

26478

Geist des römischen Rechts
auf den
verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

— 1966 年 10 月 20 日 —

——— 1966 年 10 月 20 日 ——

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

von

Rudolph Thering,

I. k. österreichischem Hofrat und ordentlichen Professor der Rechtswissenschaft in Wien.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.



Zweite, verbesserte Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1869.

BIBLIOTHEQUE CUAJAS



D

060 494203 0

Vorrede zur zweiten Auflage.

Der gegenwärtige Band hat in der zweiten Auflage viele Zusätze im Einzelnen erfahren, ohne daß sein äußerer Umfang erheblich vermehrt worden wäre, da ich andererseits möglichst zu kürzen versucht habe. Die zwei §§ 46 und 47 der ersten Ausgabe habe ich wegen ihres gar zu großen Umfangs in mehrere durch Zusatz von Buchstaben bezeichnete zerlegt; bei dem § 47 habe ich des besseren Zusammenhangs wegen einiges an eine andere Stelle gebracht, wobei ich zum Zweck der leichteren Auffindung von Cita-ten der ersten Auflage die alten Notenzahlen in Parenthese hinzugefügt habe. Die Vorrede der ersten Auflage lasse ich als eine seiner Zeit von mir gehaltene und auch jetzt noch nicht überflüssig gewordene oratio pro domo unverändert abdrucken.

Mancherlei andere Arbeiten haben in den letzten beiden Jahren mich abgehalten, mich der Vollendung des Werks, so wie ich es gewünscht hätte, zu widmen; ich hoffe jedoch im nächsten Jahre den fünften Band desselben (Theil 3; Abth. 2) liefern zu können.

Wien, den 30. Sept. 1868.

Vorrede der ersten Auflage.

Meine in der Vorrede zu der ersten Abtheilung des zweiten Bandes ausgesprochene Hoffnung, in Jahresfrist die zweite Abtheilung und mit ihr den Schluß des zweiten Systems bringen

zu können, hat leider in dem Maße Schiffbruch gelitten, daß ich selbst jetzt noch mich nur mit einer Stückzahlung begnügen muß; mit der gegenwärtigen Abtheilung ist der zweite Band, das zweite System wird aber erst mit dem dritten Bande geschlossen sein.

Der Druck der bisherigen Abtheilung hat bereits vor mehr als dritthalb Jahren begonnen — ein Umstand, der mich gegenüber der laufenden Literatur in eine üble, je länger, je mehr sich steigernde üble Position versetzt hat. Könnte ich noch daran zweifeln, daß das Beste von dem, was wir zu finden glauben und das unsrige nennen, in der Atmosphäre schwiebt — eine reife Frucht am Baume der Zeit, die wir nur brechen, nicht erzeugen — die Bemerkung, daß manche von den in der gegenwärtigen Abtheilung ausgesprochenen Ideen, die ich zur Zeit des Drucks noch in jenem Sinne meine eignen glaubte nennen zu dürfen, seitdem auch in andern Schriften auftauchen, würde genügen, meine Zweifel zu heben.

Mögen diejenigen Schriftsteller, die sich mir gegenüber in derselben Lage zu befinden glauben, in diesem Umstand die Erklärung suchen, warum sie an den betreffenden Stellen meines Buchs nicht genannt sind; *) ich habe sonst überall, wo ich Ideen, die nicht bereits Gemeingut geworden sind, bewusster Weise von Andern entlehnt habe, das fremde Eigenthum gewissenhaft respectirt.

Die gegenwärtige Abtheilung bricht mitten in der römischen Technik ab, aber das Hauptstück derselben: das Haften an der

*) So finden sich z. B. in Kunze Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft Leipzig. 1856 S. 74 fl. einige Anklänge an Ideen, die ich in §. 41 ausgesprochen habe. Die allgemeine Theorie der Technik (§. 37—41) war bereits im Frühjahr 1856 vor dem Erscheinen jener Schrift gedruckt, und die Quintessenz derselben hatte ich schon in dem Einleitungsaufsatz zu den von Gerber und mir herausgegebenen Jahrbüchern gegeben.

Neuheitlichkeit, ist wenigstens innerlich und äußerlich abgeschlossen. Was mir jetzt noch bleibt, ist vor allem die Schilderung der analytischen Methode der ältern Jurisprudenz. Wann der dritte Band erscheinen wird, darüber will ich, gewißt durch meine bisherigen Erfahrungen, keinerlei Zusicherung ertheilen. Je länger ich an meinem Werke arbeite, desto mehr überzeuge ich mich, daß die Ergiebigkeit eines Stoffs und die Länge der Zeit, die er mich mutmaßlich in Anspruch nehmen wird, sich im Vor- aus gar nicht berechnen lassen. Die Ausarbeitung für den Druck hat mir fast immer an einem Gegenstand, der mich seit Jahren beschäftigt hatte, die eine oder andere neue Seite und zugleich Schwierigkeiten erschlossen, die ich früher kaum geahnt hatte. Ein solches Thema, wie das meinige, läßt sich nie erschöpfen, und hätte ich nicht in richtiger Erkenntniß davon mir zum Grundsatz gemacht, einen fertig gewordenen Paragraphen sofort in die Druckerei zu senden, ich würde auch bei aller Arbeit nie mit demselben fertig geworden sein. Ich habe in der Vorrede zum ersten Bande den „Geist des Römischen Rechts“ als meinen Quälgeist bezeichnet. Hinter der burlesken Form steckte mehr Ernst, als Manche dahinter finden mögen. Ich glaube, daß es keine wissenschaftliche Aufgabe gibt, die demjenigen, der es ernst mit ihr meint, mehr Qualen bereitet, ihn mehr aufreibt und an ihm zehrt, als eine derartige, wie es die meinige ist, d. h. eine Aufgabe geschichtsphilosophischer Art. Ich meine nicht etwa die Schwierigkeiten der Abstraction, nicht jenes unbehagliche, demüthigende Gefühl, das sie hinterlassen, auch bei angestrengtester Arbeit nie ihrer Herr geworden zu sein, stets etwas in der Sache zurücklassen zu müssen, das man ahnt, aber nicht finden kann. Ich meine etwas anderes. Einmal zunächst die Gefahr des Abweges zur Oberflächlichkeit, Seichtigkeit, geistreichen Nichtssagerei. Sie liegt nicht etwa in dem Subject, sondern in der Aufgabe selbst. Sie ist es, die gründlichen und vorsichtigen NATUREN so häufig

eine Abneigung gegen die Aufgabe selbst einflößt und sie mit gerechtem Mißtrauen gegen die von keckeren Naturen unternommenen Lösungsversuche erfüllt. Und in der That! es sind nicht immer die Besten, welche sich ihr zuwenden. Welche Schaar hat sich unter dem Banner versammelt, das ich angeblich zuerst aufgesteckt haben soll, welche Phrasen, welche Seifenblasen, welche schiefen, in ihrer eignen Unwahrheit und Absurdität sich vernichtenden Anschauungen und Offenbarungen hat man uns aufgetischt! Auf diesem Felde glaubte man am mühelohesten Vorbeern erringen zu können, zu ärndten, wo Andere gearbeitet, ihren auf dem Wege mühsamer Forschung gewonnenen Resultaten nur eine bunte Jacke anziehen zu brauchen, um sie zu den seinigen zu machen. Jene Vorbeern sind aber schnell verwelkt, und soweit die meinigen in ähnlicher Weise erworben sind, wünsche ich das-selbe auch von ihnen. Ich darf von mir behaupten, daß mich nicht die Flucht vor ernster Arbeit jener Aufgabe in die Arme geführt hat; ich habe in ihr mehr Arbeit erwartet und gefunden, als mir irgend ein concreterer Stoff in Aussicht gestellt hätte. Eben darum aber ist mir der Unfug, den man mit der Sache getrieben, die Frivolität und Seichtigkeit, die dabei zu Tage getreten, in innerster Seele verhaft, und schon lange suchte ich nach der Gelegenheit, die mir jetzt erst zu Theil wird, meinem Urtheil einen öffentlichen Ausdruck zu geben. Ich fürchte nicht, daß ich mir damit selbst das Urtheil spreche. Dass nicht auch ich der Versuchung des Construiren und gewagten Combinirens öfters unterlegen sein sollte, wie könnte ich es mir verhehlen? Gehe Einer hin und versuche es —, ob er frei davon bleibt! Aber wessen ich mir bewußt bin und wessen ich leider gezwungen bin mich zu rühmen, ist die Liebe zu meiner Aufgabe und der Fleiß und Ernst, die einmal die untrennabaren Begleiter der Liebe sind. In diesem Bewußtsein fühle ich mich stark genug, das Urtheil über mich heraus zu fordern und auf Schonung zu verzichten. Aber

andererseits erhebe ich auch den Anspruch, mich nach mir selbst zu beurtheilen und mir nicht Verirrungen Anderer zur Last zu legen, über die mein Urtheil nicht anders lautet als das aller Verständigen.

Daß ich an meinen Richter den Anspruch erhebe, mein Buch zu lesen, könnte als ein Hohn klingen. Leider hat es seinen triftigen Grund. Ob der bloße Titel meines Buchs in den Augen Mancher schon ausreichend ist, um ihm ungelesen das Verdammungsurtheil zu sprechen? — kurzum Walter in Bonn hat sich nicht entblödet dies über sich zu gewinnen. Sein Durchzug durch sämmtliche Disciplinen der Jurisprudenz führte ihn auch auf die Encyclopädie, und wir verdanken dieser Gelegenheit das lehrreiche und erbauliche Schauspiel, einen Mann, der auf concret historischem Gebiet sich immer mit Geschick und Vorsicht bewegt hat, auf dem philosophischen Seile mit der Balancirstange in der Hand sich abmühen zu sehen. Neben den sonstigen auf ein philosophisch unmündiges Publicum berechneten Productionen ergeht er sich auch über die Philosophie des positiven Rechts (§. 48) und gibt bei dieser Gelegenheit verschiedene „Cautelen“, wie Thomasius sie nennen würde, zur „umsichtigen und fürtrefflichen Herstellung“ einer solchen. Die dritte lautet dahin, daß man sich „bei der Charakteristik dessen, was man den Geist eines Rechts nennt, vor einer zu vagen Allgemeinheit hüten müsse. Das Recht eines Volks sei, wie das Volk selbst, aus so vielen geistigen Elementen zusammengesetzt, es herrsche so sehr in den Instituten bald das eine, bald das andere Element vor, daß ein für alle gelten sollender Charakterzug, zumal wenn noch die Färbung einer philosophischen Schule hinzukomme, nur zu leicht auf unwahre und unfruchtbare Redensarten hinauslaufe.“ In der Note wird neben Anderen dann auch mir die Ehre zu Theil als abschreckendes Beispiel zu figuriren, und zwar soll ich als Charakter des römischen Rechts die Subjectivität, als die des deutschen

die Objectivität hingestellt haben, während Schmidt (Unterschied zwischen dem röm. u. german. Recht) denselben gerade entgegen gesetzt bestimme. Daß der letztere Schriftsteller mit aller seiner Mühe, die er sich gegeben, dem deutschen Recht die Objectivität, dem römischen die Subjectivität zu vindiciren — eine Formel, die sich in jedem Paragraphen des Buchs wiederholt — so wenig ausgerichtet hat, daß gerade er sich als Zeugen für das Gegenheil aufführen lassen muß, — nun, das würde in Betracht kommen, wenn es sich fragte, ob Walter, ich will nicht sagen, daß Schmidtsche Buch gelesen, sondern nur einen Blick hineingethan habe. Für mich handelt es sich nur um mein Buch. Und darüber fordere ich jeden Leser zum Richter auf. Wo habe ich den Versuch gemacht, den principiellen Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht zu bestimmen oder gar auf die mir untergelegte Formel (die Schmidtsche, gegen die ich Bd. 2 S. 125 selbst Protest erhoben habe) zurückzuführen? Wo habe ich von einer Objectivität des deutschen Rechts gesprochen? wo das römische über den kahlen und dürren Leisten der Subjectivität geschlagen? Ich meine, mein ganzes Buch liefert den schlagenden Gegenbeweis gegen die Möglichkeit, den Charakter eines Rechts auf eine Formel zurückzuführen. Doch, warum soll ich mich über Walter beklagen? Wie könnte ich mehr verlangen, als die alten Schriftsteller, deren Citate nicht selten falsch, also ungelesen aus der Zimmerschen Rechtsgeschichte in die Waltersche über gegangen sind? Nur den Rath will ich diesem Gelehrten nicht vorenthalten: will er wiederum über Bücher urtheilen, ohne sie gelesen zu haben, so verdecke er es durch das, was mir in seinen Augen zum Schaden gereicht haben soll: „vage Allgemeinheit.“

In der Vorrede zu seiner römischen Rechtsgeschichte hat Rudorff Neußerungen gethan, die auch auf mich bezogen worden sind. Er spricht hier von einer neuern Richtung, die sich durch ihre „exclusive Verfolgung der allgemeinsten Rechtsan-

schauungen, bedenkliche Unterschätzung treuer Erforschung auch des scheinbar Geringfügigen, Versuche neuer Methoden und durch eine der niedern Naturwissenschaft entlehnte Terminologie" charakteristire. In der Verdammung dieser Richtung stimme ich ganz mit ihm überein, um so mehr aber habe ich Anlaß dagegen zu protestiren, daß man mich ihr zuzähle.

Meine Ansicht über allgemeine Gesichtspunkte kann ich mit einem Worte wiedergeben: ich betrachte sie als Schlüssel zum Verständniß des Einzelnen. Für den, der sich nicht im Besitz des Einzelnen befindet, ist der Schlüssel ohne allen Werth, und ich könnte mir nichts Verkehrteres denken, als den akademischen Vortrag der Rechtsgeschichte statt auf die Erlernung des Einzelnen auf allgemeine Gesichtspunkte zu stellen. Es hieße die studierende Jugend systematisch zur Oberflächlichkeit und Ungründlichkeit zu erziehen, ihr anstatt eines wirklichen Besitzthums Nachschlüssel in die Hände zu geben, abstracte Dieteriche, mit denen sie mehr verdröhnen als öffnen würden.

Also: der Werth der allgemeinen Gesichtspunkte bestimmt sich sowohl für den Einzelnen als die Wissenschaft nach dem Concreten, das sie erschließen. Wie nun, wenn man sich so in die Arbeit theilte, daß der Eine das Concrete, der Andere das Abstracte zu liefern übernähme? In der That scheinen Manche mich in den Ruf bringen zu wollen, als hätte ich es auf eine solche Theilung der Arbeit abgesehen, und als ob ich von der Höhe des „Geistes“ mit einem gewissen Mitleiden auf die mit der treuen Erforschung des Einzelnen beschäftigten Arbeiter herabsähe. Mit Worten dagegen zu protestiren, wäre vergeblich, ich hoffe durch die That jenen Vorwurf mehr und mehr verstummen zu machen. Ich unterstelle die gegenwärtige Abtheilung ganz und gar der Kritik vom Standpunkt des Concreten. Möge man also bei der Beurtheilung derselben gerade das, woran für mich der Schweiß jahrelangen Ringens klebt: die Auffindung, Verfolgung und

plastische Gestaltung des Allgemeinen ganz außer Anschlag lassen, mich lediglich messen und wiegen nach den Einzelheiten, die ich selbst zuerst in den Quellen entdeckt oder in den rechten Zusammenhang und dadurch zu ihrem Verständniß gebracht habe — in meinen eignen Augen hat dies zwar nur einen untergeordneten Werth, aber gegenüber denen, die sich mir gegenüber mit derartigen Leistungen zu brüsten gedenken, will ich es getrost in die Wagschale werfen und mir ganz und gar das Maß gefallen lassen, mit dem sie gemessen sein wollen, ohne meinerseits zu verlangen, daß sie sich ihrerseits auch einmal in einem Maße unterwerfen sollen.

Der Wunsch, meinen Gegnern diesen bequemen Einwand gegen ein ihnen unbequemes Buch aus den Händen zu nehmen, ist auf die Ausarbeitung der vorliegenden, wie bereits der vorhergehenden Abtheilung nicht ohne Einfluß geblieben. Ich habe nämlich bei beiden des Stofflichen lieber eher zu viel als zu wenig gethan, und einen Theil der Schuld an dem Anschwellen meines Werkes mögen diejenigen tragen, welche mich zu diesem Alt der literarischen Selbsterhaltung genöthigt haben.

Mich gegen den „Versuch einer neuen Methode“ zu rechtfertigen, kann mir so wenig in den Sinn kommen, daß ich umgekehrt diesen Vorwurf mit Freuden acceptire. Darauf ist allerdings mein Buch berechnet, die bisher ausschließlich herrschende Methode in der Darstellung der römischen Rechtsgeschichte zu verlassen, um eine andere daneben zur Geltung zu bringen. Nicht aber sie zur ausschließlichen zu machen. Ich selbst würde, wenn ich römische Rechtsgeschichte zu lesen hätte, die meinige für ungeeignet halten, aus demselben Grunde, aus dem eine Vorlesung über Philosophie der Geschichte die historischen Vorträge nicht ersetzen kann. Aber etwas anderes ist es, die Methode zum Zweck der Forschung und literarischen Darstellung zu verwenden, und daß sie nach dieser Seite hin vollkommen

berechtigt ist, darüber warte ich ohne Bangen das Urtheil der Zeit ab.

Die „Terminologie der niederen Naturwissenschaft für die höhere Jurisprudenz“ verwandt zu haben — von diesem Vorwurf kann ich mich allerdings nicht los sprechen. Aber daß ich sie mit der „durch ihre Festigkeit und Eigenthümlichkeit unschätzbaren Rechtssprache vertraut hätte“, damit hat es doch eine etwas andere Bewandtniß. Wer alte Begriffe statt mit alten Ausdrücken mit neuen, selbstfabricirten bezeichnet, ist ein Narr, und die Welt nimmt von seinen Umtaufungsversuchen keine Notiz. In einer andern Lage aber befindet sich der, welcher neue Begriffe und Anschauungen vorzutragen hat, bestände das Neue auch nur darin, daß er etwas bereits Vorhandenes auf eine bestimmte einzelne Wissenschaft überträgt. Will er sich nicht bloß auf einige wenige Fachgenossen beschränken, will er zu einem größeren Publikum sprechen und namentlich, wie ich, auch Studierenden und Laien verständlich werden, so ist er gezwungen, für seine Ideen nach Anknüpfungspunkten zu suchen, über die ein Feder gebietet, Bilder und Vergleiche zu benutzen u. s. w. Wo fänden sich diese Anknüpfungspunkte an das sinnliche Denken in dem Maße als in der Natur und mithin die zu recipirenden Ausdrücke in dem Maße als in der Naturwissenschaft? Ein Anderer, der mit lauter gegebenen Begriffen operirt, hat leicht zu meistern: mach's wie ich, gebrauche nur abstracte Ausdrücke. Nach funfzig Jahren, wenn jene Anschauungen erst Gemeingut geworden und allseitig geprüft, berichtigt und ausgetragen sind, kann ich's auch; wenn ich's aber jetzt versuchen wollte, würden die meisten meiner Leser mein Buch als ein abstrusus in die Ecke werfen.

Dies führt mich auf einen andern Punkt hinsichtlich der Darstellung, der mir viele Schwierigkeiten verursacht und das raschere Fortarbeiten ungemein erschwert hat. Ich meine die richtige Verbindung des abstracten mit dem concret historischen

Element. Wenn irgendwo die Darstellung sich wie auf schmaler Linie zwischen zwei Extremen zu bewegen hat, so ist dies bei einer Aufgabe wie der meinigen der Fall. Das Abstracte ohne starke, stoffliche Füllung ist ermüdend, trocken und bei den meisten Lesern wirkungslos. Also als Gegengewicht ein bedeutendes stoffliches Element. Aber eben damit beginnt die Gefahr des Zuviel und Zuwenig, das auf den rein subjectiven Takt gestellte Abmessen des richtigen Gleichgewichts: eine Klappe, die für einen Schriftsteller, welcher einen concreten Stoff vor sich hat, gar nicht existirt. Ob man die allgemeinen Ideen, zunächst mit einzelnen Beispielen untermischt, vorausschicken, ob man sie in die Darstellung des Concreten verweben oder erst durch die unbefangene concrete Darstellung Grund und Boden für die abstracte Betrachtung gewinnen soll, ob man das historische Material seinem ganzen Umfang nach mittheilen oder als bekannt voraussetzen oder nur wie im Vorübergehen an die wesentlichen Punkte erinnern soll — das sind lauter Fragen, die sich mir fast bei jedem neuen Gegenstand wiederholt haben und bei jedem in individueller Weise zu lösen waren. Ob die Lösung immer die richtige gewesen, darüber will ich mit Niemanden rechten. Dem Einen mag ich des Allgemeinen, dem Andern des Concreten zu viel gethan haben. Darüber gibt es keinen objectiven Maßstab. Ich bitte nur zu berücksichtigen, daß es mir nach meiner Erklärung in der Einleitung meines Werks (B. 1 S. 11) nicht bloß auf das römische Recht ankommt, sondern zugleich darauf, an und in dem römischen Recht das Wesen des Rechts überhaupt zur Aufschauung zu bringen. Wer liest heutzutage noch Untersuchungen über das Wesen des Rechts? Wer sie feil hat, darf sie daher dem Publicum nicht in dieser Gestalt vorführen, sondern in und an einem concreten Stoff. Meiner festen Ueberzeugung nach gereicht dies ihnen selbst zu hohem Nutzen. Die Rechtsphilosophie würde ihren Kredit nicht in dem Maße eingebüßt haben, wie sie es leider heutzutage hat,

wenn sie sich das Element des Historischen und Concreten nicht zu sehr hätte abhanden kommen lassen. Ihre Zukunft liegt m. E. in einer energischeren Wiederaufnahme desselben, in einer auf dem Wege der Analyse und Vergleichung des Einzelnen zu gewinnenden Naturlehre des Rechts. Dazu Beiträge zu liefern, ist der ausgesprochene Zweck meines Buchs, und von der vorliegenden Abtheilung bitte ich namentlich die allgemeine Theorie der Technik und des Formalismus aus diesem Gesichtspunkt zu beurtheilen.

Meiner oratio pro domo habe ich noch einen Punkt hinzuzusezen. Zu den Vorwürfen, die mir gemacht sind, gehört namentlich auch der der Verwegenheit im Combiniren und der Aufstellung von Hypothesen. Ich nehme ihn hin. Aber ich gebe ihn auch zurück. Ich bin nicht Zöllner genug, um dem Pharisäer gegenüber an meine Brust zu schlagen und zu sagen: Gott sei mir Sünder gnädig. Daß ein Werk, wie das meinige, seiner ganzen Bestimmung und Anlage nach mehr Anlaß zu Hypothesen und Combinationen gibt, als eine auf einen einzelnen Punkt sich beschränkende rechtshistorische Abhandlung oder ein Compendium der Rechtsgeschichte, liegt auf der Hand. Immerhin möge man nun über manche derselben den Stab brechen, aber ich verlange in dieser Beziehung nicht anders behandelt zu sein als jeder Andere. Oder bin ich etwa der, der zuerst die Sünde in die Welt gebracht hat? Das Gedächtniß Mancher scheint sehr kurz zu sein, und ich will es etwas auffrischen. Ich rede nicht von Leuten, wie Gans und dem verstorbenen J. Christiansen, sondern ich will meine Mitschuldigen aus der Zahl derer greifen, die sich „den neuern Zeitrichtungen gegenüber auf dem Boden soliden Erkenntniss und Fortarbeitens wissen.“

Der Schriftsteller, dem ich diese letzteren Worte entnehme, Rudorff, belehrt uns in seinen grammatischen Institutionen (Schriften der römischen Feldmesser von Blume, Lachmann und

Rudorff B. 2 S. 303), daß das ältere Recht keine Veräußerung der Grundstücke kannte. Als Gründe figuriren 1) der Ausdruck: heredium, nebst der ihm von Barro hinzugefügten Erklärung quod heredem sequeretur und 2) der angebliche gänzliche Mangel einer Veräußerungsform. Die mancipatio soll nämlich ursprünglich nur bei beweglichen Sachen gegolten und erst unter dem Einfluß der mobilisirenden Tendenz von dem Verkehr auf die unbeweglichen übertragen, diese „Praxis“ aber sodann von den XII Tafeln sanctionirt worden sein.

Nun, wenn der „Boden des soliden Erfennens“ solche Früchte trägt, so können auch die meinigen auf ihm gewachsen sein! Fassen wir die äußere Beglaubigung jener in Form einer historischen Thatsache vorgetragenen Hypothese, so hängt sie mit ihrem ganzen Gewicht an einem einzigen Nagel: dem Wort heredium. Und ich denke, es ist ein recht schwacher. Denn der Gegensatz, den heredium involvirt, braucht nicht zu sein der zwischen unveräußerlichem und veräußerlichem Eigenthum, sondern er kann auch sein der zwischen Privateigenthum und Gemeindeland, heredium und ager publicus. Der letztere Gegensatz ist historisch beglaubigt, von dem ersten wissen wir nichts. Dem lateinischen heredium entspricht das deutsche „Erbeigen“. Würde ein Germanist sich noch auf dem Boden solider Forschung wissen, wenn er ohne weitere positive Anhaltspunkte bloß auf dies eine Wort hin sich eine Geschichte des deutschen Eigenthums construirte, die mit dem historisch allein erkennbaren Zustand in grellem Widerspruch stände?

An Jeden, der eine Hypothese aufstellt, darf man die Anforderung erheben, daß er sich ihres Zusammenhangs mit dem ganzen System, dem sie angehört, ihres Eingreifens in connexe Gebiete, ihrer Postulate u. s. w. bewußt sei. Ob jener Schriftsteller diese Anforderung erfüllt hat? Ich möchte es sehr bezweifeln. War die Veräußerung des Grundeigenthums unmöglich, so war

es auch die Bestellung von Servituten, da sie bekanntlich unter den Gesichtspunkt der Veräußerung fällt. Oder war letztere vielleicht möglich unter Zustimmung der nächsten Anwärter? Dann hätte auch jene es sein, und es hätte folglich auch zu diesem Zweck eine Veräußerungsform geben müssen. War aber für den einen wie den anderen Fall die Einwilligung der Agnaten wirkungslos, nun dann haben, seitdem angeblich Romulus die heredia vertheilt, Jahrhunderte lang keine andern Servituten existiren können, als die bei dieser Gelegenheit auferlegt worden waren. Oder hätten sie durch Usucaption entstehen können? Dann hätte letztere auch beim Eigenthum Platz greifen müssen. Mit dem Erbrecht kommt diese Hypothese ebenfalls etwas ins Gedränge. Wo bleibt die „Stammgutseigenschaft dieser Güter“, wenn man sie durch Legat oder Erbeseinsetzung einem andern als dem nächsten Blutsverwandten zuwenden konnte? Oder gab es, bevor die XII Tafeln die Veräußerlichkeit des Grundeigenthums zum Gesetz erhoben, noch keine Testamente?!

Wenn der Verfasser in derselben Abhandlung (S. 428 dagegen) den uns bisher wohl bekannten römischen arbiter in einen deutschen „Gangrichter“ verwandelt, so kann sich mein testis (B. 1 S. 136) (dessen ethmologische Ableitung ich übrigens gern zurücknehme, um die von Lange vorgeschlagene von stare anzunehmen) desselben nur freuen; er braucht sich vor diesem arbiter wahrlich nicht zu schämen!

Wollte ich gar der rechtshistorischen Phantasie Huschke's folgen, welche reiche Ausbeute würde sie mir gewähren, selbst bevor sie sich zur Schöpfung eines eignen, später untergegangenen Thieres, des Bovigus, steigerte! Ich denke, es wird genügen, wenn ich seinen vom Staat angestellten Getreidemesser (Nexum S. 100) herausgreife, unter dessen Beistand in grauer Vorzeit die Getreidegeschäfte (stipulationes!) abgeschlossen wurden.

Und ist denn das älteste römische Recht, wie Puchta (Cursus

der Instit. §. 40) es schildert, mit seinem Gegensatz des „quirischen und rannischen Rechtsbewußtseins“, seinem fehlenden Privateigenthum u. s. w. besser als eine der verwegensten meiner Hypothesen? Ich habe absichtlich diese drei Schriftsteller herausgenommen, weil gerade ihnen trotz dieser „kühnen Griffen“ Niemand bestreiten wird, daß sie zu unsren ersten Rechtshistorikern gehören. Wollte ich tiefer hinabsteigen, wie manches stände mir da zu Gebote. Wie vieles wird selbst in unsren Institutionenlehrbüchern als ausgemachte Wahrheit hingestellt, was rein auf Construction beruht. Aus einem der gangbarsten will ich folgende Proben mittheilen. „Das älteste Recht spaltete sich in ein patricisches und plebeisches.“ Es bestand aus „Rechtsgewohnheiten, von denen manche gleich anfangs aus den verschiedenen Gegenden Italiens und von den verschiedenen Volksstämmen, also auch mit einer particularrechtlichen Färbung in den neugebildeten Staat mitgebracht worden sind. Viele aber fanden dort erst ihren Ursprung. — Die vielen ursprünglich zusammengetroffenen particularrechtlichen Elemente gingen allmählig in einem gemeinen römischen Recht unter.“ In der zweiten Periode beginnt derselbe Proceß von neuem. Das römische Recht „vereinfacht sich durch allmähliche Verschmelzung mancher genealogisch oder sonst verschiedenartiger Elemente darin, namentlich des besondern Patricierrechts mit dem Plebeierrecht, zu einem mehr allgemeinen gleichförmigen Recht.“ Um dieselbe Zeit „fühlten die Römer auch, daß ihr bisheriges strenges Princip, wonach alle Peregrinen für ganz rechtlos gelten, sich nicht mehr durchsetzen lasse, seitdem sie mit Peregrinen nicht bloß in feindliche, sondern auch in freundschaftliche Berührungen des Verkehrs und Zusammenlebens gekommen, der peregrinus also nicht mehr als hostis erschien“ — wonach es also bis ins vierte Jahrhundert der Stadt hinein keinen Handel gegeben haben muß. So machten denn die Römer für die Peregrinen das *jus gentium*, und „sehr natürlich war es, daß

ein nicht unbedeutender Theil dieses *jus gentium*, was dem eigentlichen römischen Recht bisher (bis wann?) noch ganz fremd gewesen war, förmlich in dasselbe als integrirender, ergänzender Theil mit aufgenommen wurde. — Daz aber nicht alles *jus gentium* schon damals (wann?) mit in das römische Recht aufgenommen wurde, ist gewiß, vielmehr schied sich das eigentliche Peregrinenrecht noch längere Zeit hindurch scharf davon.“ — Der Senat hatte in dieser Periode eine „anerkannte und entschiedene gesetzgebende Gewalt, ja er entwickelte dieselbe noch früher als das Volk und die Senatsbeschlüsse waren und hießen im weiteren Sinne *leges*.“ Das Bedürfniß der alten Jurisprudenz wird folgendermaßen motivirt. „Es wurde überhaupt jetzt (wann?) seitdem das römische Recht anfang sich in seinem Material zu erweitern, besonders durch die Vereinigung des *jus gentium* mit dem *jus civile* die Nothwendigkeit einer zweckmäßigeren Verarbeitung und Fortbildung dieses letztern durch die prudentes und ihre Interpretation um so lebhafter gefühlt, weil es sonst in Vergleichung mit dem *jus gentium* offenbar zurückgeblieben wäre“, wogegen freilich der bei Gelegenheit des prätorischen Edicts behauptete „immer fühlbarer hervortretende Mangel passender Grundsätze des *jus gentium*“ seltsam contrastirt.

In der Geschichte des Eigenthums erfahren wir auch hier, daß dasselbe „ursprünglich nur an beweglichen Sachen Statt fand, diese Beschränkung jedoch schon ziemlich früh hinwegfiel, ohne daß wir das Genauere davon wissen“, bei den Obligationen, daß „vielleicht schon vorher (d. h. vor den Verbal- und Realcontracten) wenigstens sicher schon sehr früh“, sich der Literalcontract gebildet hatte (an einer andern Stelle „verliert er sich in die ältesten Zeiten“), und daß es „weder möglich, noch sonst passend erschien, jedem der unbenannten Realcontracte und jeder daraus entspringenden Klage einen eignen Namen zu geben.“

In welche Verlegenheit würde der Verfasser gerathen, wenn

er uns für diese Behauptungen, ich will nicht sagen, einen Beweis, sondern nur den allerdürftigsten Anhaltspunkt geben sollte! Und doch tritt hier die Construction nicht etwa auf im Gewande der Vermuthung, der Combination, sondern in dem der ausgemachten historischen Wahrheit.

In der That wer Angesichts solcher Proben den Stein aufheben will, um vorzugsweise mich damit zu werfen, möge zusehen, ob er damit nicht die meisten unserer heutigen Rechtshistoriker und sich selber mit trifft. Dazt trotzdem so Mancher gern den Stein aufhebt, dafür ist die Erklärung schon in der Parabel vom Splitter im fremden und Balken im eignen Auge gegeben. Wenn ich nun die Steine, mit denen man mich hat treffen wollen, zurückgeworfen und unter dem Einfluß der durch den Angriff hervorgerufenen Stimmung gegen diejenigen, welche sich mir gegenüber im Alleinbesitz der correcten historisch-kritischen Methode zu sein rühmen, meiner Kritik und Polemik öfters einen Zusatz von würzender Schärfe gegeben habe, so denke ich, wird mir jeder Bilige diesen Akt literarischer Nothwehr zu gute halten — eine Bemerkung, die sich namentlich mit auf Ad. Schmidt (von Ilmenau) bezieht, der durch seine von mir in keiner Weise provocirten Ausfälle gegen mich die Repressalien, die ich in §. 47 gegen ihn ergriffen, mehr als verdient hat.

Gießen, 1. August 1858.

Inhalt des zweiten Theils.

Zweite Abtheilung.

III. Die juristische Technik des ältern Rechts.

A. Das Wesen der Technik im Allgemeinen.

I. Gegensatz der natürlichen und juristischen Auffassung.

§. 37. Thatsächlichkeit und Nothwendigkeit dieses Gegensatzes — Apologetik der Jurisprudenz — die angebliche Natürlichkeit der Laien-Auffassung — der gesunde Menschenverstand ohne die Erfahrung — der Werth und der Einfluß der Erfahrung — die Jurisprudenz ein Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts. S. 293—306.

II. Theorie der juristischen Technik.

I. Die Aufgabe der Technik und die Mittel zur Lösung im Allgemeinen.

§. 38. Die Verwirklichungsfrage im Recht — die Aufgabe und die Mittel zur Lösung, namentlich die Technik — die beiden technischen Interessen — die Praktikabilität des Rechts. S. 306—317.

II. Die drei Fundamental-Operationen der juristischen Technik.

1. Die juristische Analyse (das Rechtsalphabet).

§. 39. Der einfache Rechtskörper — localisirende und abstracte Rechtsproduktion — historische Erscheinung des Abstracten im Concreten (die Durchbruchspunkte; analoge Ausdehnung) — die Buchstaben des Rechts — Vergleichung des Alphabets des Rechts mit dem der Sprache. S. 317—335.

2. Die logische Concentration.

- §. 40. Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs — das logische Centrum und die Peripherie — innere Erweiterung des Princips in der historischen Form einer Ausnahme. S. 335—340.

3. Die juristische Construction.

- §. 41. Die naturhistorische Anschauungsweise des Rechts — der juristische Körper — allgemeine Schilderung desselben — Gewinnung desselben durch die juristische Construction — die drei Gesetze derselben (positives, logisches, ästhetisches) — technischer Werth der naturhistorischen Methode. S. 340—372.

B. Die Technik des ältern Rechts.

Die Jurisprudenz.

- §. 42. Die Pontifices — die Geheimhaltung des Rechts — das *jus civile* im engern Sinn — der pontifizische Styl — das Ende der pontifizischen Herrschaft. S. 373—404.

Haften des Rechts an der Neuzeitlichkeit.

(Sinnliches Element des ältern Rechts.)

I. Der Materialismus.

- §. 43. Das sinnliche Element auf der innern Seite des Rechts — der materialistische Zuschnitt der Begriffe und Institute. — Das *furtum*, *damnum injuria datum*, der *Irrthum*, *Besitz* und die *Usucaption* — wirthschaftliche und rechtliche Präponderanz der Sache; die Sache die Axe des ältern Verkehrs und der Ausgangspunkt des ganzen Vermögensrechts. S. 405—427.

II. Das Haften am Wort.

- §. 44. Der Gedanke und das Wort — grammatische und logische Interpretation — Verhältniß der alten Jurisprudenz zu diesem Gegensatz — strenge Wortinterpretation der Rechtsgeschäfte — freiere der Gesetze — tendentioses Element derselben. S. 427—455.

III. Der Formalismus.

1. Wesen und praktische Bedeutung desselben.

- §. 45. Begriff des formellen und formlosen Geschäfts — Kritik des Formalismus vom praktischen und ethischen Standpunkt — allgemeine und besondere Vortheile und Nachtheile der Form — wechselndes Verhältniß beider. S. 455—488.

§. 45^a. Die historischen Gründe des Formalismus. Cultur-historische Bedeutung desselben — die Periode der Sinnlichkeit — der Form Sinn — Symbolische und repräsentative Handlungen — die residuären Formen. — Die Form als Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins — die conservative Kraft der Form. S. 488—502.

2. Der Formalismus des ältern Rechts.

§. 46. Extensive Erstreckung der Form — Uebersicht der formellen Geschäfte — die Scheingeschäfte, Begriff, Arten und Behandlung derselben von Seiten der ältern Jurisprudenz — die mancipatio, in jure cessio, stipulatio. S. 503—542.

3. Analyse des römischen Formenwesens.

§. 47. Der Stoff: Zeichen, Handlungen, Worte. — Uebersicht der symbolischen Zeichen und Handlungen des römischen Rechtslebens — die Hand insbesondere. S. 542—558.

§. 47^a. Das Wort — die Formel und das Formular. — Die solennen Ausdrücke und Formeln. — Unabänderlichkeit derselben. — Nothwendigkeit des Sprechens. S. 558—580.

§. 47^b. Die Composition der Formeln ein Zweig der juristischen Kunst. — Die Verbalformen — die juristische Syntax, logische Stellung der einzelnen Gedankenglieder (Grund, Bedingung, Beschränkung, Ausnahme) — das Gesetz der Correspondenz der Form — Correspondenz zwischen der Begründung, Aushebung, Geltendmachung des Rechts. S. 581—612.

§. 47^c. Allgemeine Charakteristik der Legisaktionen. — Das Gesetz der Correspondenz der Form — Citirmethode — äußere Ausdehnung der legis actio. — Praktische Würdigung und historische Bedeutung der Legisaktionen. S. 612—643.

§. 47^d. Raum und Zeit als Elemente der Rechtsformen. S. 643—655.

III. Die juristische Technik des ältern Rechts.

A. Das Wesen der Technik im Allgemeinen.

I. Gegensatz der natürlichen und juristischen Auffassung.

Thatssächlichkeit und Nothwendigkeit dieses Gegensatzes — Apologetik der Jurisprudenz — die angebliche Natürlichkeit der Laien-Auffassung — der gesunde Menschenverstand ohne die Erfahrung — der Werth und der Einfluss der Erfahrung — die Jurisprudenz ein Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts.

Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit. Seneca ep. 120.

XXXVII. In dem vorhergehenden Abschnitt von den Grundtrieben haben wir die höchsten Ziele des älteren Rechts, die Ideale des römischen Rechtsgefühls, zu bestimmen versucht; der gegenwärtige soll uns mit der eigenthümlichen Kunst bekannt machen, die dasselbe zum Zweck der Verwirklichung jener Gedanken in Anwendung gebracht hat. So eng demnach auch der gegenwärtige Abschnitt mit dem vorherigen zusammenhängt, so bezeichnet er dennoch den Uebergang zu einer völlig neuen Seite des Rechts.

Diejenige, mit der wir uns bisher beschäftigten, ließe sich die *ethische* Seite des Rechts, diejenige, der wir uns jetzt zuwenden, die *specifisch juristische* nennen. Dort handelte es sich um Ideen und Anforderungen, die objectiv in der sittlichen Bestimmung des Rechts und subjectiv in dem natürlichen Rechtsgefühl ihren letzten Grund haben, daher dem Laien nicht minder zugänglich und geläufig sind als dem Juristen. Ganz anders von jetzt an. Unsere Darstellung versetzt uns, so zu sagen, auf eine ganz andere Hemisphäre, auf der dem Laien Alles neu und fremdartig,

ja Vieles höchst verwunderlich erscheinen muß, in eine Welt, für die er kein Verständniß, wohl aber umgekehrt gegen sie manche Vorurtheile mitbringt. Wenn ich den Laien dennoch auffordere, mir auf dies Gebiet der eigentlichen Jurisprudenz zu folgen, so verhehle ich mir keineswegs das Gewagte und die großen Schwierigkeiten der Aufgabe, die ich damit übernehme. Aber ich halte dieselben weder für unüberwindlich, noch fürchte ich, durch eine Berücksichtigung der Bedürfnisse des Laien das Interesse des juristischen Lesers in bedenklicher Weise auf die Probe zu stellen.

Der Punkt, an dem jeder Laien sich seines Laienthums bewußt werden muß, und auf dessen Erläuterung ich mithin mein Hauptaugenmerk richten werde, ist die juristische Methode. Dem Juristen sollte billigerweise nichts bekannter sein als sie, denn gerade sie ist es, die ihn zum Juristen macht. Und doch ist es nicht zu viel behauptet, daß ein eigentliches Bewußtsein über sie den meisten Juristen völlig fehlt, und daß unsere Wissenschaft alle anderen Gesetze besser kennt, als die Gesetze ihrer selbst. Aus und in der Anwendung ist die juristische Methode uns sehr wohl bekannt, aber sie ist uns eben mehr eine Sache des Gefühls und der Uebung als des Bewußtseins. Sollten wir angeben, worin das Wesen derselben liege, wie die Weise, in der der Jurist die Rechtsverhältnisse beurtheilt, sich von der des Laien unterscheide, was die Aufgaben, Mittel und Grundgesetze der juristischen Methode seien — die Antwort würde unendlich dürtig ausfallen und schwerlich über die recipirte Phrase eines „Rechnens mit Begriffen“ hinausreichen. So war es in Rom, so ist es noch heutzutage — ein neuer Beleg für die alte Wahrheit, daß die richtige Ausübung und selbst die höchste Blüthe einer Kunst nicht bedingt ist durch eine wissenschaftliche Erkenntniß ihrer Gesetze und ihres Wesens.

Wenn ich nun, bevor ich auf die römische Technik eingehe, jenem Mangel, so weit dies bei einem ersten Versuch möglich ist, abzuholzen, also das Wesen und die Grundgesetze der juristischen Technik im Allgemeinen zu bestimmen versuchen

werde, so bitte ich nicht außer Acht zu lassen, daß diese Ausführung nur den Zweck hat, das Verständniß der Technik des älteren römischen Rechts vorzubereiten, daß man also darin nichts suchen möge, was ich an dieser Stelle, ohne meinen Zweck aus dem Auge zu verlieren, nicht geben kann. An der gegenwärtigen Stelle würden Ausführungen über den Beruf der Jurisprudenz, die durch die Entwicklungsstufe des älteren römischen Rechts nicht geboten sind, verfrüht und ungehörig sein. Die spätere Entwicklung der römischen Jurisprudenz wird mir hinlängliche Gelegenheit geben, das Fehlende nachzuholen und dem Leser eine Anschauung von der vielseitigen Wirksamkeit einer ausgebildeten Jurisprudenz zu gewähren. Hier handelt es sich zunächst nur um den Elementarunterricht in der juristischen Kunst; denn die Kunst selbst beginnt historisch überall mit den Elementen.

Die Theorie der Technik, die ich im Folgenden aufstellen werde, ist zwar einer Betrachtung des römischen Rechts entnommen, allein sie macht nichts desto weniger auf allgemeine Wahrheit Anspruch. Wie den Erscheinungen, an denen uns der vorige Abschnitt vorüberführte, bei aller national-römischen Form, welche die Sache hier angenommen hatte, dennoch Motive von allgemeiner Wahrheit zu Grunde lagen, d. h. Aufgaben, an deren Lösung jedes Recht sich zu versuchen hat, so auch hier. Denn nicht bloß ist die Aufgabe selbst, um die es sich hier handelt, eine absolut nothwendige, ein mit den letzten Zwecken des Rechts selbst gesetztes Problem, sondern es muß auch die Art ihrer Lösung in Rom trotz aller römischen Form im Wesentlichen als die absolut richtige, als die einzige denkbare bezeichnet werden. Mit derselben apodiktischen Gewißheit, mit der man behaupten kann, daß die Grundsätze der mathematischen Methode für alle Zeiten unveränderlich dieselben bleiben werden, läßt sich ein Gleichtes für die der juristischen Methode behaupten. Der Weg, den das ältere römische Recht hier eingeschlagen, ist der einer jeden Jurisprudenz; er ist so wenig ein römischer, wie der, den Euclid und Archimedes in der Mathematik verfolgt haben, ein griechischer.

Hätten nicht die Römer ihn entdeckt oder richtiger uns ihn gegeben, so würde ein anderes Volk es gethan haben, denn jedes Recht wird mit Nothwendigkeit in ihn hineingetrieben. Die Ansätze zur juristischen Methode finden sich überall, und der Ruhm der Römer besteht nur darin, daß sie es nicht bei bloßen Ansätzen haben bewenden lassen. Die juristische Methode ist nicht etwas von außen ins Recht Hineingetragenes, sondern die mit innerer Nothwendigkeit durch das Recht selbst gesetzte einzige Art und Weise einer sicherer praktischen Beherrschung des Rechts. Das Historische dabei ist nicht sie selbst, sondern das Geschick und Talent, mit dem sie von diesem oder jenem Volk gehandhabt wird.

Es ist eine bekannte sich überall wiederholende Erscheinung, daß das Recht, wenn es eine gewisse Bildungsstufe erreicht, sich der Kenntniß der Masse mehr und mehr entzieht und Gegenstand eines besonderen Studiums wird. Nicht gerade eines gelehrtten oder Schulunterrichts, sondern das Wesentliche ist, daß die nöthige Vertrautheit mit dem Recht, die früher einem Jeden mühelos zufiel, jetzt eine besondere Aufmerksamkeit, Absicht, Anstrengung voraussetzt, und da nicht ein Jeder diese Arbeit daran setzen kann, daß sich rücksichtlich der Rechtskenntniß mehr und mehr ein Gegensatz ausbildet, den wir in seiner schließlichen Gestalt als Gegensatz des Juristen und Laien bezeichnen. Das historische Auftreten des Juristen befundet die Thatsache, daß das Recht die Periode der Kindheit und der naiven Existenz zurückgelegt hat; der Jurist ist der unvermeidliche Herald dieses Wendepunktes im Leben des Rechts. Aber nicht der Jurist ruft den Wendepunkt, sondern der Wendepunkt den Juristen hervor; — der Laius tritt nicht zurück, weil der Jurist ihn verdrängt, sondern der Jurist tritt auf, weil der Laius ihn nicht mehr entbehren kann. Man hat diesen Entwicklungsprozeß und die damit verbundene Entfremdung des

Rechts vom Laienbewußtsein als eine beklagenswerthe Thatsache angesehen, und die Geschichte der Wissenschaft wie der Gesetzgebung berichtet von manchen Versuchen, die Kluft zwischen Juristen und Laien auszufüllen oder letzterem wenigstens eine bequeme Brücke in die Jurisprudenz zu schlagen. Ein eitles Bemühen, eine ohnmächtige Auflehnung gegen die Geschichte! Denn jene Thatsache, die man ungeschehen machen möchte, ist nichts anderes als die Verwirklichung eines allgemeinen Culturgesetzes auf dem Gebiete des Rechts: des Gesetzes der Theilung der Arbeit, und so machtlos und widersinnig ein Widerstand gegen dies Gesetz anderwärts sein würde, ebenso wird er es jeder Zeit auch hier sein.

Der Grund, der dem Laien bei einem ausgebildeten Recht die Kenntniß und Anwendung desselben unmöglich macht, liegt weniger in dem, worin der Laius geneigt sein wird ihn zu finden, in der Massenhaftigkeit als vielmehr in der Art des Stoffs, in der eigenthümlichen Schwierigkeit seiner Auffassung und Handhabung. Das Recht, das dem Laien nur als eine Masse von Gesetzen erscheint, ist in der That etwas ganz Anderes, ein unendlich Höheres (S. B. 1. S. 36—43). Gesetze kann der Laius so gut auswendig lernen als der Jurist, und wenn sie gerade Verhältnisse betreffen, die ihm geläufig sind, mag er sie auch zur Noth anwenden können. Aber um das Recht zu verstehen und anzuwenden, dazu reicht der einfache Verstand und der natürliche Sinn nicht aus, dazu bedarf es vielmehr zweierlei, nämlich erstens eines nur durch vieljährige Anstrengung und Uebung zu gewinnenden eigenthümlichen Auffassungsvermögens, einer besonderen Fertigkeit des abstracten Denkens, und zweitens einer besonderen Geschicklichkeit im Operiren mit Rechtsbegriffen — namentlich der juristischen Diagnose. Beides zusammen begreifen wir unter dem Ausdruck der juristischen Bildung. Sie ist es, die den Juristen vom Laien unterscheidet, nicht die Masse der Kenntnisse, sie ist es, die den Werth des Juristen bestimmt, nicht das Maß der Gelehrsamkeit. Darum kann

Jemand bei mäßigem Wissen ein ausgezeichneter, und bei großem Wissen ein schlechter Jurist sein. Keine im Uebrigen noch so werthvolle Beschäftigung mit dem Recht, wie die rechtsphilosophische und rechtshistorische, kann für sie Erfolg gewähren, ja so hoch ich ein Wissen der letzteren Art stelle, als juristisches lässt es sich nicht bezeichnen. ^{472a)}

Die juristische Bildung wird zwar erworben an einem einzelnen positiven Recht, allein sie ist darum nicht an letzteres gebunden, steht und fällt nicht mit ihm. Wäre dies der Fall, so müßte der Jurist zittern bei dem Gedanken, daß das bisherige Recht und damit seine eigene Brauchbarkeit als Jurist aufgehoben würde. Allein in dem bestimmten einzelnen Recht lernt er zugleich das Recht kennen, so wie Jemand, der eine Sprache wissenschaftlich studirt, zugleich das Wesen, die Gesetze u. s. w. der Sprache. Neben seinem rein positiven Wissen, der Kenntniß dieses Rechts, besitzt er also noch ein höheres, allgemeineres Gut, das nicht an die Scholle gebunden ist, das keine Rechts- und Orts-Veränderung ihm entziehen kann, und gerade dieser Besitz ist die eigentliche Blüthe, die edelste Frucht eines dem Recht gewidmeten Lebens. Die juristische Bildung ragt über das Landesrecht

472a) Hegel Rechtsphil. §. 215 meint: „Der Juristenstand, der die besondere Kenntniß der Gesetze hat, hält dies oft für sein Monopol, und wer nicht vom Metier ist, soll nicht mitsprechen. Aber so wenig Jemand Schuhmacher zu sein braucht, um zu wissen, ob ihm die Schuhe passen, ebenso wenig braucht er überhaupt zum Handwerk zu gehören, um über Gegenstände, die von allgemeinem Interesse sind, Kenntniß zu haben.“ Ein Urtheil darüber, ob die Schuhe passen, wird Niemand dem, der sie tragen soll, absprechen, aber ein ganz anderes Ding ist es, ob der Schuster sich von ihm sagen lassen soll, wie er sie zu machen hat. Von Hegel, Stahl, Tredelenburg habe ich in einer gewissen Richtung mehr gelernt, als aus einer großen Menge rein juristischer Schriften, aber die Technik des Rechts muß der Philosoph vom Fach, wenn er nicht in wichtigen Dingen völlig daneben greifen will, von dem Juristen vom Fach lernen, oder richtiger gesagt sich in Bezug auf sein Urtheil dem des Juristen unterordnen, denn ein wirkliches Urtheil ist hier nur auf dem Wege der Anwendung und Erfahrung zu gewinnen.

weit hinaus, in ihr begegnen sich wie auf einem gegen die Nationalität neutralen Boden die Juristen aller Zonen und Zungen. Die Gegenstände ihrer Kenntnisse, die Einrichtungen und Rechte der einzelnen Länder sind verschieden, aber die Art, sie zu betrachten und aufzufassen, ist dieselbe — die wahren Juristen aller Orten und Zeiten reden dieselbe Sprache. Die Juristen verstehen sich unter einander, aber der Jurist und Laius, auch wenn sie über ihr einheimisches Recht mit einander reden, vermögen sich unter Umständen kaum zu verständigen. Die Kluft zwischen dem gebildetsten Laien und einem Juristen der Gegenwart ist ungleich größer, als sie es zwischen einem Juristen des alten Rom und einem englischen, der nie etwas vom römischen Recht gehört hat, sein würde. Die englische Jurisprudenz athmet bei all' ihrer Unbekanntheit mit der römischen fast denselben Geist, wie die altrömische. Dieselbe Handhabung der Form, dieselbe Pedanterie, dieselben Umwege und Scheingeschäfte; selbst die Fictionen fehlen nicht. Für diese freilich etwas schwefällige und barocke Art der juristischen Technik [den juristischen Rococostyl] fehlt dem Laien das Verständniß in dem Maße, daß sie ihm kaum etwas anderes als ein Lächeln abnöthigen wird. Aber auch ganz abgesehen von diesen, einer niederen Entwicklungsstufe angehörigen Formen der juristischen Technik wird letztere selbst in ihrer vollendeten Gestalt, in der Reinheit des classischen Styls, dem Laien vielfach ein Räthsel und ein Stein des Anstoßes sein. Daß der Jurist da, wo der Laius nur einen Akt bemerkt, deren zwei annimmt,⁴⁷³⁾ oder da, wo Jener überall keinen Akt wahrnimmt,

473) z. B. wenn der Schuldner im Auftrage des Gläubigers an eine dritte Person zahlt, einmal eine Zahlung des Schuldners an den Gläubiger und so dann ein Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und der dritten Person (sei es gleichfalls eine solutio, oder eine Schenkung, oder ein Darlehn, oder ein anderes Geschäft); L. 44 de solut. (46. 3). Auf solche Fälle bezieht sich die Bemerkung des Juristen in L. 3 §. 12 de don. i. v. et u. (24. 1): celeritate conjungendarum inter se actionum unam occultari.

einen oder gar mehre statuirt⁴⁷⁴⁾ und umgekehrt da, wo ein äußerer Act in der That vorliegt, denselben nicht sieht, oder ihn in ganz anderer Weise auffasst, als er äußerlich erscheint;⁴⁷⁵⁾ daß er Geschäfte, die äußerlich durchaus gleichsehen, ganz verschieden behandelt;⁴⁷⁶⁾ — alles dieses wird dem Laien unnatürlich erscheinen. Und dennoch handelt es sich in allen diesen Fällen nicht etwa um eine eigenthümliche Auffassungsweise der römischen Juristen, sondern um Gesichtspunkte und Entscheidungen von einer solchen juristisch-logischen Nothwendigkeit, daß jede Jurisprudenz zu ihnen hätte gelangen müssen.

Die juristische Auffassung also und die des Laien stehen in einem entschiedenen Gegensatz. Aus dieser Differenz, die eine überall wiederkehrende historische Thatsache ist, hat man der Jurisprudenz einen Vorwurf gemacht, man hat ihre Entfernung von der „natürlichen“ Betrachtungsweise als etwas Unnatürliches betrachtet, sie der Künstlichkeit, Spitzfindigkeit u. s. w. beschuldigt, und auch hier die „Umkehr“ als Ziel hingestellt. Im Munde des großen Haufens sind solche Ansichten ganz verzeihlich, und vernähme man sie bloß hier, so würde ich gar nicht darauf antworten. Allein da sie auch bei gebildeten Laien nichts weniger als selten sind,^{476a)} und da es sogar an Juristen nicht

474) z. B. wenn der Pächter die Sache vom Verpächter kauft, eine Tradition von jenem an diesen und von diesem zurück an jenen (traditio brevi manu; der entgegengesetzte Hergang beim constitutum possessorium).

475) z. B. die Ratihabition eines früheren ungültigen Geschäfts als Abschluß eines neuen; L. 1 §. 2 pro donato (41. 6) quasi nunc donasse videtur.

476) z. B. die Aneignung einer vom Eigenthümer preisgegebenen Sache bald als Occupation einer dereliquirten, bald als Erwerb einer tradirten Sache, oder die gewaltsame Aneignung einer Sache bald als erzwungene Tradition, bald als Raub.

476a) In Rom wie bei uns; für Rom verweise ich auf Cicero, dessen abfällige Urtheile über die Jurisprudenz im Verlauf der Darstellung mitgetheilt werden, und auf Quintilian, der ihm einfach nachspricht (I. O. XII 3, 7; 11), für die heutige Zeit auf Note 472a.

geföhlt hat und schwerlich je fehlen wird, welche, sei es aus ideologischer Verblendung, sei es aus Gefallen an wohlfeiler Popularität, oder aus Unmuth über die geistige Arbeit, welche die Jurisprudenz ihren Jüngern zumuthet, sich in dieser Hinsicht zum großen Haufen geschlagen haben,⁴⁷⁷⁾ so möge man es nicht für überflüssig halten, wenn ich einem Abschnitte, der wie kein anderer von den Leistungen und Verdiensten der Jurisprudenz Zeugniß abzulegen gedenkt, eine kurze Apologetik der Jurisprudenz vorausschicke, um bei denjenigen meiner Leser, bei denen dies noch nöthig sein sollte, dasjenige Gefühl hervorzurufen, ohne welches man wie an keine Wissenschaft, so auch nicht an die Jurisprudenz, herantreten sollte — — dasjenige der Achtung und Ehrfurcht vor der in ihr fixirten geistigen Kraft, und damit zugleich das der Bescheidenheit und des Misstrauens in das eigene Urtheil.

