y. 1857 c. l. All bills ... payable at sight, ...shall be deemed due and payable on presentation, without any days of grace being allowed thereon". — „On presentation" ist hier offenbar gleichbedeutend mit „on demand".

[20]) 34 u. 35 Vict. c. 74 s. 2 (Byles p. 528). Every bill ... purporting to be payable at sight or on presentation, shall be ... deemed to be ... payable on demand ...

[21]) Erk. v. 11. April 1870 bei Nouguier p. 233 resp. v. 26. April 1869 bei Le Mercier p. 119.

[22]) Vgl. Munzinger p. 414. Nouguier p. 219—222. Le Mercier p. 218. 220. Vgl. oben p. 475 No. 21.

objet de rendre le chèque payable autrement qu'à vue et à première requisition" für null und nichtig erklärt.

Hienach gelangen wir zu dem Resultate, dass die Sichtstellung zwar im höchsten Grade häufig, dass sie aber in der überwiegenden Mehrheit aller Staaten keine wirklich unabweisbare Voraussetzung des Checks ist.

Nichts desto weniger bezeichnen zwei mit der Praxis so vertraute Gelehrte, wie Funk[23]) und Koch[24]), übereinstimmend die Zahlbarkeit bei Sicht, mag dieselbe nun ausdrücklich auf der Urkunde angegeben sein oder nicht, als ein wesentliches Erforderniss, als Essentiale oder doch als Naturale des Checks. Für die gleiche Ansicht sind in Frankreich Rouher, Pouyer-Quertier und Darimon lebhaft eingetreten, und ihre Deduktionen sind von Nouguier und Le Mercier für höchst begründet erklärt worden[25]). Dagegen haben sich Mittermaier[26]) und Hulshoff[27]) gegen jenes Erforderniss ausgesprochen. Munzinger[28]) endlich hat zwar in seinem Entwurfe es den Interessen der Betheiligten selbst überlassen, eine ihnen passende Verfallzeit zu wählen; dennoch spricht er sich in den Motiven schwankend aus und erklärt ziemlich indifferent, dass man auch das französische Prinzip pure adoptiren, d. h. den Check unbedingt als einen Titel auf Sicht erklären könne.

Zur Begründung jener Beschränkung beruft man sich in Frankreich[29]) auf vier Argumente: das fiskalische Interesse, die Natur der Urkunde, das Interesse des dritten Inhabers

---

[23]) Funk p. 12 (vgl. oben Note 5); derselbe hat p. 14 die Worte „zahlbar bei Sicht" sogar in seine Definition des Check aufgenommen.

[24]) Koch p. 32; derselbe scheint nach p. 5 u. 8 die Sichtstellung für ein unbedingtes Erforderniss des englischen Rechts zu halten.

[25]) Nouguier p. 45. 49. 50. Le Mercier p. 114. 116. 120.

[26]) Z. X. p. 34. 35.

[27]) Hulshoff p. 114. 115.

[28]) P. 415.

[29]) Nouguier p. 50 und ihm wörtlich folgend Le Mercier p. 120.

und die Funktion der Checks als Compensationsmittel. Das erste Argument ist schon wiederholt gewürdigt worden; es beweist nur gegen die Steuerprivilegien des Nichtsichtchecks, nicht gegen seinen juristischen Charakter im Allgemeinen. Was das „motif puisé dans la nature du titre" betrifft, so erhellt zunächst nicht recht, was damit gemeint ist; es scheint jedoch, als wenn Nouguier und Le Mercier dabei die Worte Rouher's [30]) im Auge haben: „le chèque doit être payable à présentation, parceque sa valeur ne peut reposer que sur l'idée d'une disponibilité conventionelle de la somme qu'il répresente". Abgesehen davon, dass diese Disponibilität, wie p. 443 gezeigt, „lato sensu" zu interpretiren, beweist schon das Beispiel Englands und Amerika's, dass der Check sehr wohl auf einen bestimmten Tag a dato gestellt sein kann, ohne seine „Natur" zu verlieren. Als dritter Grund wird das Interesse des Inhabers betont; diesem Interesse entspreche Zahlung, nicht ein blosses Zahlungsversprechen, dessen Erfüllung zu erwarten immerhin mit einem gewissen Risiko verbunden sei; gerade die Ausstellung eines Datumchecks begründe die Annahme, dass zur Zeit der Ausstellung das angewiesene Geld noch gar nicht disponibel sei. Dieser Argumentation steht aber der einfache Umstand entgegen, dass Niemand einen Nichtsichtcheck anzunehmen braucht, wer ihn aber angenommen, das damit verbundene Risiko zu tragen freiwillig sich bereit erklärt hat. Gegen das letzte Motiv endlich hat schon Hulshoff p. 115 geltend gemacht, dass die Compensationsfähigkeit der Checks durch die Stellung auf verschiedene Verfallzeiten keineswegs berührt werde, da die Compensation erst bei Gelegenheit der Präsentation, also nach Verfall, überhaupt in Frage komme. —