In der Anklageschrift gegen die Jurisprudenz pflegen zwei Stichwörter: *n a t ü r l i c h e A n s c h a u u n g* und *g e s u n d e r M e n s c h e n v e r s t a n d* eine große Rolle zu spielen, und man glaubt die Jurisprudenz nicht empfindlicher treffen zu können, als wenn man ihr unnatürliche Auffassung und Widerspruch mit dem gesunden Menschenverstand Schuld gibt. Es stände aber in der That schlimm um die Jurisprudenz und das Recht selbst, wenn es anders wäre! Es würde soviel heißen, als daß eine durch Jahrtausende fortgesetzte Beschäftigung mit dem Recht vor der angeborenen Unkenntniß und Unerfahrenheit keinen Vorsprung gewonnen hätte. Die *n a t ü r l i c h e A u f f a s s u n g*! Was ist sie denn anders als der erste Versuch des Sehens und folglich die völlige Abhängigkeit eines blöden, ungeübten Auges vom äußeren *S c h e i n*? Jede Erkenntniß beginnt mit *i h r*, aber nur, um bald inne zu werden, daß der äußere Schein trügt, und der Fortschritt in der Erkenntniß besteht gerade in einem unausgesetzten Sichlos-

477) Hat doch sogar vor einigen Jahren ein Jurist sich nicht gescheut, aus der Werthlosigkeit seines Urtheils über die Jurisprudenz eine „Werthlosigkeit der Jurisprudenz“ zu machen! — ein Einfall, den man durch eine ernsthafte Widerlegung viel zu sehr geehrt hat.

reißen von dem Glauben an die Wahrheit der sinnlichen Erscheinung.^{477a)} Gilt nun für alle übrigen Gebiete des menschlichen Wissens der Satz, daß anhaltende Beschäftigung mit einem Gegenstande und fortgesetzte Beobachtung und Erforschung desselben zu anderen Resultaten führen, als eine oberflächliche Betrachtung desselben — zu Resultaten, die der letzteren nicht bloß völlig unverständlich sind, sondern ihr geradezu als widersinnig erscheinen müssen — dann meine ich, wird dieser Satz auch für das Recht gelten dürfen. In den meisten anderen Wissenschaften würde kein gebildeter Laie im Fall einer solchen Differenz es wagen, sich die Wahrheit und der Wissenschaft den Irrthum zuzutheilen; in Dingen des Rechts kommt dies täglich vor! Erfahrung und Wissen werden als Verkehrtheit und Besangenheit gestempelt, die völlige Unbekanntheit mit der Sache als Vorurtheilslosigkeit! Wer denn einmal auf die Wahrheit der „natürlichen“ Ansicht in Dingen des Rechts pocht, möge dasselbe auch bei den Erscheinungen der Natur thun, möge behaupten, daß die Erde still steht, und die Sonne auf- und untergeht, daß es eine Thorheit sei zu glauben, daß nicht das Licht, sondern der Sauerstoff der Luft brenne. Die Sonne und die Erde und das Licht liegen der natürlichen Anschauung näher als das Recht, aber während hinsichtlich jener nur ein völlig Ungebildeter seinen Augen mehr traut als dem Urtheil der Wissenschaft, macht sich beim Recht auch der Gebildete täglich derselben Selbstüberschätzung schuldig.

Man wende mir nicht ein, daß doch das Recht im Rechtsgefühl seinen Ursprung und Sitz habe. Gewiß! das Rechtsgefühl ist das Samenkorn, dem das Recht entsprossen ist, aber das Samenkorn enthält nur den Keim des Baumes, nicht den Baum selbst — *semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit*, wie Seneca in dem obigen Motto sagt — es wächst und gedeiht nur dadurch, daß es die Samenkapsel sprengt, sich aus

477a) S. meine Schrift über das Schuldmoment im röm. Privatrecht. Gießen 1867 S. 8 flg.

der Sphäre des bloßen Rechtsgefühls in die des Wissens erhebt. So wie der Baum nicht wieder zum Samenkorn werden kann, so vermag auch keine Macht der Erde ein einmal entwickeltes Recht auf die primitive Form des Rechtsgefühls zurückzuführen, und es damit dem Laien zurückzugeben.

Die Autorität des „gesunden Menschenverstandes“ erkenne ich für die Jurisprudenz als eine ganz entscheidende an, ja ich möchte letztere geradezu definiren als: *Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts.* Aber sie ist eben ein *Niederschlag d. h.* eine Ablagerung des gesunden Menschenverstandes unzähliger Individuen, ein Schatz von Erfahrungssätzen, von denen jeder tausendsfältig die Kritik des denkenden Geistes und des praktischen Lebens hat bestehen müssen. Wer sich dieses Schatzes zu bemächtigen weiß, der operirt nicht mehr mit seinem eigenen schwachen Verstande, der stützt sich nicht bloß auf seine eigene unbedeutende Erfahrung, sondern der arbeitet mit der Denkkraft vergangener Geschlechter und der Erfahrung verflossener Jahrhunderte. Durch diese künstliche Ergänzung der eigenen Kräfte und Mittel ist es möglich, daß auch der Schwache im Dienste des Rechts eine nützliche Verwendung finde, denn was das Genie auf diesem Gebiete entdeckt und geschaffen, und was der gewöhnliche Verstand, wenn er auf sich selbst angewiesen wäre, nie finden würde, kann auch der Mittelmäßige mit Hülfe des Fleisches wenigstens in so weit zu seinem Eigenthume machen, um es richtig anzuwenden. Ich kenne kein Gebiet des menschlichen Wissens und Könnens, auf dem nicht der Schwächste, der mit der Intelligenz und der Erfahrung von Jahrhunderten operirt, dem Genie, das dieser Beihülfe entbehrt, überlegen wäre. Welch ein leichtes Ding ist es, das Feld zu bestellen und ein Handwerk zu betreiben, gegenüber der Aufgabe, die schwierigsten Rechtsfragen zu lösen! Wenn aber einer zum Betriebe jener beiden Geschäfte nichts weiter mitbrächte als den gesunden Menschenverstand, er würde es mit dem schlechtesten Sachverständigen nicht aufnehmen können, und wollte er gar die Erfahrungssätze mit seinem subjec-

tiven, „gesunder Menschenverstand“ titulirten Meinen umstoßen und den Kundigen meistern und belehren, es würde ihn der dümmste Bauer und Handwerker mit vollem Recht verlachen. Und uns Juristen sollte nicht dasselbe Recht zustehen, wenn ein Laie sich uns gegenüber dasselbe erdreistet? Wer einem Schuster und Schneider die Fähigkeit zutraut über Fragen des Rechts zu entscheiden, wer den Mut hat, sich von ihnen seine Urtheile machen zu lassen, der möge sich auch umgekehrt seine Kleider und Stiefel bei einem Philosophen bestellen. Juristen, die den Wahn von der Möglichkeit eines populären, jedem Bürger und Bauer zugänglichen, die Juristen entbehrlich machenden Rechts zu theilen und gar zu fördern im Stande sind, verdienten, diese Bestellung auszuführen, um an Stiefeln und Kleidern inne zu werden, was sie an der Jurisprudenz selbst nicht gelernt haben: nämlich, daß die einfachste Kunst ihre Technik hat, eine Technik, die zwar nichts ist als der angesammelte und objectivire Niederschlag des gesunden Menschenverstandes, der aber doch gleichwohl nur von demjenigen angewandt und heurtheilt werden kann, welcher sich die Mühe nimmt, sie zu erlernen.

In diesem einfachen Satz ist die Gegensätzlichkeit der Jurisprudenz und des Layenthums und damit die Rechtfertigung der Jurisprudenz enthalten. Eine ungleich interessantere und fruchtbarere, aber auch um eben so viel schwierigere Weise der Vertheidigung der Jurisprudenz würde darin bestehen, daß man jene von uns behauptete Uebereinstimmung derselben mit dem gesunden Menschenverstande im Einzelnen nachwiese. Von einer solchen Selbstkritik und Apologetik der Jurisprudenz ist bisher freilich wenig wahr zu nehmen. Zufrieden mit dem festen Besitz dessen, was sich durch die Erfahrung als brauchbar bewährt hat, und sich beruhigend bei der realen Kritik, die ihre Lehrsätze täglich im Leben zu bestehen haben, hat die Jurisprudenz sich dieser Aufgabe gern entschlagen, und man kann sie allerdings in dieser Beziehung von dem Vorwurf einer gewissen Indolenz und eines sich beim

Positiven beruhigenden Quietismus nicht frei sprechen. Nur so ward es möglich, daß einzelne ihrer Jünger an ihr selber irre wurden und den Stein auf sie warfen. Die folgenden Paragraphen werden mir die erwünschte Gelegenheit verschaffen, jenen Weg der Rechtfertigung einzuschlagen und meine obige Definition der Jurisprudenz an einem der wichtigsten Punkte zu erläutern.

So sehr ich aber von der Möglichkeit einer solchen Apologetik der Jurisprudenz überzeugt bin, so darf man doch zweierlei dabei nicht außer Acht lassen. Erstens: ich habe diese Möglichkeit nur für die Jurisprudenz in Anspruch genommen, also für das, was sie eingeführt und aufgebracht, nicht aber für das, was eine äußere Autorität ihr an positivem Stoff aufgedrungen hat, und wofür sie die Verantwortlichkeit von sich ablehnen darf, noch weniger aber für individuelle Ansichten einzelner Juristen, deren Uebereinstimmung mit der gesunden Vernunft freilich mitunter mehr als zweifelhaft, vielleicht auch von ihren Urhebern gar nicht einmal beansprucht ist! Die gesunde Kritik des praktischen Lebens richtet die ungesunden Ansichten einfach dadurch, daß sie dieselben ignorirt.

Zweitens: die Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit des Einzelnen liegt, wie überall, so auch hier nicht bloß in ihm selbst, sondern in dem Zusammenhange desselben mit dem Ganzen, kann mithin auch nur aus letzterem begriffen und nachgewiesen werden. Gerade dadurch entsteht so leicht und so häufig der Schein der Unvernünftigkeit oder Zweckwidrigkeit des Einzelnen, daß der Urtheilende jenen Zusammenhang nicht kennt und daher in aller Unbefangenheit von der Annahme ausgeht, als verstatteten die einzelnen Punkte eine isolirte Beurtheilung. Wäre diese Annahme eine richtige, so würde die Entscheidung, welche die Jurisprudenz getroffen, nicht so häufig von der, welche der Laie für die sachgemäße hält, divergiren. Aber eben weil sie es nicht ist, weil beide auf ganz verschiedenen Standpunkten stehen, kann nicht bloß, sondern muß so häufig eine solche Divergenz

eintreten. Darum ist es oft kaum möglich, einem Laien die Verhüntigkeit eines einzelnen Satzes begreiflich zu machen, denn ihm fehlt gerade das, woran man anknüpfen müßte, die Kenntniß der Mittelglieder zwischen dem angefochtenen Satz und seinem letzten Grunde, kurz die Kenntniß des Zusammenhangs.

II. Theorie der juristischen Technik.

1. Die Aufgabe der Technik und die Mittel zur Lösung im Allgemeinen.

Die Verwirklichungsfrage im Recht — die Aufgabe und die Mittel zur Lösung, namentlich die Technik — die beiden technischen Interessen — die Praktikabilität des Rechts.

XXXVIII. Das Recht ist dazu da, daß es sich verwirkliche. Die Verwirklichung ist das Leben und die Wahrheit des Rechts, ist das Recht selbst. Was nicht in Wirklichkeit übergeht, was bloß in den Gesetzen, auf dem Papiere steht, ist ein bloßes Scheinrecht, leere Worte, und umgekehrt was sich verwirklicht als Recht, ist Recht, auch wenn es in den Gesetzen nicht zu finden, und Volk und Wissenschaft sich dessen noch nicht bewußt geworden ist (Bd. 1. S. 29 flg.).

Nicht also der abstracte Inhalt der Gesetze entscheidet über den Werth eines Rechts, nicht die Gerechtigkeit auf dem Papiere und die Sittlichkeit in den Worten, sondern die Objectivirung des Rechts im Leben, die Thatkraft, mit der das, was als nothwendig erkannt und ausgesprochen ist, ausgeführt und durchgesetzt wird.

Es kommt nun aber nicht bloß darauf an, daß das Recht sich verwirkliche, sondern auch darauf, wie es geschieht. Was nützt die Sicherheit und Unausbleiblichkeit der Verwirklichung,

wenn letztere so schwerfällig und langsam ist, daß der Mann erst zu seinem Recht gelangt, wenn er längst gestorben ist?

Können wir dies „Wie“ schlechthin bestimmen? Ich glaube, allerdings. Bei der ganzen Frage von der Verwirklichung des Rechts handelt es sich nicht um etwas Materielles, sondern um etwas rein Formelles. Wie verschieden auch der materielle Inhalt der einzelnen Rechte sein möge, die Verwirklichung derselben kann und soll überall eine gleiche sein, es gibt in dieser Beziehung ein absolutes Ideal, dem jedes Recht nachzustreben hat. Worin besteht dasselbe? Meinem Dafürhalten nach können wir es auf eine doppelte Anforderung zurückführen. Die Verwirklichung soll sein einerseits eine unaußbleibliche, mithin sichere, gleichmäßige, andererseits eine leichte und rasche.

Fragen wir, wie diese Anforderungen sich in der Geschichte realisiren, so finden wir zwischen den positiven Rechten eine große Verschiedenheit. Hier ein einfaches, rohes Recht, aber sich auszeichnend durch die der Jugend eigene Thatkraft und Raschheit des Handelns, eine schnelle und strenge Form des Verfahrens, dort ein ausgebildetes Recht, das alle Vorzüge des Alters besitzt, aber daneben auch die Mängel desselben, die schwache und unsichere Hand, die Langsamkeit und Schwerfälligkeit des Verfahrens. Man könnte geneigt sein, diesen Gegensatz an die Altersstufen der Rechte anzuknüpfen, in jener Leichtigkeit und Schnelligkeit nur eine natürliche Folge der Einfachheit, in dieser Schwerfälligkeit eine natürliche Folge der Weitschichtigkeit und Complicirtheit der Rechtsverhältnisse zu erblicken. Allein dies wäre verkehrt. Allerdings will ich den Einfluß des äußeren und inneren Wachsthums der Rechte auf die Leichtigkeit und Schnelligkeit der Operation der Rechtsanwendung nicht in Abrede stellen; je schwerer die Last wird, desto schwerer ist sie zu heben und zu bewältigen; das gilt von körperlichen wie von geistigen Dingen. Allein andererseits ist es doch möglich, den nachtheiligen Einfluß dieses natürlichen Moments des Wachsthums durch die Kunst zu verringern und auszuschließen, und das eben ist die Aufgabe

derjenigen Kunst, die wir hier zu betrachten haben: der **juristischen**.

Wir wollen uns zunächst der Gründe bewußt werden, die über die Verwirklichungsfrage (nicht bloß über die Richtigkeit und Leichtigkeit der Anwendung, sondern über die Lösung der Aufgabe schlechthin) entscheiden. Nach welchen Gründen, Einflüssen, Voraussetzungen u. s. w. bestimmt sie sich? Diese Gründe liegen theils in, theils außer dem Recht. Zur letzteren Classe gehört die intellektuelle und sittliche Culturstufe des Volks, die Entwicklung der Staatsidee und der Staatsgewalt, die sociale Gliederung des Volks, das Machtverhältniß der einzelnen Classen, vor allem aber die moralische Kraft, die der Gedanke des Rechts bei diesem Volk genießt, ob die Gerechtigkeit dem Volk als etwas Hohes und Heiliges erscheint, oder als ein Gut, wie jedes andere. Von der Energie des Gerechtigkeitsgefühls im Volk hängt im wesentlichen die Unpartheitlichkeit, Integrität u. s. w. des Richterstandes ab. Bei einem Volk, dem die Gerechtigkeit als etwas Heiliges gilt, wird auch der Richterstand unbestechlich und pflichttreu sein — wie das Volk, so die Richter. Zu der ersten Classe von Gründen, die in dem Recht selbst liegen, gehören theils die Organisation der Behörden (die Gerichtsverfassung) sowie die Form des Verfahrens (der Prozeß), theils die Beschaffenheit des materiellen Rechts, und dieser letzte Punkt bezeichnet uns das Gebiet, auf dem die juristische Technik vorzugsweise thätig wird.

Dass der materielle Inhalt des Rechts vom größten Einfluß auf dessen Verwirklichung ist, bedarf auch für den Laien keiner Bemerkung. Bestimmungen, die völlig zweckwidrig sind, scheitern an ihrer eigenen Unausführbarkeit, und Gesetze, welche mit dem Geist der Zeit in Widerspruch stehen, mögen sie hinter der Zeit zurück oder ihr voraus sein, können des ärgsten Widerstandes gewiß sein. Von dieser materiellen Angemessenheit wird im Folgenden nicht die Rede sein; — der Jurist hat über sie keine Macht, die Frage gehört nicht zur Technik des Rechts. Die Angemessenheit des Rechts, für welche letztere einzustehen hat,

und mit der wir uns im Folgenden allein zu beschäftigen haben, ist rein formaler Art. Sie liegt beschlossen in der Frage: wie soll das Recht, ganz abgesehen von seinem Inhalt, eingerichtet und gestaltet sein, damit es durch die Art seines Mechanismus die Anwendung der Rechtsätze auf den concreten Fall möglichst vereinfache, erleichtere, sichere?

Der s. g. gesunde Menschenverstand wird keine andere Antwort darauf haben als: klare, bestimmte und detaillierte Abfassung der Gesetze; die Antwort, welche die Jurisprudenz d. h. die Erfahrung in Dingen des Rechts darauf ertheilt, lautet anders. Dass jene Eigenschaften, so wenig ich sie im übrigen gering schätzen will, nicht ausreichen, lässt sich leicht nachweisen. Was nützen die genauesten und ausführlichsten Gesetze, wenn der Richter, wie dies z. B. in der späteren Kaiserzeit in Rom und heutzutage in England der Fall, sie mit dem besten Willen kaum zu bewältigen vermag? Was ferner die schärfsten Begriffsbestimmungen und Unterscheidungen, wenn die Anwendung auf den einzelnen Fall mit den größten Schwierigkeiten zu kämpfen hat, es dem Gesetze, um einen früheren Ausdruck zu gebrauchen (S. B. 1 S. 51) an der formalen Realisirbarkeit gebricht?

Die Frage, um die es sich handelt, ist eine reine Frage der Zweckmäßigkeit, und die ganze Theorie der Technik ist nichts als die erkannte und befolgte Zweckmäßigkeit in Bezug auf die Lösung der obigen Aufgabe. Aber so leicht es ist sich hiervon zu überzeugen, nachdem die Lösung gefunden, so täusche man sich nicht über die Schwierigkeiten der Aufgabe. Wir haben es hier mit einem Problem zu thun, für dessen Bewältigung es der unausgesetzten Arbeit von Jahrhunderten bedurfte, eine Arbeit, die weit über die Zeiten der eigentlichen Wissenschaft im Recht in die Vergangenheit zurückfragt. Die Technik des Rechts ist nicht erst mit der Jurisprudenz in die Welt gekommen. Längst vor aller Wissenschaft hat sich bereits der juristische Instinkt in dunkler Ahnung des Richtigen an der Aufgabe versucht; mit welchem Erfolg, davon legt das ältere römische Recht beredtes Zeugniß ab.

Die Kunst ist auch auf dem Gebiete des Rechts früher, als die Wissenschaft, denn die Kunst verträgt sich mit dem Ahnen, dem bloßen Gefühl oder Instinkt, während die Wissenschaft erst mit dem Erkennen beginnt.

Die technische Unvollkommenheit des Rechts ist nicht bloß eine partielle Unvollkommenheit, eine Vernachlässigung einer einzelnen Seite des Rechts. Technische Unvollkommenheit ist Unvollkommenheit des ganzen Rechts; ein Mangel, der das Recht überall in allen seinen Zwecken und Zielen hemmt und beeinträchtigt. Was hilft das Wollen und Sezen der höchsten ethischen Anforderungen, was die würdigste Erfassung der Idee der Freiheit, Gerechtigkeit u. s. w. in Form gesetzlicher Bestimmungen, wenn die Verwirklichung dieser Ideen am concreten Rechtsverhältniß aus dem Grunde mangelhaft, schwerfällig, ungleichmäßig ausfällt, weil es der Technik an der manuellen Geschicklichkeit fehlt, das Abstracte, so wie es sich gehört, in Wirklichkeit umzusetzen? Darum hat die Technik mittelbar auch eine ethische Bedeutung, und die praktische Jurisprudenz, indem sie bei der technischen Gestaltung des Stoffs auch das Kleinste mit äußerster Sorgfalt behandelt, darf sich rühmen durch Vervollkommnung der Technik des Rechts für das Höchste und Größte thätig zu sein; ihre niedere und unscheinbare Arbeit fördert letzteres in Wirklichkeit oft mehr als die tiefsinnigste Gedankenarbeit.

Die bisherigen Bemerkungen über die Technik habe ich geglaubt vorausschicken zu dürfen, bevor wir uns über den Ausdruck selber verständigt haben. Ich gebrauche letzteren in einem doppelten Sinn, in einem subjectiven und objectiven. In jenem verstehe ich darunter die juristische Kunst, deren Aufgabe die formale Vollendung des gegebenen Rechtsstoffs in dem oben angegebenen Sinn ist, kurz die technische Methode, in diesem die Verwirklichung dieser Aufgabe am Recht selbst, also den entsprechenden technischen Mechanismus des Rechts. Ähnlich gebraucht ja die Sprache auch den Ausdruck Mechanik von der Kunst und von dem durch die Kunst bewerkstelligten Mechanismus.

Ein Nachtheil ist von dieser zwiefachen Bedeutung des Ausdrucks nicht zu befürchten, die Einsicht des Lesers wird es mir ersparen durch einen eigenen Zusatz anzugeben, welche von beiden Bedeutungen jedesmal gemeint ist.

Die gesammte Thätigkeit der juristischen Technik lässt sich auf zwei Hauptzwecke zurückführen. Wer das Recht mit Sicherheit anwenden will, muss dasselbe zunächst sich aneignen, geistig beherrschen. Diese Arbeit der geistigen Aneignung desselben kann ihm durch die Beschaffenheit des Rechts selbst sehr erleichtert und sehr erschwert werden. Die Erleichterung dieser Arbeit mittelst der möglichsten quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts ist die eine der beiden Hauptaufgaben der Technik; mit welchem Erfolg und mit welchen Mitteln sie dieselbe zu lösen vermag, wird die folgende Darstellung zeigen. Die zweite Aufgabe derselben ist bestimmt durch den Zweck der Anwendung des Rechts auf den concreten Fall. Die Fertigkeit der Anwendung ist allerdings vorzugsweise Sache des Subjects, sie ist eine Kunst, die nur durch Uebung zu erlernen ist, allein auch in Bezug auf sie kann das Recht selber durch eine entsprechende Gestaltung der Rechtssätze die Aufgabe außerordentlich erleichtern sowie durch eine verkehrte sehr erschweren. Die Bestimmung Justinians z. B. über das Erbrecht der „armen“ Wittwe oder über die „den Reichen“ erlaubten Einsätze beim Spiel ist das Muster eines Gesetzes, wie es nicht sein soll — denn beide Begriffe sind völlig unbestimmt, und es ist unvermeidlich, daß der eine Richter dieselben so, der andere anders anwendet. Dagegen ist die Anwendung aller Gesetze, welche eine bestimmte Zahl enthalten (z. B. über die Altersstufen, Verjährung, große Schenkung, großer Diebstahl) höchst leicht. Die Aufgabe der Gesetzgebung sowohl wie der Jurisprudenz besteht nun darin, Begriffe, welche sich der sichern Anwendung entziehen, in eine solche Gestalt zu bringen, welche letztere ermöglicht, den Begriff aus der Sprache der Rechtsphilosophen, wenn ich so sagen darf, in die des Gesetzgebers zu übersezzen. Der rechtsphilosophische Gedanke der Mündigkeit ist

Reife der Verstandesentwicklung, der Volljährigkeit Reife des Charakters, aber für die praktische Anwendung ist dieser Gedanke ungeeignet, an seine Stelle tritt die Zahl — was an Wahrheit oder Correctheit des Gedankens verloren geht, wird an praktischer Anwendbarkeit desselben gewonnen. Vortrefflich ist diese Differenz der abstract philosophischen und der praktisch juristischen Fassung eines und desselben Gedankens erkannt von Cicero de off. III 17: *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia.* Diese Rücksicht auf die letztere Eigenschaft: die formale Realisirbarkeit des Rechtssatzes, wie ich sie früher (Bd. 1 S. 51) genannt habe, oder besser der Gesichtspunkt der Praktikabilität des Rechts ist die zweite Hauptaufgabe der Technik. In welchem Maße sie auf die Gestaltung der Rechtsätze zurückwirkt, wird schon aus den wenigen angegebenen Beispielen erhellen; einer weiteren Ausführung dürfen wir uns hier überheben, da wir den Punkt schon an der so eben angegebenen Stelle behandelt haben.

So verbleibt uns denn für die folgende Betrachtung nur das erste der beiden genannten technischen Probleme: die quantitative und qualitative Vereinfachung des Rechts.

Die Erkenntniß und subjective Aneignung des Rechts ist theils Sache des Verstandes, theils Sache des Gedächtnisses, und je nach Beschaffenheit der Rechte ist das Maß des erforderlichen Aufwandes der einen oder andern Geisteskraft ein verschiedenes. Es gibt Rechte, die mehr den Verstand als das Gedächtniß, andere, die mehr das Gedächtniß als den Verstand in Anspruch nehmen, Rechte ferner, bei denen die Arbeit für beide eine relativ leichte, andere, bei denen sie eine ungemein schwierige ist. Im allgemeinen wird sich die Anstrengung des Gedächtnisses nach dem quantitativen, die des Verstandes nach dem qualitativen Verhalten der Rechte bestimmen.

Die Leichtigkeit oder Schwierigkeit der subjectiven Aneignung des Rechts hat aber nicht ein bloß subjectives Interesse, sondern mit letzterem trifft hier ein objectives d. h. das der Rechtspflege genau zusammen. Je mehr das Recht dem, der es anzuwenden und mithin zu erlernen hat, durch seine Weitschichtigkeit die Uebersicht, durch seine Dunkelheit und Unbestimmtheit das richtige Verständniß erschwert, um so unvollkommener wird, wenn wir im übrigen auf Seiten des Subjects dasselbe Maß der Kräfte und der Anspannung derselben voraussetzen, das Recht selber zur Anwendung kommen. Das Interesse des Richters und des Verfahrs gehen hier Hand in Hand, und es ist mithin eine Frage von äußerster praktischer Wichtigkeit, ob und wie es sich erreichen läßt, die subjective Aneignung des Rechts dem Juristen in einer Weise zu erleichtern, daß auch bei der reichsten extensiven und intensiven Entwicklung des Rechts das gewöhnliche Maß von Kraft und Fleiß zur Bewältigung der Aufgabe ausreiche.

Das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks besteht in der quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts. In dieser Formel ist dem Juristen die geistige Herrschaft über das Recht gegeben, in ihr läßt sich die ganze Aufgabe der juristischen Technik nach dieser Seite hin zusammenfassen.

I. Die quantitative Vereinfachung. Sie bezweckt eine Verringerung der Masse des Stoffs, natürlich unbeschadet der mit demselben zu gewinnenden Resultate. Ihr Gesetz ist: mit möglichst wenig möglichst viel auszurichten, je geringer das Material, um so leichter und vollkommner läßt es sich handhaben.

Ich nenne dies das Gesetz der Sparsamkeit und erblicke darin eins der Lebensgesetze aller Jurisprudenz. Eine Jurisprudenz, welche dieses Gesetz nicht begriffen hat, d. h. die es nicht versteht mit dem Material zu ökonomisiren, wird von der anschwellenden Masse des Stoffs zu Boden gedrückt und erliegt ihrem eigenen Reichthum. Für das richtige Verständniß der altrömischen Technik ist die Kenntniß dieses Gesetzes geradezu unentbehrlich. Den großen Umfang seines Verwirklichungsgebiets veranschaulichen

folgende technische Operationen, von denen drei in den folgenden Paragraphen einer genaueren Erörterung unterzogen werden sollen:

1. Die Zersetzung des Stoffs oder die Reduktion desselben auf seine einfachen Grundbestandtheile (§. 39).
2. Die logische Concentration des Stoffs (§. 40).
3. Die systematische Anordnung des Stoffs.

Die quantitative Vereinfachung des Materials ist zwar nicht gerade Zweck dieser Operation, aber sie ist eine wichtige Folge derselben. Die systematische Classification enthält in jeder Wissenschaft keine bloß locale Distribution der Masse, keine bloße durch Zweckmäßigkeit rücksichtigen bestimmte Ortsanweisung für das Einzelne, um es mit leichter Mühe wieder zu finden, sondern sie enthält eine mit der äußersten Breviloquenz ausgedrückte Ontologie der speciellen Wissenschaft, d. h. eine in Form einer Tabelle erstattete Auskunft über das, was jeder einzelne Gegenstand oder Begriff ist, und wie er mit dem Gesamtorganismus der Wissenschaft zusammenhängt — die Stammtafel der Begriffe. In dem kahlen Skelett, das uns eine Wissenschaft darbietet, steckt in unscheinbarster Gestalt eine Energie des Denkens, eine Concentration des reichsten Inhalts auf kleinstem Raum, wie in nichts anderem. 480)

480) Gegenüber einer namentlich unter praktischen Juristen vielverbreiteten Ansicht, als ob die systematische Frage im Recht ein rein formales oder theoretisches Interesse habe, kann ich die hohe praktische Bedeutung derselben nicht genug hervorheben. Das Interesse der richtigen systematischen Stellung eines Instituts ist kein anderes als das der richtigen materiellen Erkenntniß und Darstellung desselben. Wer irgend einen Gegenstand falsch classifizirt, z. B. einen Vogel zu den Säugethieren stellt, sagt damit von dem Gegenstand etwas materiell Falsches aus, und dieser Eine Irrthum kann die Quelle von unzähligen anderen werden. Systematische Versehen sind daher nicht harmlose, unschuldige Irrthümer, sondern sie gehören zu den gefährlichsten, die es gibt, und die Sorgfalt, welche die Theorie auf die systematische Frage verwendet, ist im höchsten Grade gerechtfertigt. Es würde in meinen Augen ein höchst ergibiges und dankbares Thema sein, eine Geschichte der Irrthümer zu liefern, die lediglich aus einer falschen systematischen Stellung hervorgegangen sind. Jeder systematische Fehler ist das Product und zugleich die Quelle einer

4. Die juristische Terminologie.

Es ist begreiflicherweise nicht dieses Orts, die Nothwendigkeit und den hohen Werth einer richtig ausgebildeten d. h. scharf ausgeprägten und reich entwickelten Kunstsprache für die Wissenschaft auseinander zu setzen, den Nachweis zu führen, in welchem Maße die Bestimmtheit, Sicherheit und Raschheit des wissenschaftlichen Denkens durch sie bedingt ist; wir beschränken uns lediglich auf den Dienst, den sie dem Juristen in Bezug auf den oben genannten Zweck gewährt. Nun ist es zwar klar, daß der Kunstausdruck den Gedanken oder Inhalt, den er bezeichnen soll, um nichts einfacher macht, als er an sich ist, allein er bringt ihn in eine Form, die den Gebrauch desselben unendlich vereinfacht und erleichtert. Mit einem einzigen Kunstausdruck ersparen wir uns hundert Worte;⁴⁸¹⁾ so lange der Kunstausdruck für eine eigenthümliche wissenschaftliche Wahrheit oder Anschauung noch fehlt, fehlt ihr dasselbe, was dem Stück Metall, bevor es geprägt wird: die Fähigkeit als Münze zu coursiren. Die Sache allein thut es nicht, es gehört der Name dazu; auch in der Wissenschaft muß der Geburt die Taufe folgen. Eine Ausartung der Terminologie ist die bloße Nomenklatur, welche auch das Werthlose mit Namen versieht — eine Richtung, welche bekanntlich in unserer Wissenschaft vor noch nicht langer Zeit recht einheimisch war; so gerechtfertigt der Widerstand gegen sie ist, so unberechtigt und aussichtslos ist er gegen die Terminologie als solche, selbst wenn letztere sich hergebrachter Fremdwörter bedient.⁴⁸²⁾

mangelhaften Erkenntniß des Gegenstandes, ein falscher Wegweiser, und so lange die Wissenschaft noch die rechte systematische Stelle für den Gegenstand nicht gefunden, hat sie ihn auch noch nicht recht begriffen, denn begreifen heißt nicht, den Gegenstand bloß an und für sich erfassen, sondern auch in seinem Zusammenhange mit andern.

481) Wie vieler Worte würde es z. B. bedürfen, um den Satz: die Evidenzleistung erstreckt sich nicht auf necessariae impensae, in die Sprache des Laien zu übersetzen.

482) Der Eifer gegen die juristische Terminologie, das Verlangen, daß die Jurisprudenz möglichst sich der Ausdrücke des gewöhnlichen Lebens bedie-

5. Die Kunst der geschickten Verwendung des Vorhandenen (die juristische Dekonomie) (§. 56—59).

II. Die qualitative Vereinfachung des Rechts. Die Leichtigkeit und Schwierigkeit der Auffassung und Aneignung eines Gegenstandes bestimmt sich nicht bloß nach dem quantitativen Moment, nach der Ausdehnung und dem Umfang, sondern ebenso sehr nach dem qualitativen, nach der inneren Ordnung, Symmetrie, Einheit des Gegenstandes. Qualitativ einfach ist das Recht, wenn es wie aus Einem Guss ist, wenn die Theile unter sich scharf begrenzt und geschieden sind und dennoch sich harmonisch zu Einer Einheit zusammenfügen, wenn also das Auge den Theil ebenso leicht wie das Ganze erfassen kann. Wodurch die Jurisprudenz dies erreicht, wird in dem Abschnitt über juristische Construction (§. 41) gezeigt werden.

Es sollen jetzt drei der oben genannten Operationen: die Analyse, Concentration und Construction, näher erörtert werden. Dieselben greifen im Einzelnen allerdings vielfach

nen solle, um dem Laien das Verständniß des Rechts zu erleichtern, beruht auf einem frommen Wahn. Ob man für die lateinischen Ausdrücke: culpa, dolus u. s. w. deutsche wählt, gewährt dem Bürger und Bauer für das Verständniß des Rechts keine Erleichterung, es handelt sich nicht um das Verständniß von Ausdrücken, sondern von Begriffen, und so wenig der Bauer eine algebraische Formel darum versteht, weil sie mit gewöhnlichen Buchstaben, Zahlen u. s. w. geschrieben ist, ebensowenig versteht er unsere juristischen Formeln, wenn wir statt culpa Schuld, dolus Betrug u. s. w. sagen. Dass aber die Ausdrücke einer todtten Sprache für die Terminologie vortheilhafter sind, als die einer lebendigen, bedarf schwerlich eines Nachweises. Der Sinn, in dem die Wissenschaft die Worte der Muttersprache gebraucht, wird und muss nothwendigerweise oft ein anderer sein, als in dem das Leben sie nimmt, schon darum weil die Bedeutung des Ausdrucks im Leben sich nicht selten ändert, während die Wissenschaft bei der bisherigen verbleiben muss, so wie umgekehrt auch das Leben sich durch die Begriffsbestimmung der Wissenschaft nicht wird abhalten lassen, den Ausdruck in einem andern Sinn zu nehmen. Die Sprache der Wissenschaft und des Lebens sind vielfach zwei verschiedene Sprachen.

ineinander über, allein dennoch ist eine Unterscheidung derselben im Begriff nicht bloß möglich, sondern zum Zweck der gesonderten Darstellung absolut nothwendig. Es verhält sich damit ähnlich, wie mit der Unterscheidung der verschiedenen Geistesvermögen. Von letzteren arbeitet nie eine einzelne Kraft für sich allein, oder richtiger, die verschiedenen Kräfte, die wir annehmen, sind nur eben so viele Seiten oder Richtungen einer und derselben Kraft, allein dennoch ist, um sich diese Verschiedenheit zum Bewußtsein zu bringen, eine Trennung und abgesonderte Darstellung derselben unerlässlich. In diesem Sinn bitte ich auch die Unterscheidung jener drei Operationen aufzufassen.

II. Die drei Fundamental-Operationen der juristischen Technik.

1. Die juristische Analyse (das Rechtsalphabet).

Der einfache Rechtskörper — localisirende und abstracte Rechtsproduktion — historische Erscheinung des Abstracten im Concreten (die Durchbruchspunkte; analoge Ausdehnung) — die Buchstaben des Rechts — Vergleichung des Alphabets des Rechts mit dem der Sprache.

XXXIX. Eine der großartigsten, fruchtbarsten und doch zugleich einfachsten Entdeckungen, die der menschliche Geist je gemacht hat, ist das Alphabet. Vierundzwanzig Zeichen geben uns die Herrschaft über einen unerschöpflichen Schatz, und die Handhabung dieses Mittels ist in dem Maße leicht und einfach, daß die Operationen des Fixirens der Worte durch Zeichen und die Entzifferung der Zeichen: das Schreiben und Lesen, selbst einem Kinde begreiflich gemacht und von ihm bis zur größten Vollkommenheit erlernt werden können. Ohne das Alphabet würde eine solche Herrschaft über die Sprache selbst durch die äußerste Kraft und Anstrengung nicht erreicht werden können, und Lesen und Schreiben würde die schwierigste aller Künste und Wissenschaften sein.

Das Alphabet enthält für das Gebiet der Sprache die Lösung einer Aufgabe, die wir oben für das Recht als das Hauptproblem der Technik bezeichnet haben: die Erleichterung der Herrschaft über den Stoff durch Vereinfachung desselben, und es liegt daher sehr nahe zu fragen, ob nicht dieselbe Weise der Lösung auch hier anwendbar, d. h. ob nicht die Idee des Alphabets auf das Recht übertragbar sei. Die Idee des Alphabets aber beruht auf Zersetzung, Zurückführung des Zusammengesetzten auf seine Elemente, das Alphabet ist aus der Beobachtung hervorgegangen, daß die Sprache ihren ganzen Reichthum an Worten durch eine verschiedene Combination gewisser Grundlaute gebildet hat, und daß mithin die Entdeckung und Bezeichnung dieser Grundlaute ausreicht, um mit und aus ihnen jedes beliebige Wort zusammenzusetzen.

Was die Worte in der Sprache, das sind die Rechtsverhältnisse im Recht — die Formen, in denen die entsprechende Thätigkeit der Menschheit (dort das Denken, hier das Wollen) vor sich geht und sich betätigt; in Worten wie in Rechtsverhältnissen tritt das Individuum aus sich heraus und zu andern in eine geistige Verbindung. Diese Bewegung ist aber eine unübersehbar reiche, ewig neue; jeder Tag bringt neue Worte, jeder Tag neue Rechtsverhältnisse hervor. Aber bei letzteren wie bei ersteren ist dieser Reichthum und diese Verschiedenheit nur das Product einer Combination einfacher Elemente, und hierauf beruht, wie bei der Sprache, so auch beim Recht, die Möglichkeit einer verhältnismäßig leichten Beherrschung der Sache. Die Aufgabe besteht hier wie dort in der Aufstellung eines Alphabets, d. h. in der Entdeckung dieser Elemente. Müßte der Gesetzgeber für jedes Rechtsverhältniß oder jede besondere Gestaltung eines solchen eine Regel aufstellen, es würde der Stoff uns nicht bloß durch seine Massenhaftigkeit erdrücken, sondern trotzdem uns täglich im Stich lassen, da die Erfindungskraft des Lebens aller Voraussicht und Berechnung spottet.

Zersetzung des Stoffs, Auffindung der einfachen Elemente

des Rechts ist also der in der innersten Nothwendigkeit der Sache selbst gelegene Weg zum Ziel. Es bewährt sich hier eine Bemerkung, die wir früher (S. 27) bei einer andern Gelegenheit zu machen hatten, daß das Wesen des Rechts in Zersetzen, Schneiden, Trennen bestehe. Die juristische Technik läßt sich nach dieser Seite hin als eine Chemie des Rechts bezeichnen, als die juristische Scheidekunst, welche die einfachen Körper sucht. Auf je weniger einfache Körper sie den Stoff zurückführt, mit je größerer Leichtigkeit und Sicherheit sie alle zusammengesetzten als das erkennt, was sie sind, um so höher ihre Kunst, um so vollkommener das Recht.

In welcher Weise geschieht diese Zersetzung, wie ist sie möglich? Ich hoffe dies bereits an dieser Stelle klar machen zu können, will jedoch bemerken, daß dieser Gegenstand erst bei Gelegenheit der juristischen Construction sein volles Licht erhalten wird.

Ich nehme an, daß eine Gesetzgebungscommission bei Ausarbeitung eines Gesetzbuches zuerst den Kaufcontract behandelt und alle denkbaren Fragen, die im Leben bei ihm vorkommen können, entschieden hat. Späterhin handelt es sich um eine gleiche legislative Normirung anderer Contracte z. B. des Tausch-, Miethcontractes. Hier werden nun neben solchen Fragen, die rein und ausschließlich auf dies besondere Verhältniß sich beziehen, auch solche wiederkehren, die bereits bei Gelegenheit des Kaufcontracts und mit Rücksicht auf ihn entschieden worden sind, z. B. die Frage über den Einfluß des Irrthums auf die Gültigkeit des Contracts, über die Folgen der Mangelhaftigkeit oder der Verzögerung der Leistung. Es wäre nun denkbar, daß man eine solche sich öfter wiederholende Frage mit Rücksicht auf die wirkliche oder vermeintliche Besonderheit des Verhältnisses jedes Mal von neuem und in anderer Weise entschiede. Das Gesammtmaterial, das zur Beantwortung der einen Frage producirt worden wäre, würde sich dann von den einzelnen Verhältnissen, in und an denen es existirte, nicht in der Weise trennen lassen, daß aus demselben eine für alle einzelnen Verhältnisse zutreffende allgemeine Theorie

jener Frage gebildet werden könnte; dem Stoff selbst würde hier das allgemeine Dasein und damit der Jurisprudenz die Möglichkeit zum Analysiren und Abstrahiren fehlen. Wollte sie das Material dennoch trennen und zusammentragen, so wäre dies eine rein äußerliche, nutzlose Zusammenstellung, ein Aggregat von abgerissenen Bruchstücken verschiedener juristischer Körper ohne innere Einheit.

Eine solche Methode der gesetzlichen Regulirung einer Frage, die den Stoff bloß in seiner localen Zersplitterung und Verstreitung zur Erscheinung bringt, könnte man die localisirende nennen. Eine absolute Localisirung des Rechtsstoffs ist eine Unmöglichkeit; das Moment der Allgemeinheit, das einmal in den Dingen liegt, wird sich auch ohne Wissen und Willen des Gesetzgebers geltend machen, und hätte er den Stoff auch noch so sehr localisiert, die Jurisprudenz wird immer einige, wenn auch noch so allgemeine Abstractionen derselben entnehmen können.

Den Gegensatz zu dieser Methode bildet diejenige, welche die Frage von den einzelnen Verhältnissen, bei denen dieselbe praktisch zum Vorschein kommt (z. B. der Irrthum nur bei Abschluß eines einzelnen Contracts) ablöst und sie in ihrer Allgemeinheit d. h. abstract erfaßt und entscheidet; wir bezeichnen sie als abstracte. Was sie will, ist nicht etwa möglichste Aufhebung des Individuellen und Auflösung des Rechts in verschwimmender Allgemeinheit, sondern sie will nur, daß das, was in Wahrheit allgemein ist, auch als solches erkannt und behandelt werde. Das Mittel zu diesem Zweck ist die Zersetzung der Institute; sie scheidet die allgemeinen Elemente aus und läßt nur das Individuelle zurück. Mitunter holt sie mittelst jener Operation fast den ganzen geistigen Kern heraus, so daß das, was an individuellen Momenten übrig bleibt, höchst dürfsig und dürr ist — man denke z. B. an die Theorie der Prädialservituten und der Innominatecontracte — mitunter ist der Rückstand an individuellem Gedankengehalt ein ganz beträchtlicher, so z. B. bei den Consensualcontracten. Je mehr die Gesetzgebung oder (wovon nachher das Nähere) die Wis-

senschaft sich vervollkommenet, um so mehr wird sich der Rechtsstoff aus den concreten Parthien nach und nach in die abstracteren zurückziehen; in einem unentwickelten Recht werden erstere über letztere, in einem entwickelten letztere über erstere das Uebergewicht haben.

Die Macht der Dinge setzt aber auch dieser Richtung eine gewisse Gränze; eine absolut abstrahirende Gestaltung des Stoffs ist praktisch nicht minder unausführbar, wie eine absolut localisirende. Das praktische Bedürfniß (utilitas) wird es mitunter erheischen, daß die abstracte Regel zu Gunsten eines besonders eignethümlich gearteten Verhältnisses verlassen, die an sich allgemeine Frage also in Anwendung auf dieses Verhältniß local entschieden werde. Dies ist das *jus singulare* der Römer. Nicht das individuelle Recht schlechthin heißt so, also z. B. nicht die eignethümlichen Grundsätze der Consensual-Verträge im Gegensatz zu den Real-Contracten, sondern nur die *local* Abweichung von einem an sich allgemeinen Princip (ratio juris). Diejenigen Rechtsätze, die ihrer Natur nach nothwendig local, weil durch die Individualität dieser Species gegeben sind, enthalten keine Abweichung von einem Allgemeinen, weil es für sie kein Allgemeines gibt; sie sind *speciell*, aber nicht *singulär*. Ebenso wenig darf man von einem *jus singulare* sprechen, wo der ganze Stoff von vornherein localisiert ist, wie z. B. bei den Fristen der Verjährung.

Die Jurisprudenz kann das Allgemeine nur abstrahiren d. h. es herausholen, wo es ist, aber sie kann es nicht schaffen. Der Erfolg ihrer auf Gewinnung des Allgemeinen gerichteten Bemühungen ist daher wesentlich davon abhängig, wie das Recht selber von vornherein angelegt ist, ob in ihm, wie im römischen, von früh auf, mehr eine *centralisirende*, oder wie im deutschen, eine *localisirende* Richtung heimisch gewesen ist.

Auf jedem Gebiet der Erkenntniß erblickt und gewinnt der menschliche Geist früher das Concrete als das Abstracte. Darum erscheinen auch im Recht die concreten Parthien d. h. die Rechtsätze für einzelne Rechtsverhältnisse historisch ungleich früher ent-

wickelt als die abstracten Parthien. Bevor letztere in ihrer wahren d. h. allgemeinen Form von der Gesetzgebung oder Wissenschaft erkannt und ausgesprochen sind, haben sie nicht selten eine lange Vorgeschichte durchmachen, verschiedene Phasen zurücklegen müssen. Diese Entwicklungsgeschichte derselben gehört zu den interessantesten Erscheinungen auf dem Gebiete der Rechtsgeschichte, und es ist uns um so nöthiger dieselbe kennen zu lernen, als an ihr eine der wichtigsten Aufgaben und Operationen der juristischen Technik zu Tage tritt.

Die Erscheinung, die ich meine, und zu der uns nicht bloß die Geschichte des römischen, sondern eines jeden Rechts eine Reihe von Beispielen liefert, besteht darin, daß ein abstracter Gedanke ursprünglich erst in beschränkter Weise bei einem einzelnen Punkt, den ich den *historischen Durchbruchspunkt*⁴⁹⁵⁾ desselben nennen möchte, zum Vorschein kommt und erst nach und nach die Ausdehnung und Ausbreitung erlangt, die ihm seiner Natur nach gebührt. Auch die Gedanken haben um ihre Existenz zu ringen und nicht selten sich jeden Fußbreit Landes mühsam zu erkämpfen. Träten sie gleich in ihrer ihnen dermaleinst beschiedenen Allgemeinheit auf, man würde sie nicht verstehen und sich ihnen widersezen. Darum erscheinen sie in höchst bescheidenster Gestalt und begnügen sich anfänglich mit einem kleinen Gebiet, bis die Geister sich an sie gewöhnt und sie selbst in irgend einem Punkte Wurzel gefaßt, feste Gestalt und damit die Kraft zum weitern Vorschreiten gewonnen haben. Aber der Anspruch des Gedankens auf Allgemeinheit und damit die Inconsequenz, deren man sich durch diese

495) Nicht zu verwechseln mit dem Einfluß, den irgend ein besonderes Verhältniß, Interesse u. s. w. auf die Hervorbringung eines allgemeinen Rechtsatzes ausüben kann. Als historisches Motiv der Einführung der Codicille wird uns die *Abwesenheit* genannt (pr. I. de codicill. 2. 25. propter magnas et longas peregrinationes), allein das Institut ward nicht auf diese Voraussetzung beschränkt, es galt allgemein für Anwesende und Abwesende.

Beschränkung desselben auf ein einzelnes Verhältniß schuldig macht, kann sich auf die Dauer der Wahrnehmung nicht entziehen, denn die Consequenz ist eine Macht, die langsam, aber sicher, unbewußt, aber nicht minder wirksam im Geist fortarbeitet und längst empfunden und gefühlt ist, bevor sie erkannt wird. Darum kommt auch für jenen Gedanken unausbleiblich die Zeit, wo man fragt: warum gilt er bloß hier, warum nicht auch in dem und jenem völlig gleichartigen Verhältniß, eine Zeit, wo Manchem die seitherige Beschränktheit seiner Geltung nicht minder auffällig und verwunderlich erscheinen mag, als vor und zur Zeit seiner Einführung einem Andern der Versuch, ihn überhaupt, wenn auch nur in beschränktester Weise zuzulassen.

Ich will das Gesagte jetzt an einer tabellarisch geordneten Reihe von Beispielen aus dem römischen Recht erläutern. Die Columne links bezeichnet den Gedanken in seiner späteren reinen d. h. abstract allgemeinen Gestalt, die Columne rechts den Durchbruchspunkt desselben, bei dem er historisch zuerst in beschränkter Weise zum Vorschein gekommen ist.

1. Stellvertretung bei Obligationen.	Rhederei und Handel (act. exercit. und institoria).
2. Schutz der bona fidei possessio durch die act. Public. (Idee des relativ-bessern Rechts).	Verkauf und Tradition.
3. Die act. quanti minoris und red- hibitoria.	Sklaven- und Vieh- Handel.
4. Restitution bei Verlust durch un- verschuldete Versäumniß.	Abwesenheit.
5. Fixirung der gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen durch dolose Veräußerung der Sachen.	Hereditatis petitio.
6. Fingirte Erfüllung der Bedingung (§. 59, Anm. 235).	Bedingtes Vermächtniß der Freiheit.
7. Dinglicher Schutz des Pfandes.	Pachtverhältniß (act. Serviana).

Diese Beispiele ließen sich noch um viele vermehren, für unsern Zweck reichen jedoch die mitgetheilten vollkommen aus.

Worauf es mir vor allem bei dieser ganzen Erscheinung ankommt, ist, den Gedanken fern zu halten, daß es sich hier um etwas Zufälliges oder eine unvollkommene Entstehungsweise des Rechts handle. Zufällig ist weder die Erscheinung selbst im allgemeinen, denn es ist nichts als das allbekannte Gesetz des Werdens, das sich in ihr verwirklicht, noch ist es zufällig im einzelnen Fall, daß ein neuer Gedanke gerade bei diesem Punkt zum Durchbruch kommt. Die Gründe, welche dies bedingen, können verschiedener Art sein. Zunächst gehört dahin die größere Dringlichkeit des Bedürfnisses. Dasselbe tritt nicht überall sofort in gleicher Weise auf, es wird an dem einen Punkt früher oder stärker fühlbar als an dem andern; so z. B. das Bedürfniß nach Stellvertretung in der Rederei und beim Handel (Fall 1). Ein zweiter Grund ist die Leichtigkeit der legislativen Gestaltung des Gedankens in Richtung auf dieses bestimmte Verhältniß, wofür auf Fall 2 und 4 und, wenn ich noch andere Beispiele hinzufügen soll, auf die Priorität des Sachenbesitzes vor dem Quasibesitz, auf die ursprüngliche Beschränkung des *Ususfructus*, *Depositums*, der Miethe auf individuell bestimmte Gegenstände gegenüber der späteren Ausdehnung dieser Verhältnisse auf generisch bestimmte Sachen, auf die ursprüngliche Fassung des *damnum injuria datum* als eines *corpore corpori datum* u. s. w. verwiesen werden mag. Der Vollständigkeit wegen muß ich noch eines andern Grundes gedenken. Die beiden so eben angeführten setzen voraus, daß der Rechtsatz oder Gedanke von vornherein in allgemeiner Gestalt hätte auftreten können, d. h. daß ein weiterer Anwendungskreis, als auf den er sich beschränkte, für ihn vorhanden gewesen wäre. Nun ist aber auch der Fall möglich, und er ist im römischen Recht nicht selten, daß irgend ein Prinzip oder Begriff ursprünglich sich aus dem Grunde an ein besonderes Verhältniß angelehnt und in ihm localisiert hat, weil letzteres damals das einzige seiner Art war. Gattungs- und Artbegriff fallen hier ganz zusammen; was der

Gattung angehörte, kam in Gestalt der Species zu Tage. Nehmen wir beispielsweise den Gattungsbegriff des *jus in re aliena*. Eine Reihe von Rechtssätzen, die sich aus ihm ergeben, wie z. B. daß der Inhalt eines solchen Rechts nicht in Handlungen des Herrn der belasteten Sache bestehen kann, daß dasselbe durch Consolidation untergeht u. s. w., haben sich historisch zuerst an der *Servitut* entwickelt, weil letztere lange Zeit hindurch das einzige *jus in re* war. Manche dieser Sätze haben ihre ursprüngliche, auf die Species lautende Form noch beibehalten (z. B. *servitus in faciendo consistere nequit, nulli res sua servit*), obwohl diese enge Fassung für das neuere Recht gar nicht mehr zutrifft. Ähnlich verhält es sich mit dem Begriff der erbrechtlichen Universalsuccession. Im ältern Recht war die *hereditas* die einzige Art der Universalsuccession, der Gattungsbegriff konnte also nur an ihr entwickelt werden, die erbrechtlichen Regeln lauteten daher sämtlich auf die *hereditas*. Seit dem Aufkommen der *Bonorum Possessio* hätten sie diese Fassung wenigstens überall da, wo sie nicht etwas Specifisches der *hereditas*, sondern etwas der ganzen Gattung Gemeinsames betrafen, ablegen müssen, nichts desto weniger aber haben sie dieselbe auch im neuern Recht beibehalten.

Werfen wir schließlich noch einen Blick auf die Art und Weise, wie die Verallgemeinerung des Gedankens zu geschehen pflegt, so scheint diese Art der Fortbildung des Rechts vorzugsweise der Jurisprudenz vorbehalten zu sein. Im römischen Recht wenigstens sind, abgesehen von dem Fall, wo es sich um Verallgemeinerung eines ursprünglich nur einem einzelnen Stande verliehenen *Privilegiums* handelt, mir keine Fälle bekannt, in denen die Gesetzgebung sich selbst dieser Aufgabe unterzogen hätte. Die Operation, mittelst deren die Jurisprudenz dieselbe löst, ist unter dem Namen der *analogen Ausdehnung* allbekannt, sie dürfte jedoch durch den Zusammenhang, in den unsere Darstellung sie bringt, in ein helleres Licht getreten sein. Zunächst nämlich ergibt sich daraus die Berechtigung und Notwendigkeit derselben. So

lange in der Geschichte das Gesetz besteht, daß das Allgemeine nicht in allgemeiner, sondern in beschränkter Form zur Welt kommt, wird auch das Bedürfniß der analogen Ausdehnung bestehen; die Natur selbst macht hier eine mäeutische Hülfslistung des Juristen nothwendig. Es ergibt sich ferner hieraus die Möglichkeit einer genaueren Bestimmung des Begriffs und damit der Gesetze der analogen Ausdehnung. Der Begriff läßt sich dahin bestimmen, daß diese Operation nichts ist als die Ablösung des seiner Natur und Bestimmung nach Allgemeinen von seiner localen historischen Erscheinungsform. Sie beruht also auf einer Analyse des historisch zur Einheit eines Instituts vereinigten Rechtsstoffes, und zwar besteht die Aufgabe darin, diejenigen Bestandtheile (Rechtsätze), welche lediglich aus dem eigenthümlichen Zweck und Begriff dieses Instituts fließen, rein der Species angehören (absolut=localer Bestandtheile), von denjenigen zu trennen, welche nur in und an diesem Institut zur Erscheinung gekommen, ihrem Wesen nach aber abstracter Art sind (historisch=local). Der Gedanke, welcher der act. exercit. und instit., der publiciana, der redhibit. und quanti minoris zu Grunde lag, war ein allgemeiner, und als die Juristen diese Klagen auf andere analoge Verhältnisse erstreckten, dehnten sie denselben nicht sowohl aus, als daß sie ihn in seiner wahren Gestalt erkannten und ihn von seiner zu engen historischen Ausdrucksform befreiten. Die Jurisprudenz überhebt sich hierbei nicht, sie greift nicht in die Rechte des Gesetzgebers ein, sie schafft nicht, sondern sie übt nur eine höhere Kritik und Interpretation, eine Kritik und Interpretation nicht der Worte, sondern des legislativen Gedankens. Allerdings erfordert diese Operation eine größere Geschicklichkeit der Abstraction und ein feineres Unterscheidungsvermögen als die gewöhnliche Interpretation, und Mißgriffe sind hier nach beiden Seiten möglich, nämlich sowohl daß zu viel als daß zu wenig gethan wird d. h. daß man fälschlich die wesentlich=localen Bestandtheile für abstracte und umgekehrt die abstracten für wesentlich=local erklärte. Was den ersten Mißgriff anbetrifft, so ist er

wenigstens regelmä^ßig⁴⁹⁶⁾ kaum zu befürchten, schon darum weil es bequemer und sicherer ist, bei dem unmittelbaren Inhalt des Gesetzes stehen zu bleiben. Was den zweiten anlangt, so ist er nicht bloß verzeihlich, sondern, wie bereits bemerkt, historisch-nothwendig; so wenig wie der Gesetzgeber sich einen neuen Gedanken sofort in seiner ganzen Allgemeinheit denken kann, ebenso wenig auch die Jurisprudenz. Auch für sie gehört erst eine längere Zeit der Gewöhnung dazu, bis sie ihn in seiner abstracten Allgemeinheit zu denken lernt und den Muth gewinnt, ihm dieselbe auch praktisch zu vindiciren. Das gilt nicht bloß für die niederen Stufen der Jurisprudenz, sondern eben sowohl für uns trotz aller unserer Bildung und philosophischen Auffassung, denn auch unsere Erkenntniß steht unter dem Gesetz des Werdens. Die analoge Ausdehnung ist daher in der Regel nicht die That eines Individuums, sondern das Werk eines Jahrhunderts, das Resultat eines langsameⁿ Umschwungs in der Anschauung. Darin liegt die sicherste Garantie gegen eine Uebereilung bei derselben; wenn ihre Zeit noch nicht gekommen, so findet sie kein Verständniß und keine Billigung; ist letzteres der Fall, so darf man des ersteren sicher sein.

Die Ausführung der letzten Seiten knüpfte an den obigen Gegensatz der localisirenden und abstracten Rechtsproduction an, auf letztere aber führte uns der Nachweis der Möglichkeit einer Zersetzung des Rechtsstoffes. Wir kehren jetzt zu unserm ursprünglichen Ausgangspunkt, der Verwirklichung der Idee des Alphabets im Recht, zurück.

496) Bei der späteren Form der römischen Rechtsbildung durch kaiserliche Rescripte war die Gefahr einer ungehörigen Generalisirung d. h. einer Ausdehnung rein individueller, lediglich für den concreten Fall bestimmter Entscheidungen (constitutiones personales) allerdings ungleich größer, aber nicht die Jurisprudenz verschuldet sie, sondern die Willkür, mit der die Kaiser das Recht als Gnadsache behandelten. In dem Verbot einer analogen Benutzung ihrer Rescripte sprachen sie sich selbst das Urtheil.

Nehmen wir an, daß die Zersetzung des Rechtsstoffes in der angegebenen Weise vollkommen gelungen ist, so stellt sich das Recht dar als eine Summe von einfachen, nicht weiter aufzulösenden Elementen, die wie die Buchstaben sich zu zusammengesetzten Einheiten vereinigen können und uns wie sie in Stand setzen, alle, auch die complicirtesten und ungewöhnlichsten Combinationen des Lebens zu entziffern. Wir wollen diese Beschaffenheit, Brauchbarkeit und Benutzung dieses Rechtsalphabets unter beständigem Hinblick auf das der Sprache etwas näher erläutern.

Dasselbe besteht aus Bestandtheilen doppelter Art, aus Begriffen und Rechtssätzen von localer und von abstracter Anwendbarkeit. Erstere lassen sich, da sie als solche im Leben ohne weiteren Zusatz vorkommen können, auch als selbständige oder concrete Rechtskörper bezeichnen. Beispiele gewähren der Kaufcontract, die Weggerechtigkeit, das Testament. Die abstracten hingegen gelangen nie für sich allein zur Erscheinung, so wenig wie eine Eigenschaft, sondern immer nur in und an selbständigen Körpern. Beispiele gewähren der Irrthum, die Nichttigkeit, die Mora. Ein Irrthum als solcher d. h. unabhängig von einem concreten Rechtsverhältniß, eine Mora als solche d. h. ohne Beziehung auf eine bestehende Obligation ist ein praktisches Unding, beide müssen sich mit selbständigen Körpern verbinden. Wenn wir den Vergleich mit den Buchstaben hierauf ausdehnen wollen, was aber in anderer Beziehung leicht irre führen kann, so können wir die abstracten die Consonanten, die concreten die Vocale nennen. Hiermit hängt ein anderer Unterschied derselben zusammen. Die abstracten Elemente nämlich haben eine ungleich größere Anwendbarkeit, weil sie nicht an ein einzelnes Verhältniß gebunden sind; der Irrthum z. B. kann bei einem Contract, einer Tradition, einer Zahlung, einem Legat u. s. w. vorkommen. Die selbständigen hingegen betreffen immer nur ein ganz specielles Verhältniß, sie sind räumlich ungleich beschränkter. Obgleich sie nun insofern sich weniger mit Buchstaben, als etwa mit Zeichen

für ein ganzes Wort, stereotypirten Wörtern, vergleichen ließen, so üben doch auch sie die wesentliche Function der Buchstaben aus d. h. sie können sich nicht bloß mit den abstracten, sondern auch unter sich zu einem zusammengesetzten Rechtsverhältniß verbinden, die oben genannten (Testament, Weggerechtigkeit, Verkauf) also z. B. in der Weise, daß ein Testator seinem Erben auferlegt, dem Nachbar gegen Zahlung einer gewissen Summe eine Weggerechtigkeit zu verkaufen.⁴⁹⁷⁾ Auch bei ihnen also realisirt sich die Idee des Alphabets d. h. die Bildung des Zusammengesetzten aus einfachen Elementen, auch bei ihnen müssen wir, um das Verhältniß zu entscheiden, lesen d. h. es in diese einfachen Bestandtheile auflösen.

Vergleichen wir nun unser Rechtsalphabet mit dem der Sprache, so steht es zunächst darin hinter letzterem weit zurück, daß die Buchstaben desselben theilweise eine ungleich beschränktere Anwendbarkeit besitzen als die der Sprache. Mit letzteren lassen sich in dieser Beziehung nur unsere abstracten Elemente des Rechts in Parallele bringen. Schon aus diesem Grunde muß die Zahl der Buchstaben dort ungleich größer sein als hier, es gesellen sich aber noch andere Gründe hinzu, namentlich der, daß das Alphabet des Rechts ungleich genauer und exakter ist und sein muß als das der Sprache. Wenn letzteres mit so außerordentlich wenig Zeichen ausreicht, so beruht das zum großen Theil auf der Ungenauigkeit, mit der die Sprachlaute wiedergegeben werden. Wie viele Zeichen wären erforderlich, wenn all die feinen Schattirungen und Nuancen namentlich in der Aussprache der Vocale ange deutet werden sollten! Die Schrift gewährt nur eine sehr rohe Reproduction der Sprache, genügend für den, der die Aussprache kennt, für den aber, der letztere darnach lernen wollte, durchaus unzureichend. Rücksichtlich des Rechts gilt für die niederen Stufen allerdings ganz dasselbe (Bd. 1 S. 28—32), das geschriebene Recht gewährt auch hier nur einen sehr ungenauen

497) L. 44 i. f. de solut. (46. 3) . . . damnatus, ut venderet.

Anhaltspunkt für das Sprechen des Rechts, allein ich brauche kaum zu bemerken, daß die mögliche Congruenz zwischen dem Schreiben oder Setzen des Rechts und dem Recht-Sprechen gerade eins der Ziele aller Entwicklung des Rechts bildet. Soll Recht gesprochen werden, wie es geschrieben ist, so muß es auch geschrieben werden, wie gesprochen werden soll. Für die Sprache hat jene mögliche Congruenz, wenigstens was den Inländer anbetrifft, keine praktische Bedeutung, für das Recht die äußerste. Darum also kann die Sprache ungenau, das Recht aber nicht exact genug verfahren, und so erklärt es sich, daß erstere mit einer kleinen Zahl von Buchstaben ausreicht, während letzteres eine große Zahl nöthig hat.

Aus dieser Verschiedenheit beider rücksichtlich des Maßes der von ihnen beiden angewandten Genauigkeit ergibt sich ein fernerer Unterschied zwischen ihnen. Während nämlich das Alphabet der Sprache vollkommen abgeschlossen ist und mithin trotz aller Umwandlung der Sprache dasselbe geblieben ist und bleiben wird, da es eben die feineren Nuancen in der Aussprache nicht wieder gibt; während dasselbe ferner sich nicht auf eine einzelne Sprache beschränkt, sondern für ganze Sprachfamilien im wesentlichen dasselbe ist, kann das des Rechts auf eine gleiche von Zeit und Ort, von der Geschichte und Nationalität unabhängige Geltung keinen Anspruch machen. Man könnte mir einwenden, daß es doch auch im Recht Grundbegriffe von absoluter Wahrheit gebe, seien es auch nur juristisch-logische Kategorien, oder rein formale Begriffe wie z. B. der Begriff der juristischen Unmöglichkeit, der Gegensatz der Nichtigkeit und Aufsehbarkeit, des Rechts und der Ausübung, des Irrthums im Object und in den Beweggründen u. s. w., und daß dieselben daher, bei welchem Volk sie immerhin zuerst entdeckt und ausgebildet worden seien, dennoch nicht dem Rechtsalphabet dieses Volks angehörten, sondern einem supernationalen, universellen, absoluten. Allein so sehr ich die absolute Wahrheit dieser Begriffe und damit die Möglichkeit eines universellen Rechtsalphabets zugebe, so darf

man doch nicht außer Acht lassen, daß dieselben rein formaler Art sind, und daß wir es mittelst ihrer mithin nicht über eine formale juristische Logik (deren hohen didaktischen Werth ich übrigens nicht bestreiten will) hinaus bringen würden. Die praktische Gestaltung, die substantielle Ausfüllung derselben würde immer noch eine Sache des positiven Rechts bleiben. So ist z. B. jener Unterschied rücksichtlich des Irrthums ein begrifflich nothwendiger und ganz geeignet die juristische Denkfähigkeit zu üben, allein ob dem Irrthum überall eine praktische Beachtung zu Theil werden und, wenn dies, ob sie bloß dem Irrthum in dem Object oder auch dem Irrthum in den Motiven geschenkt werden soll, das ist Sache positiver Rechtssatzung, und wenn letztere die erstere Frage verneint oder das zweite Glied der zweiten Frage bejaht, so ist der Unterschied selbst für dieses Recht nicht vorhanden, weil nicht praktisch. So war z. B. der Gegensatz der Nichtigkeit und Ansehbarkeit im ältern Recht gar nicht vorhanden, da dasselbe die Ungültigkeit ausschließlich in der Form der Nichtigkeit vermittelte. Es steht also mit jenen Begriffen so, daß das Absolute daran etwas rein Formales, das Praktische daran etwas rein Positives ist. Allerdings kann diese positiv-praktische Gestaltung eine so verständige, zweckmäßige sein, daß man ihr da, wo sie einmal gilt, gern eine ewige Dauer und selbst eine universelle Verbreitung prognosticiren möchte, allein nichts desto weniger müssen wir sie doch als etwas Positives und mithin dem Wechsel der Ansichten und Dinge Unterliegendes bezeichnen.

Unser praktisches Rechtsalphabet ist daher etwas Positives, Historisches, und die Geschichte eines jeden Rechts bestätigt dies. Es ändern sich nicht bloß die Rechtsätze, sondern mit ihnen auch die Begriffe und Institute, und es ändert sich nicht bloß die Beschaffenheit und Bedeutung unserer vorhandenen Rechts-Buchstaben, sondern die Zeit bringt uns völlig neue und streicht die alten aus. Wie sehr aber dennoch ein einzelnes Rechtsalphabet bei aller seiner Positivität den Einflüssen von Zeit und Ort zu trozen vermag, davon gibt uns das römische ein

schlagendes Beispiel. Die praktische Gestaltung des Eigenthums, der Servitut, Obligation u. s. w. im römischen Recht und mit-hin auch die begriffliche Construction des Stoffs von Seiten der römischen Juristen ist römisch, wie sehr man auch in der Ver-ehrung vor dem römischen Recht sich oft dagegen verschlossen und in erklärlicher Selbstdäuschung sich das Römische als das Abso-lute zu deduciren versucht hat. Aber wie lang hat dies Römische vorgehalten! Die aufgeführten Begriffe gelten heutzutage im we-sentlichen fast ebenso, wie vor anderthalb Jahrtausenden, und, was mehr ist, das römische Recht bietet uns selbst für Verhältnisse und Fragen, die erst die moderne Welt gebracht hat, vielfach völlig ausreichende Entscheidungsnormen. Erklärlich genug, daß der Glaube an den absoluten Charakter des römischen Rechts, jene Idealisirung desselben zu einer *ratio scripta*, einer geoffenbarten Vernunft in Dingen des Rechts, schon so früh Wurzel schlagen und sich bei einzelnen Schwärmern selbst bis auf den heutigen Tag erhalten konnte!

Daß nun trotz der angegebenen Verschiedenheiten zwischen dem Rechts- und Sprach-Alphabet ersteres dennoch den Namen eines Alphabets verdient, bedarf wohl keiner Bemerkung. Will man es einen Vergleich nennen, so gibt es wenigstens keinen, der treffender wäre und geeigneter, dem Unkundigen das Wesen und Walten der analytischen Kraft im Recht mit Einem Worte zu veranschaulichen. So einfach und natürlich aber selbst einem Laien die Sache mittelst dieses Vergleichs erscheinen wird, so kann ich doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß im Grunde der Laius für jene Methode der Zersetzung, die ihm bei der von mir gewählten Einkleidung so natürlich erscheint, von vornherein nicht bloß kein Verständniß besitzt, sondern sich zu ihr entschieden antipathisch verhält. Denn jene Methode ist die reine Negation seiner eignen Anschauungs- und Gefühlsweise, sie ist berechnet darauf, der Herrschaft des Rechtsgefühls ein Ende zu machen. Das Charakteristische der Auffassungsweise des Laien, möge es sich um das abstracte Recht oder um die Beurtheilung eines einzelnen Rechts-

verhältnisses handeln, besteht in dem **Nicht-Scheiden**, oder positiv ausgedrückt in der **Hingabe an den Totaleindruck**.⁴⁹⁸⁾ Alle jene einzelnen Elemente, Seiten, Beziehungen eines Rechtsinstituts oder Rechtsfalles, die sich dem juristischen Auge als **einzelne** darstellen, fließen für ihn zusammen, und die Gesamtwirkung, die der Gegenstand auf sein Gefühl ausübt, der **Totaleindruck** dieses Bildes ist es, der sein Urtheil bestimmt. Der Laien wird es unbegreiflich finden, daß der Jurist ein Institut des Lebens, in dem er, der Laien, Ein organisches Ganze erblickt, und das ihm jedenfalls als eine gegebene Thatsache des Lebens eines weiteren Suchens nicht mehr bedürftig erscheint, mühsam in einzelne Atome auflöst und es sodann erst aus ihnen wieder zusammensetzt. Wenn ein Kläger, der einen durchaus begründeten Anspruch hat, eine unvortheilhafte Wahl der Klage trifft z. B. statt der act. in pers. eine act. in rem, so prüft der Richter lediglich, ob die Voraussetzungen dieser Klage vorhanden sind, und weist mithin im Vereinigungsfall den Kläger mit dieser Klage ab, ungeachtet aus den Verhandlungen sich ergibt, daß der Anspruch des Klägers, wenn er mit einer andern Klage geltend gemacht werden sollte, durchaus begründet ist. Dies wird dem Laien höchst anstößig erscheinen, und doch ist es nichts als eine einfache **Scheidung** der Gesichtspunkte und eine Beschränkung auf denjenigen, den der Kläger selbst für die Beurtheilung des Falles als maßgebend erklärt hat.

Wie wenig das Wesen der zerlegenden Methode zur Zeit noch von Seiten der Wissenschaft begriffen ist, hat sich namentlich

498) Der Gegensatz der Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses nach Weise des Juristen und Laien ist schon von Tryphonin in der L. 31 §. 1 Depon. (16. 3) ausgesprochen. Er unterscheidet hier 1. si per se dantem accipientemque intuemur (wenn wir die verschiedenen Verhältnisse zwischen den zwei Gebern und Empfängern unterscheiden), haec est bona fides etc., 2. si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur (wenn wir das Gesamtverhältnis und das schließliche Endresultat ins Auge fassen).

in dem Streit über den Gegensatz des römischen und deutschen Rechts kundgegeben. Zwei heutige Rechtsphilosophen⁴⁹⁹⁾ haben den Mangel des römischen Rechts darin zu finden geglaubt, daß es demselben an „Organismen, organischen Gestaltungen, einem positiven Prinzip organischer Gestaltung“ u. s. w. gefehlt habe. Worauf aber beruht diese Behauptung? So lange die juristisch-zersetzende Kraft sich an einem Rechtsinstitut noch nicht betätigkt hat, macht uns dasselbe nothwendig den Eindruck eines „Organismus;“ alles greift in schönster Weise in einander, rechtliche und ethische Momente, Form und Inhalt, dingliches und obligatorisches Element u. s. w. So wie aber die Jurisprudenz sich des Instituts bemächtigt und ihre Pflicht und Schuldigkeit daran thut, ist es, ohne daß sich an dem realen, praktischen Bestande desselben das Geringste änderte, um jenes poetische „Verwachensein,“ „Sich=organisch=Durchdringen“ u. s. w. geschehen; die schöne Blume ist dahin, und wir haben statt dessen Stickstoff, Sauerstoff u. s. w. Das eine Element des Instituts gelangt im System hierhin, das andere dorthin.⁵⁰⁰⁾ Wenn nun das deutsche Recht uns Organismen, das römische aber Atome oder Elemente bietet, so ist das nicht sowohl eine Verschiedenheit der beiden Rechte — oder sollte etwa z. B. die Vormundschaft im römischen Leben weniger eine „organische Einheit“ gewesen sein, als bei uns? — sondern eine Verschiedenheit der wissenschaftlichen

499) Stahl in der als Anhang zum zweiten Bande seiner Rechtsphilosophie aufgenommenen Abh. über den Werth des röm. Privatrechts (Ausl. 2 S. 400) und Röder, Grundgedanken u. Bedeutung des röm. u. germ. Rechts, Leipzig 1855.

500) z. B. beim Pfandrecht das dingliche ins Sachenrecht, das obligatorische, der contractus pignoralitius ins Obligationenrecht. So muß man die einzelnen Elemente der Vormundschaft aus den verschiedensten Theilen des Systems zusammensuchen: die Handlungsfähigkeit der bevormundeten Personen und den Begriff und die Arten der Stellvertretung im allgemeinen Theil, das Pfandrecht am Vermögen des Vormunds im Pfandrecht, die reiv. util. gegen ihn beim Eigenthum, das obligatorische Verhältniß im Obligationenrecht oder Familienrecht.

Behandlung beider. Die positive Jurisprudenz statuirt keine Organismen, so wenig wie die organische Chemie — sie löst sie auf.

Dem obigen Vorwurf gegen das römische Recht scheint die Idee zu Grunde zu liegen, als ob jene Rechtsatomistik nicht eine bloß juristische, sondern eine reale gewesen, als ob der römische Geist eine Abneigung gegen alles Zusammengesetzte, Gemischte, oder was man sonst unter organisch versteht, gehabt habe.⁵⁰¹⁾ Allein die zerstrende Kraft des römischen Geistes zersterte doch nicht die Dinge, sondern nur die Begriffe, und nicht um das praktische Bestehen von Organismen zu verhindern, sondern um das selbe zu sichern.

2. Die logische Concentration.

Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs — das logische Centrum und die Peripherie — innere Erweiterung des Princips in der historischen Form einer Ausnahme.

Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur, quibus implantur juris consultorum libri. Cic. de leg. II. 19.

XL. Die gegenwärtige Operation verfolgt, wie oben bemerkt ward, denselben Zweck, wie die vorhergehende, aber auf gerade entgegengesetztem Wege, statt durch Zersetzen durch Verbinden und Zusammendrängen. Sie ist keine specifisch juristische Operation, sondern die allgemein logische der Abstraction eines Princips aus gegebenen Einzelnheiten, die Substituirung einer andern, intensiveren logischen Ausdrucksform.

Wir können die Aufgabe in etwas anderer Weise auch so

501) Als praktische Moral, die ich mir erlauben möchte aus jenem Irrthum zu ziehen, stehe hier die Bemerkung, die ich namentlich allen Rechtsphilosophen, welche keine Juristen sind, dedicirt haben will: daß selbst eine rein ethische Würdigung eines bestimmten Rechts nicht möglich ist ohne Kenntniß der Technik.

fassen: es handelt sich hier um die Zusammendrängung des äußern Volumens einer Masse Rechtsstoff, die das positive Recht für irgend ein bestimmtes Rechtsverhältniß producirt hat. Dies Volumen bestimmt sich nicht bloß oder auch nur vorzugsweise nach der Wichtigkeit des Verhältnisses, nach der Menge von Fragen, die bei demselben zu beantworten sind, kurz nach einem objectiven Moment, sondern eben sowohl nach dem rein subjectiven Moment der Geschicklichkeit des Antwortenden. Wer es versteht, richtet mit Einem Wort ebenso viel aus als ein Anderer mit hundert.

Kürze ist eine der unschätzbarsten Eigenschaften des Gesetzgebers. Die Kürze liegt aber nicht in der kleinen Zahl der Worte, die das Gesetz zählt, sondern in der Tragweite derselben, in der Fruchtbarkeit des aufgestellten Princips. Wir können uns denken, daß dasselbe Verhältniß, zu dessen legislativer Gestaltung dieses Gesetz eine Menge einzelner, auf keinem Princip beruhender Bestimmungen erlassen hat (casuistische Gestaltung) in einem andern Gesetzbuch mittelst eines einzigen Princips ganz erschöpfend normirt ist (principielle Gestaltung). Bei jener ersten Art ist der Jurisprudenz die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs nicht gegeben; ⁵⁰²⁾ Einzelheiten, die keinem Princip entstammen, lassen sich auch nicht auf ein solches zurückführen. Ebenso wenig aber würde ihr diese Möglichkeit geboten sein, wenn der Gesetzgeber selbst das Princip bereits in seiner ganzen Schärfe und Bestimmtheit ausgesprochen hätte; es ist jedoch dafür gesorgt, daß es der Jurisprudenz in dieser Beziehung nicht an Arbeit fehlt.

Die Möglichkeit einer Concentrirung des gesetzlichen Stoffs durch die Jurisprudenz setzt voraus, daß der Gesetzgeber ein Prin-

502) Dasselbe gilt, wenn der Gesetzgeber uns ausnahmsweise die Abstraction eines Princips da, wo sie an sich möglich wäre, ausdrücklich verboten hat, wie dies z. B. Justinian bei den Enterbungsgründen der Nov. 115 gethan hat.

cip gehabt und angewandt hat, ohne dasselbe als solches unmittelbar erkannt oder ausgesprochen zu haben. Die Geschichte lehrt uns, daß dies nicht bloß nichts seltenes, sondern sogar der gewöhnliche Fall ist, und um so weniger kann dies bei dem Gesetzgeber befremden, als ja auch die Wissenschaft darin nur zu oft das Schicksal desselben theilt; auch bei ihr ist das Gefühl oft um Jahrhunderte der Erkenntniß voraus. So wird es möglich, daß ein Princip, bevor es in seiner wahren Gestalt erkannt und ausgesprochen wird, oft bereits die längste Zeit bestanden, ja vielleicht zu bestehen aufgehört hat.

Die einzelnen Rechtssätze, in denen der Gesetzgeber unbewußt ein Princip zur Anwendung bringt, verhalten sich zu letztem, wie einzelne Punkte in der Kreislinie zum Centrum. Das Princip ist der Punkt, den der Gesetzgeber sucht, aber so lange es ihm noch nicht gelungen sich seiner zu bemächtigen, ist er gezwungen, ihn zu umkreisen, ihn mittelst einzelner casuistischen Bestimmungen mehr und mehr einzuschließen. Ebenso wie er, irrt auch die Wissenschaft in der Peripherie herum, bevor sie das Centrum gefunden hat; je weiter sie vom Centrum entfernt ist, je länger ist der Weg, den sie zurücklegt d. h. desto breiter, complicirter die Darstellung des betreffenden Gegenstandes. Mit jedem Schritt, um den sie sich dem Centrum nähert, wird der Kreis enger, der Weg kürzer d. h. nimmt die Zahl ihrer Lehrsätze ab, der Gehalt zu, bis sie im Centrum selber die ganze Masse des Stoffs mit einem Princip beherrscht.

Aber nicht bloß die Concentrirung des bereits vorhandenen Stoffs ist es, was die schließliche Auffindung des Princips für die Wissenschaft so wichtig macht, sondern es gesellt sich noch der Vortheil hinzu, daß in dem gefundenen und erkannten Princip zugleich eine Quelle neuer Rechtssätze d. h. aller in ihm enthaltenen Consequenzen erschlossen wird. Denn zur vollen Entfaltung seiner logischen Kraft, dem Hervortreiben seines ganzen Inhalts in Form der einzelnen Consequenzen gelangt jeder Gedanke erst, wenn er in seiner wahren Gestalt erkannt und erfaßt worden ist.

Der von uns gewählte Vergleich der Abstraction des Princips mit der Auffindung des Centrums bei gegebener Peripherie könnte leicht zum Glauben verleiten, als sei diese Operation eine höchst einfache. Allein, wenn ich im Bilde bleiben soll, so ist zunächst die Peripherie von Rechtssätzen, mit denen der Gesetzgeber das Princip eingeschlossen, keineswegs immer eine regelmäßige, es kommen vielmehr Abweichungen vor, die uns auf eine falsche Bahn locken können, und sodann tragen die einzelnen Rechtssätze, selbst wenn sie in der That einem einzigen Princip entstammen, nicht immer ihre Abstammung und Verwandtschaft offen zur Schau, ja sie können umgekehrt einer unbefangenen Betrachtung so heterogen erscheinen, daß der Gedanke an ihre Zusammengehörigkeit gar keinen Raum findet. Was hat z. B. die hereditatis petitio mit den possessorischen Interdicten zu thun? Und doch beruhen beide auf einer und derselben Idee.^{502a)} Für die Ersitzung gilt die Regel, daß sie schon mit dem Anfang, für die Verjährung, daß sie erst mit dem Ende des letzten Tages beendet ist. Scheinbar zwei ganz verschiedene Regeln, in Wirklichkeit aber nur Ausflüsse eines und desselben Gedankens.

Die meisten Schwierigkeiten aber dürfte die Aufgabe in dem Fall haben, wenn der Gesetzgeber das Princip theilweise beachtet, theilweise verlassen hat. Von vornherein wissen wir nicht, ob dies geschehen, werden wir also auch hier zunächst versuchen, das gesammte Material auf ein einziges Princip zurückzuführen. Aber gesetzt, wir sind zu der Ueberzeugung gelangt, daß dies unmöglich, daß sich hier vielmehr zwei Gedanken kreuzen oder bekämpfen, daß der eine die Regel, der andere die Ausnahme in sich schließe: was ist Regel, was ist Ausnahme, und ist überhaupt noch an Eine Regel zu denken, oder ist das Ganze nicht vielmehr völlig zwiespältig?

Es ist auch der entgegengesetzte Fall möglich, daß eine Bestimmung sich fälschlich als Ausnahme gibt, die es in der That

502a) S. meine Abh. in den Jahrb. für Dogmatik B. 9 S. 72.

nicht ist, sich vielmehr durch eine richtigere Fassung des Princips beseitigen läßt. ^{502b)} Ja es ist sogar nicht ungewöhnlich, daß ein Rechtssatz historisch d. h. dem bisherigen Recht gegenüber eine wirkliche Ausnahme begründet, während doch im Grunde mit dieser Ausnahme nur das bisherige Princip modifizirt worden ist, so daß es also nur einer andern Fassung desselben bedarf, um den Gegensatz der Regel und Ausnahme darin aufzugehen zu lassen. So enthält z. B. in meinen Augen die Zulassung des Besitzes bei Kindern, Wahnsinnigen und juristischen Personen Seitens der römischen Jurisprudenz unter der scheinbaren Form einer Ausnahme von einer der obersten Regeln des Besitzes in Wirklichkeit nur den Durchbruch der vollen und wahren Besitzidee. ^{502c)} Die Ausnahme ist häufig nur die Form in der die Regel selbst sich erweitert, vervollkommenet. In diesem Fall verlockt uns die Geschichte selber zum Irrthum. Jahrhunderte lang figurirt als Regel und Ausnahme, was in der That gemeinschaftlich unter ein und dasselbe höhere Princip fällt. Das Darlehn erforderte ursprünglich, daß der Schuldner unmittelbar vom Gläubiger das Eigenthum erwarb. ⁵⁰³⁾ Als nun die Praxis in mehreren Punkten diesen Satz verlassen hatte, erschien diese Abweichung der alten Regel gegenüber als Ausnahme, und als solche erkannten auch die späteren römischen Juristen sie an. ⁵⁰⁴⁾ Allein hinter der Ausnahme versteckte sich nur eine Erweiterung des Begriffs oder Princips des Darlehns selber, nämlich die: daß das Darlehn nicht mehr den Uebergang des Eigenthums von

502b) Als Beispiel diene die symbolische Tradition des österreichischen Gesetzbuchs, welche sich selber als Ausnahme von den Grundsätzen der regulären Tradition bezeichnet, in Wahrheit aber nur eine Anwendung des richtig erfaßten Traditionsbegriffs ist. S. Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. u. gemeinem Recht, Wien 1867, S. 213.

502c) S. die citirte Abh. S. 73, 133 – 135.

503) L. 34 pr. Mand. (17. 1) . . nummi, qui mei erant, tui fiunt.

504) L. 15 de R. Cr. (12. 1) Singularia quaedam recepta sunt etc.

dem Einen auf den Andern, sondern den (also auch mittelbar an d. h. durch Eigenthumsübertragung von Seiten eines Dritten vermittelten) Uebergang von einem Vermögen in ein anderes Vermögen (Verringerung des einen und Vermehrung des andern dem Werth nach) zur Voraussetzung hat. Ein anderes Beispiel gewährt die Vermögensfähigkeit der Hauskinder gegenüber der patria potestas. Sie fiel historisch unter den Gesichtspunkt einer Ausnahme; der erste Fall derselben (peculium castrense) enthielt eine so bedeutende Abweichung vom bestehenden Recht, wie kaum ein anderes Beispiel zu finden sein dürfte. Im justinianeischen Recht aber ist die Ausnahme Regel und die Regel Ausnahme geworden, und das dogmatische Resultat lässt sich hier in das Princip fassen: die Kinder sind vermögensfähig und mit Ausnahme des Vaters allen Personen gegenüber erwerbsfähig.

3. Die juristische Construction.

Die naturhistorische Anschauungsweise des Rechts — der juristische Körper — allgemeine Schilderung desselben — Gewinnung desselben durch die juristische Construction — die drei Gesetze derselben (positives, logisches, ästhetisches) — technischer Werth der naturhistorischen Methode.

XLI. Unsere heutige Jurisprudenz hat zwei Lieblingsausdrücke — beide erst seit etwa einem Menschenalter aufgebracht, aber dann schnell in Gebrauch gekommen, beide für sie gleich charakteristisch, der eine für ihre Richtung in der Rechtsgeschichte, der andere für ihre Richtung in der Dogmatik — die Ausdrücke organische Rechtsentwicklung und juristische Construction. Der ganze Umschwung, der in unserer Wissenschaft seit den letzten fünfzig Jahren eingetreten, lässt sich mit diesen beiden Worten angeben; sie dürfen die Lösungsworte der Jurisprudenz des neunzehnten Jahrhunderts genannt werden.

Es geht aber mit diesen Lösungsworten wie mit so vielen anderen, Feder gebraucht sie, ohne sich über den damit zu verbin-

denden Sinn genaue Rechenschaft zu geben, und hinsichtlich desjenigen dieser beiden Begriffe, der uns hier allein interessirt, der juristischen Construction, ist dies auch kaum anders möglich, da die Wissenschaft meines Wissens bisher noch nicht einmal den Versuch gemacht hat, denselben annähernd zu bestimmen, geschweige eine Theorie der juristischen Construction aufzustellen. Ich meinerseits kann mich dieses Versuchs nicht überheben, da er uns die nöthigen Vorkenntnisse zum Verständniß der römischen Jurisprudenz verschaffen muß, so sehr ich es andererseits bedauere, daß ich bei dem gänzlichen Mangel aller Vorarbeiten mich länger bei diesem Punkt verweilen muß als mir lieb ist. Es schiene nun am natürlichensten, zunächst festzustellen, was der Sprachgebrauch unter diesem Ausdruck versteht. Ich werde jedoch einen andern Weg einschlagen, bei dem wir die juristische Construction vorläufig aus den Augen verlieren, um erst späterhin zu ihr zurückzukehren. Der Weg wird sich hinterher von selbst rechtfertigen.

Die höhere Jurisprudenz

oder

die naturhistorische Methode.

Die regelmäßige Form, in der das Recht in den Gesetzen zum Vorschein kommt, ist die eines Verbots oder Gebots, kurz einer Vorschrift, Regel. Dieselbe charakterisiert sich als die unmittelbar praktische d. h. imperativische Form des Rechts. Ob das Imperativische im Ausdruck selbst liegt, ist gleichgültig, es liegt in der Sache, in dem Gedanken; in dem Munde des Gesetzes hat das „Ist“ die Bedeutung des „Seinsollens“ (z. B. die Klage ist verjährt mit 2 Jahren = soll verjährt sein). Diese Erscheinungsform des Rechts nenne ich die niedere. Man könnte sie auch, da Form und Inhalt sich hier noch decken, die natürliche, naive nennen. Sie ist historisch die erste, frühere, aber eben darum auch die unvollkommenere.

So lange nun die Jurisprudenz dem Stoffe diese seine Gestalt läßt, ihn also durch die Behandlung, die sie ihm zu Theil werden läßt, nicht innerlich umgestaltet, specificirt, paßt das Prädicat „nieder“ auch auf sie, und ich scheide demgemäß wie zwischen niederer und höherer Erscheinungsform des Rechts, so auch zwischen niederer und höherer Jurisprudenz.

Die Thätigkeit der niederen Jurisprudenz läßt sich mit einem Wort als Interpretiren bezeichnen. Die Aufgabe der Interpretation besteht darin, den Stoff aus= (auseinander) zu legen, die scheinbaren Widersprüche zu beseitigen, die Dunkelheiten, Unbestimmtheiten zu heben, den ganzen Inhalt des gesetzgeberischen Willens zu Tage zu fördern, namentlich also auch aus den gegebenen einzelnen Bestimmungen das ihnen zu Grunde liegende Princip und umgekehrt aus dem gegebenen Princip die Consequenzen abzuleiten. Die Interpretation ist keine specificisch juristische Operation — jede Wissenschaft, deren Quellen Urkunden sind, hat zu interpretiren — und darum gewinnt auch der Stoff selbst durch diese Operation keinen eigenthümlich juristischen Charakter. Was immerhin die Jurisprudenz auf diese Weise zu Tage fördern möge: es ist nichts specificisch Anderes, Neues, sondern immer die ursprüngliche Rechtssubstanz d. h. ein Aggregat von engeren oder weiteren Regeln.

Mit der Interpretation hat nun nicht bloß überall die Jurisprudenz begonnen, sondern zu jeder Zeit muß sie die erste Operation sein, welche die Jurisprudenz an dem gesetzlichen Rohstoff vornimmt. Um zu construiren, muß sie erst interpretiren; die niedere Jurisprudenz ist die nothwendige Vorstufe der höheren.

Aber sie ist eben auch nur eine Vorstufe, und die Jurisprudenz soll nicht länger auf ihr verweilen als nöthig. Erst auf der höheren Stufe erreicht sie ihre wahre Bestimmung, erst hier wird ihre Aufgabe und Methode eine specificisch juristische, und erst hier

gewinnt sie ihren eigenthümlichen wissenschaftlichen Charakter, der sie von allen andern Wissenschaften unterscheidet.

Die Gränzlinie zwischen der niederen und höheren Jurisprudenz lässt sich, wenn auch nicht im einzelnen Fall, so doch im Begriff ganz scharf angeben. Sie hängt zusammen mit einer eigenthümlichen Anschauungsweise des Rechts, welche ich die *naturhistorische* nennen möchte. Aber nicht sowohl mit dem bloßen unthätigen Besitz derselben, als mit ihrer energischen und consequenten Verwirklichung am Rechtsstoff. Ob jene Anschauungsweise eine künstliche oder natürliche, eine nahe oder fernliegende ist, darüber will ich nicht rechten. Will man sie zu denjenigen, durch welche sich die niedere Jurisprudenz bei der Bearbeitung des Stoffs leiten lässt, mit zwei Worten in Gegensatz stellen, so sind es die Worte: *Rechtsinstitut*, *Rechtsbegriff* auf der einen und *Rechtsätze*, *Rechtsprincipien* auf der andern Seite. Das Rechtsinstitut ist kein bloßes Conglomerat von einzelnen Rechtssätzen, die sich auf dasselbe Verhältniß beziehen, sondern etwas wesentlich von ihnen Verschiedenes. Die Rechtssätze sind eine Masse Stoff, Gedanken, haben nur ein rein substantielles Dasein, die Rechtsinstitute aber sind Existenzen, logische Individualitäten, juristische Wesen. Wir erfassen und erfüllen sie mit der Vorstellung des individuellen Seins und Lebens, sie entstehen, gehen unter, wirken, treten in Conflict mit anderen, sie haben ihre Aufgaben, Zwecke, denen sie dienstbar sind, und dem entsprechend ihre eigenthümlichen Kräfte und Eigenschaften u. s. w. Ich würde sie, um dem Leser diese Vorstellung des Seins und Lebens derselben stets gegenwärtig zu halten, gern juristische Wesen nennen, wenn der Ausdruck nicht etwas gesucht erschiene. Ich werde daher lieber den Ausdruck *juristische* oder *Rechts-Körper* wählen (im Gegensatz zur bloßen Rechtssubstanz oder zum Rechtsstoff. ⁵⁰⁶⁾

506) Wenn man die im Text entwickelte Auffassungsweise getadelt und

Man könnte von vornherein leicht geneigt sein, die Bedeutung dieser Anschauungsweise sehr gering anzuschlagen. Was soll es für einen Unterschied machen, wird Mancher fragen, ob man statt „Rechtsätze über das Eigenthum“: „Eigenthumsinstitut“ oder „Eigenthum“ sagt? Gewiß! Wenn es beim bloßen Ausdruck oder bei einem unthätigen Besitz jener Vorstellung sein Bewenden behielte, dann allerdings würde dieselbe keinen besondern Werth haben. Sie enthält nur einen Keim, aber einen Keim, der, wenn er erschlossen wird, eine totale Umgestaltung des Rechts nach sich zieht. Sache der Jurisprudenz ist es, diesen Keim zu erschließen und zwar zur vollen Entfaltung zu bringen, d. h. den gesammten Rechtsstoff im Sinne jener Auffassungsweise zu gestalten, den Gesichtspunkt eines individuellen Seins und Lebens in allen seinen Consequenzen durchzuführen.

Wie kann die Anlegung und Durchführung eines bloßen Gesichtspunkts solches Wunder thun? Dieser Zweifel wäre durchaus berechtigt, wenn der Gesichtspunkt bloß eine andere Art der Betrachtung des Gegenstandes enthielte, ihn uns in einer anderen Beleuchtung, in einem bessern Licht zeigte. Allein er hat eine ungleich höhere Kraft, die ich vielleicht am kürzesten dadurch bezeichne, daß ich sie mit der der Wärme vergleiche, die Veränderung aber, die dadurch mit dem Körper selbst vor sich geht, als Erhebung derselben in einen höhern Aggregatzustand charakterisire. Die feste, starre Masse, die in dieser Form unserer Kunst die engsten Gränzen setzt, wird, so zu sagen, in Fluß und dadurch in einen Zustand versetzt, in dem sie willig künstlerische Form und Gestaltung annimmt, alles, was in ihr ist, kommt zum Vorschein, die gebundenen Kräfte und Eigenschaften werden frei.

dabei gethan hat, als ob sie eine Erfindung von mir sei, so verweise ich statt aller auf Savigny Ueber den Beruf unserer Zeit u. s. w. Aufl. 3 S. 29: „Die Begriffe sind den Juristen wirkliche Wesen gewesen, deren Dasein und Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden ist.“

Diese Erhebung des Stoffs ist nun zugleich Erhebung der Jurisprudenz selbst. Von einer Lastträgerin des Gesetzgebers, einer Sammlerin positiver Einzelheiten schwingt sie sich auf zur freien Kunst und Wissenschaft; zu einer Kunst, die den Stoff künstlerisch bildet, gestaltet, ihm Leben einhaucht — zu einer Wissenschaft, die trotz des Positiven in ihrem Gegenstande sich als Naturwissenschaft auf geistigem Gebiet bezeichnen lässt. Dieser Vergleich mit der Naturwissenschaft ist keine müßige Spielerei; denn es gibt, wie aus dem Verlauf der Darstellung hervorgehen wird, keinen Ausdruck, der das Wesen ihrer Methode so völlig erfasste und träfe, als den der *naturhistorischen Methode*. Auf dieser Methode beruht das Geheimniß der Jurisprudenz, ihre Macht über den Stoff und ihre Anziehungskraft für den Verstand.^{506a)}

Bergegenwärtigen wir uns die Consequenzen, welche diese Anschauungsweise für die Behandlung des Stoffs nach sich zieht.

Der juristische Körper.

An die Annahme eines Seins knüpft sich mit Nothwendigkeit die Frage nach dem Anfang und Ende desselben (Entstehungs- und Endigungsarten der Rechtsverhältnisse), an die Annahme eines Körpers die Frage nach seiner Natur, Beschaffenheit, Bestimmung, seinen Kräften, Eigenschaften, seiner Ähnlichkeit und Verschiedenheit von andern Körpern, den Ver-

506a) Dass die Befriedigung, welche die Jurisprudenz dem bloßen Verstande gewährt, nicht das Höchste ist, ist mir je länger je mehr klar geworden, und ich habe die Spuren der Ueberschätzung der logischen Seite des Rechts, welche die erste Auflage an sich trug, möglichst zu tilgen gesucht. Ueber dem bloß Formalen der juristischen Logik steht als Höheres und Höchstes die substantielle Idee der Gerechtigkeit und Sittlichkeit, und eine Vertiefung in sie, d. h. wie sie in den einzelnen Rechtsinstituten und Rechtsfällen zum Ausdruck und zur Verwirklichung gelangt, ist nach meinem Dafürhalten die schönste und erhabenste Aufgabe, welche die Wissenschaft sich stellen kann.

bindungen, die er mit ihnen eingehen, oder den Conflicten, in die er mit ihnen gerathen kann. Ich will die hauptsächlichsten Punkte, auf die es hier ankommt, etwas näher ausführen. ⁵⁰⁷⁾

1. Begriff, Structur. Die erste Aufgabe bei der Untersuchung des juristischen Körpers besteht in der Frage: was ist er, ist er ein selbständiger Körper oder läßt er sich auf einen an-

507) Ich gebe gleich hier einiges Quellenmaterial, das der Leser für die folgende Darstellung benutzen kann. Der Rechtskörper hat in der Sprache der römischen Juristen seine bestimmte Natur: *natura* z. B. die Servitut L. 32 §. 1 de S. P. U. (8. 2), die *habitatio* L. 3 Cod. de usufr. (3. 33), die *Emphyteuse* §. 3 I. de loc. (3. 25), die *Obligation* L. 2 §. 1 de V. O. (45. 1), die *Correalobligation* L. 5 i. f. de fidej. (46. 1), das *Depositum* L. 24 Dep. (16. 3), die *Dos* Tit. Cod. de rei uxoriae actione .. et de *natura dotibus praestita* (5. 13), die *Frucht* L. 69 de usufr. (7. 1); auch *wohl causa* L. 24 §. 21 de fid. lib. (40. 5), sein bestimmtes Wesen: *substantia* z. B. die *Obligationen* L. 3 de O. et A. (44. 7), L. 6 Cod. si cert. (4. 2) L. 5 de fid. (46. 1), der *Kaufcontract* L. 3 Cod. de cont. emt. (4. 38) L. 72 pr. D. ibid. (18. 1). Er hat eine bestimmte Macht und Kraft: *potestas* z. B. die *Klage* L. 47 §. 1 de neg. gest. (3. 5), L. 11 §. 1 de act. emt. (19. 1), die *Obligation* L. 13 de duob. reis (45. 2), oder *effectus* L. 47 §. 1 cit., einen *status* L. 9 §. 1 de duob. reis (45. 2). Andere Beispiele bei Künze, Wendepunkt der Rechtswissenschaft. Leipzig 1856. S. 75 z. B. *obligatio nascitur, in pendentia est, consumitur, vires ex praesenti accipit, confunditur*. Diese Natur und Kraft ist ein praktischer Begriff, es werden daraus z. B. in den obigen Stellen folgende Folgerungen abgeleitet: daß die *Servitut* nicht besessen, gewisse *Obligationen* nicht getheilt werden können, daß gewisse Verabredungen als gegen das Wesen des Vertrags (des *Depositums*, der *Correalobligation*) verstößend ungültig sind, daß das Eigenthum erlischt u. s. w. Als Beispiel für die Art, wie die römischen Juristen mit dieser Anschauung des juristischen Körpers operiren, möge statt vieler andern L. 14 §. 1 de novat. (46. 2) dienen. Ein Nichtjurist würde die Entscheidung des Verhältnisses, das der Jurist hier vor Augen hat (unbedingte Novation einer bedingten Forderung) lediglich auf den Willen der Partheien stellen, der Jurist dagegen entnimmt sie dem Verhältniß der gegenseitigen Einwirkung der beiden *Obligationen*, er untersucht, wie und wann die eine durch die andere afficirt wird. Andere charakteristische Beispiele s. in L. 3 §. 9 de adim. leg. (34. 4), L. 34 §. 11. 12 de leg. I. (30), L. 27 §. 2 de pact. (2. 14), L. 5 de fidej. (46. 1).

dern zurückführen? ⁵⁰⁸⁾ Es wiederholt sich hier für uns das Gesetz der juristischen Analyse, keinen Körper als selbständige anzuerkennen, der sich aus einem oder mehreren andern herstellen lässt, oder richtiger, es wiederholt sich hier die Analyse selbst und zwar in einer Anwendung oder auf einer Stufe, auf der sie uns eigentlich erst in ihrer wahren Bedeutung klar werden kann. Die ganze Ausführung über die Analyse hatte im Grunde die naturhistorische Methode zur stillschweigenden Voraussetzung, und es geschah nur aus Rücksichten der Darstellung, daß ich die Erörterung der letzteren bis jetzt verschob.

Die Angabe dessen, was der Körper ist, ist gleichbedeutend mit dem Begriff desselben, der Begriff „begreift“ d. h. ergreift ihn in seiner Wesenheit, er „definiert“ ihn d. h. gränzt ihn von andern ab, gibt ihm ein logisches „Für sich sein.“ Der Begriff enthält also die logische Quintessenz des Körpers, seinen innersten Kern oder Individualitätspunkt, in ihm muß die ganze Kraft des Körpers beschlossen liegen, alles und jedes, was an und mit ihm vorgeht, muß sich mit dem Begriff vertragen. Eine Begriffsbestimmung ist daher im Grunde nicht das Erste, sondern als formelle Redaction oder Concentrirung der gefundenen Resultate erst möglich, nachdem die Untersuchung des Körpers vollständig abgeschlossen ist. Uebrigens verwechsle man nicht die Anschauung und Formulirung des Begriffs. Die Anschauung kann eine durchaus richtige sein, während die Formulirung, die Definition mißlungen ist. So operiren die römischen Juristen mit ihren Begriffen mit grösster Sicherheit, nichts desto weniger aber sind ihre Definitionen, wie sie selbst zugestehen, ⁵⁰⁹⁾ nicht selten durchaus ungenügend.

508) Also z. B. ist die s. g. Genossenschaft ein eigenthümlicher juristischer Begriff oder eine (wenn auch modifizierte) Societät oder juristische Person? Als Beispiel aus dem römischen Recht diene die Zurückführung der traditio brevi manu, des constitutum possessorium, des Erwerbs der Früchte von Seiten des Pächters, des jactus missilium auf die Tradition.

509) L. 202 de R. J. (50. 17).

Der Begriff also erfaßt den Körper in dem, was er ist, allein worin liegt dies „Ist“? Man könnte meinen, in dem Zweckmoment, denn die praktische Aufgabe, die er zu lösen habe, enthalte den Grund, warum er überhaupt existire, warum er gerade so und nicht anders sei, kurz seinen logischen Schlüssel. Ich will nun allerdings nicht läugnen, daß das Zweckmoment für das (ich meine nicht bloß rechtsphilosophische, sondern auch praktisch-juristische) Verständniß des Instituts höchst wichtig, ja unerlässlich ist; ⁵¹⁰⁾ was ich bestreite, ist nur, daß die juristische Theorie darnach definiren darf. ⁵¹¹⁾ Ist denn aber z. B. die Definition des Depositums und Commodats als Hingabe zum Zweck der Aufbewahrung und Benutzung eine fehlerhafte? Gewiß nicht, aber auch nur aus dem Grunde, weil hier das Wort Zweck nur ein anderer Ausdruck für Inhalt ist. Hingabe zum Zweck der Aufbewahrung oder Benutzung heißt hier nichts als Hingabe mit der Verpflichtung zur Aufbewahrung, mit dem Recht der Benutzung. Wo wir aber den Ausdruck in seinem rechten Sinn gebrauchen, meinen wir mit dem „Zweck“ des Instituts etwas dem Inhalt Entgegengesetztes, etwas Höheres, außer ihm Liegendes, zu dem letzterer selbst sich nur als Mittel verhält. Ist nun aber

510) In unserm juristischen Unterricht könnte und müßte es in viel höherem Grade berücksichtigt werden, als es gewöhnlich geschieht, namentlich rücksichtlich so mancher römischen Einrichtungen, die unserm heutigen Verständniß ferner liegen. Die römischen Juristen heben das Zweckmoment nur selten hervor (als Beispiel diene die Usucapio, Savigny System Bd. 5 S. 268 Note e), weil es Demjenigen, der mitten im Leben steht, ganz geläufig ist.

511) Als bekanntes Beispiel einer solchen teleologischen Definition nenne ich die Einertsche Definition des Wechsels als kaufmännischen Papiergeldes; sie charakterisiert bloß die hauptsächlichste praktische Verwendung des Wechsels, nicht seine juristische Natur. Ontologisch definiert ist der Wechsel ein von seiner causa abgelöstes Geldversprechen, oder, um mit Thöl zu reden, ein Summenversprechen. So wird der Jurist den Begriff des Bannrechts stets auf das jus prohibendi zu stellen haben, ohne daß damit die Hervorhebung des Zweckmoments: des vermittelst dieses jus prohibendi auszuübenden indirekten Zwanges auf den Pflichtigen für entbehrlich erklärt werden soll.

unsere Wissenschaft nur eine Theorie der Mittel, so zu sagen der *materia medica*, die das Recht für die Zwecke des Lebens in Bereitschaft hat, so müssen wir die Mittel nach Momenten, die ihnen immanent sind, bestimmen, ganz abgesehen davon, daß eine Bestimmung derselben nach Zwecken, wenn vielleicht auch bei einzelnen denkbar, im allgemeinen unausführbar sein würde.⁵¹²⁾ Denn nicht bloß sind diese Zwecke etwas höchst unbestimmtes, schwankendes, und durchkreuzen sich in einer oft unentwirrbaren Weise, ändern und wechseln, ohne daß mit dem Institut selbst die geringste Veränderung vor sich geht, sondern es gibt auch eine aنسnliche Zahl von Rechtskörpern, bei denen ein Zweck überall gar nicht angegeben werden kann, da sie nicht einem praktischen Bedürfniß (*utilitas*), sondern nur der juristischen Consequenz oder Nothwendigkeit (*ratio juris*) ihren Ursprung verdanken, nur existiren, weil sie nicht nicht-existiren können. Definiren aber darf man nur nach einem Moment, nach dem man auch classificiren kann; ein Gesichtspunkt, der für die Bestimmung sämtlicher Körper oder die Systematik des Ganzen ungeeignet ist, ist es auch für die Bestimmung des einzelnen. Wir definiren den Körper also nicht nach dem, was er soll oder was er leistet, sondern nach seiner *Structur*, seinen *anatomischen Momenten*. Solche Momente sind z. B. *Subject*, *Object*, *Inhalt*, *Wirkung*, *Alage*. Den Hauptgegenstand unserer Definitionen bilden die Rechte im subjectiven Sinn, und an ihnen will ich die Aufgabe und die Methode etwas näher veranschaulichen.

Bei jedem Recht kommt zunächst in Betracht das *Subject*. Die Bestimmung der Frage, wer juristisch als *Subject* anzusehen, und wie das Verhältniß zwischen *Subject* einerseits und dem Gegenstand und *Inhalt* des Rechts andererseits gedacht wer-

512) Wo sollte z. B. die *Vormundschaft* ihren Platz finden? Wo der *Ussusfructus*? Wäre der Zweck das maßgebende Moment, so müßten der *Pachtcontract*, die *Emphyteusis* und der *Ussusfructus* an Grundstücken an einer Stelle zusammengestellt werden!

den soll, kann oft mit großen Schwierigkeiten verknüpft sein. Dies namentlich dann, wenn entweder die Verbindung des Subjects mit dem Gegenstand keine unmittelbare, sondern durch irgend ein Verhältniß, wie z. B. bei der Prädialservitut durch das praed. dominans, bei Obligationen auf den Inhaber durch das Papier vermittelt ist, oder wenn bei einem und demselben Recht mehrere Subjecte concurriren, sei es so, daß sie sich theilen sollen, oder so, daß Einer von ihnen das Ganze haben soll. Für den ersten Fall ist die einfachste Form die einer Theilung des Rechts nach Zahl der Personen (z. B. beim Mitbesitz, Miteigenthum, bei der Obligation); hier drückt sich die Thatsache der Vielheit der Personen im Innern des Rechts selbst aus, es spaltet sich das Recht in so viel Theile, als Personen sind. Aber selbst bei dieser einfachsten Form des Verhältnisses kann man darüber streiten, wie man sich jenen innern Vorgang — soll ich sagen naturhistorisch, sinnlich oder juristisch? — zu denken habe, z. B. beim Miteigenthum als eine atomistische Theilung der Sache oder als Theilung des Rechts oder richtiger des Inhalts des Rechts. Eine andere Form für dies Verhältniß einer nicht-solidarischen Concurrenz gewährt die juristische Person. Letztere ist nicht selbst der Destinatär der Rechte, die sie hat, sondern dies sind die physischen Personen, die, so zu sagen, hinter ihr stehen, und für die sie nur den technisch-nothwendigen Stellvertreter abgibt, sei es ein geschlossener Kreis von Individuen (universitas personarum) oder eine unbestimmte Vielheit (universitas honorum, bei einem Hospital z. B. die Kranken, bei einer Kunstanstalt die Kunstdreunde). Sie ist (wenigstens ihrer privatrechtlichen Bedeutung nach) nur ein technisches Instrument, um den Mangel der Bestimmtheit der Subjecte unschädlich zu machen.⁵¹³⁾

513) Auch bei der hered. jac. fungirt sie in dieser Weise, auch hier nämlich ist das Subject noch unbestimmt, auch hier also ist sie nur ein Mitglied zwischen der physischen Person und dem Vermögen. Ich komme auf den obigen Gesichtspunkt später zurück, s. B. 3 §. 55 (S. 212) §. 61 (S. 330 fl.).

Für den zweiten oben genannten Fall der subjectiven Concurrenz (der solidarischen Berechtigung) bieten uns die solidarischen Obligationen im engern Sinn und die Correalobligationen ein bekanntes Beispiel. Die Structurfrage lautet hier so: haben wir uns das Verhältniß als zwei Obligationen mit demselben Inhalt oder als Eine Obligation mit zwei Subjecten vorzustellen?

Als Beispiel für die Bestimmung des Gegenstandes des Rechts nenne ich das Erbrecht und die Obligation, da für beide die Ansichten vorzugsweise auseinander gehen. Ist beim Erbrecht die Masse der einzelnen Rechtsverhältnisse oder die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers der Gegenstand? Ist es bei der Obligation der Schuldner, dessen Wille, oder die zukünftige Handlung? Auch für den Inhalt kann die Obligation uns insofern ein Beispiel darbieten, als man gefragt hat, ob das Recht des Gläubigers auf die Handlung oder deren Geldwerth gehe? Bei den Servituten streitet man ebenfalls über die Bestimmung des Inhalts, nämlich ob sie abgelöste Eigenthumsbefugnisse oder bloß Beschränkungen des Eigenthums enthalten.

Zur Frage von der Structur der Rechte gehört auch das Accessionsverhältniß derselben zu andern Rechten, so z. B. die Abhängigkeit des Pfandrechts von der Forderung, der Verzugszinsen von der Principalobligation, der Prädialservitut vom herrschenden Grundstück. Sodann die Frage vom Verhältniß der Klage zum Recht.

Die übrigen Momente des juristischen Körpers, denen ich mich jetzt zuwende, hängen mit dem so eben entwickelten und unter sich so eng zusammen, und rücksichtlich mancher Punkte, die im Folgenden erwähnt werden sollen, ist es so willkührlich und gleichgültig, ob man sie unter diesen oder jenen Gesichtspunkt bringt, daß ich nur aus Rücksicht auf den Leser, um ihm einige Hauptanhaltspunkte zu gewähren, mich zu einer Sonderung derselben entschlossen habe.

2. Eigenschaften und Kräfte des juristischen

Körper. Ich nenne beispielsweise die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte, die Expansionskraft derselben (das Accrescenzrecht beim Eigenthum, Ususfructus, Erbrecht — hier dehnt das Recht sich, so zu sagen, über einen leer gewordenen Raum aus), die Trennbarkeit und Untrennbarkeit von der Person (Abhängigkeit vom Leben derselben, Möglichkeit der Uebertragung auf Andere u. s. w.), die Möglichkeit einer solidarischen Vervielfältigung des Rechts an demselben Gegenstand (sei es neben einander, sei es hinter einander z. B. beim Pfandrecht), die Möglichkeit einer Beschränkung oder Verminderung des regulären Inhalts des Rechts (Elasticität; die Gränze wird bezeichnet durch die essentialia negotii, den beweglichen Theil stellen dar die naturalia und accidentalia).

3. Phänomene im Leben des Körpers. Dahin gehören vor allen die beiden, welche die Existenz des Körpers selbst betreffen: die Entstehung und der Untergang. Die Existenzfrage erledigt sich aber nicht bloß durch eine Angabe der verschiedenen Entstehungs- und Endigungsarten — dies ist mehr die concrete, specielle Parthei der Aufgabe — sondern sie schließt eine Reihe allgemeiner Erörterungen in sich. Dahin zählen z. B. der Zustand der Unentschiedenheit des Seins (Pendenz; nicht bloß bei Bedingungen, sondern auch in vielen andern Verhältnissen); die Frage von der ewigen oder vorübergehenden Dauer eines Rechtsverhältnisses, die so wichtige Datumsfrage (z. B. wann gilt das Geschäft als abgeschlossen, wann der Verschollene als verstorben, wann ist die actio nata? auf sie bezieht sich auch die rückwirkende Kraft der Bedingung und der Ratihabition), Zwischenraum zwischen dem Begründungsact und der Entstehung des Rechts (anticipite Abschließung des Geschäfts vor Eintritt seiner Requisite, z. B. beim Pfandrecht vor Entstehung der Forderung); oder Zwischenraum zwischen der Entstehung und der Wirksamkeit (dies), dauernde oder vorübergehende Lähmung der Rechte (exceptio); theilweiser Untergang, Wiederherstellung des Untergangenen, Metamorphose, Uebergang in andere Verhältnisse,

Einfluß des Untergangs der Klage auf das Recht (Eigenthum, Obligation), der Wegfall der Forderung auf die Gegenforderung &c.