Von höherer Bedeutung ist das Argument Funk's, dass der Check nur bei Sichtstellung vollständig seiner eigentlichen Funktion, Stellvertreter des baaren Geldes zu sein, entspreche. Die Richtigkeit dieser Annahme mag zugegeben

---

[30]) Bei Nouguier p. 45. Le Mercier p. 114.

werden[31]), wenngleich man vielleicht auch einen nicht sofort einlösbaren Check noch immer ebenso als Stellvertreter des baaren Geldes betrachten könnte, als etwa am Weihnachtsabend einen Reichskassenschein, obwohl derselbe doch erst am drittfolgenden Tage eingelöst werden kann. Immerhin aber ist auch gegen Funk die Frage aufzuwerfen, warum das Gesetz kategorisch Checks verbieten will, die von den Parteien im concreten Falle als ihrem Interesse entsprechend betrachtet werden. Als ein solches Interesse erscheint einerseits der Zinsgewinn einer erst später zur Erhebung gelangenden Checksumme, andrerseits die Abwendung der Gefahr der Zahlungsunfähigkeit, welche bei plötzlicher Forderung unerwartet hoher Summen die Banken bedroht[32]). Gegen das französische System sprechen endlich noch und insbesondere seine Consequenzen; entweder wird die engherzige Bestimmung durch Postdatirungen und Manövers aller Art umgangen, oder man muss zu jenen Fesseln und Strafbestimmungen seine Zuflucht nehmen, welche die Novelle schwerlich zur Förderung des doch so sehr der Förderung bedürftigen Checkverkehrs beliebt hat.

§. 10. Schluss.

Nicht zu den Erfordernissen des Checks gehört

4) das Bekenntniss empfangener Valuta, welches höchstens bei dem Amerikanischen Check üblich, aber auch dort nicht einmal gesetzlich erfordert ist[33]). Selbst das französische Gesetz hat von dieser Clausel abstrahirt[34]).

---

[31]) Nach Knies p. 279. 281 ist der Check nicht eigentlich Tauschmittel für Geld, sondern für Geldforderungen, für Vermögenstheile in fremder Hand.

[32]) Hulshoff a. a. O., dagegen Nouguier p. 48. Ueber den Zinsgewinn vgl. auch Deutsche Vierteljahrsschrift 1864 Heft 3 p. 143. 146. Bédarride p. 105. 110. Dufour p. 315.

[33]) Story p. 662 n. 1. Nach Kent Comment. on Americ. Law 10. Ed. III. p. 98 ist es sogar nicht einmal üblich.

[34]) Vgl. darüber Le Mercier p. 90. 92. 129. Mittermaier Z. X. p. 32. Ueber Holland vgl. Kist p. 396.

5) Ebensowenig gehört der Stempel zu den Essentialen eines Checks; nur in England und Amerika ist der ungestempelte Check ungiltig [35]).

Der Check ist zur Zeit ganz stempelfrei in Holland [36]), Deutschland [37]) und Belgien [38]); dagegen ist er jetzt einem Stempel von 1 penny in England [39]), von 2 cents in Amerika [40]), von 10 resp. 20 centimes in Frankreich [41]), von 2 Kreuzern in Oesterreich unterworfen [42]).

6) Unwesentlich ist es sodann, ob die Urkunde sich selbst als Check bezeichnet. Diese Checkclausel ist zwar keineswegs so ganz unüblich, als Funk [43]) annimmt, aber gesetzlich ist dies Erforderniss doch mit Ausnahme des Munzinger'schen Entwurfs [44]) nirgends gefordert worden.