4. Verhalten des Körpers zu andern Körpern. Unverträglichkeit gewisser Körper mit andern (z. B. der patria potestas und tutela, testamentarische und Intestaterbsfolge, Besitz in Anwendung auf die Obligation), Verträglichkeit anderer (z. B. des Besitzes und der Servitut d. h. Quasibesitz), Zusammentreffen derselben an demselben Object oder demselben Verhältniß und Conflict derselben (z. B. des Eigenthums und der Obligation d. h. der reivindicatio und der exceptio rei vend. traditae, des Eigenthums und Pfandrechts, Einfluß der Concurrenz der Klagen), Wegfallen des einen Körpers und Einwirkung dieses Umstandes auf den anderen (z. B. des vorstehenden Pfandrechts, Dereliction des praedium serviens oder dominans, Einfluß auf das nachstehende Pfandrecht und die Servitut).

Die letzte Consequenz der naturwissenschaftlichen Methode und die Spitze der ganzen Aufgabe ist

5. die systematische Classification der Rechtskörper oder das System. Diesen Punkt habe ich schon oben berührt (S. 314).

Die juristische Construction und ihre Gesetze.

Die ganze bisherige Darstellung hatte im Grunde nur einen vorbereitenden Zweck, dem Leser nämlich eine Anschauung von den Gegenständen und Aufgaben der naturhistorischen Methode, oder, was dasselbe sagt, eine Anschauung des juristischen Körpers zu gewähren.

Ich hoffe, daß es keiner Rechtfertigung bedürfen wird, warum ich mich bei diesem Punkt so lange aufgehalten habe, verhältnismäßig länger, als ich es bei der eigentlichen Aufgabe, zu der ich jetzt übergehe, thun werde. Jene Anschauung gilt mir als das Wesentlichste und Unerlässlichste, und versehen mit ihr wird der Leser manches, was ich im Folgenden genöthigt bin nur kurz anzudeuten, zu suppliren vermögen. Wir sind an dem Punkt ange-

langt, um zu dem Ausgangspunkt des Paragraphen, der juristischen Construction, zurückzukehren und sie mit einem Wort definiren zu können, nämlich als Gestaltung des Rechtsstoffes im Sinn der naturhistorischen Methode. Die juristische Construction ist, so zu sagen, die bildende Kunst der Jurisprudenz, ihr Gegenstand, ihr Ziel ist der juristische Körper. Jede Arbeit, die sich auf ihn bezieht, insofern sie gestaltender Art ist, möge sie im übrigen den Körper in seiner Totalität zum Gegenstande haben, ihn erst als solchen ins Leben rufen, oder bloß adminiculirender Art sein, einzelne Vorgänge im Leben des Körpers erklären, scheinbare Widersprüche des Einzelnen gegen den Grundbegriff beseitigen, kurz, wie immerhin sie auch sei, wenn sie nur die Structur des Körpers zum Gegenstand hat, fällt unter den Begriff der juristischen Construction. Ich habe die Beschränkung hinzugesfügt: insofern sie gestaltender Art ist. Den Gegensatz dazu bildet die rein receptive Bearbeitung desselben d. h. das bloße Operiren mit den von der Construction aufgestellten Gesichtspunkten, die Erschließung der mittelbar bereits gegebenen Consequenzen; wenigstens bezieht der Sprachgebrauch unsern Ausdruck nur auf die erste Art der Thätigkeit. Jene ist eine künstlerische Production, denn sie schafft etwas Neues, was bisher nicht da war, sie ist ein Erfinden,⁵¹⁴⁾ letztere hingegen ist nur ein consequentes logisches Denken.

514) Damit ist zugleich ausgesprochen, daß sie weniger Sache des Fleisches und der Gelehrsamkeit als des Talents und der Intuition ist. Nirgends verwerthet sich die Arbeit so gut und so schlecht je nach dem Erfolg, den sie hat, als hier. Eine gelungene Construction ist in meinen Augen eine juristische That, eine Leistung von bleibendem Werth, eine mißlungene ist absolut werthlos, die Arbeit völlig verloren. Niemand, der sich an eine solche Aufgabe wagt, sollte sich verhehlen, daß er Lotterie spielt; auf einen Treffer fallen hier, wie die Erfahrung lehrt, hundert Nieten. Die Schwierigkeit und das Verdienstliche derartiger Leistungen wird im allgemeinen viel zu wenig anerkannt. Es beruht dies vielleicht darauf, daß, während der eigentlich gelehrt Arbeit stets der Schweiß anklebt, man einer derartigen Leistung von all der Mühe und Anstrengung, die ihr vorhergegangen, nichts ansieht und daher nur zu leicht geneigt ist in dem, was die Frucht langjährigen Suchens war, das

Wir unterziehen die juristische Construction jetzt einer näheren Betrachtung, und zwar erörtern wir zunächst ihre Gesetze.

Die Construction bezweckt die *kunstgerechte* Gestaltung des juristischen Körpers. Worin besteht nun das *Kunstgerechte d. h.* welche Rücksichten, Regeln hat sie dabei zu beobachten, kurz was sind ihre Gesetze? Ich nehme folgende an.

1. Das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs. Die positiven Rechtssätze sind die gegebenen Punkte, bei denen die juristische Construction, wie immerhin sie dieselben auch verbinden möge, unter allen Umständen anlangen muß. Während sie aber in Beziehung auf den Inhalt durch den positiven Stoff gebunden ist, verhält sie sich zu ihm in Bezug auf die Form d. h. was die Art der Gestaltung desselben anbetrifft, vollkommen frei. Das heißt m. a. W. die eignen Constructionen des Gesetzgebers besitzen für sie keine verpflichtende Kraft. Der Gesetzgeber soll nicht construiren, er greift damit in die Sphäre der Wissenschaft über, entkleidet sich seiner Autorität und Macht als Gesetzgeber und stellt sich mit jedem Juristen auf eine Linie. Haben nun zwar aus diesem Grunde die Constructionen des Gesetzgebers keine andere als eine doctrinäre Bedeutung, lassen sie sich mithin jeder Zeit durch die Jurisprudenz berichtigen und beseitigen, so sind sie nichts desto weniger höchst bedenklich. Denn es ist erklärlich, daß der Widerspruch gegen sie nicht so leicht rege wird und einen ungleich schwereren Stand hat, als gegenüber rein doctrinellen Constructionen. 515)

mühelose Geschenk einer glücklichen Stunde zu erblicken. Ein einziges Wort kann hier oft die Lösung geben, und wenn das Wort ausgesprochen, erscheint die Sache so natürlich und einfach, daß jeder es hätte finden können. Man wird unwillkürlich an die Lösung eines Rätsels erinnert, das bekanntlich ebenfalls ganz anders aussieht, je nachdem man die Lösung kennt oder erst sucht. Daß unsere civilistischen Rätsel nicht so leicht zu ratzen sind, kann man schon daraus entnehmen, daß unsere heutige Jurisprudenz, namentlich die germanistische, sich noch mit einer großen Zahl trägt, für die der Oedipus noch erst erwartet wird!

515) Ein bekanntes Beispiel einer gesetzlichen Construction aus der frü-

Die Jurisprudenz ist also hinsichtlich der künstlerischen Gestaltung des Stoffs vollkommen frei, insofern ihm nur in der Form, die sie ihm verleiht, dieselbe praktische Kraft verbleibt, wie in seiner bisherigen. Ich wähle folgendes Beispiel. Aus baupolizeilichen Rücksichten versagte das ältere Recht dem Eigentümer die Vindication des Baumaterials, das ein Anderer in sein Haus verbaut hatte, und verwies ihn auf eine persönliche Entschädigungsklage; nach Trennung des Materials z. B. durch Zusammenstürzen des Hauses stand jedoch der Vindication nichts im Wege. Dieser Thatsache konnte man einen verschiedenen juristischen Ausdruck geben, nämlich den, daß das Eigenthum unter-

hern Zeit des römischen Rechts liefert die *fictio legis Corneliae*; aus der späteren Zeit die Bestimmung *Zenos* über die selbständige Natur des *emphyteuticarischen Contracts*. Im allgemeinen aber kann man der römischen Legislation bis auf Justinian den Vorwurf eines solchen Uebergreifens in das Gebiet der Wissenschaft nicht machen. Dagegen verfolgte Justinians ganzes Unternehmen bekanntlich den gerade entgegengesetzten Zweck, seine Institutionen und Pandekten sind *Compendien* und *Gesetzbücher* zugleich, und diese Vermischung der Wissenschaft und der Gesetzgebung hat nicht bloß für die moderne Bearbeitung des römischen Rechts in reichem Maße die im Text ange deuteten nachtheiligen Folgen nach sich gezogen, indem die Wissenschaft bei rein wissenschaftlichen Fragen sich durch die Autorität Justinians hat einschüchtern lassen, sondern das Beispiel des Schulmeisters auf dem Thron oder Gesetzgebers auf dem Ratheder, das Justinian gegeben, hat auch in neuern Gesetzgebungen nur zu willige Nachfolge gefunden. Die Wissenschaft soll dem Kaiser lassen, was des Kaisers ist, aber letzterer auch der Wissenschaft, was der Wissenschaft ist. — In jüngster Zeit ist der Kampf gegen solche von unsern neuern Gesetzbüchern aufgestellten Legalconstructionen von der Wissenschaft energisch aufgenommen, insbesondere auf dem Gebiete des österreichischen Rechts z. B. gegen die Begriffe *Ober-* und *Nutzungseigenthum* (*R a n d a* der Besitz nach österr. Rechte, Leipzig 1865 S. 14, 17, *U n g e r* System des österr. Privatrechts I S. 608), die Auffassung des Besitzes als eines dinglichen Rechts (*R a n d a* S. 27), den Tabularbesitz (derselbe S. 43), den *titulus* und *modus acquirendi* (*U n g e r* II S. 11), die symbolische Tradition (*R a n d a* S. 119, *E x n e r* die Lehre vom Rechtserwerb durch Besitz nach österr. Recht, Wien 1867 S. 167 fl.), die Definition der juristischen Personen (*U n g e r* I S. 322—324). In ältern wie in neuern Gesetzen ist in dieser Beziehung noch sehr viel zu thun.

gehe, späterhin aber wieder aufwache, oder aber, daß zwar das Eigenthum fortduere, allein nur nicht geltend gemacht werden könne, so lange die Verbindung dauere. Letztere Vorstellungswweise verdiente vor ersterer offenbar den Vorzug; denn daß das Eigenthum durch bloßes Einbauen verloren gehen sollte, war eben so anstößig, als daß es, einmal untergegangen, späterhin wieder aufwachen sollte. Angenommen nun, es hätte das Gesetz diese Vorstellungswweise adoptirt gehabt, so wäre meiner Ansicht nach die Jurisprudenz durchaus berechtigt gewesen, dieselbe als eine unvollkommene Construction durch die zweite zu ersetzen. Beide führten praktisch ganz zu denselben Resultaten, sie waren also nichts als juristische Constructionen, Versuche, die praktischen Sätze rationell zu erklären.

Wenn dagegen ein neuerer Rechtsgelehrter^{515a)} den im römischen Recht ausgesprochenen Satz, daß die Hälfte des auf fremdem Grund und Boden gefundenen Schatzes dem Grundeigentümer gehöre, in der Weise mit der Occupationstheorie in Einklang zu bringen versucht, daß der Finder das Eigenthum am ganzen Schatz erwerbe, aber gesetzlich verpflichtet sei, die Hälfte an den Grundeigentümer herauszugeben, so steht diese Construction mit dem obigen Gesetz in Widerspruch, denn sie führt zu praktisch verschiedenen Resultaten, z. B. zu dem, daß der Grundeigentümer sein Recht nur gegen den Finder, nicht gegen Dritte verfolgen kann.

2. Das Gesetz des Nichtwiderspruchs oder der systematischen Einheit. Ich brauche kaum zu bemerken, daß es sich hier nicht um Widersprüche des Gesetzgebers, sondern um Widersprüche der Wissenschaft mit sich selbst handelt. Die Jurisprudenz ist wie an das Gesetz, so auch an sich selbst gebunden, sie darf bei ihren Constructionen nicht mit sich selbst, mit den Begriffen, Lehrsätzen, die sie anderwärts aufgestellt hat, in Widerspruch treten, ihre Constructionen müssen stimmen, sowohl in sich, als unter einander. Ein Begriff duldet keine Ausnahme, so

515a) Buchta Pandekten §. 154.

wenig wie ein Körper sich verläugnen, ausnahmsweise etwas andres sein kann, als er ist. Läßt sich also eine Lage des Körpers auffinden, die mit dem aufgestellten Begriff unverträglich ist, so fehlt ihm die wissenschaftliche Lebensfähigkeit und das Recht auf Existenz. Ob diese Lage eine ungewöhnliche und praktisch wenig belangreiche ist, relevirt nichts, denn es handelt sich bei der ganzen Aufgabe nicht um ein praktisches, sondern um ein logisches Problem.⁵¹⁶⁾ Die Probe der Construction besteht darin, daß die Wissenschaft ihren Körper durch alle erdenkliche Lagen hindurchführt, ihn in jede mögliche Verbindung mit andern Körpern bringt, ihn mit jedem ihrer Lehrsätze vergleicht. Erst wenn alles zusammenstimmt, hat er seine Probe bestanden, ist er ächt und wahr. Als Beispiel nehmen wir die Obligation. Fassen wir dieselbe mit den römischen Juristen einmal als Qualität der beiden beteiligten Personen auf, so folgt daraus, daß sie ohne die beiden Personen nicht existiren kann — denn eine ohne Subject bestehende Qualität ist ein Unding — daß sie mithin mit dem Tode des Gläubigers oder Schuldners untergehen muß. Wenn sie nun dennoch praktisch fortdauert, so muß entweder jene Auffassung selbst aufgegeben werden oder aber — und diesen Weg haben die römischen Juristen eingeschlagen — jener Widerspruch muß dadurch beseitigt werden, daß die Person als fortdauernd gedacht wird. Ein Drittes gibt es nicht, denn das Dritte könnte nur darin bestehen, daß man sich bei dem bloßen Factum der Fortdauer der Obligation beruhigte, darauf verzichtete, es mit

516) So behandelte die römischen Juristen z. B. beim Eigenthum die Frage von der Fortdauer derselben an einem entflohenen Vogel, entronnenem Wilde, so untersuchen sie das Eigenthumsverhältniß an den erbschaftlichen Sachen vor Auftretung der Erbschaft, an den unter einer Bedingung legirten Sachen während der Pendenz derselben u. s. w. So stellen sie an sich die Ansforderung, daß, wo ein Rechtsverhältniß in irgend einem Zeitraum entstanden, den Zeitpunkt der Entstehung anzugeben und längen daher z. B. auch consequent die Möglichkeit der Entstehung überhaupt, wo kein solcher einzelner Entstehungsmoment denkbar war, L. 9 §. 3 qui post. (20. 4).

dem Begriff der Obligation in Einklang zu setzen. Das wäre aber ein wissenschaftlicher Bankrott, ein Abfall von aller und jeder Jurisprudenz. Ferner! Wenn die Jurisprudenz einmal den Lehrsatz aufstellt, daß die Obligation durch Zahlung untergeht, so muß es als ein juristisches Unding erscheinen, daß der Gläubiger nach erhaltenener Zahlung die Klage noch eidiren kann. Nichts desto weniger erkennt das Recht eine Cession des Gläubigers an den Bürgen nach geleisteter Zahlung als möglich an. Auch hier kann die Wissenschaft sich nicht dabei beruhigen, daß es einmal so Rechtens sei, sondern entweder muß sie jenen Satz fallen lassen, oder aber, wenn sie dies nicht will oder kann, einen Gesichtspunkt aussuchen, der den Widerspruch beseitigt, ihn als einen bloß scheinbaren hinstellt, und dies ist den römischen Juristen in einer höchst ungezwungenen, überzeugenden Weise gelungen.⁵¹⁷⁾

Wir können der Ansforderung, um die es sich bei unserm zweiten Gesetz hier handelt, den Ausdruck geben: die Wissenschaft darf keine juristische Unmöglichkeit statuiren. Der Begriff der juristischen Möglichkeit und Unmöglichkeit scheint nun auf den ersten Blick ein absoluter zu sein, in der That aber ist er ein relativer. Wie vieles würde den römischen Juristen als juristisch unmöglich erscheinen, was heutzutage als juristisch möglich gilt (z. B. Forderungen, die dem jedesmaligen Inhaber eines Papiers zustehen, Indossamente in blanco, offene Hypotheken an eigener Sache u. s. w.), und an wie manchem nehmen wiederum sie keinen Anstoß, worin die älteren Juristen geradezu einen Verstoß gegen jede juristische Logik erblickt haben

517) Die Zahlung des Bürgen hat die Bedeutung eines Kaufs der Forderung, siehe darüber L. 76 de solut. (46. 3). Eine Zusammenstellung derartiger Beispiele habe ich B. 3 S. 234—246 gegeben, einige andere s. bei Neessberger, Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. Erlangen 1859 S. 7 Note c z. B. „um einen Missbrauch auch dem Erben zulommen zu lassen, hat man nicht eine Ausnahme von der Unübertragbarkeit gemacht, sondern durch die Verpflichtung zu neuer Bestellung geholfen, L. 5 pr. quib. mod. ususfr. (7. 4).“

würden! ⁵¹⁸⁾ Wie im Recht selbst, so findet auch in der Anschauungsweise der Wissenschaft ein ewiger Fortschritt statt, ihr geistiger Horizont und damit der Kreis des Möglichen erweitert sich, sei es durch ihr eignes Verdienst, sei es durch die Macht der Thatsache, die ihr das bisher für juristisch unmöglich Gehaltene als praktisch nothwendig aufdrängt und ihr damit die Nöthigung auferlegt, das Gebiet des theoretisch Möglichen dem entsprechend auszudehnen. Es gibt für sie in letzterem Fall nur folgende Alternative: es muß entweder das bisherige Dogma ⁵¹⁹⁾ sich dem Neuen oder das Neue sich dem Dogma fügen, entweder müssen die bisherigen Begriffe, Lehrsätze verändert werden, um dem Neuen ein Unterkommen zu gewähren, oder aber letzteres durch eine geschickte Manipulation, durch irgend einen geeigneten Gesichtspunkt so zu gerichtet werden, daß es mit dem Dogma in Einklang tritt. Dieser letztere Weg ist der nächst gelegene, und es ist nicht bloß verzeihlich, sondern durchaus motivirt, wenn die Jurisprudenz vorzugsweise auf ihm die Lösung sucht, alle ihre Kunst aufbietet, um sich der Nothwendigkeit zu entziehen mit ihren bisherigen Lehrsätzen zu brechen. Die römischen Juristen haben diese Kunst der Vermittelung des praktisch Neuen mit dem theoretisch Alten in hohem Grade verstanden, wovon das folgende System uns einige glänzende Proben geben wird; ich nenne hier vorläufig die Benutzung des Gegensatzes zwischen Recht und Ausübung zum Zweck der praktischen Uebertragung der Erbschaft, Forderung und des Nießbrauchs. Aber auch in der älteren Zeit blühte diese Kunst, ja sie ward hier sogar mit einer Aengstlichkeit und Pedanterie geübt, bei der sie anfängt ins Vächerliche zu spielen (Bd. 3

518) z. B. die traditio in incertam personam. Die ältere Jurisprudenz konnte sich den jactus missilium nur als Dereliction von der einen und Occupation von der andern Seite construiren.

519) Worauf dies Dogma beruht, daß es nämlich nicht bloß in positiven Rechtsfällen und juristischen Grundanschauungen, sondern auch in allgemein logischen Axiomen besteht (Beispiele der letzteren folgen später), führe ich hier nicht weiter aus.

§. 58). Aber man hüte sich über der Uebertreibung eines an sich völlig berechtigten Gedankens letzteren selbst, den gesunden ächt juristischen Sinn, aus dem selbst sie hervorging, so wie die höchst vortheilhaften Folgen jener Strenge und Pedanterie zu übersehen. Soll das wissenschaftliche Gebäude Festigkeit erlangen, so rüttle man nicht ohne Noth an dem Fundament, so lerne man sich zu behelfen. Gerade dies Sichbehelfen trägt der Wissenschaft reichliche Früchte. Die Noth macht erfinderisch! Der Nothstand, in den der Conflict des Neuen mit dem Alten den Juristen versetzt, oder richtiger das Bestreben, diesen Conflict ohne Schaden des Alten zu erledigen, hat sich für die Entwicklung des juristischen Scharfsinns sehr wohlthätig erwiesen. Er treibt und preßt die ganze dialektische Kunst des Juristen zur äußersten Anspannung und damit zu Erfindungen und Entdeckungen, die ganz abgesehen von dem unmittelbaren Zweck, dem sie dienen sollen, der Wissenschaft höchst werthvolle und fruchtbare Bereicherungen bringen. So hat die spätere römische Jurisprudenz unter dem Einfluß solcher transitorischen Veranlassungen eine Reihe von Unterschieden entdeckt, die für ewige Zeiten ihren Werth behalten werden.

Diese Kunst der Vermittelung hat aber ihre Gränzen. Es gibt einen Punkt, über den hinaus das Festhalten des Bisherigen in Unnatürlichkeit und Zwang ausartet.⁵²⁰⁾ Wann und wo derselbe eintritt, ist mehr Sache des Gefühls als einer objektiven Bestimmung. Vermittelnde Constructionen, die dieser Zeit genügen, machen einer anderen den Eindruck des Gefüsstelten, und so entschlossen sich selbst die römischen Juristen, so sehr sie sich im übrigen gerade durch ihr Festhalten an das her-

520) So z. B. definierten die römischen Juristen ursprünglich das pignus als Vertrag, und sie konnten diese Definition bei den ersten Fällen des s. g. gesetzlichen Pfandrechts noch mit Anstand aufrecht halten (quasi tacite convenerit; pignus tacitum). Allein als auch eine testamentarische Bestellung des Pfandrechts aufkam, ward dies unmöglich, und für das justiniatische Recht mit seinen vielen gesetzlichen Pfändern wäre die Zurückführung derselben auf den Gesichtspunkt eines stillschweigenden oder fingirten Vertrages geradezu eine Absurdität.

gebrachte Dogma auszeichnen, doch hie und da letzteres zu ändern, wo die ältere Jurisprudenz sich dieser Zumuthung durch eine vermittelnde Construction entzogen hatte.⁵²¹⁾ Für die heutige Jurisprudenz gibt es in dieser Beziehung an der rein römischen Theorie (also ganz abgesehen von den Aenderungen des heutigen Rechts) noch viel zu ändern.⁵²²⁾

Die bisherige Erörterung hat unser zweites Gesetz bloß nach der Seite hin verfolgt, nach der es uns vom Standpunkt der alt-römischen Technik aus interessirt, das Gesetz selbst aber reicht weiter und wird insbesondere für die systematische Classification höchst wichtig, was ich hier jedoch nicht weiter ausführen darf.

Wenn wir die beiden Gesetze der juristischen Construction, die wir bisher erörtert haben, in Gegensatz stellen wollen, so können wir sagen, daß das erste im positiven, das zweite im logischen Element wurzelt. Das Element des dritten und letzten Gesetzes, zu dem ich jetzt übergehe, möchte ich als asthetisches bezeichnen.

3. Das Gesetz der juristischen Schönheit. Man wird es für gesucht halten, wenn ich von einem juristischen Kunst-

521) Ich erinnere z. B. an den jactus missilium in der Note 518. Das alte Dogma lautete: kein Rechtsgeschäft läßt sich in personam incertam vornehmen. Wollte man dasselbe aufrecht erhalten, so blieb nichts übrig, als den jactus missilium in Dereliction und Occupation zu zerlegen. Aber diese vermittelnde Construction war eine gekünstelte, denn sie that dem Willen des Iacenten, der eben nicht auf Dereliction, sondern auf Uebertragung gerichtet war, Zwang an. Die spätere Jurisprudenz gab hier der Wahrheit die Ehre, indem sie eine traditio in incertam personam annahm, und damit änderte sie in der That das obige Dogma; was bis dahin als juristisch unmöglich galt, ward jetzt als möglich angenommen. Wie neuere Juristen z. B. Buchta Pandekten §. 147 Note k den Gegensatz beider Constructionen (bei der einen liegen zwei einseitige, bei der andern ein zweiseitiger Alt vor) übersehen und beide für vereinbar halten könnten (als ob eine Tradition aus Dereliction und Occupation bestände!), ist für mich schwer zu verstehen.

522) Man nehme z. B. die erbrechtlichen Sätze: nemo pro parte testatus etc., semel heres, semper heres und so manche andere, die bereits zur Zeit der klassischen Juristen mehr figurirten als galten.

oder Schönheitssinn spreche. Aber die Sache selbst bringt es mit sich, und wenn man mir einmal verstattet hat, von einer künstlerischen Gestaltung des Stoffs zu reden, so wird man sich auch den Kunstsinn gefallen lassen müssen.⁵²³⁾ Auf ihm beruht das Wohlgefallen und Mißfallen, das gewisse Constructionen in uns erregen. Die einen befriedigen uns durch ihre Natürlichkeit, Durchsichtigkeit, Einfachheit, Anschaulichkeit, die andern stoßen uns durch das Gegentheil ab, erscheinen uns gezwungen, unnatürlich u. s. w., ohne daß wir sie darum für verkehrt erklären könnten. Dies Gesetz ist also nicht, wie die beiden ersten, ein absolutes. Eine Construction, die gegen jene verstößt, ist absolut unrichtig, ist keine Construction, hingegen eine schwerfällige, gezwungene Construction ist, so lange man keine bessere an ihre Stelle setzen kann, berechtigt und unentbehrlich. In dieser letzteren Hinsicht gibt es also Gradationen, vollkommnere und unvollkommnere Constructionen. Der Vergleich mit der Kunst trifft selbst insofern zu, daß wir von einem verschiedenen Kunsty in verschiedener Epochen der Jurisprudenz sprechen können, wie denn z. B. die Verschiedenheit der ältern und neuern römischen Jurisprudenz in dieser Hinsicht sich einem aufmerksamen Beobachter kaum entziehen kann und von uns an den betreffenden Stellen angedeutet werden soll. Der Styl der ältern Jurisprudenz charakterisiert sich vorzugsweise durch das Bestreben einer plastischen Darstellung und Motivirung innerer Thatsachen und Vorgänge, während die spätere Jurisprudenz mehr mit begrifflichen, innerlichen Mitteln operirt z. B. das Scheingeschäft durch Fiktionen ersetzt.

Einer näheren Ausführung dieses dritten Gesetzes enthalte ich mich, da sie zum Zweck des Verständnisses der altrömischen

523) Den römischen Juristen schwiebte dieselbe Vorstellung vor, sie kamen ein juristisches Schönheitsgefühl und erkannten es als berechtigt an, man denke z. B. an den Vorwurf einer inelegantia juris (bei Gaius I §. 84. 85) und an das angebliche Gesetz der Symmetrie (L. 35 de R. J. 50. 17).

Technik nicht geboten erscheint, und die Beispiele, die letztere uns vorführen wird, auch ohne Commentar verständlich sind. Darum nur folgende Bemerkungen. Je einfacher die Construction, um so vollkommner d. h. anschaulicher, durchsichtiger ist sie; in der höchsten Einfachheit bewährt sich auch hier die höchste Kunst. Die verwickeltesten Verhältnisse sind von den Römern nicht selten mit den einfachsten Mitteln construirt (man denke z. B. an die juristische Person), und Constructionen, die den Eindruck des Ge-künstelten, Complicirten machen, dürfen uns mit gerechtem Mißtrauen erfüllen. Anschaulich ist die Construction, wenn sie das Verhältniß unter einem Gesichtspunkt erfaßt, der unserer Vorstellung leicht zugänglich ist (wie z. B. bei dem Begriff der *univ. rerum distantium*); durchsichtig, wenn die Consequenzen des Verhältnisses in diesem Gesichtspunkt offen hervortreten, wie in dem Begriff der juristischen Person; natürlich, wenn die Construction keine Abweichung von dem, was sonst in der sinnlichen oder geistigen Welt vor sich geht,⁵²⁴⁾ postulirt. Beruht unsere ganze Construction einmal auf einer naturhistorischen Ausschauung, so ist es erklärlich, daß sie sich den Gesetzen und Vorgängen der Natur möglichst eng anzuschließen, sie auf ihrem Gebiete und in ihrem Stoff möglichst nachzubilden sucht, und nicht selten

524) Solche der Ausschauung der natürlichen Welt entnommene, von den römischen Juristen für die juristische Construction adoptirte Sätze sind z. B.: was einmal untergegangen, kann seine alte Existenz nicht wieder erlangen; Geschehenes läßt sich nicht ändern (z. B. L. 2 de resc. vendit. 18. 5); *perire non potuit, quod quis nondum habuit* L. 26 pr. de usufr. leg. (33. 2); Anfang und Ende, Ursache und Wirkung verstatthen *nein vacuum in der Mitte* (darauf beruht die logische Notwendigkeit der rückwirkenden Kraft der Bedingung; s. das weitere bei der Theorie der Rechtsgeschäfte). Dahin gehört der Gedanke vom Gleichgewicht der Kräfte, mit dem z. B. *Venulejus* L. 13 de duob. reis (45. 2) operirt: *cum vero ejusdem potestatis sint, non potest reperiiri, qua re altera potius quam altera consumatur.* L. 5 de fidej. (46. 1), womit auch der Satz: *melior est conditio possidentis* zusammenhängt; ferner die Deduction der Unmöglichkeit einer *compossessionis in solidum* in L. 3 §. 5 de poss. (41. 2).

scheint das „naturale“ der Römer eben diese Bedeutung einer Natur=Imitation zu haben.⁵²⁵⁾

Die bisherige Erörterung hat uns die Anforderungen angegeben, denen die juristische Construction zu entsprechen hat, es mögen jetzt noch einige Worte folgen über die Mittel, die sie zu diesem Zweck in Anwendung bringt, ich nenne sie den Constructionssapparat.

Die niederste Stufe in demselben nehmen ein die von der Sprache recipirten Bilder, z. B. der servus poenae, die Bezeichnung der Servituten als jura praediorum, die der reivindicatio als actio in rem, die des Pfandrechts als obligatio rei. Eine Sache kann weder ein Recht haben, noch verklagt werden, noch Subject einer Obligation sein. Allerdings kennt unsre Wissenschaft die Möglichkeit einer Personificirung dessen, was in Wirklichkeit nicht Person ist, allein in jenen Fällen ist daran nicht zu denken, die Personification ist hier keine juristische, sondern eine bloß figürliche. Nichts desto weniger aber glaube ich jene Ausdrücke als Constructionversuche vom Standpunkt der natürlichen Auffassungsweise bezeichnen zu dürfen — hat man doch sogar wirkliche Constructionen in ihnen finden wollen — und es lässt sich nicht läugnen, daß sie mit Geschick gewählt sind und der Anschauung höchst brauchbare Anhaltspunkte gewähren. Als gleichfalls einer niederen Stufe angehörige Constructionsmittel nenne ich sodann die Scheingeschäfte, die hier aber nicht weiter besprochen werden sollen, da das ältere Recht uns Gelegenheit genug darbietet, sie kennen zu lernen. An sie reihen sich sodann die Fictions, die häufig nur das Caput mortuum früherer Scheingeschäfte sind. Eine gewisse Ähnlichkeit mit der Fiction hat die künstliche Erweiterung natürlicher Begriffe

525) z. B. in der freilich nicht ganz richtigen Abstraction der Gleichheit der Entstehungs- und Endigungsarten L. 35 de R. J. (50. 17) : nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est.

z. B. die Ausdehnung des Fruchtbegriffs auf das *uti* (*fructus civiles*), die der Person auf juristische Personen, die der Sache auf Complexe von Sachen (juristische Sachen) u. s. w. Eins der scheinbar künstlichsten Mittel in unserm römischen Recht ist die rückwirkende Kraft; von ihr wird an einer andern Stelle die Rede sein. Uebrigens will ich bemerken, daß in den bei weitem meisten Fällen ein eigener Constructionsapparat gar nicht zur Anwendung kommt, sondern die Lösung einfach durch richtige Erfassung des Begriffs, durch Entdeckung und Benutzung begrifflicher Unterschiede, durch Vereinigung des an sich Verschiedenen unter einen höhern Gesichtspunkt, kurz auf dem Wege einer logischen Zersetzung und Durchdringung des Stoffs bewerkstelligt wird.

Es verbleibt uns jetzt als letzter Punkt noch die Frage nach dem eigenthümlichen technischen Werth und Nutzen der juristischen Construction. Wie verhält sich letztere zu der früher (§. 38) entwickelten höchsten Aufgabe der Technik, der Erleichterung der subjectiven Beherrschung des Rechts? Wir wollen das durch die Construction im Sinn der naturhistorischen Methode gestaltete Recht das System nennen und fassen den Inhalt der folgenden Ausführung in die beiden Sätze zusammen: das System ist die praktisch vortheilhafteste Form des positiv gegebenen Stoffs; und: es ist die Quelle neuen Stoffs.

1. Das System ist die praktisch vortheilhafteste Form des positiv gegebenen Stoffs.

Die Erhebung des Rechts zum System im obigen Sinn entzieht demselben, wie bereits früher bemerkt, seine äußerlich praktische Form, ohne die innere praktische Kraft desselben zu vermindern. Alle unsere Begriffe, Eintheilungen sind praktische Potenzen; gewonnen aus Rechtsätzen, lassen sie sich jederzeit von dem, der es versteht, wiederum auf sie zurückführen. (Bd. 1 §. 38.)

Wenn nun jene Umwandlung einerseits die bisherige Brauchbarkeit des Stoffs um nichts beeinträchtigt, so vervollkommenet sie ihn andererseits dagegen in höchst wesentlicher Weise.

Erstens: das System ist die anschaulichste, weil plastische Form des Stoffs. Während derselbe bisher als rein stoffartige Substanz mit dem Gedächtniß erfaßt werden mußte, geschieht dies jetzt vermittelst des juristischen Anschauungsvermögens der Intuition. Das Charakteristische der Anschauung liegt in der Einheit, Totalität und Simultaneität des Bildes, das sie dem Geist vorführt. Die Anschauung sucht nicht erst das Einzelne zusammen, wie das Gedächtniß, sondern sie hat dasselbe gleichzeitig und in seinem ganzen Zusammenhang vor Augen. Dies setzt aber voraus, daß ein solcher Zusammenhang, eine Einheit, kurz ein objectiv Anschauliches existire. Diese objective Anschaulichkeit wird nun für das Recht eben begründet durch das System. Denn im System hat ja der Stoff plastische Formen angenommen, er hat sich getheilt und zusammengethan zu einzelnen individuell bestimmten Körpern. Jeder solcher Körper ist der Träger einer Masse von Rechtssätzen oder richtiger nicht ein bloßer Träger, ein mit ihnen behangenes Gerippe, sondern er ist sie selbst, sie sind sein Fleisch und Blut geworden. In ihm hat die Masse individuellen Ausdruck und die Möglichkeit eines Totaleindrucks gewonnen. Jeder dieser Körper hat für uns seine bestimmte Physiognomie und Individualität, und wer längern Verkehr mit ihnen gepflogen, dem werden sie wie alte Bekannte — er kennt sie, wo und wie er sie trifft (Diagnose), und er weiß, was sie können und nicht können, ohne daß er nöthig hätte, viel darüber zu reflectiren und sich der Gründe bewußt zu werden.

Wie sehr nun durch diese Möglichkeit, das Recht mit der Anschauung zu erfassen, unsere ganze Beschäftigung mit demselben gewinnt, gewinnt an Raschheit, Sicherheit, Leichtigkeit — das werde ich dem eignen Nachdenken des Lesers überlassen dürfen.

Zweitens: das System ist die bequemste, weil fürzeste, concentrirteste Form des Stoffs — eine Behauptung, die nach den Ausführungen in diesem und den vorhergehenden Paragraphen keiner weiteren Erörterung bedarf.

Dritten: das System ist die ergiebigste, durchsichtigste Form des Stoffs. In dieser Form wird die ganze Fülle seines Inhalts zu Tage gefördert, alles, was in ihm steckt, hervorgetrieben: die Beziehungen der entferntesten Punkte, die feinsten Unterschiede und Aehnlichkeiten, die stillschweigenden Voraussetzungen, die dem Gesetz zu Grunde liegen, und die gerade wegen ihrer Natürlichkeit und Nothwendigkeit sich der Beobachtung entziehen kounten, die allgemeineren Principien, die zu abstract, zu ätherisch waren, als daß der Gesetzgeber ihre Anwesenheit und Influenz bei dem Act der Rechtsproduction hätte wahrnehmen sollen — kurz das Innerste und Geheimste des Stoffs wird ins Bewußtsein gebracht. Darum könnte man die naturhistorische Methode etwa die peinliche Frage des Rechts nennen, die den Stoff zum Geständniß zwingt. Jene allgemeinen Kategorien, die wir oben mitgetheilt haben: Entstehung, Untergang, Eigenschaften u. s. w. des Rechtsförpers sind zwar an sich inhaltslos, formal, allein so wie sie mit dem Stoff in Verbindung gesetzt werden, entwickeln sie eine außerordentliche dialektische Triebkraft. Immerhin mögen sie nur Fragen sein, die wir an ihn richten, allein die Frage ist der erste Schritt zur Erkenntniß, ja nicht selten die Erkenntniß selbst. Allerdings versorgt uns auch die Praxis täglich mit Fragen und verhilft uns dadurch mittelbar zu einer Erweiterung unserer Kenntnisse, allein die Fragen der Praxis sind nicht immer gerade die lehrreichsten. Eine völlig unpraktische Frage, die aber das Institut, so zu sagen, an seiner empfindlichsten Stelle, an seiner Wurzel erfaßt, kann für die wahrhafte Erkenntniß desselben unendlich viel wichtiger sein, und mit der Beantwortung einer solchen Frage können mittelbar eine Reihe der praktisch-wichtigsten Fragen, die man bisher auf unmittelbarem Wege vergebens zu lösen suchte, ihre definitive Erledigung finden. ⁵²⁸⁾ So wie die Naturwissenschaft die für das

528) So z. B. hat die Frage von dem Vertragsabschluß mit einem Tauen ein höchst geringes Interesse, und doch ist sie für die Untersuchung der

Leben folgenreichsten Entdeckungen in der Regel bei Fragen und Untersuchungen macht, die von vornherein gar keine praktische Beziehung hatten, und wie die Wissenschaft hier gerade dadurch dem Leben dient, daß sie sich demselben entzieht, so auch die Jurisprudenz. Ihre besten Entdeckungen macht sie nicht selten in völlig unpraktischen Regionen, und hätten die römischen Juristen uns auch sonst nichts gelehrt, wir wären ihnen schon für die eine Lehre zum ewigen Dank verpflichtet: daß nämlich die Jurisprudenz, um wahrhaft praktisch zu sein, sich nicht auf praktische Fragen beschränken darf.

So enthält also das System die Emancipation der Jurisprudenz von dem Zufall des unmittelbaren Bedürfnisses; auf ihm beruht also die eigentliche wissenschaftliche Freiheit der Jurisprudenz. Mit dieser Bemerkung aber treffen wir zugleich unsern zweiten Hauptatz, nämlich

2. Das System ist eine unversiegbare Quelle neuen Stoffs. ^{529a)}

Wenn die Jurisprudenz bloß erschließt, was der Gesetzgeber

Natur des Vertragsabschlusses höchst förderlich, s. die Stelle von Merlin bei Regelsberger Civilrechtl. Erörterungen, Heft 1 Weimar 1868 S. 13.

529a) Ich weiß nicht, ob die Bemerkungen von Arnold, Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865 S. 204 u. 430 gegen den obigen Satz gerichtet sein sollen, jedenfalls würden sie dann auf dem doppelten Missverständniß beruhen, einmal, als ob ich unter System bloß die äußere Anordnung der Begriffe verstehe, während ich doch mich S. 366 deutlich darüber ausgesprochen habe, in welchem Sinn ich diesen Ausdruck gebrauche, nämlich als das Ganze der zur juristisch-begrifflichen Form erhobenen Rechtsbestimmungen. Ich kann unmöglich annehmen, daß der genannte Gelehrte die That-sache hat läugnen wollen, von der jedes Blatt des corpus juris Zeugniß ablegt, daß die in dem System in diesem Sinn gebundene oder richtiger lebendige dialektische Kraft sich als eine unversiegbare Quelle neuer Rechtswahrheiten bewährt hat und täglich bewährt. Das zweite Missverständniß würde darin bestehen, als ob ich meinte, daß die Jurisprudenz dieses Ganze aus dem Nichts geschaffen, während ich den „Stoff“ doch als gegeben voraussetze (S. 344) und der Jurisprudenz nur die Aufgabe seiner Erhebung zu einer höhern d. h. begrifflichen Form vindicire, womit sich aber sehr wohl

mittelbar gesetzt und gegeben hat, so kann man hier nur uneigentlich von einem neuen Stoff reden; es ist nicht sowohl eine Production als eine Enthüllung.⁵²⁹⁾ Dagegen gibt es auch eine juristische Production im strengsten Sinn, die Hervorbringung eines absolut neuen Stoffes. Wer nur die oberflächlichste Ansicht von den Arbeiten der römischen Juristen hat, muß sie kennen; denn jedes Blatt unserer justinianischen Pandekten legt Zeugniß von ihr ab. Wie viele Lehren hat die römische Jurisprudenz geschaffen, zu denen das positive Recht ihr auch nicht den geringsten Anhaltspunkt, den leisensten Anstoß gegeben hat! Welches Gesetz hatte z. B. etwas bestimmt über die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Servituten, des Pfandrechts u. s. w.? Und doch ist diese Lehre von der Theilbarkeit eine der stoffreichsten, umfangreichsten die es gibt. Oder wo stand etwas über den Eigentumserwerb durch Specification und Accession? Kurz diese Lehren sind wahrhafte juristische Productionen, gewonnen rein auf dem Wege der juristischen Speculation. Der Stoff z. B., aus dem die Jurisprudenz die Lehre von der Specification und Accession bildete, war nichts als der allgemein logische Begriff der Identität, angewandt auf die Umgestaltung einer Sache.

verträgt, daß sie in Fällen, wo der Gesetzgeber sie absolut im Stich läßt, selber sich zu helfen sucht und hier sowohl in materieller wie formeller Beziehung eine schöpferische Thätigkeit entwickelt. Auch das meine ich nicht, als ob, um den Gegensatz in der Sprache der römischen Juristen zu bezeichnen, die „utilitas“ vor der „ratio juris“ verstummen müßte, aber das meine ich allerdings und daran halte ich stets fest, daß die Jurisprudenz an der Hand der ratio juris überall so weit vorschreiten soll, bis die utilitas ihr in den Weg tritt und Protest einlegt; wenn sie das nicht dürfte, so würde ihr nichts übrig bleiben als die Paragraphen des Gesetzbuchs auswendig zu lernen; wo diese nicht ausreichten, müßte der Gesetzgeber selber den Prozeß entscheiden. Meine Ausführungen über die „Überschätzung des logischen Elements im Recht“ in B. 3 §. 59 werden mich hoffentlich in Zukunft gegen ähnliche Missverständnisse schützen.

529) Man kann Gaius Worte von der Specification hier anwenden: non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.

Das praktische Leben kann dieser Ergänzung des positiven Rechts durch die Jurisprudenz gar nicht entrathen und letztere sich ihr eben darum, auch wenn sie möchte, gar nicht entziehen. Jede Jurisprudenz producirt,⁵³⁰⁾ selbst wenn sie sich dessen nicht bewußt ist und wohl gar sich in der Theorie das Recht dazu abspricht, wie dies ja noch heutzutage von Manchen geschieht. Es war ein ganz richtiges Gefühl, das einen Juristen des vorigen Jahrhunderts, den Germanisten Runde, bestimmte, die Natur der Sache als Rechtsquelle aufzustellen; es gibt kaum einen Ausdruck, welcher der von mir im Bisherigen entwickelten naturhistorischen Anschauung sowohl der Sache wie dem Namen nach so nahe käme.

Wie sehr nun diese juristische Production durch die naturhistorische Auffassungsweise bedingt ist, bedarf schwerlich einer Erläuterung. Vom Standpunkt der niedern Jurisprudenz ist sie schlechterdings nicht zu begründen, vom Standpunkt der höhern aus hingegen ergibt sie sich als nothwendige Consequenz. Haben wir einmal die Vorstellung der Rechtskörper adoptirt, die Idee des individuellen Seins und Lebens auf den gegebenen positiven Stoff angewandt, so müssen wir dieser Idee auch da treu bleiben, wo der positive Stoff uns im Stich läßt d. h. das Fehlende in irgend einer Weise ergänzen. Das Material aber zu dieser Ergänzung gewährt uns theils der einzelne Körper selbst, seine Natur und innere Dialektik, theils die allgemeine Theorie der juristischen Körper.

So öffnet sich denn der Wissenschaft im System ein unabsehbares Gebiet der Thätigkeit, ein unerschöpfliches Feld des Forschens und Entdeckens und eine Quelle des reichsten Genusses. Nicht die engen Schranken des positiven Gesetzes bezeichnen ihr hier die Gränzmarken ihres Reichs, nicht die unmittelbar

530) Darum bezeichneten die späteren römischen Juristen ihre Vorgänger aus der Zeit der Republik ganz zutreffend als veteres, qui tunc iura condiderunt.

praktischen Fragen die Pfade, die sie zu wandeln hat. Frei und ungehindert, wie in der Philosophie, kann der Gedanke hier schweifen und forschen und dennoch zugleich sicher gegen die Gefahr sich zu verlieren, die ihm dort so leicht droht. Denn die praktische Natur der Welt, in die er sich versetzt findet, lenkt ihn immer wieder zu den realen Dingen zurück. Aber daß er, indem er zurückkehrt, sich gestehen darf, nicht einem bloß subjectiven Erkenntnißdrange genügt zu haben, nicht die bloße Erinnerung an einen hohen geistigen Genuß, sondern etwas für die Welt und Menschheit Werthvolles mit zurückzubringen, daß die Gedanken, die er gefunden, keine bloßen Gedanken bleiben, sondern praktische Gewalten werden — eben das gibt all unserm Philosophiren und Construiren in der Dogmatik erst seinen wahren Werth.

Bringen wir diese Auffassung der Jurisprudenz, diese Anschauung des Rechts mit, dann glaube ich wird es uns nicht Wunder nehmen, daß diese Wissenschaft mehr als ein halbes Jahrtausend in Rom die äußerste Anziehungskraft ausüben und den Rang der ersten Wissenschaft einnehmen konnte. Sie gewährte dem römischen Geist, so zu sagen, die Arena einer dialektischen Gymnastik. Sie erklärt uns zugleich, daß und warum die Römer keine Philosophie hatten, denn alles, was an philosophischem Trieb und Talent in ihnen war, hat in ihr seine Befriedigung und seinen Auslaß gefunden. Und so wird es sich rechtfertigen, wenn wir, indem wir uns ihr jetzt zuwenden, sie von vornherein charakterisiren als: das durch die praktische Richtung des Römervolkes bestimmte geistige Gebiet, auf dem das, was an philosophischem Sinn und Triebe in ihnen war, zum Vorschein und zur Entfaltung gelangte, oder kurz weg als die national-römische Philosophie.

B. Die Technik des ältern Rechts.

Die Jurisprudenz.

Die Pontifices — die Geheimhaltung des Rechts — das *jus civile* im engern Sinn — der pontifizische Styl — das Ende der pontifizischen Herrschaft.

XLII. Nach einer langen Abschweifung haben wir jetzt wieder historischen Grund und Boden erreicht. Allein bevor ich ihn betrete, muß ich mir noch eine Bemerkung über das Verhältniß des vorhergehenden Abschnitts zu dem gegenwärtigen erlauben, nicht bloß zu meiner eignen Rechtfertigung, sondern auch im Interesse des Lesers. Meine Darstellung der Theorie der Technik nämlich ist nicht bloß darauf berechnet, das Verständniß des ältern, sondern auch das des späteren Rechts vorzubereiten. An irgend einer Stelle mußte ich sie einschalten, die gegenwärtige Stelle aber schien mir die passendste zu sein, weil uns hier die Frage von der Technik zum ersten Mal begegnete. Ich habe mich jedoch bei meiner Darstellung nicht durch die Rücksicht auf das ältere Recht beengen lassen, ich konnte nicht ängstlich abwägen, ob alles und jedes, was ich sagte, unmittelbar im älteren Recht seine Anwendung finde; ich hatte nur die Wahl, die Theorie der Technik entweder in ihrem ganzen Zusammenhang oder gar nicht zu behandeln. Dieser Zusammenhang aber brachte es mit sich, daß ich der Technik bis zu ihrem äußersten Höhepunkt, bis zur Höhe der ausgebildeten Wissenschaft folgte, und gerade der Umstand, daß der Schluß unserer Einleitung uns auf diesem Punkt gelassen hat, machte das gegenwärtige Vorwort nöthig. Denn dieser äußerste Punkt liegt für uns gegenwärtig noch zu hoch. Er bildet allerdings das Ziel, dem das ältere Recht nachstrebt, und insofern war uns auch die Kenntniß dieses Punktes unentbehrlich, allein das ältere Recht war, wenn auch dem Ziele ungleich näher, als man gewöhnlich annimmt, doch nur auf dem Wege zu ihm.

Indem wir nun an das ältere Recht herantreten, wollen wir uns in unseren Erwartungen möglichst herabstimmen. Daß wir eine Technik finden werden, wissen wir, denn eine Technik hat jedes Recht, auch das ungebildetste, sie ist vor aller Jurisprudenz da (S. 309). Aber ob wir bereits eine Jurisprudenz antreffen werden, davon wissen wir noch nichts, dies muß vielmehr erst Sache der historischen Untersuchung sein. Ich halte es nun für nöthig, diese Frage gleich hier beim Eintritt in das ältere Recht zu beantworten, wäre es auch nur, um mir dadurch das Recht zu verschaffen, im Verlauf der Darstellung von Juristen zu sprechen, aber ich fasse sie hier ganz äußerlich, ich frage nämlich nur: kannte das ältere Recht bereits den äußern Gegensatz zwischen Juristen und Laien, gab es eine eigene Classe von Leuten, deren Beruf in der Kenntniß und Anwendung des Rechts bestand? Ob ihnen der Name von „Juristen im eigentlichen Sinn“ abzusprechen sei, ⁵³¹⁾ ob ihr Können und Wissen den Namen eines juristischen verdiene, ist eine Frage, die sich erst beantworten läßt, wenn wir mit ihren Leistungen vertraut geworden sind, also erst am Schluß dieses ganzen Abschnittes. Uebrigens ist jenes äußerliche Moment, nach dem ich die Frage hier beantworte, bei weitem nicht so äußerlich, wie es scheint. Diese äußere Absperzung der Jurisprudenz ist der erste Ansatz zur inneren Entwicklung derselben als Wissenschaft; damit der Kern sich entwickelt, bedarf er der Schale, und wenn die Schale sich bildet, so ist das ein Zeichen, daß der Kern selber bereits angesetzt hat.

Wer den Gegensatz zwischen Juristen und Laien als etwas Unnatürliches betrachtet, für den hat die Unnatürlichkeit in Rom schon früh begonnen, denn er ist eine der ersten rechtshistorischen

531) Wie Puchta Cursus der Instit. Bd. 1 §. 76 es will. Das Wissen der ältern Juristen hätte sich, meint er, von dem eines jeden Andern nicht qualitativ, sondern bloß quantitativ unterschieden, Juristen im eigentlichen Sinn könne man sie nicht nennen.

Thatsachen, von denen die Tradition zu berichten weiß. Da sie gibt ihm sogar die Gestalt einer förmlichen Geheimnisskrämerei, welche die Juristen mit dem Recht getrieben hätten, um sich dem Volk unentbehrlich zu machen. ⁵³²⁾ Die historische Kritik hat diese Mittheilung als eine handgreifliche Erdichtung einfach zur Seite schieben wollen; ⁵³³⁾ richtiger wäre es gewesen zu fragen, wie sich, wenn an der Sache gar nichts Wahres gewesen, eine solche Fabel hätte bilden können? Man hüte sich nur, die Uebertreibung erst selbst hineinzutragen. Daß das Volk sich in völliger Unkunde des Rechts befunden habe, wäre allerdings unglaublich, allein das ist auch nicht der Sinn jener Erzählung. Sondern der Sinn ist der: daß das Recht durch die Jurisprudenz dem Volk entfremdet worden sei, daß sich neben dem Volksrecht ein Juristenrecht gebildet habe, und diese Thatsache ist so wenig auffällig, daß sie im Gegentheil die unausbleibliche Folge ist, welche sich überall an das Auftreten und Wirken der Jurisprudenz knüpft. Die Sage hat diese Thatsache nur in ihrer Weise ausgeschmückt, indem sie, wie sie es so gern thut, als Werk der Absicht hinstellt, was ein unbeabsichtigtes und unvermeidliches Resultat der Verhältnisse ist. In jener Sage besitzen wir also einen Bericht über einen der wichtigsten Wendepunkte in der Geschichte des römischen Rechts, den Uebergang von der naiven Auffassung des Rechts zur Reflexion d. h. zur Jurisprudenz, und zwar besteht das Interessante und Beachtenswerthe dieses Berichts in zweierlei. Zuerst theilt er uns mit die Zeit, wann dieser Wendepunkt eingetreten ist, nämlich bald nach den XII Tafeln, und sodann — zwar nicht mit düren Worten, aber für Jeden, der Sagen zu lesen versteht, nicht minder deutlich — wie tief der Riß, der damit erfolgte, vom Volk empfunden sein muß, welchen bleibenden Eindruck dieser Umschwung in der Erinnerung des Volks zurückgelassen hat. Und in

532) L. 2 §. 35 de orig. jur. (1. 2). Liv. IX, 46. Cicero pro Murenā c. 11. Val. Max. II, 5 § 2.

533) *Præfata Cursus der Inst.* Bd. 1 §. 77.

der That war der Riß ein schroffer — um dies behaupten zu können, reichen unsere Nachrichten vollkommen aus — und zwar beruhte diese Schroffheit wesentlich mit auf der eigenthümlichen Form, welche die Jurisprudenz während der ersten Jahrhunderte ihres Bestehens an sich trug.

Die Kenntniß der Gesetze, die Kunst der Interpretation und die Legis Actionen, berichtet uns Pomponius,⁵³⁴⁾ waren in der Zeit nach den XII Tafeln in den Händen der Pontifices, und jährlich ward ein Mitglied aus dem Collegium zur Handhabung der Rechtspflege (qui praeesset privatis) committirt. Derselbe Pomponius aber spricht in §. 27 des citirten Fragments von einem gleichzeitigen *jus dicere* der Consuln. Wie vereinigt sich beides? Vielleicht in folgender Weise. Alle Maßregeln, welche Ausflüsse des imperium waren z. B. die *addictio* des Schuldners, der Erlaß eines Befehls u. s. w., konnten nur von dem Magistrat verhängt werden, die Entscheidung eigentlicher Prozesse dagegen fiel den Pontifices anheim. Dies aber mit einer Beschränkung. Mit Streitigkeiten nämlich, die keine Rechtskenntniß voraussetzten z. B. über Theilung eines Nachlasses zwischen den Erben, Taxation einer Sache, über Regulirung des Laufs der Gewässer brauchte man die Pontifices nicht zu behelligen; jeder Bürger und Bauer war hier eben so brauchbar und vielleicht brauchbarer als sie. Für derartige Rechtsstreitigkeiten (*jurgium, arbitrium*) war höchst wahrscheinlich die *legis actio per judicis arbitrio postulationem* bestimmt, und zwar ward der Antrag auf Bestellung eines solchen Richters aus dem Volk beim Consul, nach Einführung der Prätor beim Prätor gestellt.⁵³⁵⁾ Im übrigen waren ausschließlich die Pontifices competent, wie schon daraus hervorgeht, daß die einzige eigentliche

534) L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2).

535) Die betreffende Formel bei Valerius Probus §. 4 lautet nach der ohne Zweifel allein richtigen Lesart, die der neueste Herausgeber, Th. Moimann, in den Text aufgenommen, so: *te, Praetor, judicem arbitrumve postulo uti des. Praetor* hieß bekanntlich früher auch *der Consul*.

Prozeßform, die wir für das ältere Recht annehmen dürfen, die legis actio sacramento⁵³⁶,) in ihrer ursprünglichen Gestalt unverkennbar auf eine Mitwirkung von ihrer Seite hinweist. Das sacramentum ward anfänglich bei dem pons publicius (Bd. 1 S. 298) deponirt und fiel nicht, wie später, dem Staat, sondern dem religiösen Fond zu. Den Gerichtshof der Pontifices dürfen wir nun für jene Zeit als den Sitz der eigentlichen Justiz und Jurisprudenz bezeichnen, und wir brauchen bloß den Umstand, daß es eine ständige und geistliche Behörde war, in Anschlag zu bringen, um die Nachrichten über den Charakter und die Stellung der ältesten Jurisprudenz begreiflich zu finden. Wären die Pontifices auch von jener Tendenz nach einem esoterischen Wissen, die alle Priesterschaften des Alterthums beseelte,^{536a)} völlig frei gewesen — und in dieser Allgemeinheit wäre die Behauptung mehr als gewagt, denn in der römischen Religion tritt der Zug nach dem Geheimnißvollen deutlich hervor — bei einer Genossenschaft, deren verfassungsmäßiger Beruf das Wissen und die Gelehrsamkeit war, deren Stellung nicht bloß eine höhere Einsicht, sondern auch die Verpflichtung, den Glauben daran im Volke zu erhalten, mit sich brachte, die aus lebenslänglichen sich selbst ergänzenden Mitgliedern patricischen Standes bestand, bei einer solchen Genossenschaft mußte das Recht mit Nothwendigkeit einer gewissen gelehrten Abgeschlossenheit verfallen und die erforderliche Kenntniß desselben sich mehr und mehr auf das Collegium zurückziehen. Man hat dies „im Angesicht der Volkssitte, in der

536) Von den fünf legis actiones war die per pignoris capionem eine außergerichtliche, die per manus injectionem und per judicis postulationem gehörte ausschließlich vor den Magistrat, die durch sacramentum ausschließlich vor die pontifices ; von der per condictionem wird später die Rede sein.

536a) K. S. Zachariä betrachtete dies sogar als einen Zug jeder Priesterherrschaft überhaupt. „Die geistlichen Herrschaften halten die Gesetze, nach welchen sie gebieten, fast immer vor dem Volke geheim. So verboten die Päpste das Lesen der heiligen Schriften.“ Vierzig Bücher vom Staate Bd. 3 S. 22 (Aufl. 2).

das Recht lebte und webte, der geschriebenen Gesetze, die öffentlich ausgestellt waren, endlich der allervollkommensten Offenlichkeit der Gerichte" (Puchta) für unmöglich gehalten und die Differenz zwischen den Juristen und Laien der damaligen Zeit nicht in eine Verschiedenheit ihres Wissens, sondern des Können setzen wollen; die Überlegenheit der ersten habe sich lediglich auf die Anwendung des Rechts bezogen. Allein dieser Behauptung stehen nicht bloß alle äußern Zeugnisse, sondern auch die innere Wahrscheinlichkeit entgegen. Waren auch die Gesetze Federmann vor Augen, so war doch die Interpretation Sache der Pontifices;⁵³⁷⁾ bot auch die Offenlichkeit der Gerichtssitzungen Gelegenheit, den Gang des Verfahrens und das rein Aeußerliche der Klageformulare kennen zu lernen, so war doch schon die Kenntnis, wo und wie die verschiedenen Formeln anzuwenden, welcher Sinn mit ihnen zu verbinden, etwas mehr Theoretisches, durch das bloße Zusehen nicht so leicht zu Erlernendes.^{537a)} Der entscheidende Umstand jedoch ist der, daß es außer der Volksritte und den Gesetzen noch eine dritte Rechtsquelle, das Recht der Wissenschaft oder das *jus civile* im engen Sinn⁵³⁸⁾ gab, zu der nur der Pontifex völlig freien Zutritt hatte.

Als nothwendiger Inhalt dieser pontifischen Rechte

537) L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2).

537a) Bemerkt doch noch Cicero ad Fratr. II 15 §. 3, daß in tanta multitudine eorum qui una essent, nullum fuisse, qui vadimonium concipere posset.

538) S. die Darstellung bei Pomponius L. 2 §. 5, 6 cit., in der das *jus civile* oder das alte Juristen-Recht sich unmittelbar an die XII Tafeln anschließt. Wie wenig man übrigens nöthig hat in die Zeiten der ältesten römischen Jurisprudenz zurückzugehen, um den Klagen über die Geheimniskrämerie der Juristen zu begegnen, zeigt die preußische Kabinetsordre vom 14. April 1780 über die Codification der Provinzialrechte und des gemeinen Rechts §. 5 . . „so werden freilich viele Rechtsgelehrten bei der Simplification dieser Sache ihr geheimnisvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht und das ganze Corps der bisherigen Advokaten unnutze werden.“ Heydemann, Einleitung in das System des preuß. Civilrechts I S. 19.

disciplin stellt sich uns zunächst dar die Kenntniß der bisherigen Praxis. Dass der Boden zur Bildung einer constanten Praxis ein höchst geeigneter war, wird eben so wenig der Bemerkung bedürfen, als dass die Fortpflanzung derselben durch schriftliche und mündliche Tradition sich der Natur der Sache nach nur auf die Mitglieder des Collegs beschränkte. Im Volke mußte die Erinnerung wichtiger Rechtsfälle und Entscheidungen leicht verfliegen, bei jenem Colleg hingegen ward sie fixirt und pflanzte sich treu von einer Generation zur andern fort.⁵³⁹⁾ Den zweiten Bestandtheil dieser Disciplin bildete die eigentliche Lehre, die von den Pontifices selbst entworfenen Theorie des Rechts. Eine unabweisbare Aufforderung zur Ausarbeitung einer eigenen, selbständigen Theorie des Rechts lag in der religiösen Beziehung derselben. Soweit diese Beziehung reichte — und, wie wir Bd. I S. 294 gesehen, reichte sie im ältern Recht sehr weit — fand die gesetzgebende Gewalt des Volks keinen Raum; hier waren nur die Pontifices competent, das fas dürfen wir ausschließlich als ihr Werk betrachten. Allein ihre gestaltende und rechtsbildende Thätigkeit erstreckte sich eben sowohl auf das jus. Ganz abgesehen davon, daß ihnen gleichmäßig die Anwendung des jus wie des fas anvertraut war, und ein gewisser rechtsbildender Einfluß von jeder Anwendung des Rechts untrennbar ist, so ließ sich, selbst wenn sie aus irgend welchem Grunde ihre Doctrinen auf das fas hätten beschränken wollen, doch eine strenge Gränzlinie zwischen beiden Gebieten des Rechts in manchen Verhältnissen gar nicht ziehen. Wie Vieles war beiden völlig gemeinsam (man denke z. B. an die Lehre von der Zeit) und wie oft erforderte die Durchführung irgend eines Zwecks oder Gesichtspunkts des fas die Unterordnung des jus d. h. eine entsprechende Ge-

539) Wie fest und treu die römische juristische Tradition war, dafür gibt die Notiz bei Pomponius I. 2 §. 38 de orig. jur. (1. 2) über den ersten plebeijischen Pontifex Maximus, Tib. Coruncanius, daß man von demselben zwar keine Schriften, aber eine Reihe wichtiger Responsen kenne, einen eindrucksvollen Beleg. Beide Juristen trennte ein Zeitraum von vier Jahrhunderten!

staltung der profanen Seite des Instituts (man denke z. B. an das, was Gajus II, 55 über das ursprüngliche Motiv der usucatio pro herede berichtet). Und sodann: wenn einmal die Pontifices, wie wir nachher sehen werden, im Besitz einer gewissen Methode und gewisser allgemeinen Anschauungen waren, durch welche sie sich bei der Gestaltung des fas bestimmen ließen: wie kann man annehmen, daß sie dieselben beim jus hätten verläugnen, oder, wenn nicht, daß letztere sich für das jus minder fruchtbar hätten erweisen sollen als im fas? Aber ganz abgesehen von dieser Einwirkung des fas auf das jus, wie kann man überhaupt nur daran zweifeln, daß eine so fest gegliederte, abgeschlossene, mit einem solchen Nimbus umgebene und mit einer solchen Macht ausgestattete Jurisprudenz, wie diese, nicht mindestens denselben, ich meine nicht den bloß formell-gestaltenden, sondern den materiell-productiven Einfluß auf das Recht sollte gewonnen haben, den die Jurisprudenz sogar bei einer ungleich ungünstigeren Stellung erfahrungsmäßig überall auszuüben pflegt? Schwerlich würde sich der große Gegner, den wir hier bekämpfen, dieser Einsicht verschlossen haben, wenn er nicht aus reinem Vorurtheil, oder indem er die Form mit der Sache verwechselte, den Pontifices den Namen von Juristen „im eigentlichen Sinn“ von vornherein abgesprochen hätte. Allein wenn man nicht etwa den Maßstab der heutigen Jurisprudenz mitbringen will, so rechtfertigt sich eine solche geringschätzige Behandlung derselben keineswegs. Sie waren Juristen im ächten, wahren Sinn und in dem Maße würdige Vorgänger der späteren römischen Juristen, daß letztere nur dadurch, daß sie auf ihren Schultern standen, groß wurden. Sie hatten ihre Methode, und zwar eine sehr strenge und konsequente, sie besaßen ihre allgemeinen juristischen Anschauungen und Axiome, die sie zu einzelnen Rechtssätzen verwerteten, und ihr Einfluß auf die ganze Gestaltung des Rechts war meiner festen Überzeugung nach ein so bedeutender, wie sich die spätere römische Jurisprudenz, die ihn mit dem Prätor und Kaiser theilen mußte, derselben nicht rühmen kann.

Doch ich anticipire bereits ein Urtheil, das sich erst, nachdem wir die Technik des ältern Rechts vollständig haben kennengelernt, wird motiviren lassen. An der gegenwärtigen Stelle handelt es sich nur darum, ob die Pontifices bereits eine eigene, dem Volk fremde Rechtsdisciplin, kurz eine Jurisprudenz hatten, und diese Fragen glaube ich mit aller Gewißheit beantworten zu können.

Die directen Nachrichten über die Leistungen der Pontifices auf dem Gebiet des Civilrechts sind spärlich, denn sie beschränken sich darauf, uns die Legisactionen als ihr Werk zu nennen.⁵⁴⁰⁾ Freilich darf man die Bedeutung dieser Legisactionen nicht unterschätzen, denn sie enthielten nicht bloß die Form des Rechts, sondern zum großen Theil das Recht selbst. Allein für unseren Zweck gewähren sie uns doch kaum einen Anhaltspunkt. Eine um so ergiebigere Quelle aber zur Beantwortung unserer Fragen können wir uns dadurch erschließen, daß wir das ältere Civilrecht mit der alten Religion und dem fas vergleichen. Auf diesen letzten beiden Gebieten waren die Pontifices unbestrittenmaßen autonom; was sich hier findet, stammt jedenfalls von ihnen. Treffen wir nun auf dem Gebiete des Civilrechts dieselben Grundsätze, dieselbe Methode, kurz denselben Styl wieder, wie auf diesen beiden Gebieten, und zwar einen künstlichen, gelehrt Styl, wie er nur dem Techniker eigen, der Periode der reinen Volksthümlichkeit aber völlig fremd ist — in dem Fall werden wir, da wir einmal für zwei jener Gebiete den Styl mit aller Gewißheit als den pontificalischen bezeichnen dürfen, zu der Behauptung berechtigt

540) Die legis actiones werden von späteren Schriftstellern auf die Bücher der Pontifices zurückgeführt, so von Cicero de orat. I, 43 (Leist, Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme S. 15) und Valerius Probus de notis antiquis. Der letztere Schriftsteller identifiziert geradezu die monumenta pontificum (§. 1) mit den legis actiones (§. 4). S. darüber Th. Mömsen in seiner Ausgabe dieses Schriftstellers in den Berichten der Sächs. Gesellschaft der Wiss., philol.-histor. Classe 1853, S. 131 (besonderer Abdruck, Leipzig bei Hirzel).

sein, daß alles, was innerhalb des Civilrechts in demselben Styl gearbeitet ist, im Wesentlichen von den Pontifices stammt. Um jedem Einwande gegen die Beweiskraft dieses Schlusses vorzubeugen, bemerke ich, daß die Annahme: es sei dieser Styl schon vor den Pontifices im Rechte heimisch gewesen und von ihnen für die Religion und das das adoptirt, in dem Maße gegen alle geschichtlichen Gesetze verstossen würde, daß sie einer ernstlichen Widerlegung nicht bedarf. Gibt man aber den pontifizischen Ursprung desselben zu, so wird eine andere denkbare Annahme, nämlich daß die Anwendung desselben auf das Civilrecht nicht von den Pontifices, sondern erst von den späteren Juristen herrühre, schwerlich mehr Beifall finden, ohne daß ich damit in Abrede nehmen will, daß nicht die späteren Juristen noch lange in derselben Weise fortgearbeitet hätten, wie ihre Vorgänger, und daß also nicht alles und jedes, was im Geist der letzteren gearbeitet ist, ihnen unmittelbar angehörte. Darauf aber kommt es auch nicht an, ob sie den Bau selbst bis ins Kleinste ausgeführt, jeden einzelnen Stein selbst eingefügt, sondern ob sie den Plan gemacht, den Styl bestimmt und wenigstens die Fundamente selbst gelegt haben. Und davon, hoffe ich, soll der Leser sich im Folgenden überzeugen.

Wir vergleichen zu dem Zweck das ältere Recht mit der Religion, zunächst rücksichtlich der Methode ihrer Bearbeitung. Die Methode ist bei beiden genau dieselbe, die charakteristischen Momente der ältern Technik, die uns die spätere Darstellung vorführen wird, kehren sämmtlich bei der Religion wieder. Zunächst der Formalismus. Dieselbe Bestimmtheit,⁵⁴¹⁾ dieselbe scrupulöse Genauigkeit in der Fassung der Formeln,⁵⁴²⁾ dieselbe Strenge in der Handhabung derselben, wie im ältern Recht; das geringste Versehen im Aussprechen der Formel begründete hier nicht minder

541) *Verba certa, solemnia, legitima.* S. die Belegstellen bei Brissonius de voc. ac formul. lib. I, c. 181, 191 und anderwärts z. B. *Festus sub fanum . . . certa verba.* *Cicero pro domo c. 47 . . . solennibus verbis.*

542) z. B. die Formel sive deus sive dea es und seu quo alio nomine appellari volueris. Brissonius a. a. D. c. 89.

wie im Legisactionenprozeß Nichtigkeit.⁵⁴³⁾ Auf diese Uebereinstimmung will ich aber kein so hohes Gewicht legen, denn der Zug und Hang zum Formalismus steckte tief im römischen Volk selbst und betätigte sich auch da, wo den Pontifices eine Mitwirkung oder ein unmittelbarer Einfluß überall nicht zustand z. B. im öffentlichen Recht. Erhielt sich doch noch bis in die Periode der Aufklärung hinein der Glaube an die mystische Kraft gewisser Sprüche und Worte.⁵⁴⁴⁾

Eine zweite Parallele zwischen Recht und Religion bieten uns die Umwege, Scheingeschäfte,⁵⁴⁵⁾ kurz jene ganze Operationsmethode in Fällen, wo man auf directem Wege, ohne mit den bisherigen Grundsätzen in Widerspruch zu gerathen, den gewünschten Zweck nicht erreichen konnte. Auch dieser Erscheinung aber könnte man zur Noth noch in ähnlicher Weise wie der vorhergehenden die Beweiskraft absprechen. Dagegen halte ich dies für völlig unmöglich rücksichtlich eines dritten Punktes, nämlich der auf beiden Gebieten bis zur äußersten Consequenz in Anwendung gebrachten Methode der dialektischen Zersetzung. Wir werden bei der Technik sehen, daß gerade diese Methode, die Schärfe und Strenge, mit der sie durchgeführt ward, den entscheidenden Charakterzug des ältern Rechts begründet. . Dieser charakteristische Zug der juristischen Technik nun findet sich in der Religion in

543) Ambrosch, die Religionsbücher der Römer S. 29, 30. Daher das Vorsprechen der von einem weltlichen Beamten anzuwendenden Formel (z. B. beim öffentlichen votum, bei der *devotio*, *dedicatio* u. s. w.) durch den Pontif. Maximus (Brissonius c. 181, c. 192 und anderwärts), die Zuziehung eines *custos* (Plinius Hist. nat. XXVIII, 3.)

544) Die classische Stelle darüber ist Plinius Hist. nat. XXXVIII, 3—5.

545) z. B. die Ersetzung der Menschenopfer durch geflochtene Binsenmänner. Hartung, römische Religion Bd. 2 S. 103 fl. Es galt ja, wie Serv. Aen. II, 116 sagt, als Grundsatz, daß bei den Opfern der Schein für die Wirklichkeit genommen werde, und daß man daher, wenn man sich die nötigen Thiere nicht verschaffen könne, sie von Wachs oder Brod nachformen könne. Hartung Bd. 1 S. 160. Wir haben diesen Punkt bereits Bd 1 S. 352 berührt.

einer Weise wieder, die jeden Gedanken an eine Zurückführung desselben auf das Volk absolut unmöglich macht, und die nur in der scholastischen Literatur und in den Schriften der Talmudisten und Jesuiten, also ebenfalls theologisch-juristischer Schriftgelehrten, ein Seitenstück findet. In der Weise spaltet nicht der Glaube und eben so wenig das naive Rechtsgefühl des Volks. Die römischen Götter sowohl wie die römischen Begriffe sind zum großen Theil Producte des gelehrten Laboratoriums. Die ganze römische Götterlehre ist nichts als ein Triumph oder richtiger eine Verirrung der zerstörenden Kraft, sie enthält keine Individuen von Fleisch und Blut, wie die griechischen Götter es waren, sondern ein System von abstracten Unterscheidungen. Alle Ereignisse und Erscheinungen der Natur, alle Kräfte, Eigenarten, Tugenden, Fehler der Menschen, ihre Zwecke, ihre Arbeit und selbst die trivialsten Verrichtungen sind bis ins Kleinste hinein zergliedert, und aus jedem Begriffssatom ein Gott geschaffen.⁵⁴⁶⁾ Ein Pontifex, der einen spitzfindigen Unterschied entdeckte, hatte einem neuen Gotte das Leben gegeben!

So widerwärtig und unnatürlich eine derartige Behandlungsweise am religiösen Stoff war, so vollkommen entsprechend war sie dem rechtlichen, und wenn man den Pontifices einerseits die abstracten Götter mit Recht zum Vorwurf machen darf, so muß man andererseits gegen die Götter die Rechtsbegriffe in die Wagschale werfen.

Gehen wir von der Methode zum Einzelnen über, so findet sich auch hier wiederum eine reiche Ausbeute. Zunächst die interessante Thatsache,⁵⁴⁷⁾ daß die oberste Eintheilung den Göttern und

546) S. Ambrosch in dem oben angesührten Werk, dem ich auch die im Texte folgende Notiz über die Classification der Götter nach der Kategorie von res und persona entnommen habe.

547) Dadurch rechtfertigt sich also wenigstens zum Theil die Vermuthung von Hugo (Civil. Magaz. Bd. 6 S. 284), die Eintheilung in res, personae und actiones sei ursprünglich nicht für das Recht erfunden, sondern nur auf dasselbe übertragen; die Bedenken, die dagegen von Andern

dem Recht gemeinschaftlich war. Jener für die Systematik des römischen Rechts so wichtig gewordene Gegensatz von *res* und *persona*, nach dem von Gaius Zeit an das römische Recht anderthalb Jahrtausend vorgetragen ist, war ursprünglich ein Gesichtspunkt zur Classification der Götter, — die *actiones in rem* und *in personam* fanden ihr Vorbild unter den Göttern, auch letztere gingen, mit juristischem Ausdruck gesprochen, entweder *in rem* oder *in personam*, je nachdem das Verhältniß, der Gegenstand, den man ihnen zum Sitz bestimmt hatte, eine Sache oder eine Person betraf.

Es ist oben aus inneren Gründen angenommen, daß die Pontifices sich im geistlichen Recht durch dieselben Anschauungen und Tendenzen haben leiten lassen, wie im weltlichen; dazu jetzt einige Belege. Ein Grundzug des älteren Civilrechts war die Abneigung gegen alles Ungewisse und Unbestimmte, die Richtung auf das *certum*. Man vergleiche damit die Controverse der Pontifices bei *Vivius XXXI*, 9. Nach früherem Recht waren die öffentlichen Spiele nur von bestimmtem, real dafür ausgeworfenem Gelde (*pecunia certa*) gelobt,⁵⁴⁸⁾ und als im Jahre der Stadt 552 ein *Consul* im öffentlichen Auftrage Spiele und ein Geschenk schlechthin gelobte, erklärte der *Pontifex maximus* dies für ungültig, indem er es bestritt: *ex incerta pecunia vovere debere; si ea pecunia non posset in bellum usui esse, reponi statim debere nec cum alia pecunia misceri*, quod nisi factum esset, votum rite solvi non posse, während das Collegium sich für die freiere Ansicht entschied, die auch im Civilrecht späterhin in manchen Anwendungen sich Eingang verschaffte.

Ein anderer Grundzug des älteren Rechts war die zerlegende Methode (B. 3 §. 49—55). Kein Rechtsgeschäft kann

(z. B. *Savigny*, System Bd. 1 S. 396) ausgesprochen sind, werden sich durch den Nachweis im Text erledigen.

548) *Toties ante ludi magni de pecunia certa voti erant, ii primi de incerta.*

zwei verschiedene Rechtsverhältnisse, keine Klage zwei verschiedene Ansprüche umfassen. Eben so wenig kann ein Tempel zwei verschiedene Götter aufnehmen.⁵⁴⁹⁾

Ein wahrer Knotenpunkt juristischer Grundsätze und gewiß der Ausgangspunkt mancher Lehren, die wir heutzutage nur noch als civilistische kennen, war das Votum. Um der Terminologie: voti reus, damnatus, vota solvere, reddere, vota rata, irrita, caduca, titulus u. s. w. und des bereits angeführten Grundsatzes über certa pecunia zu geschweigen, so war das Votum dasjenige Verhältniß des geistlichen Rechts, bei dem von jener Bedingungen vorkamen⁵⁵⁰⁾ und bei dem die Veranlassung zur Ausbildung einer Theorie der Bedingungen unerlässlich war.⁵⁵¹⁾ Ebenso war die schriftliche Aufzeichnung und die auf die „tabulae“ Bezug nehmende nuncupatio, welche die spätere Form der Testamente bildete, bei dem Votum etwas ganz gewöhnliches.

Auch die rückwirkende Kraft war dem geistlichen Recht bekannt und zwar — bei einem Verhältniß, bei dem die Annahme, daß sie hier von Alters her stattgefunden, schwerlich auf Widerspruch stößen dürfte.⁵⁵²⁾ Und wer wird nicht gleich an die exhereda-

549) Liv. XXVII, 25: .. cum aedem Honori et Virtuti vovisset, dedicatio ejus a pontificibus impediabatur, quod negabant unam cellam duobus recte dedicari, quia si de coelo tacta aut prodigii in ea aliquid factum esset, difficilis procuratio foret, quod, utri Deo res divina fieret, sciri non posset; neque enim duobus nisi certis Deis rite una hostia fieri.

550) Es gab unbedingte und bedingte Vota. Man vergleiche rücksichtlich der letzteren die Menge von Beispielen, die Brissonius a. a. D. c. 159 — 162 zusammengestellt hat z. B. si bellatum prospere esset, si rediero u. s. w.

551) Ein Verhältniß des weltlichen Rechts, bei dem dasselbe ebenfalls von Alters her der Fall war, s. oben S. 159 Note 235.

552) L. 28 §. 4 de stip. serv. (45. 3): .. heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur. Die Idee der rückwirkenden Kraft der Antretung der Erbschaft für das Civilrecht wird in dieser Stelle geradezu auf dies Argument gestützt, und es kann kaum zweifelhaft sein, daß das geistliche Recht diese Idee hier früher hatte und haben mußte als das Civilrecht.

tio nominatim facta und inter ceteros erinnert, wenn er hört, daß derselbe Gegensatz auch bei Anrufung der Götter stattfand, und daß hier der Ausdruck ceteri sogar ein technischer war?⁵⁵³⁾ Selbst die Idee, daß die Erbeutung die normale Quelle des Eigentums sei (Bd. 1 S. 108 fl.), fand in dem „capere“ der Bestallischen Jungfrau ihren religiösen Ausdruck,⁵⁵⁴⁾ und das jus liberorum und den Begriff der „excusatio“ kannte das geistliche Recht jedenfalls längst vor dem Civilrecht;⁵⁵⁵⁾ dasselbe ist von dem Begriff der Caducität zu behaupten.^{555a)} Selbst die operaे servorum führen auf die Wurzel des geistlichen Rechts zurück,^{555b)} die condic̄tio der gleichnamigen legis actio war ein Begriff der Augurialdisciplin.^{555c)}

Nach allen diesen Belegen wird sich die Behauptung rechtfertigen, daß die Pontifices eine eigene Theorie und Methode, kurz eine Jurisprudenz besaßen. Ist nun schon die Jurisprudenz der großen Masse überall etwas Unverständliches, so erklärt es sich aus der eigenthümlichen zunftmäßigen Abgeschlossenheit, in der sie in Rom auftritt, sehr wohl, wie sie hier geradezu den Eindruck einer Geheimlehre machen konnte.

So tief das römische Volk diese Absperrung und die damit verbundene Entfremdung des Rechts empfinden möchte, so war

553) Brissonius a. a. D. c. 88. Liv. VI, 16: . . . Jupiter . . . ceterique dii deaeque, und die dort abgedruckte Stelle von Servius: . . . more Pontificum, per quos ritu veteri in omnibus sacris post speciales Deos, quos ad ipsum sacrum quod siebat necesse erat invocari generaliter omnia numina invocabantur.

554) Gellius I, 12: veluti bello capta. Damit vergleiche man Gaj. IV, 16.

555) Gell. a. a. D.: excusandam (filiam, nämlich gegenüber dem capere zur virgo vest.) ejus, qui liberos tres haberet.

555a) Fest: Caduca auspicia, cum aliquid in templo excidit velut virga e manu.

555b) Serv. ad Aen. XI, 558. In sacris legitur posse etiam operas consecrari ex servis, usque dum solvatur caput hominis. Dasselbe Verhältniß wird hier (und 591 ibid.) auch in Anwendung auf die Tochter erwähnt: famulam voveo.

555c) Serv. ibid III, 117.

dieselbe doch für die technische Entwicklung des Rechts selbst von heilsamem Einfluß. Der Atmosphäre der Volksthümlichkeit bis zu einem gewissen Grade entrückt, hatte das Recht sich so zu sagen zurückgezogen an einen abgelegenen Ort, an dem es ungestört seine Schuljahre durchmachen konnte. Die Schule, in die es hier kam, war eine strenge; man merkt dem ältern Recht überall an, daß es nicht wild aufgewachsen ist, wie unser deutsches Recht, sondern daß es schon früh unter die Leitung eines fast pedantisch ge-strenge, aber consequenten Zuchtmeisters gerathen ist.⁵⁵⁶⁾ Aber gerade dieser Strenge verdankt das römische Recht im wesentlichen jene Solidität und Festigkeit seines Fundaments, jene Einfachheit und Consequenz seiner ganzen Anlage. Um aber eine solche Zuchtmeisterrolle über das Recht auszuüben, dazu bedurfte die Jurisprudenz jener Autorität und exceptionellen Stellung, wie nur eine geistliche Corporation von der Art des Pontificalcollegiums sie zu behaupten vermochte.

Von dem Uebergange der Rechtspflege und Rechtswissenschaft von den Pontifices auf die Präturen, beziehungsweise nichtzünftige Juristen, weiß die Geschichte uns weiter nichts zu berichten als die Zeit. Nach Pomponius soll die Herrschaft der Pontifices bald nach den XII Tafeln (303) begonnen und beinahe ein Jahrhundert bestanden haben. Man könnte darnach auf die Idee kommen, daß die Einführung der Präturen ihr ein Ende gemacht habe (387). Allein ganz abgesehen davon, daß solch ein plötzlicher und gewaltsamer Umschwung aller sonstigen historischen Entwicklung in Rom widersprechen würde, so beschränkte sich die ursprüngliche Dotierung der Präturen auf denjenigen Anteil an der Rechtspflege, den damals die Consuln in Händen hatten, und noch in der Mitte des folgenden Jahrhunderts bei Gelegenheit des Berichts über die

556) Eine ähnliche Idee scheint auch dem Pomponius vorgeschwebt zu haben, wenn er von den legis actiones in L. 2 § 6 de orig. jur. (1. 2) sagt: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas soleun-nesque esse voluerunt.

bekannte That des Flavius⁵⁵⁷⁾ bezeichnet Livius (IX, 46) das *jus civile* als *repositum in penetralibus pontificum*, und am Anfang des sechsten Jahrhunderts konnte es als eine Merkwürdigkeit gelten, daß der erste Pontifex Maximus aus der Plebs, Tib. Coruncanius, Teden, der Lust hatte, zu seinem Rechtsunterricht zuließ. Auch jetzt muß das *jus civile* und *jus pontificium* noch eine Zeit lang als gleichbedeutend gegolten haben.⁵⁵⁸⁾

Nach allen diesem möchte sich etwa die Mitte des fünften Jahrhunderts als der Wendepunkt bezeichnen lassen. Verstattet man mir über die Art und Weise, wie der Umschwung erfolgte, eine Muthmaßung, so möchte ich denselben in folgender Weise construiren.

Den ersten Anstoß zu einer Aenderung des bisherigen Zustandes finde ich in der Einführung der Prätor. Bekam auch der Prätor ursprünglich kaum etwas mehr als den Anteil, den bisher die Consuln an der Rechtspflege ausgeübt hatten, so ist es doch ganz erklärlich, daß die Abzweigung dieses Bestandtheils der consularischen Gewalt zu einer eigenen Magistratur in ähnlicher Weise wie bei der Censur eine bedeutende Steigerung desselben zur Folge haben mußte. Das Wachsen der Prätor aber war nur möglich auf Kosten der Pontifices, und es ist außer Zweifel, daß letztere schließlich ihren Anteil an der Rechtspflege d. h. nach meiner Hypothese (B. 1 S. 298 fl.) die *legis actio sacramento* an die Präturen verloren haben, denn in der Darstellung dieser *legis actio* bei Gaius ist nur vom Prätor die Rede. Die Veränderung, die bei dem Uebergange derselben auf die Präturen eintrat, war eine doppelte; einmal nämlich die Verweltlichung des *sacramentum* (dasselbe fiel jetzt ans Aerar statt wie früher an den geistlichen Fond) und sodann der Erlaß der reellen Deposition der Summe gegen Sicherheitsbestellung an den Prätor. Allein bevor eine solche totale Reform des bisherigen Zustandes eintrat,

557) L. 2 §. 6 de orig. jur. (1. 2).

558) S. z. B. Liv. XXX, 1 (a. U. 549) . . . *juris pontificii peritis-*
simus.

muß dieselbe, wenn sich das Gesetz der historischen Entwicklung in Rom hier nicht ausnahmsweise völlig soll verläugnet haben, allmählig vorbereitet gewesen sein, es muß ein Uebergang Statt gefunden haben. Solche Uebergänge pflegten in Rom in der Weise zu erfolgen, daß dem Alten ein Neues an die Seite gesetzt ward. Im vorliegenden Falle glaube ich nun, daß dieser Uebergang durch die beiden Gesetze vermittelt ward, welche nach Gajus die *legis actio per condictionem* einführten, die *lex Silia* und *Calpurnia*.⁵⁵⁹⁾ Den Pontifices verblieb nach wie vor die *legis actio sacramento*, allein da die neue Prozeßform einen entschiedenen Vortheil bot, nämlich die Ersparnis des Succumbenzgeldes, so läßt sich annehmen, daß in Fällen, wo sie anwendbar war (bei den *actiones in personam* auf Geld und andern *res certae* direct, bei *act. in rem* durch Einkleidung derselben in eine *sponsio praejudicialis* d. h. also in allen Fällen der pontifizischen Competenz), sich kaumemand mehr an die Pontifices wandte. So ward denn die Gerichtsbarkeit derselben zwar nicht direct, aber indirect durch diese Maßregel beträchtlich geschränkt, sie gerieth nach und nach in Abnahme und Vergessenheit, und die Uebertragung der *legis actio sacramento* auf die Prätoren und Centumvirn ließ sich ohne wesentlichen Eingriff in ihre Rechte bewerkstelligen.

In Folge dieser Umgestaltung des Prozesses, die wir nach den obigen chronologischen Daten in die erste Hälfte des fünften Jahrhunderts setzen dürfen, mußte nothwendigerweise auch das bisherige Verhältniß in Betreff der Rechtskunde eine Änderung erleiden, und es möge mir erlaubt sein, auch hierüber eine Vermuthung zu äußern. Wollte die damalige Zeit nicht mit der ganzen bisherigen Theorie und Praxis brechen — und wer möchte

559) Auf diese Weise würde sich der Zweifel von Gajus IV, §. 20 erledigen: *quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento [aut per judicis postulationem] agere, valde quaeritur.*

so etwas für denkbar halten? — so mußte sie sich die Kenntniß derselben von den Pontifices zu verschaffen suchen. Das einfachste und wirksamste Mittel dazu war Eintritt in das Collegium, und ich glaube, daß dies bis auf Coruncanius der alleinige Weg war, denemand einschlug, um Jurist zu werden. Das Collegium war, so zu sagen, die Rechtsfacultät, bei welcher der zukünftige Jurist seine Schule durchmachte, die Juristenzunft, in die er sich aufnehmen ließ, ähnlich wie dies noch heutzutage bei den Inns in England der Fall ist. Wie aber bei letztern ursprünglich nur die filii nobilium Zutritt hatten, so bei den Pontifices nur die Patricier, bis im Jahre 452, also drei Jahr nach der Veröffentlichung der *legis actiones* durch Flavius und vielleicht unter dem Einfluß dieses Ereignisses auch die Plebejer mittelst Errichtung von vier neuen Stellen Aufnahme erlangten.⁵⁶⁰⁾ Da die Eigenschaft als Pontifex die Besförderung zu einem höhern Staatsamt⁵⁶¹⁾ nicht ausschloß, so stand jedem Pontifex die praktisch-juristische Laufbahn offen, und so ward z. B. gleich einer der vier ersten plebeijischen Pontifices zum Prätor erwählt.

War nun schon der Eintritt der Plebejer und die Verdopplung der Stellen für die Verbreitung juristischer Kenntnisse sicherlich nicht ohne Bedeutung, so ward der letzte Rest des Zunftzwanges durch die oben berichtete Neuerung des Coruncanius völlig beseitigt. Von jetzt an war der Banu gebrochen und die Jurisprudenz eine freie Kunst und Wissenschaft geworden. Bald nach ihm war bereits die Sitte des öffentlichen Respondirens in lebendigster Uebung.⁵⁶²⁾

560) *Liv. X, c. 6—9.*

561) Selbst nicht zum Consulat *Liv. XXIII, 21 i. f.*, rücksichtlich des Pont. Max. s. *Liv. epit. 59.* Eine merkwürdige Stelle über die pontifices ist die der *Scholia Bobiensia in orat. pro Scauro* (Orelli II p. 375): *Certi pontifices in saliato manebant et in ceteris quibusdam sacerdotiis . . . ubi haec administrassent, siebant consules.* Der Verfasser stellt sich also das Pontificalcollegium als eine Pfanzschule, eine Vorbereitungsanstalt tüchtiger Kirchen- und Staatsdiener vor.

562) *L. 2 §. 37 de orig. jur. (1. 2).* Pomponius hat hier nur irriger-

Diese Veränderung muß sowohl für die Rechtspflege als die Jurisprudenz einen Wendepunkt begründet haben. Für jene — denn an die Stelle eines ständigen Collegiums, welches sich überall schwerer entschließt von der bisherigen Praxis abzugehen, traten jährlich wechselnde Prätoren und mit ihnen wiederum nicht lange nachher an die Stelle der spröden Form des Legisactionenprozesses die ungleich elastischere und freiere Form des Formularprozesses. Für diese: die Wissenschaft — denn der Stabilitismus einer Zunftlehre machte der Freiheit der individuellen Meinung und Forschung, dem regen Wetteifer der Kräfte und Talente Platz. Freilich verging noch lange Zeit, bevor der Umschwung, der hiermit für die Wissenschaft eingeleitet war, sich gänzlich vollzogen hatte, und es würde sehr verkehrt sein zu glauben, als ob die Jünger der Pontifices die Lehre und Methode der Meister verläugnet hätten; wir dürfen vielmehr die ganze Jurisprudenz dieser Periode als Eine und zwar als die pontificische Schule bezeichnen. Allein nichts desto weniger war doch die obige Veränderung in der äußern Form dieser Jurisprudenz der erste Anfang und die unerlässliche Voraussetzung zu einer inneren Umwandlung derselben.

Auch in dem Verhältniß der Jurisprudenz zum Volk trat jetzt eine wesentliche Veränderung ein. Nicht als ob die Abhängigkeit des Volks von den Juristen dadurch beseitigt, das Recht dem Volk zurückgegeben wäre. Die Juristen blieben so unentbehrlich, wie die Handwerker es bleiben nach Aufhebung des Zunftzwanges. Jene Veränderung hob nicht die Jurisprudenz auf, sondern sie öffnete nur den Zutritt zu ihr. Diese Freiheit des Zutritts bedeutete aber nichts weiter als die Möglichkeit, durch Studium Jurist werden zu können, d. h. also dem Volk als solchem kam sie unmittelbar gar nicht zu gute. Wohl aber, wie überall die Aufhebung des Zunftzwanges, mittelbar. Ich

meine nicht sowohl den bereits angedeuteten inneren Aufschwung der Jurisprudenz, die höhere geistige Freiheit und Beweglichkeit derselben, kurz die gewöhnlichen Folgen, welche die Eröffnung der freien Concurrenz nach sich zieht, sondern die Aenderung in dem Verhältniß zwischen Volk und Jurisprudenz. Dasselbe wurde ein ungleich innigeres und näheres. Zunächst schon dadurch, daß es ein freieres ward. Die Jurisprudenz verlor mit dem Zunftzwang nichts an ihrer Herrschaft, aber letztere verlor ihr Gehässiges. Bisher mehr oder minder Sache des Monopols, eine Folge der äußeren Stellung, war sie von jetzt an nur noch das natürliche Resultat und Zeugniß der geistigen Ueberlegenheit und Unentbehrlichkeit der Wissenschaft. Keine Macht verdiente und fand fortan so wenig Widerstand, Anfechtung und Neid, keine umgekehrt eine so bereitwillige Unterordnung und dankbare Anerkennung als sie. Sodann aber dadurch, daß sich die Jurisprudenz von jetzt an dem Dienste des Volks in einer Weise widmen konnte und widmete, wie sie weder vorher, noch nachher ihres Gleichen hat. Dieses Dienstverhältniß ist für das ganze Verständniß der römischen Rechtszustände und Rechtsentwicklung von so eingreifender Wichtigkeit, daß wir demselben eine nähere Betrachtung widmen müssen.

In der geringen Zahl sowohl wie der Amtstätigkeit der Pontifices lag es begründet, daß dieselben nicht in dem Maße, wie ihre Nachfolger, dem juristischen Bedürfniß des Verkehrs gerecht werden könnten, und vielleicht war auch dies einer von den Gründen, der ihnen den Vorwurf der Geheimnißkrämerei einbrachte, jedenfalls aber ein wenn auch unverschuldeter, so doch höchst drückender Uebelstand. Ihren Nachfolgern fiel es nicht schwer demselben abzuheften. Seitdem die Jurisprudenz eine freie Kunst geworden, fehlte es ihr weder an Jüngern, noch letzteren an Muße, um allen Wünschen des Volks in dieser Beziehung nachzukommen. Die Jurisprudenz ward und blieb Jahrhunderte lang eine Lieblingsbeschäftigung der höheren Stände

— eine noble Passion,⁵⁶³⁾ ein Ersatz für eine versagte oder ver-
schmähte, ein würdiger Rückzug für eine unterbrochene oder be-
endete politische Thätigkeit.⁵⁶⁴⁾ Was man in ihr suchte und an
ihr schätzte, war nicht bloß die wissenschaftliche Befriedigung, die
das Studium als solches gewährte: Berstreuung, Unterhaltung,
Anregung, kurz der Reiz einer geistigen Gymnastik, sondern die
Gelegenheit, sich auch ohne Staatsamt nützlich zu machen, ins
Leben einzugreifen, Ansehen und Einfluß zu gewinnen. Ein Sich-
vertiefen in die Wissenschaft bloß ihrer selbst wegen war dem
praktischen Sinn der Römer fremd; die Wissenschaft, die sie locken
sollte, mußte nicht bloß dem Subject einen Genuß gewähren,
sondern der Welt zu gute kommen. Gerade darauf eben beruhte
die hohe Anziehungskraft der Jurisprudenz, daß sie nicht bloß
dem wissenschaftlichen Bedürfniß, sondern auch dem Triebe nach
praktischer Thätigkeit volle Befriedigung in Aussicht stellte. Sie
war gewissermaßen der Abzugskanal für die im Staatsdienst nicht
verwendbare, überschüssige praktische Kraft.

So kam die Jurisprudenz schon ihrer selbst wegen dem Le-
ben mit größter Bereitwilligkeit entgegen. Ja mehr als das.
Sie trieb ihren Diensteifer so weit, daß man sagen möchte, die
Jurisprudenz habe mehr das Leben, als das Leben sie gesucht,
und der Drang, die Dienste zu erweisen, auf der einen sei stärker
gewesen als der Wunsch sich ihrer zu bedienen auf der andern
Seite. Wir können uns den thätigen Anteil, den die Jurispru-
denz an dem Geschäftsleben nahm, nicht ausgedehnt genug den-
ken, und wenn Cicero den Juristen den Vorwurf macht, sie hät-
ten das Recht so eingerichtet, daß sie überall mit dabei sein müß-
ten,⁵⁶⁵⁾ so dürfen wir demselben, indem wir ihn im übrigen auf

563) *S. den Ausspruch des Q. Mucius in L. 2 §. 43 de orig. jur. (1. 2.) turpe esse patricio et nobili et causas oranti jus in quo versa-
retur ignorare..*

564) *Cic. de orat. I, 50 senectutem a solitudine vindicari juris
civilis scientia.*

565) *pro Murena c. 11: notas composuerunt, ut omnibus in re-*

sich beruhen lassen, jedenfalls die Thatsache entnehmen, um die es uns hier zu thun ist, die der Allgegenwart des Juristen. Letztere erleidet freilich eine Beschränkung. Gerade da nämlich, wo wir den Juristen nach unsern heutigen Verhältnissen am ersten erwarten würden, vor Gericht als Sachwalter, trat er wenigstens späterhin regelmäßig zurück, um den Platz der Partei selbst oder dem eigentlichen Redner zu überlassen.⁵⁶⁶⁾ Um dies zu begreifen, muß man die von unserer heutigen völlig abweichende Einrichtung des römischen Prozesses kennen, wornach derselbe in zwei Theile zerfiel, *jus* und *judicium*, oder in ein Verfahren vor dem Prätor und vor dem Richter, *judex*. Dort hatte der Anspruch seine juristische Prüfung zu bestehen, d. h. ob er, das Vorbringen des Klägers als wahr angenommen, juristisch haltbar sei, ob und welche Einwendungen des Beklagten zuzulassen u. s. w., und es erfolgte darauf hin gewissermaßen ein hypothetisches Urtheil, nämlich die Instruction an den Richter zu condemniren oder zu absolviren, wenn sich die von der einen oder andern Partei vorgebrachten Thatsachen bewahrheiten sollten. Das Hauptaugenmerk des Richters war also auf den Beweis gerichtet, und daher erklärt es sich, daß derselbe kein Jurist zu sein brauchte und es regelmäßig auch nicht war, und sodann daß die Lehre vom

bus ipsi interessent, womit er auf die Formeln zielt. Das Beispiel, das er folgen läßt, ist zwar dem Prozeß entlehnt, allein der Vorwurf selbst ein allgemeiner.

566) So wenigstens zu Cicero's Zeit. Ob es früher anders gewesen, und aus welcher Zeit die Trennung zwischen Juristen und Redner herrührt, läßt sich nicht bestimmen. Von dem Juristen als solchem wird auch in älterer Zeit immer nur das respondere, nie das causas orare erwähnt, und von ersterem trägt er auch seinen Namen: *jure consultus*. Von Tuberо heißt es in L. 2 §. 46 de orig. jur. (1. 2): *transiit a causis agendis ad jus civile*. Ähnlich von Servius §. 43 ibid. Schon im sechsten Jahrhundert der Stadt verbot ein Gesetz, die *lex Cincia*, sich pro causa oranda bezahlen oder beschaffen zu lassen. Schon damals also scheint es ein Erwerbszweig gewesen zu sein, und ist es übrigens auch trotz der *lex Cincia* geblieben. Tac. Ann. XI, 5—7.

Beweise, die in unserer heutigen Jurisprudenz eine so große Rolle spielt, in der römischen ungleich weniger hervortritt, da sie mehr Sache des Redners, als des Juristen war.^{566a)} Allerdings handelte es sich bei der richterlichen Untersuchung nicht lediglich und ausschließlich um die Thatfrage, sondern auch um die rechtliche Beurtheilung derselben, allein in der Regel nur so weit, als dazu die gewöhnlichen Rechtskenntnisse eines Laien ausreichten. Wo ausnahmsweise ein mehreres erforderlich war, namentlich also bei intrikaten Rechtsfragen, Controversen u. s. w., holte der Richter Belehrung bei einem Juristen ein, oder hatte ihn als Beisitzer (Consessor),^{566b)} oder die interessirte Partei oder deren Sachwalter brachte von demselben ein Gutachten oder ihn selbst als Gewährsmann mit vor Gericht.⁵⁶⁷⁾ Insofern pflegte also auch ein Jurist in die Verhandlungen vor dem Richter einzugreifen, im übrigen aber fielen dieselben, wie gesagt, gewöhnlich dem Patron d. i. dem Redner zu. Wo der Richter ein Lai war, begreift es sich, daß auch der Sachwalter keiner großen Rechtskenntniß bedurfte. Eine eigentlich gelehrte juristische Bildung ging ihm regelmäßig ab,⁵⁶⁸⁾ aber nichts desto weniger

566a) Darum waren es auch Redner und Lehrer der Beredsamkeit, wie Cicero und Quintilian, welche sie wissenschaftlich behandelten, während uns von einem Juristen kein Werk darüber genannt wird. Wie der Jurist sich zur Beweisfrage selbst im concreten Fall verhielt, darüber s. die Mittheilung von Boethius ad Cic. Top. X, 11 §. 50 (Orelli I p. 346). *Juris peritus de facti qualitate, non etiam de ipsius facti veritate respondet. Idcirco quoties ad Gallum peritum juris facti quaestio deferebatur: „Nil ad nos“ inquiebat et ad Ciceronem potius consulentes i. e. ad rhetorem remittebat.*

566b) Cic. de finib. II 19: *judex dicere consessori solebat.*

567) Cic. Top. 17: *nam et adsunt multum et adhibentur in consilio et patronis diligentibus ad eorum prudentiam consilientibus hastas ministrant.* L. 2 §. 47 de orig. jur. (1. 2) . . . *judicibus scribent aut testabantur qui illos consulebant.*

568) Dies gibt auch Cicero von sich zu, ungeachtet er doch einen Cursus in der Jurisprudenz bei Quintus Mucius durchgemacht hatte, pro Murena 13 und de orat. I, 58. Wie weit die Unkenntniß der Redner gereicht

mußte sein Beruf ihn mehr mit dem Recht vertraut machen als den gewöhnlichen Laien, und er möchte eine ähnliche Mittelstufe zwischen Laien und Juristen einnehmen wie das heutige Subalternpersonal der Gerichte. Was man von ihm verlangte, war nicht Wissen, Studium, sondern das Talent und die Künste des Advoekaten, Fluß und Glanz der Rede, eindringliche Diction, schlagsfertige Dialektik, dreistes, mutiges Auftreten selbst bei schlechter Sache, kurz Eigenschaften, die, wie Cicero bemerkt, auch in Rom nicht Federmanns Sache waren.⁵⁶⁹⁾ Es verräth den feinen Takt der Römer, daß sie diesen Beruf weniger achten, als den des Juristen, eine Thatsache, die Cicero bezeugt, indem er sie bekämpft. Der Jurist konnte der Wahrheit die Ehre geben, er blieb dem Gezänke und dem Kampf der Leidenschaften fremd und nahm für seine Gefälligkeit kein Geld. Der Redner aber, dem nicht selten erst die Aussicht auf Lohn den Mund öffnen mußte,⁵⁷⁰⁾ hatte die Verpflichtung sich auf den Standpunkt der Parthei zu stellen; er konnte es oft nicht umgehen, die Wahrheit zu bestreiten, der Lüge seine Zunge zu leihen, das Sachverhältniß zu entstellen und zu verwirren, spitzfindige Argumente vorzubringen, an die er selbst nicht glaubte — kurz zu Mitteln seine Zuflucht zu nehmen, die vor der Kritik des feineren Ehrgeüths nicht die Probe bestehen.⁵⁷¹⁾

Wie es sich nun auch mit dieser Theilung der Arbeit zwischen dem eigentlichen Juristen und Redner verhält, der Umfang

haben mag, sieht man aus Cic. de orat. I, 56 sq. quod vero impudentia in admiratus es eorum patronorum ut s. w. Servius (cum in causis orandis primum locum obtineret . . .) war so unkundig, daß er nicht einmal ein Responsum des Quint. Mucius sofort verstand. L. 2 §. 43 de orig. jur. (1. 2).

569) pro Murena c. 13. Sic nonnullos videmus, qui oratores evadere non potuerunt, eos ad juris studium devenire.

570) Tac Ann. XI, 7: eloquentiam gratuito non contingere.

571) In recht anschaulicher Weise tritt dieser Gegensatz zwischen Juristen und Redner in der Anekdote hervor, die Cicero de orat. I, 56 mit-

der Geschäftstthätigkeit des ersten blieb immerhin noch ein so ausgedehnter, daß der Ausdruck: Allgegenwart des Juristen ein völlig angemessener ist. Der thätige Anteil, den derselbe am Rechtsleben nahm, beschränkte sich keineswegs auf rein juristische Dinge, auf Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens (respondere), Auffassung von Contracten, Testamenten u. s. w. (cavere, scribere),⁵⁷²⁾ sondern er erstreckte sich auch auf Maßregeln rein wirtschaftlicher Art, und selbst auf Fragen des Familienlebens z. B. Verheirathung der Tochter.⁵⁷³⁾ Der Jurist war der Vertrauens-

theilt. Das Responsum, das der Jurist ertheilt hatte, war verum magis, quam ad reum suam (consulentis) accommodatum. Der Redner aber wußte dagegen Rath: alludens varie et copiose multas similitudines afferre multaque pro aequitate contra jus dicere u. s. w., kurz er accommodirte seine Ansicht dem Bedürfniß und Wunsch des Anfragenden.

572) Auf Grund der militia urbana respondendi, scribendi, cavingi bei Cic. pro Murena c. 9 hat man die gesammte praktische Thätigkeit in drei abgesonderte Zweige: respondere, scribere, cavere zerlegen wollen, und Bach Hist. Jurisp. II 2, §. 8—11 gibt sich die erdenklichste Mühe, dieselben zu bestimmen und gegen einander abzugrenzen. Allein ich glaube, man hat hier Cicero zu viel Ehre angethan; ich wenigstens kann in seiner angeblichen Classification nichts als eine höchst äußerliche, wissenschaftlich völlig werthlose Aufzählung einzelner juristischer Geschäfte erblicken, und er selbst war wohl weit davon entfernt ein weiteres zu beanspruchen, denn sonst hätte er doch in seiner Schrift de oratore I, 48 das scribere nicht völlig weglassen und dafür agere sezen können, was Puchta Curs. der Instit. I, §. 76 veranlaßt, noch von einem „vierten Bestandtheil“ zu reden. Auf Grund einer andern Stelle, nämlich de republ. V, 3. . . responsitando et lectitando et scriptitando hätte Puchta noch einen fünften Bestandtheil annehmen können! Der Versuch von Bach hätte, wie ich meine, jeden Spätern von dem Glauben an den Werth dieser Eintheilung heilen sollen. Enthält denn das scribere einen Gegensatz zu cavere und selbst zu respondere? Wer ein schriftliches Gutachten ausstellt, der nahm zugleich das scribere und respondere vor (L. 2 §. 47 de orig. jur. 1. 2), wer einen Contract aufsetzte, das cavere und scribere u. s. w. Von einer solchen Eintheilung sollte man lieber schweigen als reden, jedenfalls aber nicht zu viel Wesens von ihr machen.

573) Cic. de orat. III, 33. Ganz ähnlich ist die Stellung des Gesetzkundigen oder Geistlichen im Islam, von Tornauw, Moslem. Recht S. 56.

mann der Familie, ohne dessen Rath nichts geschah, und oft gewiß auch der Unterhändler und Vermittler, kurz er nahm ungefähr dieselbe Stellung ein, welche der Beichtvater vielerwärts zu bekleiden pflegt. Seine Dienstleistungen waren also mehr *prophylaktischer* Art, während die des heutigen mehr *therapeutischer* Art sind. ⁵⁷⁴⁾

Gewiß war es nicht der bloße Thätigkeitsdrang oder eine uninteressirte Dienstfertigkeit, die ihn zu seinen Mühwaltungen bestimmte; auch er selbst mußte dabei seine Rechnung finden. Und allerdings fehlte der Lohn nicht. Nur war's freilich kein klingender; die Consultanten kamen mit leeren Händen. Aber wenn auch kein Geld, so brachten sie doch etwas anderes, das einem unabhängig gestellten Römer nicht geringer galt — Ehre, Achtung, Ansehen, Popularität und Einfluß. ⁵⁷⁵⁾ Je mehr Consultanten, desto höher der Ruf des Juristen; am Consultirtwerden erkannte man den „*Jure consultus*“. Wessen Haus den ganzen Tag über von ihnen nicht leer ward, bei wem sie, um mit Horaz ⁵⁷⁶⁾ zu reden, schon beim ersten Hahnen schrei anpochten und ihm selbst auf dem Krankenlager keine Ruhe ließen, ⁵⁷⁷⁾ so daß der Thürhüter Mühe hatte, sie abzuhalten, ^{577a)} der genoß eine kaum minder geachtete und einflußreiche Stellung als die höchsten Würdenträger

574) Ein Gegensatz, den Cicero pro Murena 13 mit *salubritas* und *salus* bezeichnet, indem er jene dem Juristen, diese dem Redner zuweist.

575) *Der ex privatorum negotiis collecta gratia gedenkt Cicero de orat. III, 33.* Wie sehr der Jurist auf Dank rechnete, darüber s. die Anekdote bei Val. Max. IX, 3, 2.

576) Hor. Sat. I, 10.

577) Cic. de orat. I, 45 . . . in ejus infirmissima valetudine affectaque jam aetate.

577a) Seneca de ira III c. 37: *iratum ostiario causidici alicujus, quod intrantem submoverat.* Dass auch der Redner es nicht viel besser hatte, darüber s. die Klage von Cic. ad Att. II 14. Sein Haus ist so gut wie ein Gerichtszimmer, immer voll (Basilicam habeo frequentia Formanorum), kaum um 10 Uhr Abends hat er Ruhe (post horam IV cetera molesti non sunt; die entsprechende Morgenstunde kann hier unmöglich gemeint sein).

der Republik. Ein solches Haus galt in den Augen des Volks als ein öffentliches, in das Jeder aus- und einging, zu dem Jeder freien Zutritt hatte, es war nach Cicero⁵⁷⁸⁾ das Orakel der ganzen Stadt, und diese juristischen Erfundigungsbüros gehörten wesentlich mit zur Physiognomie Roms. Von dieser Auffassung ausgehend schenkte einst der Senat einem namhaften Juristen, um dem Volk den Weg zu kürzen, ein Haus an bequem gelegener Stelle.⁵⁷⁹⁾ Wer einen solchen Zuspruch zu Hause nicht erwarten konnte, wie zumeist der Anfänger, oder wer es dem Volk bequemer machen wollte, verstand sich zur ambulanten Praxis und verlegte, so zu sagen, sein Büro auf die juristische Börse, das Forum, mitten in das Gewühl des Verkehrs und das Getriebe der Rechtspflege, um hier für alle Fälle des unmittelbarsten Bedürfnisses mit Rath und That sofort bei der Hand zu sein.⁵⁸⁰⁾

Die ganze Einrichtung habe ich berührt nicht ihrer selbst wegen, sondern weil sie ein unentbehrliches Hülfsmittel für das Verständniß des römischen Rechts ist. Daß letzteres so und nicht anders geworden, hat zum wesentlichen in ihr seinen Grund; sie hinweggedacht — und Vieles hätte völlig anders werden müssen. Dahin gehört vor allem der von der römischen Jurisprudenz mit eiserner Strenge durchgeführte Formalismus (§. 46). Bei manchen Ausflüssen desselben⁵⁸¹⁾ muß, wie ich meine, jeden Unbefangenen ein gewisses Grauen beschleichen, und es gehört ein ganz eingefleischter Romanismus dazu, um keinen Anstoß an ihnen zu nehmen oder gar für das heutige Recht ihre Gültigkeit zu vertheidigen. Man denke sich, daß an einem verkehrten Wort (z. B. heres ne esto statt exheres esto) die Gültigkeit des ganzen Testaments oder der Verlust des Prozesses hing, und daß ein

578) de orat. I, 45 oraculum totius civitatis.

579) L. 2 §. 37 de orig. jur. (1. 2).

580) Cic. de orat. III, 33.

581) Eine Blumlese darans habe ich bei einer andern Gelegenheit zusammengestellt. S. meine Jahrbücher B. 1 S. 31 fl.

einziges weggelassenes oder gesetztes et vermöge der Grundsätze des Accrescenzrechtes für den Erben oder Legatar eine Million wiegen konnte. So sehr immerhin die Strenge in der Handhabung des Wortes der Weise des römischen Volkes entsprach, so kann ich mir doch den Umstand, daß derartige Subtilitäten praktisch durchführbar waren, daß also das Volk sich nicht dagegen opponirte und sie abschüttelte, nur aus der obigen Einrichtung erklären. In der Hand des Juristen, welcher die Testamente und sonstige Urkunden abfaßte, verloren sie ihr Gefährliches, denn wenn seiner Zeit das Wort auch aufs strengste urgirt ward, so kam doch kein anderes Resultat heraus, als was die Parthei selbst beabsichtigt und durch den Juristen nur in künstgerechter Weise hatte formuliren lassen; was man den Worten entnahm, war in sie hineingelegt. Nur dadurch waren meiner Meinung nach die strengen Gesetze, welche die Jurisprudenz dem Verkehr dictirte, haltbar, daß die Juristen ihm die Anwendung derselben abnahmen, nur darum waren die schmalen und hart an Abgründen vorbeiführenden Wege, welche die ältere Jurisprudenz im Recht angelegt hatte, exträglich, daß jederzeit ein kundiger und williger Führer bereitstand.⁵⁸²⁾ Die Allgegenwart des Juristen war ein stillschweigendes Postulat des alten Rechts — selbst im Lager treffen wir ihn.^{582a)} Der Jurist mußte gegen den Juristen schützen; die Dienstfertigkeit des Praktikers war das unentbehrliche Gegengewicht gegen die strengen Anforderungen des Theoretikers; hätte dies Gegengewicht gefehlt, ich kann mir nicht denken, daß die Theorie hätte so lauten können, wie sie gesautet hat. Darauf beruhte auch die dem Soldatenstande in rechtlicher Beziehung eingeräumte eximirte Stellung. Dieselbe war nicht eine Sache der reinen Kunst und Bevorzu-

582) *Copia jurisconsulti.* Daz̄ es daran gefehlt hätte: *raro accipiendo est, L. 9 §. 3 de jur. ign.* (22. 6).

582a) *Cic. ad fam. VII 13* (an den Trebatius, der dem Feldherrn ins Lager gefolgt war): *quod te imperator consulit.*

gung, sondern durch die eigenthümlichen Verhältnisse dieses Standes mit Nothwendigkeit geboten, denn dem Soldaten fehlte, ganz abgesehen von seiner eigenen geringeren Geschäftskenntniß, die stets bereite Hülfe des Juristen, da der „Lagerjurist“ zwar dem Feldherrn und sonstigen hervorragenden Personen, aber nicht der Masse der gemeinen Soldaten zu Diensten stand.