7) Endlich bedarf es keiner Bezugnahme auf das sog. Deckungsverhältniss im Check selbst; zwar findet sich die Verweisung auf das Giro-Conto [45]), das Conto-Corrent [46]), die

---

[35]) Brentano p. 249, 250. Walker p. 57, vgl. auch p. 59 und p. 327 ff. Levi p. 485. Gleichwohl darf der Bankier den ungestempelt präsentirten Wechsel noch nachträglich mit Stempelmarke versehen und zahlen. Walker p. 75.

[36]) Hulshoff p. 83 Note 1. Die Assignatie ist stempelpflichtig, das Kassierspapier aber nicht.

[37]) Durch Ges. v. 10. Juni 1869 §. 24 Abs. 2. Vgl. Hoyer p. 203. Koch p. 28 u. 32.

[38]) Ges. v. 20. 6. 1873 Art. 1.

[39]) Stamp.-Act 1870 (33 u. 34 Vict. c. 97). Vgl. Mittermaier Z. XVII. p. 123. 124. Byles p. 17. Walker p. 59, p. 327 ff.

[40]) Brentano p. 250.

[41]) Novelle Art. 8. Nouguier p. 227 ff. Mittermaier Z. XXI p. 150.

[42]) Gebührengesetz v. 29. Febr. 1864. Bei Funk p. 11.

[43]) Funk p. 13. Vgl. den zur Cognition des R.-O.-H.-G. gelangten Fall (Entsch. XIX. p. 73). Auch die Checks des Heidelberger Bankhauses Köster & Comp. enthalten im Context das Wort „Check". Die Schwedischen Checks nennen sich selbst „Sola-Vexel".

[44]) Vgl. Art. 441. 443 und den Abänderungsvorschlag Munzinger's p. 420. Vgl. auch Mittermaier X. p. 19.

[45]) So bei den Quittungschecks der Reichsbank „auf Giro-Conto erhalten".

[46]) So bei den Checks der Uplands Enskilda Bank vgl. oben p. 160;

Rechnung[47]) in zahllosen Formularen vor, doch beruht dies stets auf dem Willen des Ausstellers und Bezogenen ohne gesetzlichen Zwang. Fraglich ist es allerdings, ob in Deutschland das Vorhandensein des Guthabens, sowie die weitere Voraussetzung der Stempelfreiheit, dass der Bezogene ein die Zahlungen des Ausstellers besorgendes Bankhaus sei, sich aus dem Check selbst ergeben müsse; es dürfte aber wohl genügen, dass diese Voraussetzungen thatsächlich existiren; das Reichsoberhandelsgericht hat in der wiederholt citirten Entscheidung vom 24. October 1875 diese Fragen zwar aufgeworfen, nicht aber principiell entschieden. Die Praxis des Auslandes sieht, so weit mir bekannt geworden, von dieser äusseren Dokumentirung des dem Check zu Grunde liegenden materiellen Verhältnisses gänzlich ab. Es dürfte sich auch de lege ferenda schwerlich empfehlen, den Check an zu viele Formalitäten zu knüpfen, die nicht einmal die Garantie gewähren, dass das äusserlich bekundete Verhältniss innere Wahrheit sei, und deren doch die Wiege des Checkverkehrs, England, ganz zu entrathen vermocht hat[48]).

(Ende des ersten Capitels.)

Fortsetzung folgt.

---

die Verweisung auf das upp-och-afskrifning kehrt dreimal auf dem Check (einmal im Context und zweimal am Rande) wieder. Auch die Checks der Schweizer Banken enthalten oft über dem Context den Vermerk „Contokurrent No. . ." Vgl. Munzinger p. 421.

[47]) „...dont vous débiterez notre compte". Nouguier p. 62. Le Mercier p. 95. Vgl. auch die Schlussworte der Basler Bank-Checks bei Munzinger p. 421 und des Mühlhauser Checks in d. E. des R.-O.-H.-G. XIX. p. 73.

[48]) Jede Beziehung auf das Deckungsverhältniss fehlt in den von Mittermaier X. p. 9, Newman p. 3, Shaw p. 2 und Koch p. 7 u. 8 (nach Grant) mitgetheilten englischen Modellen.

Kurz vor Abschluss des Druckes empfange ich noch durch die Güte des Herrn Verfassers die soeben erschienene Studie von Tommaso Fornari: I checks e la Clearing House. Napoli 1878. 8. 210 p. Es war leider nicht mehr möglich, den Inhalt der anregenden Schrift für die vorstehende Abhandlung verwerthen zu können.

Literarische Anzeigen.

S. Mayer, Professor an der Wiener Universität, **Das Ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen** in seinen leitenden Grundsätzen dargestellt. Wien, Manz'sche Buchhandlung, 1878. XII., 313 S.

Eine wissenschaftliche Verarbeitung und systematische Darstellung der Grundgedanken des neuen ungar. Strafrechts, wie sie der Titel vorliegenden Buches wohl erwarten liesse, ist in demselben nicht enthalten; vielmehr nur eine Wiedergabe der wichtigsten Bestimmungen des Gesetzbuchs im Anschluss an ihre gesetzliche Reihenfolge und auf Grundlage der officiellen deutschen Uebersetzung. Hinzugefügt sind jeweils mehr oder weniger ausführliche Bemerkungen des Verfassers, theils kommentirenden, theils kritischen Inhalts. So dankenswerth es ist, dass Verf. auf solche Weise dem deutschen Publikum Gelegenheit geboten hat, sich mit dem neuen ungar. St.-G.-B. bekannt zu machen, so wenig kann doch seine Arbeit auf selbstständige wissenschaftliche Bedeutung Anspruch erheben. Es fehlt ihr hierzu nur allzusehr an Tiefe und Gründlichkeit. Die Ausführungen des Verf. tragen durchweg den Charakter des Gelegentlichen, Improvisirten, Flüchtigen an sich; seine Argumente sind meist dem schwanken Gebiete der Kriminal*politik* entnommen; in seinen Aufstellungen machen sich Unsicherheit und Widersprüche geltend. In der Präventiv- oder Abschreckungstendenz der Strafsatzungen sieht er bald einen *Vorzug*, bald einen *Fehler* des Gesetzes (vgl. S. 43, 237, 251, 262 u. a. mit S. 185, 303); über Ausdehnung oder Einschränkung des richterlichen Ermessens ist er wohl ebenfalls noch zu keiner festen Ansicht gekommen (vgl. z. B. S. 47 f., 88 ff., 110 f.). Eine Haupteigenthümlichkeit des ungar. Gesetzes ist nach dem Verf. sein „*objektiver* Charakter", und auf diesen wird nun alles Mögliche zurückgeführt, u. a. auch die Strafbarkeit bloser Vorbereitungshandlungen (S. 96, vgl. auch S. 269); S. 41 f. ist gar von „objektiver Verschuldung" die Rede. Auch bezüglich der Anstiftung, des Nothstands u. s. w. schwankt Verf. von einer Ansicht zur andern (vgl. S. 101, 109, 128). — Auf Fragen altioris indaginis hat sich übrigens Verf. regelmässig nicht eingelassen; wo er dies aber thut, verfällt er leicht in schwülstige Rhetorik oder nichtssagende Redensarten; wir verweisen Beispiels halber auf die S. 17 f. befindliche Ausführung über Polizei- und Kriminalunrecht, deren Sinn uns unerfindlich geblieben ist.

Den gleichen Stempel der Flüchtigkeit trägt übrigens auch die *Sprache* des Buches; falsch angebrachte Ausdrücke und Konstruktionen, nicht richtig oder gar nicht zu Ende geführte Sätze, stylistische Inkorrektheiten jeder Art begegnen auf Schritt und Tritt, der vielen sinnentstellenden Druckfehler nicht zu gedenken. Es liesse sich hier eine ganze Blumenlese zusammenstellen. Auf S. 215 wird z. B. §. 172 des ungar. St.-G.-B.'s so wiedergegeben: „Staatsgefängniss bis

zu 2 Jahren und an Geld bis zu 1000 fl. trifft auch den, ... welcher die Rechtsinstitute des Eigenthums oder der Ehe auf die in §. 171 bezeichnete Weise aufreizt". Die armen Rechtsinstitute! — Nach S. 259 kann die Strafe der Körperverletzung, falls dieselbe an Ascendenten begangen ist, mit Gefängniss bis zu 2 Jahren geahndet werden, etc. etc.