Die Allgegenwart des Juristen bedeutete also für den Verkehr zuerst eine unentbehrliche Hülfe. Sie bedeutete aber so dann zweitens auch einen heilsamen Einfluß auf denselben. Die Innigkeit des Verhältnisses zwischen der Jurisprudenz und dem Verkehr kam beiden zu gute. Dem Verkehr, indem die Jurisprudenz beständig die Hand an seiner Pulsader hatte, mußte, was ihm Noth that, und wie ihm zu helfen war. Der Jurisprudenz, indem sie, ohne den Ansforderungen des Verkehrs in materieller Beziehung irgend etwas zu versagen, sie in die Form bringen konnte, die sie von ihrem Standpunkt aus für die wünschenswertheste halten mußte. Die Ansätze zur Bildung neuer Geschäfte, die das Leben machte, namentlich auf dem Gebiet der Verträge (man denke z. B. an das *pactum de vendendo beim pignus*) erhielten durch die Juristen ihre formelle Redaction. Indem letztere die Vertragsurkunden abfaßten, hatten sie es in ihrer Hand, ihnen die passendste Form zu geben, die juristische Construction nicht erst zu beginnen, wenn der Entwicklungsprozeß des Instituts abgeschlossen und dasselbe als ein fertiges, unabänderliches vor ihnen lag, sondern dasselbe von voruh herein in die juristische Bahn zu leiten, ihm die richtige Form zu geben, kurz den Verkehr juristisch zu discipliniren. Wie wäre aber diese juristische Erziehung, der das römische Recht so unendlich viel verdankt, denkbar gewesen ohne jene Allgegenwart des Erziehers?

Und wiederum frage ich, wie wäre letztere denkbar gewesen, wenn die Kunst in Rom, wie bei uns, nach Brod gegangen wäre? Für die Charakteristik der römischen Jurisprudenz ist es, so paradox es klingt, einer der wesentlichsten Züge, daß sie sich nicht bezahlen ließ. In diesem einen, scheinbar so äußerlichem

Umstand liegt unendlich viel, liegt die halbe römische Jurisprudenz. Das Honorar des Juristen, so sehr es sich bei unseren heutigen Zuständen als nothwendig ergibt, darf nichts desto weniger als sein ärgerster Feind, als sein Versucher bezeichnet werden — ein Hinderniß seines vortheilhaftesten, eine Quelle seines unheilvollen Einflusses, ein Fluch unseres heutigen Rechtslebens. Das Geld ist es, das ihm da, wo er nicht fehlen dürfte: beim Abschluß der Rechtsgeschäfte den Weg versperrt, das Geld, das ihn, wenn er endlich im Fall der Noth zugezogen wird, auf Abwege lockt, auf Abwege, wo seine Kunst nur dazu dient, das Feuer der Zwietracht anzufachen und zu unterhalten und der Lüge und dem Unrecht die Mittel zum längern Widerstand zu leihen und ihnen zum Siege zu verhelfen. An das Geld knüpfen sich die frivolen und langen Prozesse, an das Geld die Juristen ohne Lust und Liebe, ohne Talent und Verständniß für ihre Wissenschaft, an das Geld die gerechten und ungerechten Vorwürfe des Volks, kurz an dem Gelde klebt der Schmutz unseres Staandes und die Erniedrigung unseres Berufes.

Alles dies blieb der römischen Jurisprudenz erspart. Wer sich ihr widmete, suchte in ihr nicht das Geld, sondern sie selbst; der innere Beruf war das Motiv für die Wahl des äußerin, die falschen, unfähigen, verdrossenen Jünger blieben ihr fern. Darum aber stieß sie auch im Volk nicht auf Abneigung, Misstrauen, Widerstand; gern und dankbar nahm dasselbe eine Hand, die sich nicht, indem sie half, zugleich nach dem Gelde krümmte. Daher die Allgegenwart des Juristen. Wo der rechtliche Rath und Beistand ein Handelsartikel ist, der nur gegen Bezahlung verabreicht wird, wie dies bei uns der Fall, ökonomisiert man im Gebrauch desselben, und der Jurist wird wie der Arzt häufig erst dann gerufen, wenn es zu spät ist. Anders aber in Rom, wo dieser Artikel keine Handelswaare, sondern eine res communis war, überall umsonst zu haben wie Lust und Wasser. Hier durfte man von ihm den verschwenderischsten Gebrauch machen und that es auch. Darauf aber beruhte wiederum die ganze Herrschaft

und Macht der alten Jurisprudenz über das Leben, ihre Aufsicht, ihre Erziehungsgewalt, ihr bildender Einfluß, die Gewöhnung des Verkehrs an die Beobachtung des strengen juristischen Sprachgebrauchs, die Erträglichkeit der engen, knappen Geschäftsformen, die Möglichkeit der rücksichtlosen Consequenz, die Freiheit ihrer eigenen wissenschaftlichen Bewegung, kurz die Durchführbarkeit der alten Theorie und damit sie selbst — das Reich und der Triumph der Jurisprudenz als einer Mathematik des Rechts!

Auch in Rom änderte sich dies, und als Ulpian⁵⁸³⁾ seinen schönen Ausspruch that, den man der alten Jurisprudenz zu ihrer Devise geben möchte: *civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio nummario non sit aestimanda nec de honestanda,* hatte derselbe weder für die Lehrer des Rechts, denen Ulpian die Worte zuriess, noch für den größten Theil der praktischen Juristen, die Advokaten, eine praktische Wahrheit mehr, und die Einzigen, die noch in seinem Sinne handelten, waren jene namhaften von Staatswegen mit dem *jus respondendi* versehenen Juristen, deren Gedächtniß noch die ferne Nachwelt feiert. Wie wesentlich auch dies *jus respondendi*, wenigstens in der ihm später gegebenen Gestalt, mit dem Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit zusammenhängt, wie es in den Händen von Leuten, die aus dem Respondiren eine Erwerbsquelle gemacht hätten, absolut unmöglich gewesen wäre, das will ich, da die Einrichtung selbst nicht mehr in unsere Periode gehört, dem eigenen Nachdenken des Lesers überlassen.

583) L. 1 §. 5 de extr. cogn. (50. 13).

Haften des Rechts an der Neuheit.

(Sinnliches Element des ältern Rechts.)

I. Der Materialismus.

Das sinnliche Element auf der inneren Seite des Rechts — der materialistische Zuschnitt der Begriffe und Institute. — Das **furtum, damnum injuria datum**, der **Irrhum, Besitz** und die **Usucaption** — wirtschaftliche und rechtliche Präponderanz der Sache; die Sache die Axe des ältern Verkehrs und der Ausgangspunkt des ganzen Vermögensrechts.

XLIII. Hat uns der vorige Paragraph mit der Baumeisterin, so soll uns der jetzige mit ihrem Werk bekannt machen. Nicht alles und jedes aber an diesem Werk gehört ihr an, und nicht alles, was wirklich von ihr herrührt, ist das Resultat einer eigentlichen Arbeit. Der juristische Instinkt, die glückliche Organisation des römischen Rechtsgefühls, die bildende Kraft des Verkehrs u. s. w. sind Factoren, die daran ebenfalls ihren Anteil hatten, aber es wäre vergebene Mühe, die Bausteine, die der eine oder andere zugetragen hat, sondern zu wollen. Im Wechselverkehr mit dem Volk und Leben gab und nahm die Jurisprudenz, regte an und ward angeregt, bestimmte und ward bestimmt, und wenn wir daher die technische Gestaltung des ältern Rechts als ihr Werk bezeichnen, während wir dasselbe in genauerer Redeweise eine Schöpfung des juristischen Geistes nennen müßten, so geschieht es nur darum, weil sie die hauptsächlichste Trägerin und die eigentliche Personification dieses Geistes war. Es ist also nicht die bloße Methode der alten Jurisprudenz, mit der sich die folgende Darstellung beschäftigen soll, ihre Art zu denken und zu operiren im Gegensatz zu der des Volks, sondern das Ringen des römischen Geistes mit dem Rechtsstoff, das im Recht selbst objectiv gewordene juristische Denken der Nation.

Bon dieser Weite in der Fassung unserer Aufgabe machen wir hier sofort Gebrauch. Die Erscheinung nämlich, der sich der

gegenwärtige Paragraph zuwendet, enthält nichts weniger als ein Product der Jurisprudenz. Aber sie gewährt uns einen höchst wichtigen Aufschluß über die Rechtsanschauung der ältern Zeit, sie signalisiert uns den Höhepunkt ihrer Auffassungsweise, das geistige Niveau der Zeit, das für die Jurisprudenz maßgebend war. Die nächstfolgenden Paragraphen werden uns schon mehr in die eigentliche Werkstatt der Jurisprudenz hinein führen. Wie eng aber das Juristische und Nichtjuristische zusammenhängt, können gerade sie am besten zeigen; denn derselbe Gedanke, mit dem wir in diesem Paragraphen beginnen, der der Richtung der alten Zeit auf die Außenlichkeit oder, wie ich es nennen will, das sinnliche Element des Rechts, wird uns auch dort unangesezt zur Seite bleiben.

Die Sinnlichkeit ist die Vorstufe der Geistigkeit. Alles ursprüngliche Denken der Individuen und Völker ist ein sinnliches, der Geist wird nur dadurch frei von der äußern Erscheinung, daß er eine Zeitlang an ihr gehaftet, an ihr die Vorschule des abstracten Denkens durchgemacht hat. Diesem Naturgesetz, das sich auf allen Gebieten des menschlichen Denkens und Wissens bewährt, unterliegt selbstverständlich auch das Recht.

Aber wie? wird man fragen, ist nicht das Wesen des Rechts damit unverträglich? Denn dasselbe besteht ja gerade in dem Sichlosreissen von der concreten, äußern Erscheinung, im Abstrahiren; jeder Begriff, jeder Rechtsatz enthält ja eine Abstraction, ein Allgemeines, das von dem Besondern absieht. Gewiß; allein nichts desto weniger ist auch hier dem Sinnlichen ein breiter Zugang geöffnet. Zuerst und vor allem nämlich auf der Erscheinungs- oder Verwirklichungsseite des Rechts d. h. in den Formen, in denen das Recht im Leben wie vor Gericht zur Anwendung und concreten Wirklichkeit gelangt. Dieser Seite entspricht innerhalb der Religion der Cultus, und derselbe Zug der Sinnlichkeit, der sich in letzterem in Form des Ceremonieuwesens ausprägt, führt im Recht zum Formenwesen, und die Natur des Rechts setzt hier dem sinnlichen Element so wenig Widerstand ent-

gegen, daß letzteres ungefehrt sich den Zwecken des Rechts in dieser Richtung als höchst förderlich erweist. Von dieser Erscheinung, die ich als *Formalismus* bezeichne, wird §. 45 u. fl. die Rede sein.

Anders freilich auf der inneren Seite des Rechts, der auf dem Gebiet der Religion das Dogma entspricht. Hier handelt es sich nämlich um ein Innerliches und Allgemeines, mögen wir es den Rechtssatz oder den Begriff nennen. In und aus den Verhältnissen des Lebens soll die Rechtsidee erkannt und zur Allgemeinheit des Ausdrucks gebracht, es soll von allem, was die concrete Auschauung besticht und bestimmt, der äußeren Verschiedenheit der Personen, Gegenstände, Verhältnisse, Lagen, Umstände abgesehen und der reine, abstracte Kern gewonnen werden. Ein Beharren in der sinnlichen Vorstellungsweise würde hier, wie es scheint, mit Nichtlösung der Aufgabe gleichbedeutend sein. Und in der That setzt das Recht vermöge seiner eigenthümlichen Natur hier ihr einen ungleich stärkeren Widerstand entgegen, als die Religion es thut. Denn die religiösen Ideen und Abstractionen nehmen willig concrete Gestalt an; die Abstraction der Kraft, in der dem Menschen zuerst die Ahnung des Göttlichen aufgeht, versinnlicht sich zu einem Gott, aber welche concrete Gestalt fände sich für die rechtlichen Abstractionen? Die Rechtsbegriffe und Rechtssätze bleiben, was sie sind; denn die concrete oder selbst poetische Form ihres Ausdrucks betrifft eben nur die Fassung, nicht ihre innere Beschaffenheit und Substanz. Darum, glaube ich, ist es nicht gewagt zu behaupten, daß das Recht das Gebiet ist, auf dem der menschliche Geist mit Nothwendigkeit sich zuerst zur wahren Abstraction hat auffschwingen müssen; das erste Gesetz, möchte es betreffen, was es wollte, war der erste Anfang des Geistes zur bewußten Allgemeinheit des Denkens, die erste Veranlassung und der erste Versuch, sich über das allgemeine geistige Niveau der Zeit zu erheben.

Allein so sehr nun auch einerseits das Recht gebieterisch zur Abstraction auffordert, so findet doch das sinnliche Element Gele-

genheit, sich in und bei diesem Act wieder einzudrängen. Der Geist *a b s t r a h i r t* — gewiß! aber die Sinnlichkeit ist das Prisma, durch das er die Dinge betrachtet. Er gewinnt *R e c h t s s ä t z e* — aber der Zuschnitt derselben ist ein substanzeller; nur die größeren, derberen, äußerlich in die Sinne fallenden Momente des Verhältnisses sind in ihnen berücksichtigt, die feineren nicht beachtet. So vergegenwärtigt uns diese Erscheinung, für die ich den Namen *M a t e r i a l i s m u s* wähle, gewissermaßen das Ringen der Abstraction mit der sinnlichen Anschauungsweise.

Zwischen Materialismus und Formalismus schiebe ich noch eine andere Erscheinung ein (§. 44), die gleichfalls unter den ihnen beiden gemeinsamen Gesichtspunkt des Haftens an der Außerlichkeit fällt: das *Haften am Wort* oder die *Wortinterpretation* der älteren Jurisprudenz.

Die materialistische Anschauungsweise.

Die Gesetze und Begriffe einer rohen Zeit sind, wie die Menschen selber, rohe, ungeschlachte Gesellen, die nur ein Auge für das haben, was sie mit der Faust packen können, und wenn Cicero (de off. III, 17) den Gegensatz in der Behandlungsweise des Unrechts Seitens der Gesetze und der Philosophen dahin angibt: *leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia*, so hat er mit der erstenen Wendung das altrömische Civilrecht in zutreffendster Weise charakterisiert. In der That läßt sich mit ihm das „Handfeste“ d. h. das Außerliche, Sinnliche, in die Augen Fallende als der Grundzug der Begriffe des älteren Rechts bezeichnen: überall überwiegt die äußere, sichtbare Erscheinungsform über den Gedanken, die Idee, überwiegen die äußeren sichtbaren Folgen über die unsichtbaren, das sichtbare Object des Rechts über das unsichtbare.

Nehmen wir einmal die *Private delicta* des älteren Rechts, zunächst den *Diebstahl*. Der rein äußerliche, ganz vom Zufall abhängige, für die innerliche Beurtheilung der strafbaren Gesinnung völlig gleichgültige Umstand, ob der Dieb bei der That

ertappt wird oder nicht (furtum manifestum und nec manifestum), begründet für die Bestrafung desselben den empfindlichsten Unterschied, dort fällt der Dieb dem Bestohlenen als Sklave anheim, hier kann er sich mit Zahlung des Doppelten abkaufen. ^{583a)} In beiden Fällen ist die Vollziehung der Strafe lediglich dem Bestohlenen anheim gestellt, der äußerlich durch den Diebstahl betroffen ist. Dass auch der Staat dadurch berührt wird, dass der Diebstahl zugleich einen Eingriff in die von ihm gehandhabte Rechtsordnung enthält, das ist der materialistischen Auffassungsweise der ältern Zeit zu hoch, denn diesen Eingriff sieht man nicht. Im Geiste des ältern Rechts wird man annehmen dürfen, dass die äußere diebische Ergreifung der Sache (contrectatio) zum Thatbestand des Diebstahls unerlässlich war, und dass die idealere Erfassung dieses Begriffs, welche von diesem Moment völlig abnahm, und welche Gellius ^{583b)} mit Recht als etwas höchst bemerkenswerthes hervorhebt, erst das Product einer späteren Zeit war.

Bei den Injurien spielt natürlich der Unterschied zwischen Real- und Verbalinjurien eine große Rolle. Während letztere, abgesehen von dem Fall der öffentlichen Schmähung und des Pasquills (wenn damit das occentare und carmen condere der XII Tafeln richtig wieder gegeben ist), nur den niedersten Strafsatz von 25 As begründen, übt bei den Realinjurien die äußere Art der Beschädigung einen großen Einfluss aus. Das »membrum ruptum« führt, wenn die Partheien über die Sühne nicht einig

583a) Noch weiter geht das deutsche Recht beim Markfrevel, s. Thüdichum, Gau- und Markverfassung S. 272. Auch der Unterschied des ältern deutschen Rechts zwischen Mord und Totschlag ist rein auf die Neufserlichkeit der Begehungsweise („Offenheit und Heimlichkeit“) gestellt, ohne Rücksicht darauf, ob der Verbrecher in Leidenschaft oder mit Überlegung gehandelt hat, „den Unterschied zwischen beiden bildet noch nicht die Verschiedenheit der Gemüthsstimmung, sondern die Verschiedenheit der Handlung selbst,“ Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I S. 183.

583b) Noct. Att. XI, 18 § 23. : meminisse debemus, furtum sine ulla quoque attractatione fieri posse, sola mente et animo, ut furtum fiat, annitente.

werden, zur *Talion*, das »os fractum vel collisum« wird bei Freien mit 300 As, eine Ohrfeige mit 25 As bezahlt.^{583c)}

Die *lex Aquilia* hatte bekanntlich keinen Begriff des *damnum injuria datum* aufgestellt, sondern nur die einzelnen Hauptfälle namhaft gemacht. Aus ihnen abstrahirte die ältere Jurisprudenz den Begriff und formulierte ihn als *damnum corpore corpori datum*⁵⁸⁴⁾ d. h. als Beschädigung eines Gegenstandes durch unmittelbare positive äußere Einwirkung auf denselben. Wer durch Deffen des Käfch's das Entfliehen oder durch Einsperren den Tod eines Thieres verschuldet hatte, haftete für nichts, denn im ersten Fall war das Thier nicht beschädigt, im zweiten Fall nicht durch unmittelbare Einwirkung, dort lag kein *damnum corpori*, hier kein *damnum corpore datum* vor. Die *lex Aquilia* hatte sich in materialistischer Weise an den sichtbaren Schaden gehalten. Anders die neuere Doctrin, die dem Begriff der Beschädigung erst die erforderliche Ausdehnung gegeben hat. Den äußersten Gegensatz zu dem *damnum injuria datum* des alten Rechts bildet im neuern die *actio de servo corrupto* des prätorischen Edicts. In ihr prägt sich der ganze Umschwung der Ansichtung aufs unverkennbarste aus, denn das *corpore corpori datum* ist hier in sein directes Gegentheil umgeschlagen, das Delict setzt nämlich voraus eine durch moralische Einwirkung (*animo*) bewirkte moralische Corruption eines Sklaven (*animo datum*).

Ebenso bedeutungsvoll wie die Delicte, die das ältere Recht kennt, sind die, die ihm fehlen. Plünderung einer Erbschaft

583c) Ueber den Unterschied zwischen den beiden ersten Fällen habe ich nirgends eine befriedigende Auskunft gefunden. Sollte sich nicht Festus: *Rupitias in XII significat damnum dederit bennzen lassen?* Dann würde *membrum ruptum* nicht Bruch, sondern Beschädigung des Gliedes bedeuten und damit ein Gegensatz zu dem Bruch oder der Zersplitterung des Knochens (*os fractum vel collisum*) heraus kommen. In den altgermanischen Rechten ist der Unterschied ungleich schärfer und detaillirter entwickelt als im altrömischen. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 729—748.

584) Gaj. III 219. § ult. I. ad leg. Aq. (4. 3).

(das spätere crimen expilatae hereditatis) gilt nicht als Unrecht; es ist ja Niemand da, dem die Sachen gehören, die Beziehung derselben zum künftigen Erben ist etwas lediglich im Gedanken Existirendes. Ebenso wenig der Betrug (dolus). Denn der Betrug enthält keinen äußeren Eingriff in eine fremde Rechtssphäre; eine falsche Nachricht, ein schlechter Rath u. s. w. ist an sich kein Delict, die Mittel, deren sich der Dolus bedient, sind äußerlich legale. Es ist der Wolf, der sich in den Schafpelz kleidet, der Heuchler unter den Delicten, und erst als man gelernt hatte aufs Herz und nicht mehr bloß auf die Hände zu sehen, griff man auch diesen Sünder, der früher frei durch ging. Der generellen Klage wegen Betruges (act. doli) gingen mancherlei specielle Betrugsklagen für gewisse einzelne Verhältnisse voraus,^{584a)} wozu auch die wegen doloser Alienation von Seiten des insolventen Schuldners gehört. Der Begriff der Alienation ward dabei ursprünglich lediglich als Veräußerung von Sachen erfaßt (interdictum fraudatorium), während in späterer Zeit auch die Veräußerung von Rechten (z. B. Klagen) unter den Begriff gebracht wurde (act. Pauliana).^{584b)}

Erheben wir uns von den einzelnen Delicten des ältern Rechts zu seiner allgemeinen sowohl bei den Privatdelicten als bei den Verbrechen zur Anwendung gelangenden strafrechtlichen Anschauungsweise, so gibt es für die hier nachzuweisende materialistische Auffassung des ältern Rechts kaum einen sprechenderen Beleg als die Art, wie dasselbe das Verhältniß des inneren Moments der subjectiven Verschuldung zu dem äußern Moment der That erfaßte. Da ich selber bei einer andern Gelegenheit dieser Erscheinung eine eingehende Untersuchung gewidmet habe,^{584c)} so

584a) Meine Schrift über das Schuldmoment im röm. Privatrecht, Gießen 1867 S. 34 Note 70a.

584b) arg. L. 14 quae in fraud. (42. 8) Hac in factum actione non solum dominia revocantur (Sachveräußerungen) verum etiam actiones restaurantur.

584c) In der in der vorvorigen Note citirten Schrift.

möge es mir hier verstattet sein einfach darauf Bezug zu nehmen. Wenn irgendwo das Uebergewicht der äußern Erscheinung über das innere Moment, an und in dem sie ihre Richtschnur finden soll, in schlagender Weise zu Tage tritt, so ist es an diesem Punkt.

Wenden wir uns von dem Strafrecht dem Civilrecht zu, so beschränke ich mich mit Ausschluß derjenigen Beispiele, welche besser in einem andern Zusammenhang zu behandeln sind,^{584d)} auf solche, welche ausschließlich bei Gelegenheit des gegenwärtigen Gesichtspunkts ihre richtige Verwendung finden. Dahin rechne ich zunächst die Behandlung des Irrthums über das Object der Verträge. Das ältere Recht berücksichtigt nur den Irrthum über die Species (error in corpore), das neuere hingegen auch den über die Eigenschaften (s. g. error in substantia, materia).⁵⁸⁵⁾ Worauf beruht diese Verschiedenheit? Ich meine darauf, daß das ältere Recht die Richtung des Willens auf seinen Gegenstand mehr äußerlich, das neuere sie mehr innerlich erfaßt. Wenn der Käufer das bleierne Gefäß irrthümlich für ein silbernes hält und bezahlt, so hat er, sagt die ältere Jurisprudenz, nichts desto weniger dieses Gefäß gewollt, sein Irrthum bezieht sich bloß auf etwas Innerliches, nicht auf die äußere Identität des Objects. Die neuere Jurisprudenz hingegen folgendermaßen:

584d) Siehe insbesondere die reale Art des Erwerbs des Eigenthums (§. 47), die sich auch im alten Pfandrecht (im pignus) wiederholte, bis dasselbe sich (in der hypotheca) von dem Erforderniß der realen Ueberlassung losmachte (Dernburg, Röm. Pfandrecht I S. 54, welcher mit Recht diese Form des Pfandrechts „als etwas so Raffinirtes und Ideelles bezeichnet, daß dasselbe in dem derben und realen Rechtsleben der Vorzeit keinen Raum finde“). Siehe ferner den Nachweis des realen Fundaments der altrömischen Obligation (B. 3 Abth. 2).

585) Ueber jenes s. die L. 22 de V. O (45. 1), in welcher von der Stipulation d. h. der aus dem älteren Recht stammenden obligatio stricti juris die Rede ist, über dieses s. die L. 9 § 2 de cont. emt. (18. 1), welche von dem dem neuern Recht angehörigen Kaufcontract handelt. Marcellus stellt hier zwar noch im Geist des ältern Rechts rücksichtlich des letzteren die Behauptung auf: emtionem esse, quia in corpus consensum est, allein Ulpian berichtigt ihn.

Das Object, wie es äußerlich erscheint, ist nicht das, was der Käufer wahrhaft will, sondern er will in demselben die Bestimmung, Macht, Kraft, Tauglichkeit der Sache. Ist dieselbe also eine völlig andere, als er annahm, so ist die Sache selbst eine andere, als die er meinte; sie hat mit letzterer nur den äußern Schein gemein.⁵⁸⁶⁾

Besonders ergiebig für den Gegensatz des ältern und neuern Rechts ist die Lehre von dem Besitz und der Usucaption. Obgleich der Besitz seiner ursprünglichen Natur nach ein rein thatfächliches Verhältniß ist, mithin ganz und gar der materialistischen Behandlungsweise anheimzufallen scheint, so findet doch auch hier der Gegensatz des Materialismus und Spiritualismus Raum genug sich zu betätigen, wie eben der Vergleich des ältern und neuern Rechts lehrt. So würde z. B. der Erwerb des Besitzes nach materialistischer Ansicht ein Ergrifen (Apprehension im wörtlichen Sinn) erfordern, und daß auch das ältere Recht dies gethan und sich nicht, wie das neuere, mit der bloßen Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung, namentlich also nicht mit der s. g. traditio longa manu, dem Zeigen und Sehen der Sache begnügt habe, wird wohl kaum in Zweifel gezogen werden, wenn man bedenkt, daß sich dies Requisit noch bis ins neuere Recht hinein als formeller Akt in dem manu capere der Mancipation erhalten

586) Es ließe sich hier auch die erst durch das ädilitische Edict eingeführte (also dem ältern Recht unbekannte) Verpflichtung des Verkäufers für die heimlichen Fehler und Mängel einzustehen, in Bezug nehmen. Nach älterem Recht hat der Käufer nur im Fall des Nichthabens (Eviction) einen Negrell gegen den Verkäufer, nach dem Edict auch im Fall des Schlechterhabens. — Auch die bekannte Controverse der Sabinianer und Proculianer über die Specification (Gaj. II, 79) dreht sich um unsern Gegensatz. Eine materialistische Auffassung des Begriffs der Identität der Sache wird mit den Sabinianern die Substanz als das Wesentliche der Sache betrachten und daher den Einfluß der Specification auf das Eigenthum läugnen, eine spiritualistischere Auffassung aber mit ihren Gegnern die Form und Bestimmung der Sache für das Entscheidende ansehen und darum mit einer Veränderung derselben eine neue, dem Specificanten zufallende Sache annehmen.

hat. Das Ergreifen (loco movere) verlangten die älteren Juristen⁵⁸⁷⁾ auch bei der Unterschlagung der deponirten Sache von Seiten des Depositars, während die neuere Jurisprudenz die Möglichkeit der Unterschlagung auch ohne eine solche materialistische Vollziehung derselben anerkennt.⁵⁸⁸⁾

Die ältere Jurisprudenz sprach den juristischen Personen die Besitzfähigkeit ab, abermals ganz in Uebereinstimmung mit der natürlichen Gestalt des Verhältnisses, die neuere hingegen erkannte sie ihnen zu.⁵⁸⁹⁾ Die Zulassung des Besitzerwerbes durch freie Stellvertreter ist ebenfalls ein Fortschritt des neueren Rechts, in dem sich unverkennbar eine freiere Behandlung des Verhältnisses kundgibt.

Nach der natürlichen Anschauung ist der Besitz verloren, sowie ein Dritter sich derselben angeeignet hat. Dabei hat es das ältere Recht gelassen, während das neuere den Besitz eines Abwesenden bei Grundstücken trotz der Invasion fortdauern lässt.⁵⁹⁰⁾

In ungleich höherem Grade aber hat sich der obige Gegen-
satz im Lauf der Zeit in der Usucaption bewährt. Die ursprüng-
lichen Requisiten derselben bestanden, wie es scheint,⁵⁹¹⁾ in der
Usucaptionsfähigkeit der Sache (res furtiva) und dem rein äußer-
lichen Moment des fehlerfrei (nec vi, clam, precario) erworbe-
nen Besitzes. Die spätere Entwicklung des Instituts bis ins
heutige Recht hinein charakterisiert sich durch ein Doppeltes. Ein-
mal durch die Tendenz, den Schwerpunkt des Instituts mehr und

587) „plerique veterum“ in L. 3 §. 18 de poss. (41. 2).

588) Papinian in L. 47 de poss. (41. 2). Ebenso bei der Verwand-
lung des Depositums in ein Darlehn in L. 9 §. 9 de R. Cr. (12. 1) . . .
etiam antequam moveantur . . . , animo coepit possidere.

589) L. 1 § ult. L. 2 de poss. (41. 2).

590) Ueber jenes s. die Ansicht von Labeo in L. 6 §. 1 L. 7 de poss.
(41. 2), über das neuere L. 3 §. 7, 8 L. 25 § 2 L. 45 ibid.

591) Stützing über das Wesen von bona fides und titulus. Hei-
delberg 1852.

mehr in die subjective Innerlichkeit des Usucipienten zu verlegen — eine Tendenz, die schon in der späteren römischen Jurisprudenz in der Zulassung eines *titulus putativus* unverkennbar zu Tage tritt und in der bekannten Bestimmung des Canonischen Rechts über die *mala fides superveniens* ihren definitiven Abschluß erlangt. Sodann durch die Abschwächung oder freiere Behandlung des das äußere, sichtbare Moment der Usucaption bildenden Besitzes, welche sich theils darin bewährt, daß dem Usucipienten der Besitz einer andern Person (seines Vorgängers oder des Pfandgläubigers) angerechnet wird, theils darin, daß die Usucaption durch seinen eigenen Tod nicht unterbrochen wird.⁵⁹²⁾ Daß die Anstellung der Vindication von Seiten des Eigenthümers die Usucaption nicht unterbrach, war dem materialistischen Charakter derselben durchaus angemessen; bei der *longi temporis possessio* fand nach der Ansicht, die mir die richtigere zu sein scheint, das Gegentheil statt,⁵⁹³⁾ und auch dadurch documentirt sie sich als ein Institut neueren Ursprunges.

592) Das Neuerste, wozu es nach dieser Seite hin kommen könnte, wäre die völlige Beseitigung des Einflusses der Besitzunterbrechung d. h. die Zusammenrechnung der Zeit vor und nach der Besitzesstörung. Damit würde der letzte materialistische Rest der altrömischen Usucationslehre beseitigt sein. Der erste Ansatz dazu findet sich schon im römischen Recht selbst, nämlich in der angegebenen Fortdauer der Usucaption während der hered. jac. Einen weiteren Schritt hat das Preuß. Landrecht I 9 §. 601, 602 gemacht, indem es die Zusammenrechnung verstattet, wenn inzwischen kein Anderer den Besitz gehabt hat, während das österreichische Recht es beim römischen lässt. Nur das französische hat sich hier, und, wie ich glaube, mit gutem Grunde und nachahmenswerthem Beispiel, völlig von der traditionellen Behandlungsweise emanzipirt, indem es dem Verlust des Besitzes, wenn er nicht über Jahresfrist gedauert, oder wenn während der Zeit auf Restitution des Besitzes geklagt ist (die spätere Verurtheilung vorausgesetzt), die Kraft der Unterbrechung der Usucaption abgesprochen hat. K. S. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts. Aufl. 5 von Anschütz Bd. 1 S. 534. Das englische Recht ist sogar soweit gegangen, den Einfluß einer unrechtmäßigen Unterbrechung des Besitzes, selbst wenn sie noch so lange gedauert hat, völlig aufzuheben. Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 179.

593) v. Wächter Erörterungen Hft 3 S. 101. Interessant ist es, wie

Ein interessantes Beispiel für die Veranschaulichung des Gegensatzes zwischen Materialismus und Spiritualismus gewährt die wirtschaftliche Entwicklung. Dieselbe beginnt mit den Gütern, die man sehen und greifen kann, und erhebt sich erst nach und nach zur Wahrnehmung und praktischen Verwerthung idealer Güter. Der Credit, das Talent, die Idee fungiren in unserm heutigen Güterleben als höchst werthvolle wirtschaftliche Factoren, aber wie lange haben sie unbenuzt und unbekannt da gelegen, bis die Notth des Lebens dazu zwang, auch sie zu beachten und zu verwerthen. Mit der wirtschaftlichen Entwicklung aber hält die des Rechts gleichen Schritt, letzteres läßt sich als das Flußbett der wirtschaftlichen Strömung bezeichnen, d. h. es ist zu jeder gegebenen Periode so weit und breit, als das Verkehrsbedürfniß es erheischt. Darum kann uns die Rechtsgeschichte dazu dienen, uns über die Stufen und Fortschritte der wirtschaftlichen Ansicht und Bewegung Auskunft zu geben. Dies gilt namentlich von der römischen⁵⁹⁵⁾ und insbesondere auch von der Frage, die wir derselben hier vorlegen wollen, nämlich die: was waren die wirtschaftlichen Factoren des ältern Verkehrs? Die Antwort lautet: Sachen und als Sachen behandelte Menschen.

Constantin in L. 10 Cod. de poss. (7. 32) dies rechtfertigt, nämlich damit, daß der Besitzer jetzt super jure possessionis vacillet et dubitet, also aus der subjectiven Innerlichkeit heraus.

595) So z. B. bezeugt die mancipatio, daß die Römer die Periode des Tauschhandels schon früh zurückgelegt hatten, daß der Kauf ursprünglich ein Baarkauf war und erst später ein Handel auf Credit ward. Die ältesten beweglichen Tauschmittel waren Vieh und Getraide (Bd. 1 S. 141 Anm. 50). In der Werthschätzung der Sachen standen obenan Grundstücke, Slaven und Zug- und Lastvieh; dies ergibt sich aus ihrer Auszeichnung gegenüber allen andern Sachen (res mancipi — erstes Kapitel der lex Aquilia — äbilitisches Edict —). Von den Prädial-Servituten sind Wege- und Wassergerechtigkeiten die ältesten, erst später erkannte man auch den Werth und das Bedürfniß der übrigen, die Urbanalservituten sind das Product der Zeiten des Luxus, in denen die Begriffe über das Erforderniß der Nützlichkeit der Servitut (servitus fundo utilis) sich wesentlich verfeinert hatten.

Die freie menschliche Kraft, das Talent, die Fertigkeit u. s. w., waren noch nicht als solche d. h. unabhängig von dem Product, in dem sie sich beim Kauf mittelbar bezahlt machen, Erwerbsquellen, Gegenstände des Verkehrs geworden. Die entsprechende juristische Form für die Verwerthung der menschlichen Kraft ist die Klagbarkeit des auf sie gerichteten Miethvertrages (locatio operarum und operis); im ältern Rechte war dieser Vertrag, wie an späterer Stelle nachgewiesen werden soll, noch nicht klagbar — ein Beweis, daß der Verkehr das Bedürfniß darnach noch nicht empfand. Allerdings kannte man auch im ältern Rom den wirthschaftlichen Werth des Arbeiters, aber nur in der beschränkten Form einer ihn selber in seiner Totalität ergreifenden und dahin gebenden Macht und Herrschaft (Sklaverei, Mancipium, Schuldnechtschaft). Was man dagegen nicht kannte, war die juristische Ablösung der einzelnen geistigen oder körperlichen Arbeit von dem Arbeiter, die Erhebung derselben zu einem rechtlichen Tauschobject in Form der Klagbarkeit des Miethcontracts. War diese Idee der alten Zeit zu hoch, oder überhob das Institut der Sklaverei sie der Nothwendigkeit, der Arbeit Anerkennung und Rechtsschutz zu gewähren? Daß nicht auch schon in ältester Zeit einzelne Dienstleistungen um Lohn vorgekommen sein mögen, soll damit ebenso wenig bezweifelt werden, als daß man sie schon vor Einführung der act. locati conducti mittels Conventionalstrafe indirect zum Gegenstande eines bindenden Versprechens machen konnte, allein die directe Klagbarkeit eines auf entgeltliche Erweisung von Dienstleistungen gerichteten Vertrags gehört jedenfalls erst den letzten Jahrhunderten der Republik an, und sie beschränkte sich zudem lange Zeit hindurch auf Dienstleistungen niederer Art (operae locari solitae) — Kunst und Wissenschaft treten erst spät in den Kreis des Rechts ein.

Wie es nun die ältere Zeit noch nicht zu einer Abstraction der einzelnen Arbeit von dem Arbeiter, so hat sie es auch noch nicht zu einer Abstraction der einzelnen Gebrauchshandlung von der Sache gebracht. Wie der Arbeiter, so zu sagen, nichts ist als

der Inbegriff, die Summe von zukünftigen, einzelnen Leistungen, so die Sache der reale Niederschlag, die von der Natur gegebene Concentration einer Reihe von in der Zukunft möglichen Dienstleistungen derselben; der Werth beider ist im Grunde nichts anderes als die nach Grundsätzen des Disconto berechnete Summe der sämtlichen während ihrer Existenz möglichen Dienste nach Abzug der Gewinnungskosten. Der Kaufpreis ist die Escomptirung des gesammten wahrscheinlichen Miethzinses. Hat nun die Sache nur darum einen Werth, weil sie die Summe dieser einzelnen Dienstleistungen ist, so bilden letztere eine Quote dieses Werths, und in wirthschaftlicher wie rechtlicher Beziehung müßte von den Nutzungen einer Sache ganz dasselbe gelten, wie von der Sache selbst, das Recht müßte also nicht bloß die entgeltliche Ueberlassung, sondern auch die Vorenthaltung, Störung oder verzögerte Ueberlassung der Nutzungen auf gleiche Linie stellen mit dem Verkauf, der Vernichtung, Beschädigung der Sache selbst. Allein diese idealen Partikeln der Sache, dieselbe als Summe einzelner Gebrauchsakte gedacht, fallen nicht gleich der Sache selber in den Raum, sondern lediglich in die Zeit, und diese Verschiedenheit, die das geübte Auge nicht beirrt, wird doch für die materialistische Anschauungsweise sehr einflußreich,^{595a)} wie dies jetzt am ältern Recht nachgewiesen werden soll.

Die Entziehung der Nutzungen einer Sache kann theils den Charakter eines Delicts (*furtum usus*) annehmen, theils bei Gelegenheit eines anderen auf Restitution der Sache selbst gerichteten Verhältnisses (*in rem und in personam actiones*) Grund eines accessorischen Anspruches werden (*omnis causa und mora*). Dass nun das *furtum usus* späteren Ursprunges ist als das *furtum rei*, davon bin ich zwar fest überzeugt, habe dafür jedoch keinen äußeren Beleg. Anders aber rücksichtlich des zweiten Falles.

595a) Was Seneca de brevit. vit. c. 8 von der Beachtung der Zeit überhaupt sagt, gilt von ihr auch in dieser Richtung: *fallit autem illos, quia res incorporalis est, quia sub oculos non venit ideoque vilissima aestimatur.*

Hier lässt sich meiner Ansicht nach positiv nachweisen, daß das ältere Recht auf entzogene Nutzungen, insofern sie sich nicht räumlich d. h. als Früchte abgelöst hatten, keine Rücksicht genommen hat. Denn bei den persönlichen Klagen lassen sich dieselben nur unter dem Gesichtspunkte des Interesses verfolgen, das ältere Recht aber kennt keine Liquidation des Interesses (S. 103 fl.), bei dinglichen Klagen aber kommen nur die Früchte in Anrechnung. Nun fallen zwar im neuern Recht auch die Nutzungen (als *fructus civiles*) unter den Fruchtbegriff,⁵⁹⁶⁾ allein daß der ursprüngliche Umfang dieses Begriffs ein engerer war und sich auf die wirklichen Früchte beschränkte, liegt schon im Namen, und jene Ausdehnung verrät meines Erachtens unverkennbar die spiritualistischere Auffassung einer späteren Zeit. Der Grund, warum man in allen jenen Fällen die entzogenen Nutzungen nicht in Anrechnung bringen konnte, liegt nicht in der Strenge des alten Rechts, welchen Ausdruck man namentlich gern für die *Condictionen* gebraucht — das ist eine hohle Phrase — sondern in der Nötheit der wirthschaftlichen Ansicht, der nur das sichtbare und greifbare Object, die Sache selbst und die Früchte, nicht aber das idealere Stück der Sache, die zeitweise Möglichkeit ihres Gebrauchs als wirthschaftliches Gut und rechtlich zu verfolgendes Object erschien. Hätte man den wirthschaftlichen Werth desselben erkannt, so würde auch der Richter ihn haben zu erkennen müssen. Was der Verkehr schätzt (*magni facit*), schätzt (*aestimat*) auch der Richter. Die richterliche *aestimatio* enthält den rechtlichen Ausdruck des wirthschaftlichen Werthbewußtseins der Zeit, beide können auf die Dauer nie erheblich divergiren.

Ignorirte nun der ältere Verkehr die Nutzungen der Sache, wo sie nur accessorisch in Betracht kamen, so folgt daraus zwar

596) L. 62 pr. de R. V. (6. 1). Den ersten Anstoß zu jener Ausdehnung mag die *fructus licitatio* beim *interdiitum uti possidetis* gegeben haben; hier möchte sie sich gewissermaßen von selbst.

nicht, daß er sie nicht dennoch selbständige in Form von Pacht und Miethe hätte verwerthen können, allein auch nach dieser Seite hin scheint mir die oben bereits erwähnte Thatsache höchst beachtenswerth, daß es für sie dem alten Recht an einem Maßstab der richterlichen Schätzung fehlte. Worauf hätte der Richter den Vermiether oder Verpächter, der sich der Erfüllung des Vertrages weigerte oder den Gegner vor der Zeit ermittirte, verurtheilen sollen? Allerdings bot, wie bereits bemerkt, die Conventionalpön ein indirectes Sicherungsmittel, allein daß es eben eines indirekten Mittels bedurfte, daß das Recht nur Verpflichtung auf das Geben (dare) einer Sache anerkannte, das facere aber (im römischen Sinne fällt darunter auch die Miethe von Sachen wie von Personen) nicht für ein richterlich schätzbares Werthobject anerkannte, beweist eben die von mir dem ältern Verkehr und Recht zur Last gelegte materialistische Erfassung des Werthbegriffs. Der Ausdruck: *quanti ea res est*, mittelst dessen der Prätor den Richter zur Aestimation anwies, hatte wie der Ausdruck *fructus* ursprünglich eine rein wörtliche Bedeutung; Sache und Werth waren ursprünglich und lange gleichbedeutend.⁵⁹⁷⁾

Das Resultat der bisherigen Ausführung läßt sich in den Satz zusammen fassen: der ältere Verkehr operirte mit Sachen, und wir gewinnen damit zugleich einen passenden Uebergang zum Folgenden. Dieser Satz hat nämlich außer der so eben betrachteten wirthschaftlichen noch eine specifisch juristische Bedeutung.

597) Wie lange die alte Anschauungsweise, die bei der Schätzung nur die Sache selbst in ihrer Totalität ins Auge faßte, sich erhielt, dafür gibt die L. 3 §. 1 *uti poss.* (43. 17) einen interessanten Beleg. Wie der Besitz juristisch etwas anderes ist als das Eigenthum, so hat er auch einen andern Aestimationswerth. Nichts desto weniger wollte noch Servius den Werth der Sache als Werth des Besitzes gelten lassen: *tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est*, wogegen denn Ulpian mit Recht bemerkt: *sed longe aliud est rei pretium, longe aliud possessionis.* S. auch Fr. Mommsen Lehre vom Interesse S. 47 fl.

Vom Standpunkt der natürlichen Betrachtung aus möge man den Tauschverkehr als eine Uebertragung und Circulation der Sachen ansehen, vom Standpunkt des Juristen ist er eine Uebertragung von Rechten. Wer eine Sache erwirbt, verlangt vom Staat den rechtlichen Schutz seines Erwerbes, der Ausdruck aber für den ihm darauf gewährten Anspruch ist Recht. Die Uebertragung einer Sache heißt daher juristisch Uebertragung des Rechts. Der Güterverkehr ist juristisch Begründung, Uebertragung, Aufhebung von Rechten.

Die Richtigkeit dieser Bemerkung springt überall, wo es die Bestellung oder Uebertragung eines anderen Rechts an der Sache als des Eigenthums gilt, sofort in die Augen, anders aber bei der Uebertragung des Eigenthums, bei dem, so zu sagen, Recht und Sache sich decken. Neuerlich geht hier die Sache selbst über, und eine an der äusseren Erscheinung lebende Auffassung kann über diesem äussern Vorgang leicht den innern, den Uebergang des Rechts, übersehen oder richtiger mit ihm verwechseln. So auch das ältere Recht. Eigenthumsübertragung ist ihm in der That, so paradox es klingt, nicht Uebertragung des Eigenthums, sondern der Sache. Die Uebertragung des Rechts selbst als eines von dem bisherigen Innehaber zu lösenden Dinges von objectiver idealer Existenz ist ihm zu spitz, zu abstract. Darum löst die ältere Zeit den Hergang bei der Eigenthumsübertragung auf in ein Zurücktreten des bisherigen Eigenthümers von der einen und ein Eintreten des neuen in die frei gewordene Sache von der andern Seite. So entschieden bei der *mancipatio*. So auch bei der gerichtlichen Abtretung (*in jure cessio*). Der juristischen Form nach findet bei letzterer das gerade Gegentheil der *Successio* in ein Recht Statt, denn der Erwerber, anstatt von dem bisherigen Innehaber sein Recht abzuleiten, bestreitet ihm umgekehrt die Zuständigkeit desselben, letzterer überträgt nicht, sondern tritt ab, weicht zurück (*redit in jure*), jener aber leitet sein Recht formell aus seiner eignen Person ab (*vindicat*). Ob auch die Tradition in dieser Weise aufgelöst werden darf, kann

zweifelhaft sein. Für das neuere Recht halte ich es allerdings nicht für zulässig, allein dies schließt die Annahme für das ältere Recht nicht aus.

Der im Vorhergehenden aufgestellten Behauptung ließe sich die Fassung geben, daß das ältere Recht keine eigentliche Succession d. h. keinen Eintritt in das Recht, sondern nur in die Sache eines Andern kannte. Daraus aber würde folgen, daß alle Rechte mit Ausnahme des Eigenthums unübertragbar gewesen seien, denn jener Ersatz der Succession ins Recht durch Succession in die Sache war nur beim Eigenthum möglich, weil nur hier Sache und Recht sich deckten. Ist jene Behauptung nicht eine verwegene? So scheint es. Zunächst kann man mir entgegensetzen die Universalsuccession. Allein bei ihr erfolgt der Eintritt bekanntlich nicht in die einzelnen Rechte, sondern in die Gesamtpersönlichkeit des Erblassers oder, um diesen neuerdings angefochtenen Ausdruck zu vermeiden, der Erbe wird in allen Beziehungen Repräsentant des Erblassers, *loco defuncti*. Dies Verhältniß scheidet daher von unserer Betrachtung völlig aus, denn unsere Behauptung bezieht sich nur auf die Unübertragbarkeit der einzelnen Rechte d. h. die Möglichkeit der Singularsuccession. Nun läugne ich allerdings nicht, daß das römische Recht neben den Verhältnissen, in denen es an dieser Unübertragbarkeit fortduernd festgehalten, nämlich dem Mancipium (S. 75), der Obligation, den Servituten und der Erbschaft (mit Ausnahme der defterirten *hereditas legitima*) auch solche kennt, in denen es eine Uebertragung zuläßt, nämlich aus dem Familienrecht: die Uebertragung der väterlichen Gewalt und der Tutel, aus dem Vermögensrecht die gerichtliche Abtretung der defterirten *hereditas legitima*.⁵⁹⁸⁾ Allein gerade die Art und Weise, wie es den Ueber-

598) Daß der Innehaber der *patria potestas* das Kind einem Andern ins mancipium oder in die manus geben, und ebenso der Ehemann als Innehaber der manus die Frau durch Remancipation in das Mancipium bringen konnte, berührt meine obige Behauptung nicht, denn hier wird nicht das bisherige Herrschaftsverhältniß übertragen, sondern ein neues, das

gang hier bewerkstelligt, ihn nämlich künstlich mit seiner Anschauungsweise vermittelt, setzt letztere selbst in ein helles Licht. In allen diesen Fällen greift es nämlich zur in jure cessio, gibt also der Sache nach der obigen Bemerkung die Wendung, daß der Cedent nicht überträgt, sondern sich die Anerkennung des Cessionars als des allein Berechtigten durch den Prätor gefallen läßt. Ganz schlagend tritt dieser Vorgang namentlich im Fall der Adoption hervor,⁵⁹⁹⁾ denn hier hat der dreimalige, beziehungsweise einmalige Scheinverkauf ins Mancipium geradezu den erklärten Zweck, die väterliche Gewalt zu vernichten, damit der Cessionar als Vindicant auftreten könne.

Ich werde an einer andern Stelle versuchen, für den so eben begründeten Satz von der Unübertragbarkeit der Rechte noch einen andern Erklärungsgrund zu gewinnen, an der gegenwärtigen Stelle genügt es, seinen Zusammenhang mit dem Materialismus der ältern Rechtsansicht aufzudecken. Oder richtiger gesagt, es bedarf dessen nicht, denn derselbe liegt auf offner Hand. Ein Eintritt in fremde Rechte mag uns immerhin noch so natürlich erscheinen, der ganze Vorgang beruht nichts desto weniger auf Abstraction, er geht rein auf dem Gebiete des Gedankens vor sich, das natürliche Auge sieht ihn nicht. Ganz anders, wenn der Gegenstand selbst (Sache oder Person) übertragen wird, hier ist ein sichtbares Object vorhanden, an dem der Wechsel der Personen augenfällig hervortritt.⁶⁰⁰⁾

bisherige nicht bloß beschränkendes, sondern aufhebendes und die Person in ihrer Totalität ergreifendes Herrschaftsverhältniß begründet. Auch hier wird aber nicht ein Recht an der Person, sondern die Person selbst übertragen, oder wenn wir für Person und Sache einen gemeinsamen Namen wählen, der Gegenstand.

599) wie v. Scheurl in seiner dissert. de modis liberos in adoptionem dandi. Erlangae 1850 treffend nachgewiesen hat. Er vergleicht den Hergang mit Recht mit der Delegation, die bekanntlich nicht sowohl eine Übertragung der Obligation, als vielmehr Untergang der alten und Errichtung einer neuen ist.

600) Es läßt sich hier die Stelle von Quintilian. Inst. O. V, 10

Eine Spur dieser alten Auffassung, von der sich im übrigen das neuere römische Recht mehr und mehr emancipirt hat, ist noch erhalten in der von Justinian in seinen Institutionen adoptirten und dadurch zur großen Celebrität gelangten Classification der Dinge in *res corporales* und *incorporales*.⁶⁰¹⁾ Während alle übrigen Rechte zur letzteren Classe gestellt werden, figurirt hier das Eigenthum als *res corporalis*. Ueber die Verfehltheit dieser Identificirung des Eigenthums mit seinem Gegenstande sollte man meiner Ansicht nach kaum getheilter Meinung sein können. Das Eigenthum ist ebensowohl eine *res incorporalis* als die übrigen dinglichen Rechte, und bei der Uebertragung desselben geht juristisch nicht die *res corporalis*, sondern das Recht, die *res incorporalis*, über. Nichts desto weniger hat dieser systematische Fehler eine historische Wahrheit, denn er enthält eben den völlig adäquaten Ausdruck der entwickelten älteren Vorstellungswweise, wonach beim Eigenthum die Sache, so zu sagen, das Recht verdeckte.⁶⁰²⁾

So erscheint also nach unsren bisherigen Ausführungen der *Wert-, Frucht- und Successionsbegriff* ursprünglich ganz angelehnt an die Sache, während er im neueren Recht sich von ihr abgelöst hat. Diese Beobachtung führt von selbst zu der Frage, ob sich dieselbe Erscheinung nicht auch rücksichtlich anderer Begriffe wiederhole, und in der That brauchen wir nicht

§. 111 sq. benutzen, worin er die Frage untersucht, ob Forderungen Gegenstand der *occupatio bellica* sein können. Dabei heißt es in §. 116: *non potuisse donari a victore jus, quia id demum sit ejus, quod teneat; jus, quod sit incorporale, apprehendi manu non posse . . . ut alia sit conditio heredis, alia victoris, quia ad illum jus, ad hunc res transeat.*

601) *Inst. de reb. corporal. et incorpor.* (2. 2). *Ulp. XIX* §. 11 L. 14 pr. *de serv.* (8. 1) L. 1 §. 1 *de R. D.* (1. 8).

602) Interessant ist auch die Erscheinung, auf die Windfuß hindeutet, Die *Actio* des römischen Civilrechts S. 6 aufmerksam macht, daß der römische Sprachgebrauch „die Thatsache nennt statt des Rechts auf dieselbe“ z. B. *pignus* (das Pfand und Pfandrecht), *superficies* (das Haus und das Recht darauf), *iter*, *via* (der Weg und die Weggerechtigkeit) u. a. m.

lange zu suchen. Alle Begriffe und Verhältnisse, die im spätern Recht außer an Sachen auch an andern Gegenständen vorkommen, haben in der Sache ihren ursprünglichen und natürlichen Ausgangspunkt gehabt. So zuerst der Besitz. Die primitive Form desselben ist der Sachenbesitz, der Quasibesitz ist ungleich jüngeren Ursprungs, ja er ist bei den Römern nicht einmal zur völligen Reife der Entwicklung gelangt. Sodann das Pfandrecht. Ursprünglich beschränkt auf Sachen ist es im spätern Recht auf alle Rechte ausgedehnt, die einen Geldwerth haben und sich irgendwie übertragen lassen z. B. Forderungen und Nießbrauch.⁶⁰³⁾ Von den Universallagen: der hereditatis petitio, dem interdictum quorum bonorum, dem interd. possessorium des bonorum emtor geht die erstere zur Zeit der classischen Juristen auch gegen juris possessores; daß sie ursprünglich nur gegen die Besitzer erbschaftlicher Sachen gerichtet war, wird um so weniger beanstandet werden, als diese Beschränkung bei den beiden letztern sich auch noch in späterer Zeit erhalten hat.⁶⁰⁴⁾ Schließlich und vor allem ist aber die Obligation hervorzuheben. Für sie bildete die Sache ursprünglich sowohl das Fundament, den Grund, als den Zweck, den Gegenstand des Anspruchs. Jenes — denn der Grund einer jeden Obligation im Sinn des älteren Rechts⁶⁰⁵⁾ ist der Umstand, daß der Schuldner vom Gläubiger etwas (res) erhalten (de-habet = debet) letzterer ihm etwas gegeben (cre-debit = credit), sei die

603) So auch das pignus in causa judicati captum. Die Bedeutung des Fortschritts vom verus ususfructus zum quasi ususfructus nebst den entsprechenden Erscheinungen des Obligationenrechts (depositum irregulare, locatio irreg. u. a.) kann ich erst im dritten System klar machen.

604) L. 2 quor. bon. (43. 2). S. auch Note 584^b über das interd. fraudatorium. Im Justinianeischen Recht ist selbst die immissio in possessionem oder das pignus praetorium auf Forderungen ausgedehnt, L. 1 Cod. de praet. pign. (8. 22).

605) Der Anspruch des durch ein Delict Verletzten fiel ursprünglich nicht unter den Gesichtspunkt der Obligation, B. 1. S. 129 fl.

Hingabe wirklich erfolgt (Realcontract) oder nur rechtlich angenommen (Literal- und Verbalcontract). Dieses — jede Obligation geht im ältern Recht auf ein dare, das Geben einer Sache, rem persecuitur; in dem Ausdruck actio rei persecundae causa, der später auch die obligationes faciendi umfaßt,⁶⁰⁶⁾ ist res wie in dem quanti ea res est ursprünglich im wörtlichen Sinn gebraucht gewesen. Die nähere Ausführung bleibt einer späteren Stelle vorbehalten. An keinem Verhältniß bewährt sich der Spiritualismus des neuern römischen Rechts in dem Maße als an der Obligation. Denn nicht bloß daß sie sich von der res nach beiden Seiten hin abgetrennt hat, so hat sie selbst sich gewissermaßen zu einer idealen res aufgeschwungen. Der neuere Verkehr operirt mit diesem Object mit derselben Leichtigkeit und Sicherheit, wie es der alte nur mit den Sachen thun konnte. So kann z. B. ein Versprechen und eine Klage wie auf Hingabe eines körperlichen, so auf Leistung dieses unkörperlichen Objects (Abschluß eines Contracts),⁶⁰⁷⁾ wie auf Rückgabe jenes, so auf Rückgabe dieses (Liberation) gerichtet werden. So kann man schenken, erfüllen, liberiren, Auslagen machen u. s. w. statt durch Sachen durch Uebernahme einer Obligation. Die bestehende Obligation kann verkauft, verpfändet, legirt, cedirt, durch den Richter mit Beschlag belegt, durch das Gesetz transferirt werden — kurz sie fungirt hier in der That ganz so, wie in älterer Zeit die Sache.

Als Gewinn der bisherigen Ausführungen dürfen wir den Satz bezeichnen, daß die sinnliche Vorstellungswise der ältern Zeit sich auch im Recht nicht verläugnet hat. Dass dieser Zug derber Sinnlichkeit, mit dem das Recht nur der Zeit seinen Tribut bezahlt hat, diese substantielle Schwere, dieser massive Zuschnitt seiner Verhältnisse und Begriffe die scharfe juristische Erfassung

606) §. 17 I. de act. (4. 6) . . . rei persequendae causa comparatae
videntur veluti . . . commodati, depositi, mandati, pro socio u. s. m.

607) 3. **B. damnatus** vendere vel locare L. 44 de solut. (46, 3).

und Durchbildung derselben nicht im Mindesten gehemmt oder beeinträchtigt hat, davon werden wir im Verlauf der Darstellung oft genug Gelegenheit haben uns zu überzeugen.

II. Das Haften am Wort.

Der Gedanke und das Wort — grammatische und logische Interpretation — Verhältniß der alten Jurisprudenz zu diesem Gegensatz — strenge Wortinterpretation der Rechtsgeschäfte — freiere der Gesetze — tenditioses Element derselben.

In omni denique jure civili verba ipsa tenuerunt.
Cic. pro Murena c. 12.

XLIV. Das Haften am Wort ist eine von den Erscheinungen, durch die sich die Unreife geistiger Entwicklung wie überall so auch im Recht kennzeichnet, und die Rechtsgeschichte könnte über ihr erstes Kapitel den Satz „im Anfang war das Wort“ als Motto schreiben. Allen ungebildeten Völkern erscheint das Wort, sowohl das geschriebene als das gesprochene solenne Wort (die Formel) als etwas Geheimnisvolles, und der naive Glaube stattet es mit übernatürlicher Kraft aus. Nirgends war dieser Glaube an das Wort mächtiger als im alten Rom. Der Cultus des Worts geht durch alle Verhältnisse des öffentlichen und Privatlebens, der Religion, Sitte und des Rechts.⁶⁰⁸⁾ Das Wort ist dem alten Römer eine Macht, es bindet und löst, und es hat, wenn auch nicht die Kraft, Berge, so doch Früchte auf ein fremdes Feld zu versetzen,⁶⁰⁹⁾ ja sogar die Gottheit vom Himmel auf

608) Eine reiche Materialiensammlung gewährt das bekannte Werk von Brissonius de vocibus ac formulis.

609) Die XII Tafeln enthielten gegen den Versuch einer solchen Anwendung der Baubersprüche Strafbestimmungen, Plin. Hist. Nat. XXVIII, 2, 4: qui fruges excantasset. Ueber die dem Wort beigelegte mystische Kraft siehe vor allem die classische Stelle bei Plinius H. N. XXVIII 3—5. Noch in der späteren Zeit spielen die Baubersprüche eine große Rolle, s. z. B. Apulejus (ed. Bip.) Metam. I p. 10, de magia oratio II. p. 52 virtutes . . violentia cantionum.

die Erde zu ziehen (devocare) und aus der belagerten Stadt heraus zu treiben (evocatio deorum), kurz „der Formel wohnt, um mich der Worte eines neuern Alterthumsforschers zu bedienen, nicht bloß die Kraft des menschlichen Willens, sondern eine höhere, eine göttliche und darum auch die Götter bindende Kraft bei.“ — Mit welcher Strenge und Pedanterie daher auch die alte Jurisprudenz auf ihrem Gebiete das Wort handhaben mochte, sie gerieth dadurch mit der nationalen Denkweise in keinen Widerspruch, ja im Gegentheil es gab eine Zeit, und sie dauerte lange, wo dieselbe Wortflauberei der Juristen, die späterhin ein so dankbarer Stoff für die Persiflage eines Cicero ward und selbst aus dem Munde von Juristen und Kaisern ihr Verdammungsurtheil hören mußte,⁶¹⁰⁾ in den Augen des Volks, weit entfernt den Juristen zum Vorwurf zu gereichen, als Beweis des Scharfsinns und der Ueberlegenheit galt, und wo die entgegengesetzte freiere Interpretation, welche die spätere Jurisprudenz namentlich bei den Verträgen des *jus gentium* zur Anwendung brachte, nicht bloß auf kein Verständniß, sondern auf die entschiedenste Opposition hätte rechnen müssen. Es gehörten viele Jahrhunderte dazu, um die Jurisprudenz sowohl wie das Volk in dieser Beziehung umzustimmen und einer freieren Art der Auslegung zugänglich zu machen.

610) Gaj. IV §. 30: *nimia subtilitas veterum*; Constantin in L. 1 Cod. de form. subl. (2. 58): *Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes*, namentlich aber Cicero z. B. pro Caecina c. 23: *aucupia verborum et literarum tendiculas*; de off. I c. 10, pro Murena c. 11 — 13, de orat. I, 55: *praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum*. Keiner nahm übrigens wohl einen für das Verständniß jenes Wort- und Formelwesens so ungeeigneten Standpunkt ein als Cicero. Denn ganz abgesehen von seiner unverkennbaren Tendenz, die Jurisprudenz im Interesse der Redekunst zu erniedrigen, einer Tendenz, die ihn eingestandenermaßen bei seiner Rede pro Murena zu seiner bekannten Diatribe gegen die Juristen verleitete, so mußte einem Redner, wie ihm, dem man alles andere eher vorwerfen kann als Nängstlichkeit im Gebrauch seiner Worte, oder gar einem Literaten, wie Mommsen ihn nennt, jenes peinliche und scrupulöse Abwägen der Worte von Seiten der Juristen doppelt anstößig sein.

Die Herrschaft des Worts im ältern Recht äußert sich nach zwei Seiten hin, oder, was dasselbe sagen will, der Wille ist rücksichtlich des Gebrauchs der Worte in doppelter Weise beschränkt. Einmal nämlich dadurch, daß ihm die Wahl derselben bis zu einem gewissen Grade völlig entzogen ist, indem die gültige Vornahme der verschiedenen Rechtsgeschäfte an den Gebrauch gewisser Stichworte oder stehender Formeln gebunden ist. Andererseits aber, auch insoweit die Wahl der Worte für die Fassung des concreten Willensinhalts ihm selbst anheim fällt, dadurch daß es hierbei der peinlichsten Genauigkeit und Achtsamkeit bedarf, indem vermöge des Princips der Wortinterpretation nur das als gesetzt und gewollt gilt, was direct und ausdrücklich gesagt ist. Dort handelt es sich um eine typische, abstracte, hier um die rein individuelle, concrete Form, und wir könnten daher von zwei formalistischen Beschränkungen sprechen und beide mit dem Zusatz abstract und concret unter dem Ausdruck Formalismus zusammenfassen. Da jedoch der Sprachgebrauch diesem Ausdruck einmal eine ausschließliche Beziehung auf das erste Verhältniß gegeben hat, so stehe ich um so eher davon ab, als mir ein solches Bedürfniß der Zusammenfassung beider unter einen Namen überall nicht vorhanden zu sein scheint. Beide verhalten sich, wenn sie auch derselben Quelle entstammen, doch im übrigen völlig selbstständig gegen einander; der Formalismus kann ohne die Wortinterpretation vorkommen (man denke z. B. an unser heutiges Testament) und umgekehrt letztere ohne ersten (z. B. bei der Interpretation der Gesetze).

Die gemeinsame Quelle, aus der beide hervorgehen, ist meiner Ansicht nach das subjective Haften an der äußeren Erscheinung. Beide charakterisiren sich nämlich durch die Präponderanz des äußern über das innere Moment, der Form über den Inhalt; die subjective Stimmung aber, die dieser objectiven Thatsache entspricht, und in der mithin ihr historisches Motiv zu suchen ist, besteht in der Richtung des Geistes auf die Neuherlichkeit, in der Sinnlichkeit der Anschauungsweise. Die Richtigkeit dieser

Auffassung rücksichtlich des Formalismus kann erst in §. 45 nachgewiesen werden, rücksichtlich der Wortinterpretation, der unsere gegenwärtige Betrachtung gewidmet ist, wird sie sich aus der folgenden Ausführung über das Verhältniß des Wortes zum Gedanken ergeben.

Die Art und Weise, wie das Wort den Gedankenaustausch vermittelt, kann man sich in doppelter Weise denken, und auf dieser Verschiedenheit beruht die Möglichkeit jener zwiefachen Art der juristischen Interpretation, für die man den wenig zu treffenden Namen der grammatischen und logischen gewählt hat.^{610a)}

Es klingt paradox, wenn ich die Frage aufwerfe, ob das Wort überall im Stande ist, den Gedanken wieder zu geben, und doch ist diese Frage nicht bloß zu erheben, sondern sogar zu verneinen. Der Gedanke ist ein innerer Vorgang des subjectiven Geisteslebens, eine Thätigkeit, eine Bewegung, eine Denkwelle — eine Bewegung aber läßt sich nicht objectiviren. Nur um den Preis also kann der Gedanke aus dem Schoß der subjectiven Innerlichkeit in die Außenwelt treten, daß er sein eigentliches Wesen einbüßt d. h. daß er erstarrt; der ausgesprochene Gedanke ist, so zu sagen, gefrorenes Denken.^{610b)} Nur im un-eigentlichen Sinn können wir daher von einer Uebertragung oder Mittheilung des Gedankens sprechen; übertragen wird nicht der Gedanke selbst, sondern das Wort gewährt nur den Anstoß und die Möglichkeit eines ähnlichen Denkvorganges, der Reproduction einer ähnlichen geistigen Bewegung in der Seele des

610a) Das Beste über diesen Unterschied findet sich bei Kierulff Theorie des Civilrechts S. 21 fl., allein auf den letzten Grund desselben ist auch er nicht eingegangen; die Darstellungen in den meisten Pandektencompendien sind ungenügend, und auch das Werk von Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts hat die Sache um nichts gefördert.

610b) Ich kann es mir nicht versagen an den Ausdruck, den Schiller in den Motivtafeln diesem Gedanken gegeben hat, zu erinnern:

Warum kann der lebendige Geist dem Geist nicht erscheinen?
Spricht die Seele, so spricht ach! schon die Seele nicht mehr.

Hörers, wie in der des Sprechenden. Sprechen heißt eine Bewegung hervorrufen, eine physische in der Luft, eine geistige im Hörer. So wenig wie das Wort auf der Luftwelle treibt und schwimmt, die an das Ohr des Hörenden schlägt, sondern wie das Wort nichts ist als Schwingung der Luftwelle, ebensowenig trägt das Wort den Gedanken, so zu sagen, als seinen geistigen Inhalt zu uns hinüber, sondern es bewirkt nur eine entsprechende Schwingung unseres Geistes. Das Wort ist keine Gabe, sondern physisch wie moralisch eine Einwirkung auf einen andern Gegenstand, ein Stoß. Diese Einwirkung hervorzurufen und zwar ganz die, welche der Urheber beabsichtigt, dazu ist oft ein Blick, eine Gebehrde, ein Wink eben so gut im Stande als das Wort; der beste Beweis, daß die Möglichkeit der geistigen Mittheilung nicht auf der Nothwendigkeit einer Objectivierung des Gedankens beruht — denn was hat sich in jenen Zeichen objectivirt? wie unendlich weit bleiben auch bei dem wörtlichen Gedankenausdruck die gebrauchten Worte hinter dem Gedanken zurück, ohne daß dadurch die Treue und Vollständigkeit seiner Reproduction in der Seele des Andern im mindesten beeinträchtigt würde — sondern auf der Gewährung eines Impulses zum verwandten Denken. Das Princip der Mittheilung ist bei der durch Worte ganz dasselbe, wie bei der durch Zeichen; das eine Mittel ist vollkommen, das andere unvollkommen, aber sie wirken in derselben Weise, beide geben nicht den Gedanken selbst, auch wenn die Formulirung desselben eine noch so genaue ist, so wenig wie das treueste Bild den Gegenstand selbst gibt, sondern nur die Aufforderung und den Anhaltpunkt, sich ihn zu reconstruiren.

Eben darum aber genügt in beiden Fällen nicht ein bloß passives Verhalten, ein bloßes Entgegennehmen eines Gegebenen, denn das Gegebene ist nicht das, was man geben will, sondern es soll nur als Mittel für den Andern dienen, sich das, was er haben soll, bei richtigem Gebrauch zu verschaffen; es bedarf vielmehr einer Selbstthätigkeit von seiner Seite.

Hier scheiden sich nun die grammatische und logische Interpretation. Erstere entzieht sich diesem Ansinnen einer selbstthätigen Verwendung des Gegebenen, sie bleibt bei letzterem d. h. bei den Worten stehen, wie es die Sprache ganz treffend ausdrückt. Sie betrachtet also die Worte als das, was sie nie sind und sein können, als den Gedanken selbst in seiner Sichtbarkeit und Objectivität oder, was dasselbe ist, als das ausschließlich in Betracht kommende Surrogat desselben. Letztere hingegen geht dem wahren Wesen der Gedankenmittheilung gemäß, um mich auch hier des ganz bezeichnenden Ausdrucks der Sprache zu bedienen, über die Worte hinaus d. h. sie versetzt sich in die Seele des Redenden, sucht den Gedanken gewissermaßen in seiner Heimath auf. Der Schauplatz ihrer Thätigkeit ist die Seele des Redenden, der Schauplatz jener das nackte Wort. Was nicht in den Worten liegt, sondern jenseits derselben in der Seele des Redenden, existirt für letztere nicht, weil es sich eben nicht im Wort verkörpert hat. Sie hält sich, wie die Sprache es nennt, an das tote Wort; tot, weil es nicht den lebendigen Gedanken wieder gibt, sondern nur eine Todtenmaske desselben. Ihr einziges Augenmerk kann also nur darauf gerichtet sein, den Sinn anzugeben, den die Worte als solche nach Maßgabe des Sprachgebrauchs haben, den objectiven Wortgehalt; ob derselbe der wirklichen Meinung des Redenden entspricht, ist für sie gleichgültig und muß es sein, wenn sie sich nicht selbst verläugnen will. Damit aber ist sie gerichtet.

Der Gegensatz beider Auffassungsweisen läßt sich demgemäß mit den Ausdrücken objectiv und absolut für die eine, und subjectiv und individuell für die andere bezeichnen. Letztere setzt das Wort in Verbindung mit seinem Urheber und gibt unter Zuhilfenahme von sonstigen Momenten an, was dieses Subject in diesem individuellen Fall damit hat sagen wollen, bestimmt also am letzten Ende die Kraft und Bedeutung des Wortes nicht aus ihm selber, sondern anderswoher. Ihre ganze Aufgabe läßt sich in das eine Wort zusammenfassen: Vergegen-

wärtigung der Situation, in der das Wort gesprochen, das Zeichen gegeben ist. In dieser Situation d. h. in dem Verhältniß der Personen, in dem Zweck, der sie zusammenführte, in Zeit, Ort u. s. w. liegt der Schlüssel, der Commentar des äußern Zeichens; je nachdem sie selber beschaffen ist, bestimmt sich die Wahl der nöthigen Verständigungsmittel — in dieser Situation kann ein Wort mehr sagen als in jener hundert. Darauf beruht es, daß bei dieser Art der Auslegung dasselbe Wort und der selbe Satz je nach Verschiedenheit der Situation einen ganz verschiedenen Sinn haben kann. Bei der andern Art ist dies nicht möglich; für sie, die das Wort als etwas Selbständiges, von der Subjectivität des Redenden und den mitwirkenden Umständen Unabhängiges, rein aus und durch sich selbst zu Bestimmendes nimmt, muß dasselbe Wort, derselbe Satz, von wem und unter welchen Verhältnissen er auch gebraucht wird, immer dieselbe Bedeutung haben.

Ueber das Werthverhältniß jener beiden Interpretationen zu einander kann nach dem bisherigen kein Zweifel sein. Dem Wesen der geistigen Mittheilung entspricht allein die logische Interpretation; sie legt dem Wort keine andere Function und keinen andern Werth bei, als dasselbe einmal hat. Wäre die Annahme, von der die grammatische Interpretation ausgeht, daß nämlich der Gedanke selbst sich als solcher wiedergeben läßt, in Wahrheit begründet, so würde letztere freilich unbedingt den Vorzug verdienen. Denn ganz abgesehen von der geringeren Anforderung, die sie an den Interpreten stellt, so hat sie den Vorzug der Unmittelbarkeit des Resultats und damit den der größeren Sicherheit voraus. Bei ihr gilt es nicht erst ein Suchen und Operiren, keine Schlüßfolgerungen und künstliche Deductionen, wie bei der logischen Interpretation, sondern sie hält sich gläubig an das, was unmittelbar vorliegt, an die äußere Erscheinung. Aber letztere — und damit fällt jener scheinbare Vorzug der Sicherheit zusammen — ist oft höchst trügerisch, unzuverlässig, unwahr, das Wort dem Gedanken gegenüber zu weit oder zu eng; jene Sicherheit kommt also eben so wohl dem Irrthum als der Wahrheit zu gute.

Aus dem Bisherigen erklärt es sich, warum die grammatische Interpretation historisch überall der logischen vorangeht. So befremdend es erscheinen mag, daß gerade diejenigen Zeiten das Wort am strengsten nehmen, die seines Gebrauchs am wenigsten mächtig sind, mithin am wenigsten befähigt sind, die Voraussetzung der grammatischen Interpretation, daß die Worte einen getreuen Ausdruck des Gedankens enthalten, zur Wahrheit zu machen, so sehr entspricht doch dieser Wortcultus andererseits dem Charakter ihrer ganzen Bildungsstufe. Der Glaube an die äußere Erscheinung ist das Ursprüngliche, Natürliche, die Skepsis und die Losreifung von der Erscheinung das Spätere. Das Wort ist das Greifbare, Unmittelbare, der Geist das Unsichtbare, Mittelbare, das Greifen aber ist, wie überall, so auch beim Wort dem Begreifen vorausgegangen. Die Emancipation vom Wort ist erst dann an der Zeit, wenn der Geist die erforderliche Kraft gewonnen hat, um auch ohne dasselbe mit Sicherheit operiren zu können. Zu dieser Höhe hatte sich aber, wie wir bereits wissen, der römische Geist im ältern Recht noch nicht aufgeschwungen; letzteres steht im wesentlichen noch auf der Stufe der Wortinterpretation.

Bei unserer Darstellung trennen wir die Interpretation der Rechtsgeschäfte von der der Gesetze. An und für sich zwar macht es für die Interpretation keinen Unterschied, ob der Gegenstand derselben ein Gesetz oder ein Rechtsgeschäft ist, und diese Erwägung hat mich lange verleitet, beide auch für das ältere Recht auf eine Linie zu stellen, allein es wird sich zeigen, daß diese Annahme eine irrite ist.

1. Interpretation der Rechtsgeschäfte.

Bei den Rechtsgeschäften begegnen uns im späteren Recht beide Arten der Interpretation, die eine bei denen des strengeren, die andere bei denen des freieren Rechts. Die Juristen drücken denselben aus als Gegensatz des Wortes und des Willens

oder *In h a l t s*,⁶¹¹⁾ Cicero⁶¹²⁾ charakterisiert ihn als Streiten mit Buchstaben, als Unbilligkeit, strenges, verschlagenes Recht, als chicanöse Auslegung auf der einen, und Beachtung der wahren Willensmeinung des Sprechenden, als billiges Recht auf der andern Seite.

Dem ältern Recht war dieser Gegensatz fremd. Die Verhältnisse, bei denen die logische Interpretation Platz greift, sind sämmtlich erst in späterer Zeit flagbar geworden; rücksichtlich der *Gideicommissa* ist dies bekannt, rücksichtlich der Verträge des *jus gentium* wird der Beweis an einer andern Stelle erbracht werden; für das ältere Recht bleibt demnach nur die Wortinterpretation übrig.

Um nun ein Bild von derselben zu entwerfen, dazu reichen unsere directen Quellenäußerungen nicht aus, denn sie beschränken sich auf eine ganz allgemeine Charakteristik derselben als einer mit äußerster Strenge und minutöser Peinlichkeit verfahrenden Wortinterpretation (s. die Anm. 610). Dagegen gibt es für uns noch eine indirekte Quelle, welche diesen Mangel vollständig ersetzt und es uns ermöglicht, unsere Schilderung durch Beispiele anschaulicher zu machen, nämlich die Wortinterpretation des späteren

611) L. 219 de V. S. (50. 16): *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit L. 11 §. 19 L. 18 de leg. III (32) (bei *Gideicommissen*) L. 3 §. 9 de adim. leg. (34. 4) . . . sensum magis, quam verba.*

612) pro Caecina c. 23: *Si contra verbis et literis et ut dici solet summo jure contenditur, solent ejusmodi iniquitati boni et aequi non enim dignitatemque opponere . . . tum aucupia verborum et literarum tendiculas in invidiam vocant, tum vociferantur, ex aequo et bono, non ex callido versutoque jure rem judicari oportere: scriptum sequi calumniatoris esse, boni judicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere; pro Murena c. 12: In omni denique jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt; de off. I, 10: Existunt etiam saepe injuriae calumnia quadam et nimis cailla, sed malitiosa juris interpretatione. Ex quo illud . . . sumnum jus, summa injuria.*

Rechts. Mag auch nicht das ganze Material, das wir hier vorfinden, der ältern Zeit entstammen, mögen immerhin auch die späteren Juristen manches Einzelne erst hinzugefügt haben, darüber, meine ich, wird wohl kein Zweifel sein können, daß nicht bloß die Wortinterpretation selbst, ihre ganze Methode und Weise, sondern auch der größte Theil des Materials ein Vermächtniß der älteren Jurisprudenz ist, und daß der Geist, in dem sie gehabt ward, im Lauf der Zeit wohl ein milderer, unmöglich aber ein strengerer geworden sein kann.

Oberster Grundsatz der Wortinterpretation nun, so wie sie sich in der späteren Jurisprudenz erhalten, ist, daß alles, was gewollt, ausdrücklich gesagt sein muß; was gewollt, aber nicht gesagt ist, kommt nicht in Betracht, während umgekehrt was gesagt, aber nicht in dem Umfang gewollt ist, gilt, ungeachtet in beiden Fällen die Discrepanz des Wortes und Willens mit größter Sicherheit dargethan werden kann und auch dem Gegner nicht unbekannt war. Wer in seinem Testamente seinen Sklaven zum alleinigen Erben einsetzt, gibt damit in der That aufs unzweideutigste zu erkennen, daß er demselben auch die Freiheit zuwenden will, denn um Erbe zu werden, muß der Sklave frei sein. Allein frei werden und Erbe werden ist zweierlei, es handelt sich also um zwei an sich völlig von einander unabhängige Dispositionen, die Worte des Testators betreffen aber nur eine derselben, folglich wird der Sklave weder frei, noch Erbe.⁶¹³⁾ Wennemand für den Fall, daß seine Kinder vor ihm sterben sollten, einen Andern zum Erben einsetzt, so ist offenbar seine Vorstellung die, daß im entgegengesetzten Fall die Kinder erben sollen; man könnte letztere also auf Grund dieser indirekten Berücksichtigung, auch ohne daß sie selbst ausdrücklich eingesetzt sind, aus dem Testamente zur Erbschaft berufen. Allein sie sind nicht ausdrücklich eingesetzt, und folglich ist, da sie auch nicht ausdrücklich enterbt

613) §. 2 I. quib. ex caus. (1. 6), worin zugleich die Aenderung von Justinian referirt wird.

find, das Testament nichtig. ⁶¹⁴⁾ Ähnliche Beispiele gewährt das Erbrecht in Menge, namentlich in der Lehre von der Exhereditation und Präterition. Der Vater kann seine Kinder beliebig von der Erbschaft ausschließen, mithin auch unter einer Bedingung. Gesetz nun, der Vater ernennt den Sohn unter einer casuellen Bedingung zum Erben, so ist offenbar seine Meinung, daß der selbe für den entgegengesetzten Fall ausgeschlossen sein soll. Allein er hätte dies ausdrücklich sagen müssen, denn Einsetzung und Enterbung ist zweierlei; — das Testament ist nichtig. ⁶¹⁵⁾ Wenn der Servitutberechtigte sich das Recht ausbedungen hat, den Weg reparieren zu dürfen, so versteht es sich, sollte man sagen, von selber, daß er das erforderliche Material herbeischaffen darf, und dies erkennt auch die spätere römische Jurisprudenz an, allein in alter Zeit nahm man darüber einen ausdrücklichen Zusatz in die Formel auf. ^{615a)}

Es ist Jemand dem Andern zur Eigenthumsübertragung (dare) eines Sklaven verpflichtet, der Sklav erkrankt und stirbt aus Mangel an Pflege oder ärztlicher Behandlung. Hafstet der Schuldner dafür? Nein, denn er hat sich nur zum dare, nicht zu einem facere verpflichtet. ⁶¹⁶⁾ Der Verkäufer hat für den Fall der Entwährung der Sache die stipulatio dupli geleistet, es wird jetzt ein Theil evincirt, hafstet er? Nein! ⁶¹⁷⁾ Wie rück-

614) L. 19 de hered. inst. (28. 5) L. 16 §. 1 de vulg. et pup. subst. (28. 6). Nach den meisten neuern Pandektenlehrbüchern und selbst nach dem von Puchta (§. 473 not. c) soll dieses Musterstück altrömischer Wortinterpretation noch heutzutage gelten! S. dagegen v. Wagner, Pandekten §. 449 Anm. 1.

615) S. z. B. L. 83 de cond. et dem. (35. 1). Ein ähnliches Beispiel gewährt die cretio perfecta und imperfecta. Ulp. XXII, 34.

615a) L. 4 de itin. (43. 19). Veteres nominatim adjiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, apportandi vis non fieret, quod supervacuum est, quia etc.

616) L. 56 §. 2 de evict. (21. 2).

617) So noch Paulus in L. 91 pr. de V. O. (45. 1). Wer die Stellen in den beiden vorigen Noten noch für heutiges Recht hält, müßte auch diese

sichtlich dieses Punktes, so begrenzen rücksichtlich aller andern die Vertragsworte genau den Umfang der Verpflichtung; ⁶¹⁸⁾ sest, sagt Cicero (de off. III, 16) von der Verpflichtung des Verkäufers nach den XII Tafeln, ea praestari, quae sunt lingua nuncupata. Darum haftete der Verkäufer für keine Fehler und Mängel, für die er nicht ausdrücklich die Garantie übernommen, selbst wenn er sie gekannt hatte. Erst das spätere Recht hat hier wie in so vielen andern Fällen geholfen und den Anspruch der Partei auf Punkte ausgedehnt, deren im Vertrage selbst keine Erwähnung geschehen war. ⁶¹⁹⁾

Eine beträchtliche Auslese für unsern Zweck gewähren auch die Geschäfts- und Proceßformeln. Die Fassung dieser Formeln war eine außerordentlich prägnante; jedes Wort wog schwer. Ob es z. B. in der Klagformel hieß: est oder erit, war für die richterliche Aestimation vom größten Einfluß, ebenso bei der Einsetzung mehrerer Erben oder bei dem Vermächtniß an mehrere Legatarien, wie sie aufgezählt, ob sie z. B. durch et verbunden oder einzeln neben einander genannt waren, oder ob zwei Legatarien zusammen das Ganze oder jedem einzelnen die Hälfte vermachte war. Wer den Sinn und Einfluß dieser Worte nicht kannte, sich derselben vielmehr in naiver Weise ebenso bediente, wie er es im Leben gewohnt war, also z. B. meinte, daß zwei Hälften, um es einmal paradox auszudrücken, gleich seien dem Ganzen, und daß es auf ein et mehr oder weniger nicht ankomme, konnte sich und Andere dadurch ohne sein Wissen im höchsten Grad verkürzen; das Wörtchen et konnte im Testamente eine Million wiegen!

noch für anwendbar erklären, und der Promittent dürfte z. B. bei einem Tauschcontract die dem Andern versprochene Sache ruhig verbrennen, verderben u. s. w. lasse o. j. eich er sie mit leichtester Mühe hätte retten können.

618) L. 126 §. 2 de V. O. i. f. (45. 1).

619) z. B. Verzugszinsen, Verpflichtung zur diligentia, zur Bestellung einer cautio dupli (L. 31 § 20 de aed. ed. 21. 1), Verkaufsrecht des Pfandgläubigers (früher bedurfte es eines pactum de re vendenda). Das läßt sich auch so ausdrücken: die s. g. accidentalia negotii (quae extrinsecus veniunt) haben sich in naturalia (quae tacite insunt) verwandelt.

Für den Verkehr begründete diese Strenge der Interpretation die Möglichkeit und die Gefahr arger Uebervortheilungen. Wer es verstand, einer Vertragsberedung, über deren Sinn er mit der Gegenparthei völlig einverstanden war, bei der schriftlichen oder mündlichen Formulirung, je nachdem sein Interesse es erforderte, einen engeren oder weiteren Ausdruck zu geben, der hatte gewonnenes Spiel, selbst wenn er zugestand, daß die beiderseitige Absicht auf etwas ganz anderes gerichtet gewesen war. Ebenso stand es ihm frei, das Recht des Gegners durch U m g e h u n g des Vertrages d. h. durch eine Handlungsweise, die den Worten entsprach, der wirklichen Intention aber widerstrebe, zu elidiren.⁶²⁰⁾ Die malitiosa juris interpretatio, wie Cicero (de off. I. c. 10)⁶²¹⁾ sie nennt, war eine unvermeidliche Consequenz der alten interpretatio überhaupt, der dolus, die fraus war legalisirt und das „summum jus,“ die äußerste Strenge in der Handhabung der Worte, schlug daher nach der bekannten römischen Parömie, die Cicero hierbei in Bezug nimmt, nicht selten in eine „summa injuria“ um. Das ältere Recht kannte dagegen keine Hülfe, im neuern konnte sich bei den Verträgen des strengen Rechts (bei denen die Gefahr überall nur bestand) der Kläger durch die clausula doli, der Beklagte durch die exceptio doli schützen.

Uebrigens betrachte man diese Gefahr nicht mit heutigen Augen. Sie war in der That ungleich geringer, als es den An-

620) Der Begriff der Umgehung (fraus) wird zwar gewöhnlich nur auf die Gesetze bezogen und in den Quellen definiert als Beachtung der Worte mit Uebertretung des wirklichen Willens des Gesetzes z. B. L. 29, 30 de leg. (1. 3 . . in fraudem, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit L. 5 Cod. de leg. (1. 14) verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem, allein es bedarf keiner Bemerkung, daß die Umgehung als unvermeidliche Folge der Wortinterpretation eben sowohl bei Rechtsgefährtesten Platz greifen konnte.

621) Quo in genere, setzt er hinzu, etiam in re publica multa peccantur und fügt als Beispiel die Auslegung eines Waffenstillstands von 30 Tagen hinzu, bei der man den Ausdruck Tag wörtlich genommen und sich die Nacht hindurch nicht an den Waffenstillstand gebunden erachtet hatte.

schein hat. Wo ein Wort den Ausschlag gibt, pflegt man, durch eigenen oder fremden Schaden gewitzigt, die Worte ganz anders abzuwägen, als wo eine Ungenauigkeit im Gebrauch derselben keine weiteren nachtheiligen Folgen hat. Das natürliche Bedürfniß des Verkehrs führt hier von selbst zu Sicherungsmitteln gegen jene Gefahr, die uns, in dem Maße wenigstens, unbekannt sind. Dahin gehörte in Rom die Benutzung der Geschäftsformulare, von der in §. 47 die Rede sein wird, so wie die bereits §. 42 erwähnte Buziehung eines Juristen bei Entwerfung des Vertragsinstruments (*das cavere*). Andererseits verdient gegen jenen Nachtheil der Wortinterpretation auch der in unserer allgemeinen Betrachtung der Wortinterpretation hervorgehobene Vortheil der Sicherheit, den sie dem Verkehr gewährt, in Gegenrechnung gebracht zu werden. Wo das Wort und nichts als das Wort gilt, vermag keine Kunst, keine Deutung ein richtig gewähltes Wort zu entkräften, das Resultat der Interpretation ist hier im voraus mit aller Gewißheit zu berechnen, während dies bei der logischen Interpretation keineswegs der Fall ist, da die Subjectivität des Richters hier einen ungleich größeren Spielraum hat. Gefährlich für den Unkundigen und Unvorsichtigen, war jene Strenge der Interpretation für den Kundigen und Vorsichtigen eher vortheilhaft als nachtheilig.

Schließlich darf ich den Anteil nicht übergehen, den dieselbe an der für das römische Recht so einflußreichen Ausbildung einer festen und prägnanten *Kunstsprache* hatte. Daraus erklärt sich auch die in der literarischen Thätigkeit der römischen Juristen, insbesondere gegenüber der unserer heutigen, so entschieden hervortretende *juristisch-lexikalische* Richtung, ihre Grörterungen de verborum significatione, de verbis priscais u. s. w.

2. Interpretation der Gesetze.

Ein Mißgriff in den Worten gereicht bei dem Rechtsgeschäfte bloß einer einzelnen Person zum Nachtheil und in der Regel nicht ohne ihr eignes Verschulden, und der Schaden, der sich daran

knüpft, ist ein vorübergehender. Ganz anders bei einem solchen Mißgriff von Seiten des Gesetzgebers, denn nicht bloß trifft der Schaden hier eine unbegrenzte Zahl schuldloser Personen, sondern das Uebel ist, wenn das Gesetz nicht aufgehoben wird, ein dauerndes. In dieser Verschiedenheit mag es liegen, daß, während an und für sich die Interpretation der Rechtsgeschäfte und Gesetze unter gleichen Grundsätzen stand, die alte Jurisprudenz sich dazu verstand, die Strenge, die sie dort zur Anwendung brachte, hier in etwas zu ermäßigen. Allerdings spielt auch hier das Wort eine große Rolle, allein fast in ähnlicher Weise, wie die Auspicien (B. 1. S. 353 u. fl.) d. h. die einer principiell anerkannten und respectirten, aber bei einem Widerspruch mit den gebietrischen Bedürfnissen des Lebens zum Nachgeben gezwungenen Autorität.

Damit scheinen freilich die uns erhaltenen Probestücke dieser Interpretation wenig zu stimmen, dieselben machen vielmehr den Eindruck eines mit äußerster Rücksichtslosigkeit gehandhabten Wortcultus. Man vergleiche einmal folgende Fälle.

Bekannt ist der Passus der XII Tafeln über das Intestaterrecht: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.* Fast jedes dieser Worte ist die Quelle eines wichtigen Rechtssatzes geworden und zwar von Rechtsätzen, an die der Gesetzgeber selbst gar nicht gedacht hat, die also nicht in seinem Willen, sondern nur in dem Wort ihren Grund hatten. Zuerst das Wort: *intestato*. Aus ihm folgerte man, daß wenn die Erbschaft nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten war, die ausfallenden Theile nicht, wie man erwarten könnte, den Intestaterben zufielen. Denn die Bedingung, unter der das Gesetz sie gerufen hatte, war das „*intestato mori*“ des Erblassers; wessen Erbschaft aber auch nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten war, von dem ließ sich nicht behaupten, daß er „*intestatus*“ gestorben sei. Sodann das Wort: „*moriatur*.“ Hierauf stützte man das Requisit, daß wer zur Erbschaft

gelangen wolle, im Moment des Todes des Erblassers (wenn auch nur im Mutterleibe) existirt haben müsse.⁶²²⁾ Ferner: „agnatus proximus.“ Das Wort proximus mußte als Vorwand zur Ausschließung der successio graduum, die folgenden: „si agnatus nec escit“ zur Ausschließung der successio ordinum dienen. Beide Passus nahm man nämlich im absoluten Sinn, d. h. wenn ein nächster Agnat im Moment des Todes des Erblassers existirte, am Leben war, möchte er im übrigen vor der Antretung verstorben sein oder die Erbschaft ausgeschlagen haben, so erklärte man den nächst folgenden Agnaten nichts desto weniger für beseitigt, weil er im Moment des Todes des Erblassers nicht der proximus gewesen war, und ebenso ließ man in diesem Fall die Gentilen nicht zu, weil sie nur für den Fall: si agnatus nec escit gerufen waren, der spätere Tod oder Verzicht des Agnaten aber die Existenz desselben nicht ungeschehen machte. Es war dies in der That ein Musterstück der Wortinterpretation, denn bei unbefangener Betrachtung kann man sich doch nicht verhehlen, daß bei der Intestaterbfolgeordnung der Entferntere nicht an sich und schlechthin, sondern nur im Interesse des Nähern ausgeschlossen ist, daß mithin, wenn letzterer später aussfällt, kein Grund abzusehen ist, warum der Entferntere nicht einrücken soll, da er, wenn auch nicht absolut, so doch relativ für die von dem Andern verschmähte Erbschaft der Nächste geworden ist. Wir würden daher, wenn jene Ausdrücke in einem heutigen Gesetz vorkämen, sie im relativen Sinn interpretiren d. h. sagen: der nächste Agnat ist derjenige, dem kein näherer im Wege steht, und ebenso sind die Gentilen zuzulassen, wenn in diesem Sinn kein Agnat existirt d. h. keiner von ihnen ein Erbrecht geltend machen will oder kann.

Eine lex Atilia ordnete für den Fall, daß Unmündige und

622) L. 6 de suis (38. 16) lex XII tabul. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit. Mit dem moriente eo ist eben dies intestato moritur gemeint.

Frauenzimmer ohne Tutor seien, obrigkeitliche Bestellung des Vormundes an. Ueber den Fall, wenn zwar ein Tutor vorhanden, derselbe aber z. B. wegen Wahnsinns, Taubheit u. s. w. zur Führung der Vormundschaft absolut unfähig war, hatte das Gesetz sich nicht ausgelassen. Wie war hier zu entscheiden? Wir heutigen Juristen würden vom Zwecke der Vormundschaft aus folgendermaßen argumentiren. Ob ein Vormund überall nicht existirt, oder ob derselbe unfähig ist, steht sich völlig gleich; wenn also das Gesetz dem Bedürfniß nach Vormündern Abhülfe gewähren will, so muß die Bestimmung desselben in beiden Fällen gleichmäßig Platz greifen. Die alte Jurisprudenz hingegen hieß sich hier an die Worte des Gesetzes, „Personen, die keine Vormünder haben.“⁶²³⁾ Eine Person, sagte sie, deren Vormund wahnsinnig oder sonst unfähig ist, hat einen Vormund, folglich greift die Bestimmung des Gesetzes nicht Platz. Es bedurfte erst verschiedener Senatsbeschlüsse, um diese Doctrin nach allen Anwendungen hin zu beseitigen.⁶²⁴⁾

Als letztes Beispiel möge genannt sein die bereits bei einer früheren Gelegenheit (S. 173) berücksichtigte Stelle der Zwölf Tafeln für den Verkauf des Sohnes von Seiten des Vaters: „Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto.“ Die späteren Juristen würden den Ausdruck filius auch auf Töchter und Enkel erstreckt haben,⁶²⁵⁾ allein die ältern bezogen ihn streng wörtlich nur auf den Sohn.

Trotz der scheinbaren Unterstützung, welche diese Beispiele der Meinung, als ob die ältere Jurisprudenz bei der Interpretation der Gesetze sich streng an das Wort gehalten habe, gewähren,

623) Ulp. XI, 18 hat die Fassung: *mulieribus pupillisve non habentibus tutores*, Gaj. I § 185 und die Institutionen in pr. I. de Atil. tut. (I. 20): *si cui nullus omnino tutor sit.*

624) L. 17 de tut. (26. 1).

625) L. 84 de V. S. (50. 16): *filii appellatione omnes liberos intelligimus.*

ist dieselbe doch zu verwerfen. ^{625a)} Um uns davon zu überzeugen, stellen wir zunächst eine Reihe anderer Fälle zusammen, in denen die Jurisprudenz sich zweifellos über das Wort hinweggesetzt hat.

Die Zwölf Tafeln setzten die Usucationsfrist für den „fundus“ auf zwei, für die „ceterae res“ auf ein Jahr. Wozu gehörten nun die Häuser? Bei strenger Wortinterpretation offenbar zu den ceterae res, ⁶²⁶⁾ allein die Interpretation stellte sie praktisch aus gutem Grunde dem fundus gleich. Das Recht des Eigenthümers, Obst, Früchte u. s. w., die auf des Nachbarn Grundstück gefallen, aufzulesen, stammt aus den Zwölf Tafeln, ⁶²⁷⁾ allein der Ausdruck des Gesetzes war theils zu eng, theils zu weit. Denn einmal sprach dasselbe bloß von glans (Eichel oder eichelähnliche Frucht z. B. Kastanien), und sodann fügte es für die Ausübung gar keine Beschränkung hinzu. Hätte man hier wörtlich interpretiren wollen, so hätte man alle andern Früchte außer der genannten Art ausnehmen und andererseits dem Eigenthümer die Befugniß einräumen müssen jeder Zeit, also z. B. auch bei Nacht das Grundstück des Nachbarn zu betreten. Beides ist nicht geschehen. ⁶²⁸⁾ Das Gesetz bestimmte, daß der Sklave, dem der Herr im Testament gegen Entrichtung eines bestimmten Lösegeldes die Freiheit vermachte, das Lösegeld nicht bloß dem Erben, sondern, wenn letzterer ihn veräußert hatte, dem „emitor“

625a) Der Versuch, sie wissenschaftlich zu begründen, ist nie unternommen, sonst würde man sich sofort von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt haben, aber in gelegentlichen Nutzungen tritt sie auch bei unsren besten Rechtshistorikern hervor, s. z. B. Keller Pandekten §. 458 (Aufl. 1 S. 875): „nach der steifen Interpretationsweise dieser alten Zeit blieb man dabei genau bei dem Worte stehen.“

626) Dies bemerkt auch Cic. Top. c. 4 at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus.

627) Plin. Hist. nat. XVI, 5.

628) Rücksichtlich des ersten Punktes half die Jurisprudenz L. 1 §. 1 de glande leg. (43. 28), rücksichtlich des letzteren der Prätor L. 1 pr. ibid.

zählen dürfe. Diesen Ausdruck nahm man im weitesten Sinn für jeden, der das Eigenthum am Sklaven erworben habe.⁶²⁹⁾ Ebenso dehnte man den Ausdruck patronus auch auf die Kinder des Patrons aus.⁶³⁰⁾ Die Worte der Zwölf Tafeln, auf die sich die act. aquae pluviae arcendae stützte, lauteten: „si aqua pluvia nocet.“ Wollte man wörtlich interpretiren, so mußte man die Klage auf den Fall beschränken, wenn ein Schaden bereits geschehen war, allein die Jurisprudenz fasste das nocet auf im Sinne von: Schaden droht.⁶³¹⁾ Bei der Intestaterbsfolge rief das Gesetz den suus und agnatus proximus. Wollte man hier die masculinische Form urgiren, so war das weibliche Geschlecht von der Intestaterbsfolge ausgeschlossen. Und selbst das Erbrecht der männlichen sui hätte man wegdisputiren können, da das Gesetz es ihnen nicht ausdrücklich ertheilt, sondern es nur stillschweigend vorausgesetzt hatte. Ja, wer die Worte: si intestato moritur streng wörtlich nehmen wollte, mußte sogar zu dem Resultate gelangen, daß die Intestaterbsfolge in dem Fall ausgeschlossen sei, wenn der Erblasser mit Hinterlassung eines Testaments gestorben, einerlei ob die eingesetzten Erben angetreten oder ausgeschlagen hatten. Ueber das testamentarische Erbrecht enthielten die Zwölf Tafeln nur den einen bekannten Satz: „uti legassit super pecunia tutelave sua rei ita jus esto.“ Wohin würde es geführt haben, wenn man diesen Satz in dem Umfange hätte gelten lassen, wie er lautete! Von einem Einfluß der capitis minutio des Testators, von dem Requisit der Erbfähigkeit der Erben u. s. w. hätte dann gar keine Rede sein können. Diese

629) L. 29 §. 1 de statul. (40. 7) . . quoniam lex XII tab. emtionis verbo omuem alienationem complexa videretur, non interesset, quo genere quisque dominus ejus fieret.

630) Vat. fragm. §. 308: in XII patroni appellatione etiam liberi patroni continentur. Cf. Coll. XVI 8 §. 2.

631) L. 21 pr. de statul. (40. 7) . . sic et verba legis XII tabul. veteres interpretati sunt: si aqua pluvia nocet i. e. nocere poterit.

und andere Beschränkungen wurden also gegen den Wortlaut von der Jurisprudenz in das Gesetz hineingetragen. ⁶³²⁾

Doch genug! Die angeführten Beispiele lehren zur Genüge, daß die alte Jurisprudenz sich nicht, unbekümmert um das Resultat, bei der Auslegung der Gesetze blindlings dem Wort dahingab, sondern daß sie für die Anforderungen der Vernunft und die Bedürfnisse des praktischen Lebens stets ein offnes Auge hatte und ihnen entsprechend das Gesetz zu deuten wußte. Dazu war doch trotz aller Verehrung für das Wort der Sinn der Römer zu gesund, als daß sie bei einem Mißgriff im Ausdruck von Seiten des Gesetzgebers ihre bessere Überzeugung und die Interessen des Lebens slavisch dem Buchstaben geopfert hätten. Darum aber dürfen wir denn auch annehmen, daß in den obigen Fällen, wo scheinbar das Wort den Sieg davon trug, dies nicht in einer knechtischen Abhängigkeit vom Wort seinen Grund hatte, sondern daß man das Resultat wollte und das Wort nur als erwünschten Vorwand benutzte. Um davon an den obigen Beispielen die Probe zu machen, so hätte es, wenn man sonst nur die testamentarische und Intestaterbsfolge für verträglich mit einander gehalten, keine Schwierigkeit verursacht, die Worte: *si intestato moritur* damit zu vereinigen. Nahm man doch auch in der auf Seite 442 angegebenen Beziehung das Wort: *intestatus* nicht im strengen Sinn. Die Benutzung des Wortes: *moritur* für den Satz, daß der Erbe im Moment des Todes des Erblassers gelebt haben müsse, war gleichfalls nur ein Vorwand, der entgegengesetzte Satz hätte sich mit diesem Wort eben so wohl vertragen. In dem Fall, wenn die Testamentserben ausgeschlagen hatten, hatte man ja dies Wort nicht auf die Todeszeit des Testators, sondern auf

632) L. 120 de V. S. (50. 16) . . . sed id coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium. §. 16. I. de lege Aq. (4. 3) Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit etc. Cic. de off. III 15. Nam quum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata . . . a jureconsultis etiam reticentiae poena est constituta.

den Moment der Eröffnung der Intestaterbsfolge bezogen. Die Ausschließung der successio graduum und ordinum auf Grund der angeführten Worte der Zwölf Tafeln scheint mit der Tendenz zusammenzuhängen, den von dem Gesetz in keiner Weise berücksichtigten bloßen Blutsverwandten (cognati) einen Zugang zum Nachlaß zu gewähren — einer Tendenz, die in späterer Zeit wenigstens aufs unzweideutigste hervortritt und einen der Hauptzwecke der prätorischen Bonorum Possessio bildet.

Zum richtigen Verständniß der so auffälligen Interpretation der lex Atilia (S. 443) muß man sich erinnern, daß die Vormundschaft im älteren Recht einen ganz andern Charakter an sich trug als in unserm heutigen. Die heutige Vormundschaft ist ausschließlich eine Schutzanstalt im Interesse des Mündels, die alt-römische war zugleich ein Recht des Vormundes. Ging die patria potestas, die doch nicht minder als die Tutel den Beruf zur Erziehung und zum Schutz der ihr unterworfenen Personen in sich schloß, durch Wahnsinn und sonstige Unfähigkeit des Vaters zur Erfüllung dieses Berufes nicht unter, eben weil sie ein Recht war (so wenig wie in gleichem Falle die manus des Mannes über seine Frau), so mußte dasselbe auch für die Tutel gelten, und wir sind daher nicht zu der Annahme genötigt, daß man bloß aus Rücksichten der Wortinterpretation sich einen Rechtssatz hätte gefallen lassen, den man im übrigen für verkehrt hielt. Daß dasselbe später aufgehoben ward, spricht nicht dagegen, denn diese Aenderung hängt mit dem Umschwung in der späteren Auffassung der Vormundschaft zusammen.

Mit dem letzten der obigen Beispiele, dem Satz über den Verkauf des Sohnes hat es dieselbe Bewandtniß, wie mit der Ausschließung der successio graduum et ordinum d. h. man urgierte absichtlich das Wort, um die Bestimmung selber möglichst einschränken; die Wortinterpretation war eine *tendentiose*. Dem Verkaufsrecht des Vaters war schon zur Zeit der Zwölf Tafeln das bessere Gefühl abhold, wofür die gesetzliche Beschränkung auf dreimalige Ausübung Zeugniß ablegt. In demselben Geist

schrankte die Jurisprudenz die Bestimmung des Gesetzes auf den Sohn ein und ließ — und darin eben liegt der unwidersprechliche Beweis der Tendenz — Töchter und Kinder durch einmaligen Verkauf von der Gewalt frei werden. Hätte man unbefangen verfahren wollen, so hätte der Schluss nicht so lauten dürfen: weil das Gesetz nur den Sohn nennt, so werden Töchter und Enkel durch einmaligen Verkauf frei, sondern: so ist rücksichtlich ihrer das dem Vater an sich zuständige Verkaufsrecht keiner Beschränkung unterworfen.

Auf Grund der bisherigen Aussführung wird sich die bereits früher S. 62 angedeutete Behauptung rechtfertigen, daß das Verhältniß der alten Jurisprudenz zu dem Gesetz keineswegs das einer rüchhaltslosen Unterordnung unter den Buchstaben desselben war, wie das Wesen der strengen Wortinterpretation es mit sich bringt, sondern ich möchte fast sagen, ein freieres, als wir es nicht selten bei unserer heutigen Jurisprudenz wahrnehmen. Denn sie beschied sich nicht bloß ausszulegen, sondern sie legte unter, sie drehte und deutete das Gesetz, wie sie es haben wollte, sie stellte sich, wenn auch der Form nach unter, doch der Sache nach über das Gesetz. Daz manche ihrer Auslegungen weder den Worten, noch dem Sinn des Gesetzes entsprachen, daß sie mit den Worten des Gesetzes hie und da geradezu ein Spiel trieb, das kann sie sich selbst unmöglich verhehlt haben. Nicht die Frage nach der Richtigkeit der Auslegung, sei es der bloßen Worte, sei es des legislativen Gedankens, entschied über die Annahme oder Verwerfung derselben, sondern die Frage von der praktischen Angemessenheit derselben. Oder hätten in der That die alten Juristen so blöden Auges sein sollen, daß sie nicht gesehen haben sollten, auf wie schwachen Füßen so manche von ihren Auslegungen standen? Sie wollten es nicht sehen, es war Sache einer stillschweigenden Convention, es mit dem, was Noth that, rücksichtlich der Gründe nicht so genau zu nehmen. Das praktische Bedürfniß, das Interesse der juristischen Kunst, kurz Rücksichten, die der bloßen Auslegung als solcher fremd sind,

faszen gleichwohl bei derselben mit zu Rathe, die Ueberzeugung von dem innern Werth der aufgestellten Ansicht beruhigte das Gewissen des Eregeten über die Schwäche der äusseren Begründung. Als die Zeit es mit sich brachte, für die Erhaltung des Vermögens im Mannsstamm Vorsorge zu treffen, und wahrscheinlich noch bevor die lex Voconia das Beispiel zu einer Verkürzung des Erbrechts der Weiber gegeben hatte, fanden die Juristen subtilitate quadam excogitata, wie Justinian⁶³³⁾ sagt, daß das Zwölftafelngesetz das Intestaterrecht der Weiber auf agnatische Schwestern habe einschränken wollen. Mit welcher Stirn hätte ein Jurist eine solche Behauptung vorbringen dürfen, wenn er sich nicht eben bewußt war, daß er nicht sowohl das Gesetz auszulegen, als dasselbe den Interessen und Bedürfnissen der Zeit anzupassen den Beruf habe? Mit dem Wechsel dieser Bedürfnisse wechselte auch die Interpretation. Zu einer gewissen Periode bedurfte es der Usucaption der Erbschaft, und sie war da, zu einer andern Periode war sie nicht mehr nöthig, und sie verschwand, oder, wie Gajus sagt,⁶³⁴⁾ man hielet es jetzt nicht mehr für möglich, daß Erbschaften usucapirt werden könnten! Kurz! die ältere Interpretation war wesentlich tendenter Art.

Weit entfernt aber, ihr daraus einen Vorwurf zu machen, glaube ich im Gegentheil, es der alten Jurisprudenz zum Vorteile anrechnen zu sollen, daß sie, anstatt sich blindlings dem Gesetz unterzuordnen, dasselbe den Bedürfnissen des Lebens und den Anforderungen der Zeit anzupassen versuchte. Sie läßt sich in dieser Beziehung als Vorgängerin des Prätors bezeichnen. Beide haben eine sehr beträchtliche rechtsbildende Thätigkeit ausgeübt und zwar nicht selten auf Kosten des gesetzlichen Rechts, während ihr Beruf nach unserer modernen engherzigen Auffassung nur darin bestanden haben würde, die Gesetze anzuwenden oder die An-

633) L. 14 C. de legit. her. (6. 58).

634) Gaj. II, 54.. postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse.

wendung zu vermitteln. Aber gerade dieser Beruf gewährt die Gelegenheit, den Werth oder Unwerth der Gesetze, ihre Mängel, Lücken, ihre ursprüngliche oder erst im Lauf der Zeit eingetretene praktische Unangemessenheit, Unhaltbarkeit kennen zu lernen, und so lange man es nicht dahin gebracht haben wird, in den mit der Rechtspflege betrauten Personen allen gesunden Sinn und alles Gefühl zu ersticken, wird die Opposition gegen ein unhaltbares Gesetz immer zuerst gerade von denen ausgehen, die ihm am nächsten stehen. In der Theorie möge man dies immerhin noch so scharf verdammen, man möge dem Richter noch so sehr die Pflicht einschärfen, seinem Urtheil über die Unangemessenheit des Gesetzes keine praktische Folge zu geben, die Thatsache wird dadurch nicht anders: dem Verdammungsurtheil der Juristen ist auf die Dauer kein Gesetz gewachsen. Absichtlich oder unabsichtlich wird die Hand des Richters lässig, der Arm der Gerechtigkeit erlahmt, der Scharfsinn des Exegeten bietet alle seine Mittel auf, das Gesetz zu durchlöchern und zu unterminiren, Voraussetzungen hineinzutragen, von denen das Gesetz nichts weiß, die Worte, je nachdem es Noth thut, im weitern oder engern Sinn zu deuten, und wie durch stillschweigende Verschwörung finden auch die erzwungensten Deductionen Eingang und willigen Glauben — auch die Logik fügt sich dem Interesse. Dieser stille Krieg der Juristen gegen das Gesetz wiederholt sich überall, wo ein Gesetz zu einer Unmöglichkeit geworden ist und doch von der Staatsgewalt nicht zurückgenommen wird. Es ist die natürliche Reaction des Rechtsgefühls gegen eine elatante Mißachtung seiner selbst von Seiten der Gesetzgebung. Ein Beispiel aus neuerer Zeit bietet uns die Geschichte der peinlichen Halsgerichtsordnung. In demselben Maße, in dem der Widerspruch stieg, den die veränderte Gefühls- und Denkweise einer späteren Zeit gegen die Härte ihrer Strafbestimmungen erhob, in demselben Maße ward die Kunst ihrer Interpreten erforderischer, diese Härten zu beseitigen, und es konnte sich gar einer derselben rühmen, daß er auch nicht einen Buchstaben mehr habe stehen

lassen. Betrachtet man derartige Tendenzinterpretationen, wie wir deren oben einige zur Probe angeführt haben, mit unbefangenem Auge d. h. vergibt man oder weiß man von vornherein nicht, welche Bewandtniß es mit ihnen hat, so begreift man nicht, wie sie bei ihrer völligen Unhaltbarkeit, bei ihrer offensichtlichen Unwahrheit nur den geringsten Beifall haben finden, ja wie sie nur von irgendemand im Ernst haben aufgestellt werden können.⁶³⁵⁾

Dies ist der maßgebende Gesichtspunkt, aus dem wir die alte Interpretation zu beurtheilen haben. Materiell war das, was sie einführte, gewiß völlig untadelhaft, durch ein gebieterisches Bedürfniß des Lebens motivirt, und in dieser Beziehung würde man sehr Unrecht thun, den Vorwurf, den Cicero⁶³⁶⁾ den ältern Juristen machte, daß sie das alte Recht corrumpirt hätten, für einen ernstgemeinten zu halten. Der Impuls zu dieser angeblichen Corruption ging nicht von ihnen, sondern von der Nation aus, und hätten sie auch der Strömung der Zeit Widerstand leisten wollen, so würde dieselbe sich doch in anderer Weise Bahn gebrochen

635) In dieser Lage haben sich manche gelehrte Theoretiker der Neuzeit gegenüber den Interpretationen der früheren Praktiker befunden und sich nicht wenig darauf gedünkt, die Unrichtigkeit derselben aufzudecken. Verdienstlicher wäre es gewesen zu fragen, ob denn diese Vorgänger so mit Blindheit geschlagen waren, daß sie handgreifliche Unwahrheiten für wahr halten könnten. Dann wäre man wohl dem wahren Grunde auf die Spur gekommen und hätte sich nicht verleiten lassen im Widerspruch mit dem vielgepriesenen Vorbilde der römischen Juristen und der Vorschrift der L. 23 de leg. (1. 3): *minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt, an Sätzen zu rütteln, welche die Praxis ihrer selbst wegen für nöthig hielt, und für die sie in den Quellen nur nach einem noch so schwachen äußeren Anhaltspunkt suchte.* Dahin gehört meiner Ansicht nach z. B. die Spaltenklage und das Summariissimum.

636) In der bekannten Stelle pro Murena c. 12 . . nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingenii pleraque corrupta ac depravata sunt. Er selbst räumte bekanntlich später ein, daß diese Worte apud imperitos dicta gewesen seien, de finibus IV 27.

haben. Aber eben weil und insoweit ihre Kunst ausreichte, das Nöthige zu beschaffen, bedurfte es keiner Thätigkeit der Gesetzgebung; letztere wird regelmäßig nur da eingegriffen haben, wo die Jurisprudenz sich außer Stand sah, die erforderliche Abhülfe zu gewähren.

So verdient denn die alte Interpretation für ihre Zeit in der That dasselbe Prädicat, das man später dem Prätor beilegte, das einer *viva vox juris civilis*, eines lebendigen Organs des Rechts, nicht eines bloßen Sprachrohrs desselben. Dem Namen nach bloße Erklärungen, schlossen ihre Auslegungen in der That eine wahre Umgestaltung und Weiterbildung des Gesetzes im Geist der Zeit in sich. So fassten auch die Römer, wenigstens in späterer Zeit, die Sache auf, denn sie bezeichneten die älteren Juristen als *veteres, qui tunc jura condiderunt*,⁶³⁷⁾ und sprachen von einem eignen Juristenrecht (*jus civile im engern Sinn*).⁶³⁸⁾ So sehr man aber einerseits den materiell-productiven Charakter dieser alten Doctrin betonen darf, so wesentlich gehört zu ihrer Charakteristik auch das andere von mir hervorgehobene Moment, der formelle Anschluß derselben an die vorhandenen Gesetze, und auch dies wird von den Römern selber bemerkt.⁶³⁹⁾ Es ist, als ob die Jurisprudenz sich damals noch nicht, wie in späterer Zeit, getraut hätte, den schöpferischen Beruf, den sie der Sache nach einmal hat und den sie nirgends mehr ausgeübt hat als gerade in Rom, geradezu und offen in Anspruch zu nehmen; daher stets das Bestreben nach einer Deckung durch das Gesetz. Wäre uns eine genauere Einsicht in ihre Entwicklungsgeschichte verstattet, wir würden gewiß noch für manche von ihren Sätzen die Fäden finden, mit denen sie dieselben, wenn auch noch so lose und äußerlich mit dem Gesetz verknüpft hatte.

637) Gaj. IV, 30.

638) L. 2 §. 5 de orig. jur. (1. 2) . . . hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus.

639) So von Pomponius in der Stelle der vorigen Note, worin das Juristenrecht als Resultat der *interpretatio* bezeichnet wird.