Verf. ist Anhänger der auf internationale Gleichheit und Einheit des Strafrechts hinarbeitenden Richtung; daher „vergleicht" er auch die Bestimmungen des ungar. Rechts mit denen der sonstigen neueren Strafrechtslegislationen, insbesondere mit dem, dem ungar. Gesetz formell wie materiell zu Grunde liegenden deutschen R.-St.-G.-B. Das Bestreben bei dieser „Vergleichung" ist hauptsächlich dahin gerichtet, festzustellen, welche dieser Bestimmungen jeweils die „bessere", die „richtigere" ist; als Tertium comparationis dient dabei wohl das internationale Strafrecht der Zukunft, sonst auch „Natur- oder Vernunftrecht" genannt. Nicht recht damit vereinbar ist es dann aber, wenn Verf. sich zur Rechtfertigung der Sätze des ungar. Gesetzbuchs theilweise auch auf das Bewusstsein, die Ueberzeugung, die Auffassung des „Volks" beruft. Wir fragen, welches Volks? Etwa des ungarischen? Hat sich Verf. mit dessen Anschauungen und Ueberlieferungen bekannt gemacht? Oder hat er dabei das internationale Volk der Zukunft im Auge? — Wir fürchten, dass wir es auch hier mit einem jener Missbräuche zu thun haben, die so viel zur Diskreditirung des Begriffs „Volksbewusstsein" beigetragen haben.

Heidelberg. **Richard Löning.**

Alphonse Rivier, Professeur à l'Université de Bruxelles, **Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain.** Bruxelles, Paris, Genf 1878.

Der Zweck des vorliegenden Buches, Schülern und Lehrern das römische Erbrecht zugleich nach seiner geschichtlichen Entwicklung und seiner dogmatischen Ausbildung darzustellen, ist wohl gelungen. Vergleichen wir es mit deutschen Werken, so lässt es sich unsern besten Institutionenlehrbüchern — die es freilich an Ausführlichkeit weit übertrifft — an die Seite setzen; in der französischen Literatur hat es das Verdienst, mit der alten Gewohnheit zu brechen, nach welcher testamentarisches und gesetzliches Erbrecht getrennt behandelt wird.

Die Darstellungsgabe des Verf. tritt überall vortheilhaft hervor. Kurz und gedrängt werden die erbrechtlichen Regeln ohne Beeinträchtigung der Klarheit und Vollständigkeit hingestellt. Auch dass von den Streitfragen nur die wichtigsten in knappen Bemerkungen oder Anmerkungen erwähnt sind, ist mit Rücksicht auf den Zweck des Buches wohl zu billigen, da eine ausführliche Besprechung derselben für den Schüler nur zu leicht das Feststehende so sehr in den Hintergrund drängt, dass er statt eines Systemes eine Sammlung von Controversen vor sich zu haben glaubt. Dagegen versäumt der Verf.

nicht, auf die römischen Anschauungen und wirtschaftlichen Verhältnisse hinzudeuten, welche die Entwicklung des Erbrechtes beeinflusst haben. Auf die Geschichte ist grosse Sorgfalt verwandt. Nur bei einer Einzelheit wäre grössere Ausführlichkeit zu wünschen gewesen. Die Lehre von der Erbfähigkeit der römischen Sklaven ist auch heute noch für den Studirenden wichtig, schon aus dem Grunde, weil ein grosser Theil der Quellenstellen, die für unser Recht Bedeutung haben, nur durch sie verständlich wird. Wenn es aber über diesen Punkt beiläufig auf S. 13 heisst: „l'étranger, qui ne participe pas au droit civil, ne saurait être héritier; l'ésclave non plus, pour lui-même et comme tel", so genügt das für den Studirenden nicht, um sich eine richtige Anschauung darüber zu bilden. Die Stelle, welche der Verf. selbst bald darauf S. 29 anführt, §. 2 J. 2, 14, muss ihm daher beispielsweise unverständlich bleiben. Diese Unvollständigkeit fällt um so mehr auf, als anderwärts selbst Rechtsbildungen, welche eine derartige Bedeutung für uns keineswegs beanspruchen können, z. B. die addictio libertatum conservandarum causa (S. 180), ausführlich behandelt werden.

Die Anordnung bietet in einem Werke, welches Geschichte und Dogmatik verbindet, stets Schwierigkeiten dar. Für die Aufgabe des vorliegenden Buches wäre eine schärfere Sonderung der einzelnen Materien vortheilhaft gewesen. Der Verf. behandelt nach einer gedrängten Uebersicht der erbrechtlichen Literatur in zehn Abschnitten Gesammt- und Einzelnachfolge von Todes wegen; Berufung auf Grund und Mangels eines Testamentes; Berufung gegen ein Testament; Transmission, Cession, Anwachsung und vorläufige Besitzeinweisung; Erwerb der Gesammtnachfolge; Einzelnachfolge; Gesammtvermächtniss; Nichtigkeit und Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen, Erwerbsunfähigkeit und Unwürdigkeit; und giebt in einem Anhange mit dem Testamente des Dasumius das Beispiel eines römischen Testamentes. Bisweilen ist hier Verschiedenartiges zusammengebracht, namentlich im fünften Abschnitte. Der erste Abschnitt, welcher die Gesammtnachfolge, die Einzelnachfolge und die Frage, „wem folgt man von Todes wegen nach, und wer kann nachfolgen?" in drei kurzen Paragraphen bespricht, hätte sich vielleicht zweckmässig mit dem zweiten unter der Ueberschrift „allgemeine Grundsätze" vereinigen lassen. Endlich ist es wohl nur aus äusseren Gründen geschehen, wenn die Berufung auf Grund und Mangels eines Testamentes zusammen, die Berufung gegen ein Testament aber davon gesondert behandelt ist.

Die einzelnen Paragraphenüberschriften sind von reichhaltigen Anführungen begleitet, bei welchen sich der Verf., wie auch sonst, als Freund und Kenner der deutschen romanistischen Rechtswissenschaft zeigt. Durch vergleichsweise Herbeiziehung der Partikularrechte erhält der Leser eine Anschauung von der Weiterentwicklung des römischen Rechtes in der modernen Gesetzgebung. Den Schluss bildet ein alphabetischer Index.

Die Ausstattung ist geschmackvoll und gut.

Rostock. **Bernhöft.**

Verlag von FERDINAND ENKE in Stuttgart.

Soeben erschien und ist durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts

von

Dr. **Otto Lenel,**

Privat-Docent an der Universität Leipzig.

gr. 8. geh. Preis 3 M. 60 Pf.

Entwickelungswege

und

Quellen des Handelsrechts

von

Dr. **G. Lastig,**

a. o. ö. Professor der Rechte zu Halle.

8. geh. Preis M. 10. 80.

Neuer Verlag der Akadem. Verlagsbuchhandlung von J. C. B. MOHR in Tübingen und Leipzig.

Die Philosophie des Rechts

von

F. J. Stahl.

I. Band. Geschichte der Rechtsphilosophie. 8. geh. M. 8. —.
II. Band. 1. Abthlg. Die allgemeinen Lehren und das Privatrecht. 8. geh. M. 8. —. II. Band. 2. Abthlg. Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts. 8. geh. M. 8. —.

Fünfte Auflage.

Rechts- und Staatslehre

auf Grundlage christlicher Weltanschauung

von

F. J. Stahl.

2 Bände. M. 16. —.

Vom Beruf unserer Zeit für

Gezetzgebung und Rechtswissenschaft

von

Dr. **F. C. v. Savigny.**

Dritte Auflage. Zweite Ausgabe. M. 2. —.

Inhalt.

IX. Die Zulässigkeit der Anwaltschaft im französischen, normannischen und englischen Rechte des Mittelalters. Von Prof. Dr. *Heinrich Brunner* in Berlin 321

X. Ueber das System der Freiheitsstrafen mit besonderer Rücksicht auf den ungarischen und den niederländischen Entwurf eines Strafgesetzbuchs. Von Prof. Dr. *A. Geyer* in München 384

XI. Zur Lehre vom Check. I. Von *Cohn* 424

Literarische Anzeigen:

Das Ungarische Strafgesetzbuch über Verbrechen und Vergehen in seinen leitenden Grundsätzen dargestellt. Von *S. Mayer*, Prof. an der Wiener Universität. Von Prof. Dr. *R. Löning* in Heidelberg 490

Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain. Par *Alphonse Rivier*, Professeur à l'Université de Bruxelles. Von *Bernhöft* 491

Die „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft" erscheint in Heften von 10 Bogen, von denen je drei einen Band von 30 Bogen bilden.

Bestellungen werden durch alle Buchhandlungen angenommen.

Beiträge wolle man gef. an die Redaction richten.

Druck von Gebrüder Kröner in Stuttgart.