Ich habe eine Frage bis auf den Schluß verspart, weil sie, obgleich sie dem Zusammenhang nach an einen früheren Ort gehört, mir doch erst hier ihre Erledigung finden zu können scheint. Es ist nämlich die: wie betrachtete die alte Interpretation die Umgehung der Gesetze? Dem Princip der Wortinterpretation gemäß hätte sie dieselbe wie bei Rechtsgeschäften, so auch bei Gesetzen für statthaft erklären müssen. Denn die Umgehung des Gesetzes enthält ja keinen Verstoß gegen die Worte, sondern nur gegen die wirkliche Absicht des Gesetzes,⁶⁴⁰⁾ mithin gegen ein Moment, das die Wortinterpretation als solche grundsätzlich nicht kennt. Das positive Material, das uns zur Beantwortung dieser Frage zu Gebote steht, ist außerordentlich dürftig. Einerseits werden uns zwar Fälle der Umgehung der Gesetze aus alter Zeit berichtet, so namentlich der Zinsgesetze,⁶⁴¹⁾ der Gesetze über die Provocation,⁶⁴²⁾ allein Versuche zur Umgehung von Gesetzen kommen jederzeit vor, es fragt sich nur, wie das Recht sie ansieht und behandelt, darüber aber versagen uns die Berichte in jenen Fällen eine bestimmte und sichere Antwort, obgleich allerdings durchzuschimmern scheint, daß die Versuche zur Umgehung mit Erfolg gekrönt waren, das Recht dieselben also nicht, wie in späterer Zeit, schlechthin als nichtig behandelte. Nur in einem einzigen Fall wird uns, so viel mir bekannt, eine ganz bestimmte und unzweideutige Auskunft gegeben, und hier eine andere, als wir dem obigen nach erwarten würden. Licinius Stolo, der bekannte Urheber der nach ihm benannten Rogationen, hatte sein eigenes Ackergesetz dadurch umgangen, daß er seinen Sohn emancipirt und den das

640) S. Note 620.

641) Tacitus Ann. VI, 16: multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursus oriebantur; Beispiele bei Liv. II, 31. XXXV, 7.

642) Wenigstens scheinen die Worte, mit denen Livius X, 9 die dritte Redaction desselben berichtet: legem tulit diligentius sanctam darauf hin zu deuten, daß die Notwendigkeit einer wiederholten sorgfältigeren Redaction in der Umgehung des bisherigen Gesetzes ihren Grund hatte.

gesetzliche Maß übersteigenden Theil seines Grundbesitzes auf ihn übertragen hatte; darauf hin ward er, wie Livius⁶⁴³⁾ berichtet, nach seinem eigenen Gesetz verurtheilt: „quod emancipando filium fraudem legi fecisset.“ Die Glaubwürdigkeit dieses Zeugnisses läßt sich nicht in Zweifel ziehen, allein es würde meiner Meinung nach übereilt sein, darin die endgültige Beantwortung der obigen Frage zu erblicken. Denn der Richter, der den Licinius verurtheilte, war das Volk,⁶⁴⁴⁾ und wenn man weiß, wie dasselbe bei Ausübung seiner Strafgerichtsbarkeit verfuhr (S. 41 fl.), wird man schwerlich den Schluß von ihm auf den gewöhnlichen Richter für stringent halten. Jedenfalls verdient gegenüber diesem einzigen Zeugniß auf der andern Seite in die Wagschale geworfen zu werden, daß unter den Scheingeschäften des ältern Rechts nicht wenige sich befanden, die geradezu eine Umgehung gesetzlicher Bestimmungen enthielten,⁶⁴⁵⁾ so wie daß die Gesetzgebung selber in Fällen, wo sie sich scheute, ein früheres Gesetz direct und ausdrücklich aufzuheben, sich des Mittels einer Umgehung desselben bediente.⁶⁴⁶⁾ In einer Zeit, welche die Umgehung des Gesetzes mit unsren heutigen oder mit den Augen der späteren römischen Juristen angesehen hätte, wäre beides nicht möglich gewesen. Vielleicht verhält es sich mit dieser Frage, wie mit der Wortinterpretation der Gesetze überhaupt, d. h. die Jurisprudenz erkannte die Berechtigung der Umgehung des Gesetzes im Prinzip an, wie sie denn ja selber bei ihren Schein-

643) Liv. VII, 16.

644) Die Uebertröter des Gesetzes wurden von den Aedilen vor dem Volk auf eine Geldstrafe belangt. So z. B. Liv. X, 13.

645) Cic. pro Murena c. 12. Nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jureconsultorum ingenii pleraque corrupta ac depravata sunt.

646) Das Hauptbeispiel gewährt die lex Furia über die Höhe der Legate; das Gesetz hob den Satz der XII Tafeln: uti legassit, ita jus esto rücksichtlich des von ihm vorgeschriebenen Betrages der Legate nicht auf, aber es umging ihn, indem es den Legatar, der einen höheren Betrag annahm, mit der Strafe des Viersachen belegte, B. 3 § 52 (S. 109).

geschäften auf diesem Fundamente stand, wußte aber nichts desto weniger im einzelnen Fall, wo die Verstattung des Umweges dem Rechtsgefühl oder höheren Interessen widerstrebe, irgend ein künstliches Mittel zu finden, um ihn abzusperren.

III. Der Formalismus.

1. Wesen und praktische Bedeutung desselben.

Begriff des formellen und formlosen Geschäfts — Kritik des Formalismus vom praktischen und ethischen Standpunkt — allgemeine und besondere Vortheile und Nachtheile der Form — wechselndes Verhältniß beider.

XLV. Von allen Charakterzügen des älteren Rechts drängt sich in dem Maße kein anderer sofort auch der oberflächlichsten Betrachtung auf als das durch und durch formelle Gepräge desselben. Liegt dies an uns, an unserm einer solchen Erscheinung im heutigen Recht minder gewöhnten und darum besonders dafür empfänglichen Auge? Gewiß nicht! Dieser Charakterzug ist objektiv der am schärfsten ausgeprägte, am consequentesten durchgeführte; selbst der Gedanke der Freiheit, der ihm im übrigen am nächsten kommt, und der wie er durch das ganze Recht, das öffentliche wie das Privatrecht geht, selbst er kann sich nicht mit ihm messen. Kein materielles Prinzip verstattete eine so rücksichtslose, ungehemmte Durchführung, wie das der Form, kein Element des alten Rechts hat sich so lange erhalten; die römischen Formen haben die römische Freiheit überlebt.

Es ist ein eigenthümliches Verhältniß, welches gerade zwischen diesen beiden Fundamentalgedanken des römischen Rechts obwaltet. Scheinbar sich widersprechend — denn der höchsten Freiheit des materiellen Wollens, welche der eine gewährt, setzt der andere die äußerste Gebundenheit in formeller Beziehung entgegen — scheinbar sich widersprechend verrathen sie durch den Parallelismus ihrer Entwicklungslinien,

daß sie sich gegenseitig bedingen und durch eine geheime Wechselbeziehung aufs engste aneinander gefetzt sind. Die Blüthezeit der Freiheit ist zugleich die Periode der peinlichsten Strenge in der Form, dem allmäßlichen Verfall jener entspricht das Nachlassen der Strenge auf dieser Seite, und als jene völlig gebrochen und unter dem fortgesetzten Druck des Cäsaren-Regiments den letzten Rest dessen, was noch an alter Kraft in ihr war, ausgeathmet hatte, folgten auch die Formen und Formeln des alten Rechts ihr bald nach; und würde es nicht schon an sich zum Nachdenken auffordern, daß ihre Beseitigung gerade in eine Zeit fällt, wo sich das souveräne Belieben unverhüllt und offen als oberstes staatsrechtliches Princip auf den Thron gesetzt hatte: die Zeit der byzantinischen Kaiser, die Leichenrede, mit der letztere dieselben begleiteten, die Abneigung und Geringsschätzung gegen sie, die sich in ihr ausspricht,⁶⁴⁷⁾ müßte uns über das Verhältniß zwischen der Freiheit und der Form die Augen öffnen. Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit. Denn die Form hält dem Versucher, der die Freiheit zur Zügellosigkeit zu verleiten sucht, das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zersplittere, und kräftigt sie dadurch nach innen und schützt sie nach außen. Feste Formen sind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit selber und andererseits eine Schutzmauer gegen äußere Angriffe, — sie lassen sich nur brechen, nicht biegen — und wo ein Volk sich wirklich auf den Dienst der Freiheit verstand, da hat es instinctiv auch den Werth der Form herausgefühlt und geahnet, daß es in seinen

647) L. 1 Cod. de form. subl. (2. 58) (342) juris formulae auctoratione syllabarum insidiantes . . L. 15 Cod. de testam. (6. 23) (339) quoniam in dignum est ob inanem observationem . . L. 9 Cod. qui admitti ad B. P. p. (6. 9): Verborum inanum excludimus captiones. L. 17 Cod. de jure delib. (6. 30) (407) cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus.

Formen nicht etwas rein Aenßerliches besitze und festhalte, sondern das Palladium seiner Freiheit.

Schon diese erste Beobachtung, die wir an dem Object unserer Betrachtung gemacht haben, muß uns lehren, daß wir es hier nicht mit einer rein äußerlichen Erscheinung, sondern mit einem Gegenstand von tief innerlicher Bedeutung zu thun haben. Hätte die Rechtsphilosophie oder die positiv-romanistische Jurisprudenz, die beide die dringendste Veranlassung hatten, diese Bedeutung festzustellen, sich der Aufgabe unterzogen, ich würde nicht nöthig haben, mir auch hier wieder durch eine Untersuchung allgemeinerer Art den Weg zur historischen Darstellung zu bahnen. Allein der Rechtsphilosophie war die Frage wohl zu speciell und stofflich und der positiven Jurisprudenz umgekehrt zu abstract,⁶⁴⁸⁾ und so glaube ich nicht an ihr vorübergehen zu dürfen.

Der Gegensatz von Inhalt und Form wird wie von den Dingen der äußern Natur, so auch von denen des Geistes gebraucht, wir sprechen von den Formen der Gefühle, des Gedankens, des Willens u. s. w. und verstehen darunter die Mittel, in denen die inneren Vorgänge, Ideen, Empfindungen, Entschlüsse u. s. w. Ausdruck und äußere Existenz gewinnen. In beiden Anwendungen aber hat der Gegensatz keine reale Existenz: er ist nichts als eine Abstraction; unter Form verstehen wir den Inhalt von Seiten seiner Sichtbarkeit. Eben darum aber setzt die Form stets den Inhalt voraus; es gibt weder einen Inhalt ohne

648) Der einzige, der sie meines Wissens berührt und, wie nicht anders zu erwarten, in höchst beachtenswerther Weise, ist Savigny System III S. 238 und Oblig. R. II 218. Erst nach Abschluß der folgenden Darstellung ist mir eine eigne Schrift über den Gegenstand: von Böldernbörß, Die Form der Rechtsgeschäfte u. s. w., Nördlingen 1857, zugegangen. Sie hat mir keinen Anlaß gegeben, an meiner Darstellung irgend etwas zu ändern, so wenig ich damit im übrigen dem guten Willen, der sich in ihr ausspricht, die Anerkennung versagen will.

Form, noch eine Form ohne Inhalt. Der Schein des Gegentheils hängt mit dem Wechsel der Form zusammen; der *schlechten* Form, die wir dem Inhalt entgegenstellen, geht nicht ein Inhalt ohne Form, sondern ein Inhalt in *anderer* Form voraus.

In dieser Weise verhält es sich mit dem Gegensatz auch bei dem Gegenstand unserer Betrachtung, dem *rechtlichen Willen*. Die Annahme desselben ist bedingt durch seine Erkennbarkeit, letztere durch seine Außerung. In diesem Sinn gibt es also keinen formlosen Willensakt — ein Wille ohne Form wäre gleich dem Lichtenbergschen Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt. Wenn wir nichts desto weniger von formlosen Willenserklärungen reden, so liegt auf der Hand, daß der Ausdruck Form hier eine andere und zwar engere Bedeutung haben muß. Damit aber hat es folgende Bewandniß.

Das Recht kann dem Willen rücksichtlich der Mittel seiner Außerung im Rechtsgeschäft⁶⁴⁹⁾ entweder völlige Freiheit lassen, so daß also jedwedes Mittel, sei es das Wort, die Handlung, das Zeichen und unter Umständen selbst das Schweigen, insofern nur der bestimmte Willensinhalt daraus mit Sicherheit entnommen werden kann, zur Hervorbringung der beabsichtigten Wirkung ausreicht, oder aber es kann ihn in der Wahl dieser Mittel beschränken und zwar entweder so, daß es die Erreichung des beabsichtigten Zwecks an die Benutzung einer bestimmten Außerungsform knüpft, so daß also im Unterlassungsfall entweder gar keine Wirkung (Strafe der Nichtigkeit) oder nicht die volle Wirkung⁶⁵⁰⁾ eintritt, oder aber in der Weise, daß die Nichtbeachtung der Form, ohne das Rechtsgeschäft selbst in irgend einer Weise zu afficiren, für den Urheber desselben eine von letzterem

649) Daz und warum der folgende Gegensatz nur bei Rechtsgeschäften, nicht auch bei Delicten Anwendung leidet, bedarf keiner Ausführung.

650) Man vergleiche z. B. das pignus publicum und privatum des neuern römischen Rechts, im deutschen Recht den Gegensatz der lügenbaren und unlügenbaren Schuld s. u.

völlig unabhängige Strafe z. B. eine fiscalische Geldstrafe⁶⁵¹⁾ nach sich zieht. Nur die in der ersten Weise postulirten Formen sind es, die den Begriff des formellen Rechtsgeschäfts constituiren. Bei der zweiten Art erscheint das Rechtsgeschäft lediglich als äußere Veranlassung zur Vornahme einer anderen bedingungsweise vorgeschriebenen Handlung.⁶⁵²⁾ Das formelle Rechtsgeschäft lässt sich mithin definiren als dasjenige, bei dem sich die Nichtbeachtung der rechtlich erforderlichen Form der Willensäußerung im Rechtsgeschäft selbst rächt.^{652a)} Requisite des Rechtsgeschäfts, die sich nicht auf die Form der Willensäußerung beziehen, gehören gar nicht hieher.

Jede Formvorschrift enthält eine Beschränkung des Willens in der Wahl seiner Ausdrucksmittel, aber nicht jede derartige Beschränkung begründet den Begriff des formellen Geschäfts. Die Beschränkung kann eine negative oder positive sein. Ersteres, wenn nur ein gewisses Ausübungsmittel (z. B. die stillschweigende Erklärung) oder der Abschluß an einem gewissen Ort, zu einer gewissen Zeit gesetzlich ausgeschlossen ist, letzteres wenn die Ausübungsf orm positiv fixirt ist.⁶⁵³⁾ Dort dürfen wir von „Formbeschränkungen“, nicht aber von einem formellen Geschäft

651) In dieser Weise hat man hie und da das Gebot der Buziehung von Stempelpapier gesichert. Mit dem obigen Gegensatz hängt, insoweit es sich dabei um Beachtung einer Form handelt, der der *leges perfectae* und *minus quam perfectae* zusammen.

652) Der Miethcontract mit dem Gesinde ist in unserm heutigen Recht durch das vielfach vorkommende Gebot polizeilicher Anmeldung des Gesindes kein formeller geworden.

652a) Wenn Puchta Pandekten § 250 innerhalb dieses Begriffs noch zwischen mangelnder Gültigkeit und mangelnder Legitimität unterscheiden will, so ist dies eine in jeder Weise unglückliche Idee, die man sich bloß die Mühe zu nehmen braucht im Einzelnen weiter durchzuführen, um sie als völlig unhalbar zu erkennen. Was ihr zu Grunde liegt, ist ein Gegensatz in den römischen Formen, für den wir später den richtigen Ausdruck suchen werden.

653) Diese Fixirung kann auch lediglich den Ort (z. B. vor Gericht, auf der Börse) und denkbarerweise könnte sie auch die Zeit betreffen.

reden, denn die von dem Handelnden angewandte Form ist trotz der Beschränkung in der Wahl nichts desto weniger ein Werk der Wahl gewesen, sie hat alle Eigenschaften der freien oder individuellen Form, von denen sogleich die Rede sein wird, während das formelle Geschäft, soweit die Formvorschrift reicht, jede Wahl und Freiheit ausschließt.

Demzufolge würde sich der Begriff des formlosen Rechtsgeschäfts als mehr oder minder freie Selbstbestimmung des Willens rücksichtlich der Form seiner Neußerung definiren lassen, und wir könnten demgemäß den Gegensatz der Formlosigkeit und des Formalismus als den der freien und unfreien Form bezeichnen. Dies Moment der Freiheit ist das allein entscheidende. Darum also begründen Formen, die auf freier Wahl der Partheien beruhen z. B. die Zuziehung von Zeugen, die schriftliche Aufzeichnung des Contracts, kein formelles Geschäft, selbst dann nicht, wenn sie noch so feierlich und noch so allgemein üblich sind, ohne aber rechtlich nothwendig zu sein. Nicht das äußere Gepränge, sondern der innere Charakter der Form d. h. ihre rechtliche Nothwendigkeit entscheidet. Mündlicher Abschluß eines Vertrags ist an sich nichts Solennes, allein wo er gesetzlich vorgeschrieben, ist der Vertrag ein formeller. Ebenso die Zuziehung von Zeugen. Nicht minder gleichgültig für den Begriff des formellen Geschäfts ist das legislative Motiv der Form. Der Zweck, den das Gesetz im Auge hatte, kann ein manifaltiger sein z. B. Sicherstellung des Beweises, Ausschließung von Uebereilungen, Uebervortheilungen u. s. w. Ob dieser Zweck durch die Form wirklich erreicht wird, ob er auch auf andere Weise erreichbar ist, und die Parthei ihn auf andere Weise wirklich erreicht hat, relevirt nichts; der Gesetzgeber hat einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zweckes nicht der Einsicht und dem guten Willen der Parthei überlassen wollen, sondern selbst in die Hand genommen; der von ihm vorgezeichnete Weg zur Erreichung desselben ist zum ausschließlichen, zum nothwendigen gemacht.

Diese Nothwendigkeit und Ausschließlichkeit, welche das Wesen der unfreien Form ausmacht, ist aber eine äußere, positive, jede derartige Form ist also in diesem Sinn etwas Zufälliges, Willkürliches, so sehr sie im übrigen auch das Product einer gesunden und naturgemäßen historischen Entwicklung gewesen sein mag. Darum also ist die Tradition, Occupation, kurz die Apprehension des Besitzes kein formeller Act, denn die Nothwendigkeit derselben ist eine innere, sie liegt in dem Zustand, den sie begründen soll, und verhält sich zum Besitz kaum anders als die Geburt zum Leben. Dies Moment der Positivität der Form im Gegensatz zu dem rationellen Wesen, der Allgemeingültigkeit der Formlosigkeit ist auch den römischen Juristen nicht entgangen, wie seiner Zeit bei dem Gegensatz des *jus civile* und *jus gentium* nachgewiesen werden wird.

Der bisher entwickelte Gegensatz der Freiheit und Unfreiheit rücksichtlich der Ausführungsform des Willens schließt einen andern in sich, nämlich den des *Individuellen* und *Abstrakten*. Die freie Form ist zugleich eine *individuelle*, denn sie geht ganz auf in diesem bestimmten Rechtsgeschäft, sie entsteht und vergeht mit ihm, ja sie ist im Grunde nichts als dieser bestimmte concrete Inhalt von Seiten seiner Sichtbarkeit. Die unfreie Form hingegen ist zugleich eine *abstrakte*, *stereothypische*. Denn wenn sie gleich nur an und in dem concreten Rechtsgeschäft zur *Erscheinung* gelangt, so hat sie doch andererseits eine davon unabhängige (*abstrakte*) Existenz, sie geht nicht hervor und fällt nicht zusammen aus und mit diesem einzelnen Rechtsgeschäft, sondern sie tritt von außen als etwas Fremdes, bereits Vorhandenes, Gegebenes, Selbständiges mit dem Anspruch auf unbedingte Beachtung an das Rechtsgeschäft heran, und die Bildung des letzteren erfolgt durch eine Combination zweier separater Elemente: des *concreten* Inhalts und der ein für alle Male bestimmten Form. So erklärt sich der obige engere Sprachgebrauch rücksichtlich des Ausdrucks Form, demzufolge die Rechtsgeschäfte mit freier Form als „formlose“ gelten. Bei letzteren

nämlich, bei denen die Form ganz dem Willen anheim gegeben ist,⁶⁵⁴⁾ gelangt die Form nicht zur eigenen selbständigen Existenz, sie ist ein bloßes Accidens des Inhalts, bei den formellen Geschäften hingegen ist die Form in der That zum Range einer eigenen juristischen Größe, zur selbständigen Existenz erhoben. So läßt sich also der Gegensatz der formlosen und formellen Geschäfte oder, um hier gleich den Ausdruck einzuführen, mit dem ich ihn fortan bezeichnen werde, der Gegensatz der Formlosigkeit und des Formalismus, auf jenen allgemeinen Gegensatz zurückführen, der sich uns bereits verschiedentlich als einer der Angelpunkte des älteren und neueren römischen Rechts bewährt hat (s. z. B. S. 87 fl., S. 102 fl., S. 432), auf den des Individualismus und der abstracten Gleichheit.

Erscheint nun dem bisherigen nach das Prinzip der Formlosigkeit vom aprioristischen Standpunkt aus als das normale, weil dem natürlichen Verhältniß zwischen Form und Inhalt entsprechende, das des Formalismus aber wegen seiner Abweichung von demselben als das irreguläre, so möchte man erwarten, daß sich dieses aprioristische Verhältniß beider auch historisch beßtätige, d. h. daß ersteres die Regel, letzteres die Ausnahme bilde. Diese Annahme trifft in der That für unser heutiges gemeinses Recht zu, nichts desto weniger aber ist sie falsch. Ueberhaupt straft die Geschichte unsere Erwartung hier in jeder Weise Lügen. Würde uns gesagt, daß von den drei Möglichkeiten, wie das positive Recht sich zu unserm Gegensatz verhalten kann: der Combination beider Prinzipien, der ausschließlichen Herrschaft der Formlosigkeit und der ausschließlichen Herrschaft des Formalismus nur zwei historisch sich realisiert hätten, so würde ohne Zweifel Feder auf die beiden ersten ratzen und sicherlich ebenso sehr darüber frappirt sein, daß der dritte Fall dazu, als daß der

654) Daher bezeichnen die Römer das Prinzip der Formlosigkeit mit Recht als Prinzip des nackten Willens, *nuda voluntas* im Gegensatz zum *rigor juris civilis* z. B. Ulp. XXV, 1. L. 18 de leg. III (32).

zweite nicht dazu gehört. Mit der Formlosigkeit, so scheinbar natürliche sie ist, allein kann das Recht nicht bestehen, mit dem Formalismus wohl; es erträgt eher das äußerste Übermaß als den gänzlichen Mangel der Form.

Diese Hinniegung des Rechts zur Form läßt auf ein inneres Bedürfniß oder auf eine eigenthümliche den Zwecken des Rechts entsprechende Brauchbarkeit der Form schließen. So richtig dieser Schluß ist, so sehr muß ich doch dagegen warnen, den Grund des historischen Auftretens des Formalismus lediglich in seinen praktischen Vortheilen zu finden. Um die Irrigkeit dieser Ansicht darzuthun, wird es gerathen sein bei der folgenden Untersuchung zwei Fragen streng von einander zu trennen: die von dem praktischen Werth des Formalismus und die von den Motiven seines historischen Auftretens.

Praktischer Werth des Formalismus.

Wenn irgendwo das abstractphilosophische Urtheil über Dinge des Rechts Gefahr läuft fehl zu greifen, so möchte der Formalismus vor allem die Versuchung dazu darbieten.^{654a)} Der Philosoph vom Fach, der von den eigenthümlichen technischen Interessen und Bedürfnissen des Rechts keine Vorstellung hat, kann in dem Formalismus nichts anders erblicken als einen Ausfluß der sinnlichen Anschauungsweise, die Präponderanz eines rein äußerlichen Moments über das innere, eine positive Störung des Verhältnisses zwischen Form und Inhalt. Gerade ihm bei seinem auf das Innere der Dinge gerichteten Blick muß diese Ueberhebung der dünnen, nackten Form, dieser ängstliche, pedantische Cultus des an sich völlig werth- und bedeutungslosen Zeichens, die Dürftigkeit und Kümmerlichkeit des das ganze Formenwesen beseelenden und in ihm sich breit machenden Geistes — gerade ihm also, sage ich, muß dies ganze Wesen einen recht unerquicklichen und abstoßenden

654a) Einen Beleg dazu s. bei Hegel Rechtsphilosophie §. 217.

Eindruck machen. Und in der That, wir müssen zugestehen, dieser Bestandtheil unserer juristischen Technik hat für den Unkundigen durchaus nichts Achtung Erweckendes, und vielleicht ist hierin der Grund zu suchen, daß die Rechtsphilosophie von demselben meines Wissens bisher kaum Notiz genommen hat. Und doch handelt es sich dabei um eine Erscheinung, die, eben weil sie im innersten Wesen des Rechts begründet ist, sich im Recht aller Völker wiederholt und stets wiederholen wird.^{654b)}

Um sie richtig zu würdigen, muß man die allgemeine, soll ich sagen culturhistorische oder philosophische mit der juristisch-praktischen Auffassung verbinden. Erstere wird in §. 45^a, letztere hier ihren Platz finden. Wir werden zu dem Ende die in der Ueberschrift bezeichnete Frage von dem praktischen Werth des Formalismus zu erörtern und zu dem Zweck die Vortheile und Nachtheile desselben gegen einander abzuwägen haben.

1. Die Nachtheile der Form.

Ich beginne mit ihnen, weil sie sich der unbefangenen Auffassung zuerst und ungesucht aufdrängen, während die Vortheile

654b) Für diese Bemerkung hat die neuere Literatur seit dem Erscheinen der ersten Auflage zwei höchst beachtenswerthe Belege in Bezug auf den ältern deutschen und ältern französischen Prozeß gebracht, nämlich Siegel „die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgange“ (Sitzungsberichte der Wiener Akademie B. 51 S. 21 fl.) u. Brunner, Wort u. Form im altfranzösischen Prozeß (daselbst B. 57 S. 655 fl.) beide auch in Separatabdrücken erschienen und beide nach Form und Inhalt gleich vorzüglich. Wie sehr das Urtheil der Juristen über die obige Erscheinung nicht selten in die Irre gegangen ist, zeigt das Beispiel von Heinecius, anerkannter Weise einem der gründlichsten und gewieitesten Rechtshistoriker des vorigen Jahrhunderts. Derselbe führt in seinen Antiq. jur. Rom. III 14 die Einführung der römischen Vertragsformen auf den Eigennutz der Patricier zurück: „patricii quorum intererat plebem litibus quam plurimis implicari, a naturali simplicitate (der Formlosigkeit) desciverant“! Auch noch in unserer Zeit hat man es für nöthig gehalten, den Ursprung der Formeln des ältesten römischen Proceses der Religion (§. 47) zu entlehnern. Angesichts solcher Verirrungen wird die Nothwendigkeit der folgenden Untersuchung keiner Rechtfertigung bedürfen.

erst des absichtlichen Suchens und — muß ich hinzusetzen — um sie zu finden, des juristischen Auges bedürfen. Es verhält sich mit dem Formalismus wie mit so manchen andern Einrichtungen — das Drückende derselben fühlt jeder, das Wohlthätige Niemand, weil letzteres nur negativer Art ist d. h. darin besteht, daß sie Uebel abwenden. Ein einziger Fall, in dem die Uebelstände der Form in eclatanter Weise an die Offenlichkeit treten, wie wenn z. B. ein Testament wegen eines Formfehlers für nichtig erklärt wird, oder ein Prozeß wegen Versäumnis der Form verloren geht, macht mehr von sich reden als die tausende von Fällen, in denen der Verlauf der Sache ein normaler war und die Form ihre Bestimmung erfüllte. Kein Wunder, daß das Urtheil des Unkundigen sich dem Formalismus abgeneigt erweist.

Die Nachtheile der Form lassen sich auf zwei Eigenschaften zurückführen, ihre Gefährlichkeit und Unbequemlichkeit. Beide sind mit der Form als solcher, wie verschieden dieselbe im übrigen auch gestaltet sein möge, unzertrennlich verbunden; die Verschiedenheit der Gestaltung der Form bestimmt nur das Maß ihrer Ausübung.

Die Gefährlichkeit der Form beruht auf der Möglichkeit und den nachtheiligen Folgen des Formfehlers. Die Form erhebt den Anspruch einer genauen Kenntniß ihrer selbst und belegt die Unkenntniß, die Unachtsamkeit, Ungeschicklichkeit, den Leichtsinn mit empfindlicher Strafe. Das materielle Recht verlangt diese Eigenschaften in ungleich geringerem Grade. Einen formlosen Contract abschließen kannemand, auch wenn er die Rechtsgrundätze, die bei ihm zur Anwendung gelangen, nicht kennt, in den Worten sich vergreift; das Recht und der Richter kommen ihm zu Hilfe. Aber einen formellen Contract kann nur derjenige abschließen, der die Form weiß und zu handhaben versteht, der etwaige Mangel derselben wird nicht supplirt. Darum ist die Lage eines Unkundigen oder Unvorsichtigen innerhalb eines formellen Rechts eine ungleich ungünstigere als innerhalb eines formlosen. Im verstärkten Maße gilt dies da, wo er einem Kun-

digen gegenüber steht, der von seiner Unkenntniß oder Arglosigkeit Gebrauch machen will. Der ehrliche, aber geschäftsunkundige Mann ist gegenüber dem geriebenen und gewissenlosen Geschäftsmann in einem formellen Recht ungleich mehr im Nachtheil als in einem formlosen, denn wer die Form zu handhaben versteht, dreht dem Arglosen einen Strick daraus, und vorzugsweise für ein formelles Recht gilt der bekannte Ausspruch:⁶⁵⁵⁾ *jura vigilantibus scripta sunt.*

Die Momente, nach denen sich der Grad der Gefährlichkeit der Form bestimmt, liegen theils in, theils außer ihr. Für letztere wird sich mir an einer anderen Stelle eine passendere Gelegenheit bieten (§. 3), ich beschränke mich hier auf erstere. Es sind ihrer drei, die ich der Kürze wegen bezeichnen will als das quantitative, das morphologische und das principielle Moment d. h. es sind maßgebend die Zahl der Formen, ihr äußerer Zuschnitt und der principielle Charakter der Bestimmungen über ihre Nothwendigkeit.

Rücksichtlich der Bedeutung des quantitativen Moments für die Leichtigkeit der Handhabung der Form darf ich auf S. 313 Bezug nehmen. Je kleiner die Zahl der Formen, je mehr einige wenige Grundformen durch das ganze Recht hindurch gehen, um so leichter die Kenntniß und Anwendung derselben, um so geringer die Gefährlichkeit ihres Gebrauchs.

Unter dem morphologischen Moment der Form verstehe ich die Gestaltung, Zusammensetzung, den Zuschnitt der Form, ob sie einfach oder complicirt, leicht, bequem oder schwerfällig ist, ob sie lediglich eine Thätigkeit der Partei oder auch die Mitwirkung anderer Personen z. B. der Obrigkeit, der Zeugen erfordert, ob sie im Sprechen, Schreiben, Handeln besteht, kurz die Elemente, aus denen die Form gebildet, und die Art, wie sie es ist. Einige Beispiele sollen den Einfluß dieses Moments veranschaulichen.

655) L. 24 i. f. *quae in fraud.* (42. 8).

Vergleichen wir die Form des römischen Testaments mit der der Stipulation. Erstere war weit complicirter als letztere, eben darum aber die Gefahr eines Formfehlers dort ungleich höher als hier. Aus je mehr Stücken eine Form zusammengesetzt ist, um so mehr Quellen von Formfehlern schließt sie in sich. Für die Stipulation war lediglich maßgebend das eine Stück derselben: die vage Frage des Gläubigers; die Antwort des Schuldners, möchte sie in wörtlicher Wiederholung der Form oder dem bloßen spondeo bestehen, hatte keine Schwierigkeit. Die Testamentsform hingegen erforderte Rogation der Zeugen, die familiae emtio, die nuncupatio, die Anwendung der richtigen Formeln für die einzelnen Bestimmungen, die richtige Reihenfolge der letzteren, die unitas actus. Ein unsäglicher Zeuge unter sieben, ein Missgriff in der Formel der Erbeseinführung, und das ganze Testament mit allen seinen Anordnungen war hinfällig. Bei der Stipulation genügte jede Art der Wortfassung in Frageform, und nur für gewisse Zwecke bedurfte es eines bestimmten Schlagwortes (spondeo, fidejubeo, fidepromitto u. a.).

Ein anderes ganz instructives Beispiel gewährt der Vergleich des Legisactionenprozesses mit dem Formularprozeß. Ersterer war ungleich gefährlicher als letzterer, und gerade dieser Umstand soll, wie Gajus⁶⁵⁶⁾ uns berichtet, seinen Untergang herbeigeführt haben. Auch im Formularprozeß blieb, wie es einmal im Wesen der Form begründet ist, ein Missgriff in der Form nicht ohne nachtheilige Folgen, allein der Zuschnitt dieser Prozeßform machte die Gefahr eines Formfehlers ungleich seltener. Denn im ältern Prozeß ward die Form gesprochen, im neuern geschrieben — man verspricht sich aber leichter als man sich verschreibt; und sodann fiel dies dort der Parthei, hier dem Prätor zu — eine Verschiedenheit, deren Bedeutsamkeit für unsern Gesichtspunkt ich nicht weiter auszuführen brauche. Dann endlich waren die Formeln dort bis ins Kleinste hinein unabänderlich fixirt — auch das Auslassen oder Vertauschen eines völlig gleich-

656) Gaj. IV §. 30.

gültigen Wortes enthielt einen Formfehler — hier hingegen waren sie elastisch, und nur die wirklich entscheidenden Worte gaben den Ausschlag.

Die Bedeutung des dritten obigen Moments: des *principiellen*, hoffe ich dem Leser am leichtesten zu veranschaulichen, indem ich ihm ein Beispiel aus einem neuern Gesetzbuch mittheile. Die Bestimmungen des preußischen Landrechts über die schriftliche Abfassung der Verträge⁶⁵⁷⁾ gewähren ein Muster dafür, wie derartige Bestimmungen nicht sein sollen. Das Gesetz erfordert diese Form bei allen Verträgen, deren Gegenstand über 50 Rl. beträgt, durchbricht jedoch die Regel nach zwei Seiten hin, denn einmal soll es in fünf Fällen der Form schlechthin nicht, andererseits aber umgekehrt in zwölf Fällen derselben selbst dann bedürfen, wenn das Object jene Summe nicht erreicht, welche Anordnung aber zum Theil wiederum verschiedene Modificationen und Restrictionen erleidet.⁶⁵⁸⁾ Schon das bloße Behalten dieser

657) Die Belege zu dem Folgenden s. bei Bornemann Erörterungen im Gebiet des preuß. Rechts Heft 1. Berlin 1855. S. 144 ff. Auch das englische Recht würde sich haben benutzen lassen, man sehe z. B. Gundemann, Engl. Privatrecht I S. 226, 227, 230, 240, 242, 270.

658) S. folgende Beispiele bei Bornemann S. 168: „Die Realverträge über bewegliche Sachen bedürfen keiner schriftlichen Form, wenn nur das Rechtsverhältniß, welches nach den Gesetzen durch das Hingeben der Sache begründet wird, eintreten soll; Verabredungen über Nebenverpflichtungen müssen dagegen schriftlich festgestellt werden.“ S. 151: „Verträge, wodurchemand zu fortdauernden oder auf unbestimmte Zeit versprochenen wiederkehrenden persönlichen Leistungen verpflichtet wird, bedürfen schlechthin der Form, jedoch sind ausgenommen die Mietverträge mit gemeinem Gesinde, bei welchem das Nehmen und Geben des Mietgeldes die Stelle des schriftlichen Vertrages vertritt. Dagegen müssen Mietverträge mit Haus-
officianten immer schriftlich errichtet werden.“ S. 160: 7. „Pachtverträge über Landgüter. Ist der Pachtvertrag bloß mündlich geschlossen, so gilt er nur auf ein Jahr. 9. Verlagsverträge. Ist der Vertrag nicht schriftlich errichtet, die Handschrift jedoch vom Schriftsteller abgeliefert worden, so gilt die mündliche Verabredung zwar in Ausnehmung des Honorars, in allen übrigen Stücken aber sind die Verhältnisse beider Theile lediglich nach den gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen.“ Siehe noch Fall 10 und 12 bei Bornemann

Bestimmungen würde eine Gedächtnisanstrengung erfordern, die man kaum von einem Andern als dem Juristen erwarten dürfte, und ich würde unbedenklich dies Thema zu den schweifreibenden Fragen des juristischen Examens zählen. Und dieses wüste Conglomerat zusammenhangs- und principloser Verordnungen soll der Bürger und Bauer zum jederzeitigen Gebrauch bei der Hand haben? Fürs Volk eine Regel, die nach der einen Seite ein Dutzend, nach der andern beinah ein halbes Dutzend Ausnahmen erleidet? Und nun gar die Schwierigkeiten, die mit der Anwendung dieser Bestimmungen verbunden sind. Man muß erst taxiren, ob die Sache über oder unter 50 M. werth ist, man muß wissen, ob die bei einem Realcontract beliebten Bestimmungen eine Abweichung von dem gesetzlichen Typus des Geschäfts enthalten oder nicht, was unter Hausoffizianten zu verstehen ist (Gouvernante, Gesellschafterin, Inspector, Hausarzt?), was unter gewagten Geschäften u. s. w. Derartige Bestimmungen sind Fallstricke und Fühangeln, vom Gesetzgeber dem Verkehr gelegt, ungesunde Producte der Studierstube, die dem Volk ewig fremd bleiben müssen. Denn in s Volk bringt nur, was aus dem Volk hätte hervorgehen können.

Es wird jetzt ein Leichtes sein, auf Grund dieser Exemplification den Begriff unseres dritten Moments zu bestimmen. Dasselbe betrifft die innere Gestaltung des Formenwesens, die Frage nämlich, inwieweit die Bestimmungen über die Nothwendigkeit der Form principieller, oder casuistischer und sporadischer Natur sind, ob sie den Charakter der Einheit und Consequenz oder den der Zerrissenheit und Willkür an sich tragen. Die höchste Entfaltung dieses und zugleich des zweiten Moments und die innigste gemeinsame Durchdringung beider betätigte sich im altrömischen Recht an der Harmonie oder ich

S. 160, 161 Schenkungen endlich bedürfen noch einer besondern Form, der gerichtlichen Abschließung. In der That ist dies völlig principlose Schwanken und Schaukeln zwischen Form und Formlosigkeit ganz geeignet das Gefühl des Schwindels und der Seefrankheit zu erregen.

will lieber sagen: dem Parallelismus der Formen und Begriffe, darin nämlich, daß die Form sich den inneren Unterschieden des materiellen Rechts anschmiege, so daß also die Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte nicht bloß in der Verschiedenheit der Formen sich fand gab, sondern daß die innere Eigenthümlichkeit des oder der mit einer besondern Form ausgestatteten Rechtsgeschäfte in dem morphologischen Moment der Form sich abspiegelte und ausprägte. Es erhob sich hier das bloß stoffliche Element der Form zur Höhe einer juristischen Kunstschöpfung. Man vergleiche einmal die Form der Stipulation, der Mancipation, der Abtretung vor Gericht (in jure cessio) und des Testaments. Die Form der ersten war die der Frage (spondesne, dabisne u. s. w.). Eine Frage aber ist die Form der Beziehung, sie wird gerichtet an eine bestimmte Person, sie ist daher ganz angemessen für das relative Verhältniß der Obligation; die innere Nothwendigkeit einer gegenüber stehenden Person ist durch die Form selbst äußerlich angedeutet. Die Form des zweiten und dritten Rechtsgeschäfts war die der Assertion, der Behauptung (Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra Gaj. I 119. — hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo Gaj. II 24); ebenfalls höchst bezeichnend. Denn die absolute Natur der in ihnen auftretenden Rechte findet in dem absoluten Charakter der Form ihren Ausdruck. Eine Behauptung ist unabhängig von der Beziehung zu einer bestimmten Person. Oder mit andern Worten die Stipulation und die durch sie begründete Klage war concipirt in personam, die Formel der beiden andern Rechtsgeschäfte und die auf sie sich stützende Klage in rem. Die Form des vierten Rechtsgeschäfts war die eines Befehls (heres esto, heredem esse jubeo Gaj. II 117. damnas esto, ibid. §. 201, sumito §. 193, statt der letzteren auch do lego). Wiederum ganz treffend. Einmal in historischer Beziehung: als Reminiszenz an die ursprüngliche Gesetzesform der Testamente, sodann in dogmatischer Beziehung: als Ausdruck des in dem Testamente sich

verwirklichenden eigenthümlichen Rechts der Autonomie (wovon an anderer Stelle). Die Stipulation beschränkte ihre Wirkungen auf die handelnden Personen, die drei andern konnten dieselben möglicherweise auf andere ausdehnen. Auch dieser Unterschied erhielt seine morphologische Signatur; und zwar darin, daß dort die handelnden Personen für sich allein blieben, hier aber dritte Personen (Zeugen, Prätor) zugezogen wurden. Ein anderes Beispiel für die obige Behauptung gewährt die innere Dekonominie der Testamente (§. 47^b).

Der zweite Uebelstand der Form besteht in ihrer Unbequemlichkeit. Das bequeme Sichgehenlassen des Willens, wie die Formlosigkeit es verstattet, ist durch die Form unmöglich gemacht, denn es bedarf außer dem bloßen Wollen noch eines besonderen Ansatzes, eines eignen Altes des Bewußtseins und der That, um der Form ein Genüge zu leisten. Dazu gesellt sich sodann ferner der hemmende Einfluß gewisser anderer Umstände. Der Stempel des Geschäftlichen, den die Form an der Stirn trägt, macht die vom Recht begehrte Anwendung derselben in manchen Lebenslagen äußerst schwer; die sozialen Formen legen nicht selten gegen die juristische Form ein Veto ein. Wer könnte überall, wo eine Verabredung getroffen wird, mit der juristischen Form hineinfahren, wer sich jedes Anerbieten oder Versprechen schwarz auf weiß geben lassen? ⁶⁵⁹⁾ Ein solches Verfahren würde nicht bloß in manchen Verhältnissen eine Verletzung aller Rücksichten des Anstandes und der Sitte, eine grobe Taktlosigkeit, sondern nicht selten durch das in ihr sich äußernde Miß-

659) Auf der billigen Erwägung dieses Umstandes beruht vielleicht die Exemption der Schenkung von der Stipulationsform im justinianischen Recht, die sonst auf den ersten Blick etwas Befremdendes hat. Die Offerte eines Contractus rechtfertigt eine geschäftsmäßige Behandlung derselben von der andern Seite, nicht so aber das Versprechen einer Schenkung. Hängt hiermit auch die datis dictio des ältern Rechts zusammen? Schwerlich, aber meiner Ansicht nach entschieden die Formlosigkeit der promissio datis im neuern Recht, die man ohne Grund und ohne Noth zu einer pollicitatio erhoben hat.

trauen eine schwere Beleidigung des andern Theils enthalten. In Wirklichkeit erreicht die Form hier den gerade entgegengesetzten Erfolg von dem, den sie bezieht, denn anstatt die Sicherheit des Contrahirens zu erhöhen, schließt sie dieselbe gänzlich aus, verweist den Handelnden von dem festen Boden des Rechts auf den unsichern des persönlichen Vertrauens.

Das bisher Gesagte gilt für jede Form, wie immerhin sie auch beschaffen sei. Es ist aber begreiflich, daß gerade für die hier zur Betrachtung stehende Eigenschaft der Form die besondere Beschaffenheit derselben von entscheidendem Einfluß sein muß. Ich will dies an einigen Beispielen nachweisen.

Jede besondere Form hat ihre eigenthümlichen Inconvenienzen. Ist nämlicher Abschluß unter den Partheien vorgeschrieben, wie z. B. für die Stipulation und die meisten römischen Rechtsgeschäfte, so ist damit das Contrahiren unter Abwesenenden abgeschnitten, man muß zu dem Zweck erst eine Reise machen oder Mittelspersonen benutzen, und der Strenge nach ist der Taube und Stumme von der Benutzung dieser Form ausgeschlossen, eine Consequenz, die das römische Recht in der That sich gefallen ließ. Ist schriftliche Absfassung bestimmt, wie durch das obige preußische Gesetz, so ist umgekehrt vielfach das Contrahiren unter Anwesenden erschwert, denn wer führt, wie Shylock, überall Papier, Tinte und Feder im Gürtel mit sich? Der preußische Gesetzgeber verlegt das Contrahiren von dem Markt und der Straße auf die Stube und den Schreibtisch, das römische Recht umgekehrt von letzteren auf jene — beides für sie und ihre Zeit gleich charakteristisch. Ist Errichtung vor Zeugen, vor Gericht oder vor dem Notar vorgeschrieben, so muß man, um zu contrahiren, erst die Zeugen suchen, sich vor Gericht oder zum Notar verfügen. Wie nun, wenn die Zeugen nicht zu haben sind, wie z. B. in einsamer Gegend oder bei einer herrschenden Epidemie die 7 Testamentszeugen? ⁶⁶⁰⁾ Wie, wenn die Gerichtsstätte

660) Hierauf beruhen zwei Formen der erleichterten Testamentserrichtung: das testamentum ruri und tempore pestis conditum. Die Ge-

weit entfernt,⁶⁶¹⁾ oder die Umstände zum sofortigen Abschluß drängen, und Richter und Notar nicht sofort zu haben sind, oder der Vertrag die Kosten nicht trägt? Man sieht, daß jede Form, wie sie auch sei, ihre eigenthümlichen Nachtheile hat, durch die sich der Verkehr mehr oder minder beeinträchtigen muß.

Die unvermeidliche Folge davon ist, daß er sich in dringlichen Fällen der Form ent-schlägt, ein *unformliches* (d. h. im Gegensatz zum *formlosen* als dem der Form nicht bedürftigen: ein der Form an sich bedürftiges, aber ihrer ermangelndes) Rechtsgeschäft abschließt. Eine *rechtl. Wirkung* hat dasselbe nicht, seine Wirkung ist ausschließlich auf den guten Willen des Verpflichteten, auf seine Scheu vor der öffentlichen Meinung, seine Gewissenhaftigkeit, Redlichkeit, Zuverlässigkeit, kurz auf die *bona fides* gestellt. Diese Flucht des Verkehrs vor der lästigen Form wiederholt sich überall, und zwar meine ich damit nicht etwa die Thatsache, daß hie und da die Form versäumt wird, sondern eine förmlich zur Regel und zur Gewohnheit des Verkehrs gewordene Nichtbeachtung der Form. So in Rom, wie seiner Zeit ausgeführt werden soll, so auch in unserm heutigen Verkehr, z. B. in den Ländern des preußischen Rechts.⁶⁶²⁾ Das System der Verträge der *bona fides* im altrömischen Sinn d. h. des lediglich auf Treu und Glauben basirten Ver-

stalt des Soldatentestaments hängt nur zum Theil damit zusammen, wohl aber das Auftreten und die Zulassung der *Fideicommissa*.

661) Hierin lag eine der Ursachen der uns förmlichen Rechtsgeschäfte der Römer in Fällen, in denen es der in *jure cessio* d. h. für Entfernte einer Reise nach Rom bedurfte, z. B. der uns förmlichen Freilassung. Die beschränkte Anerkennung, die der Prätor der letzteren gewährte, war nur eine billige Be-rücksichtigung der in der Form gelegenen Inconvenienz, ähnlich wie in Ann. 659 und 660. Daz noch andere Motive mitwirkten, werden wir im dritten System zeigen.

662) So weiß ich z. B. aus meinem Vaterlande Ostfriesland, in dem das preußische Landrecht gilt, daß der ganze Marktverkehr beim Getreide-, Butter-, Viehhandel sich über das Erforderniß der schriftlichen Abschaffung der Verträge hinwegsetzt.

Lehrs ist ein Product und Complement des Formalismus; der Formalismus treibt selber seine eigne Negation aus sich hervor.

So wiederholt sich also hier der bereits oben constatirte Widerspruch der Form mit sich selbst und ihrem eignen Zweck. Bestimmt, dem Verkehr einen höhern Grad der Sicherheit zu gewähren, veranlaßt sie ihn umgekehrt, auf alle und jede rechtliche Sicherheit Verzicht zu leisten, eine bequeme Unsicherheit einer unbequemen Sicherheit vorzuziehen. Man könnte es als eine Selbstanklage des Formalismus, als das Eingeständniß seiner mangelnden absoluten Durchführbarkeit bezeichnen.

Die beiden genannten Eigenschaften der Gefährlichkeit und Unbequemlichkeit sind solche, die man meiner Ansicht nach mit Recht dem Formalismus zum Vorwurf machen kann. Nicht so verhält es sich mit einem Vorwurf anderer Art. Er betrifft die ethische Seite desselben. Derselbe ist zwar meines Wissens noch von Niemanden bestimmt formulirt und ausgeführt — seine Ausführung würde zugleich seine Widerlegung gewesen sein — allein die ihm zu Grunde liegende Vorstellung hat sich doch in manchen Spuren und Anklängen vielfach geäußert, und für unklare Köpfe besitzt sie einen gewissen Reiz und Schein. Sie ist namentlich befördert und unterstützt durch eine historische Annahme, die nicht minder irrig ist als sie selber, nämlich daß das germanische Recht von jeher dem Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge gehuldigt habe.⁶⁶³⁾ Wenn man dafür früher wohl das Sprüchwort: ein

663) Der Versuch von Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, diese Behauptung zu beweisen, hat mich nicht überzeugt, s. dagegen Siegel Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, B. I S. 39 fl. Derselbe unterscheidet zwischen läugnbarer und unläugnbarer Schulden. Der Anspruch aus einem formlosen Vertrag konnte durch den bloßen Eid des Beklagten beseitigt werden, zur Vollen Wirkung des Vertrages d. h. damit die Schuld eine unläugnbar sei, verlangt auch das germanische Recht eine Form. Der Gegensatz erinnert an den römischen des Legats und des fideicommissum heredi praesenti injunctum. C. A. Schmidt, Der princip. Unterschied zwischen dem röm. und germ. Recht ist so glücklich auch hier wie-

Mannein Wort in Bezug genommen, so haben neuere Untersuchungen⁶⁶⁴⁾ nachgewiesen, daß dasselbe mit der Frage von der bindenden Kraft formloser Verträge gar nichts gemein hatte, sich vielmehr lediglich auf den Prozeß bezog und für ihn den Grundsatz aufstellte, daß die Partei an ihre Behauptungen und Zugeständnisse vor Gericht gebunden war. Aber die Frage, welche Unterstützung das deutsche Recht der ethischen Verurtheilung des Formalismus gewähren könne, ganz dahingestellt — es scheint einer solchen Unterstützung gar nicht zu bedürfen.

Welche Missachtung des sittlichen Gefühls von Seiten des Rechts, kann man sagen, das gegebene Wort wegen des geringsten Formfehlers für unverbindlich zu erklären, den schreiendsten Missbrauch des Vertrauens, ich sage nicht einmal ungestraft, sondern selbst ungerügt zu lassen, ja den Richter zu verpflichten, dazu nöthigenfalls seinen Arm zu leihen und der Schlechtigkeit und dem Betruge innerhalb der Form einen sichern Schlupfwinkel zu eröffnen! Welchen verderblichen Einfluß muß der tägliche Anblick dieses Schauspiels auf das Rechtsgefühl des Volkes ausüben. Heißt nicht die Stimme desselben zum Schweigen bringen: dasselbe abstödten, heißt nicht die Form als das allein Entscheidende hinstellen: das Fundament allen Verkehrs, die Treue, untergraben?

Was ist darauf zu antworten? Zunächst und vor allem, daß diese ganze Anklage von einer totalen Verkennung der eigenthüm-

verum sein Ideal von Sittlichkeit im deutschen Recht verwirklicht zu finden. „Das germanische Vertragsrecht, sagt er S. 251, ist ganz einfach auf die Vorschrift des Sittengesetzes gegründet, daß Verträge gehalten werden müssen.“ Anders dachte der alte Möser (S. Ann. 666) darüber, und sein Urtheil wiegt um so schwerer, als er eine durch und durch praktische und kernhaft deutsche Natur war. „Der Narr, sagt er in nicht sehr höflicher Weise, der zuerst das Sprichwort: ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort so ausgelegt hat, daß ein ehrlicher Mann sein erstes Wort nicht widerrufen könne, hat mehr Unglück angestiftet als man glauben sollte.“

664) Siegel, Die Erholung und Wandlung im gerichtlichen Verfahren (Sitzungsberichte der Wiener Akademie B. 42 S. 201 ss.; auch als Separatabdruck erschienen, Wien 1863).

lichen Aufgabe des Rechts gegenüber der der Moral zeugen würde — ein Fehler, der freilich häufiger (und nicht bloß bei dieser Frage) begangen wird, als man es erwarten sollte, den es aber hier nicht der Ort ist zu widerlegen. Oder soll das Recht etwa jede moralische Verpflichtung zugleich zur rechtlichen erheben? Nun wohl an: höher als das Wort steht doch jedenfalls der Eid, und dieselben ethischen Gründe, aus denen man vom Gesetzgeber begehrn könnte, daß er das formlose Versprechen für erzwingbar erkläre, würden noch in verstärktem Maße für das eidliche Versprechen in die Wagschale geworfen werden können. Das kanonische Recht hat denn auch die Erzwingbarkeit desselben festgesetzt und gerade damit ein lehrreiches Beispiel dafür geliefert, wohin es führt, wenn der Gesetzgeber moralische Anforderungen zu rechtlichen erhebt. Durch jene Bestimmung nämlich ward der Eid zu einem Mittel, um die heilsamsten Bestimmungen des Rechts zu vereiteln. Alle Schutzmaßregeln, die das Recht für das Subject getroffen hatte, ließen sich mittelst des Eides beseitigen (z. B. Verbot des Zinswuchers, des Zwanges, Betruges, das SC. Macedonianum, Vellejanum), und hätte nicht das kanonische Recht eine Art von Taschenspielerkunst angewandt (indem es bei erzwungenen, wucherischen u. a. Contracten zuerst den Schuldner zur Erfüllung, sodann aber den Gläubiger zur sofortigen Rückgabe des Erhaltenen zwang), der Erfolg der ganzen Bestimmung wäre vorzugsweise Wucherern und Betrügern zu gute gekommen. Unsere Partikulargesetze in Deutschland haben jene Bestimmung nach und nach fast überall aufgehoben; hat dadurch der sittliche Geist im Volk Schaden erlitten? Umgekehrt äußert sich gerade bei denjenigen Verhältnissen, die der Gesetzgeber sich selbst überläßt, das sittliche Gefühl des Volks regelmäßig am empfindlichsten, gleich als müßte es sich ihrer bei ihrer rechtlichen Hülfs- und Schutzlosigkeit in verdoppeltem Maße annehmen. ^{664a)}

664a) Einen Beleg dafür wird uns der Verlauf der Darstellung (B. 3 Abth. 2) an den flaglosen Verhältnissen des ältern Rechts bringen.

Ich muß sodann noch auf eine andere Seite des Verhältnisses aufmerksam machen. Enthielt es schlechthin eine Unredlichkeit, wenn ein Römer ein von ihm in unförmlicher Weise abgeschlossenes Geschäft (z. B. Tradition einer *res mancipi*, Versprechen ohne *Stipulationsform*) nicht als verbindlich anerkannte? Man geht dabei unwillkürlich von der Supposition aus, daß es in seiner Absicht gelegen habe, sich wirklich juristisch zu binden, und daß nur aus Nachlässigkeit die erforderliche Form verabsäumt worden sei. Allein es war auch der entgegengesetzte Fall möglich, daß nämlich die Unterlassung der Form in der Absicht juristisch gar nicht gebunden zu sein, ihren Grund hatte, und ich glaube, es ist keine zu kühne Annahme, wenn man für die ältere Zeit gerade diesen Fall als die Regel, den andern aber als Ausnahme setzt. Wenn die Anwendung einer einem jeden Römer so geläufigen Form, wie der *Stipulation*, *Mancipation* u. s. w., unter Verhältnissen unterblieb, die derselben kein Hinderniß entgegensezten, so hieß dies nichts anders, als daß nach über einstimmender Absicht der Parteien das Rechtsgeschäft keinerlei rechtliche Wirkung haben, es vielmehr in das Belieben der Partei gestellt sein sollte, davon abzugehen. Was wir erst durch eine ausdrückliche Verwahrung erreichen müssen, nämlich daß die Verabredung zunächst für uns noch keine bindende Kraft haben solle, lag dort bereits stillschweigend in der Nichtanwendung der Form. Tradition einer *res mancipi* bedeutete für den römischen Verkehr, was im heutigen Recht der Vorbehalt des Eigenthums (das s. g. *pactum reservati dominii*), die unförmliche Freilassung eines Sklaven war so viel als Ertheilung der Freiheit mit Vorbehalt des Widerrufs, das *pactum* stand auf einer Linie mit unsren heutigen Tractaten. Die Urgirung des Mangels der Form enthielt in allen diesen Fällen keine Treulosigkeit, sondern die Geltendmachung des von Anfang an Gewollten.

2. Vortheile der Form.

Wir haben bei der Darstellung derselben zwei Arten genau von einander zu unterscheiden, nämlich diejenigen, die in der Form als solcher gelegen sind, sich mithin bei allen formellen Geschäften wiederholen (allgemeine) und diejenigen, die auf dem morphologischen Element der einzelnen Form beruhen, ihr also eigenthümlich sind — (besondere Vortheile). Um jene klar zu machen, bin ich genöthigt etwas weiter auszuholen.

Die Entscheidung eines Rechtsstreites besteht in der Anwendung des abstracten Rechts auf das concrete Verhältniß. Die Schwierigkeiten derselben können entweder in dem abstracten Recht gelegen sein, darin nämlich daß die Bestimmungen desselben, die zur Anwendung kommen, an Unklarheit, Unbestimmtheit leiden u. s. w. oder in dem concreten Verhältniß, sei es in der Zweifelhaftigkeit des rein factischen Vorganges (Beweisfrage), sei es in der Unbestimmtheit seines juristischen Charakters (Subsumtion, Diagnose). An den Schwierigkeiten der zuletzt genannten (dritten) Art bewährt sich der allgemeine Nutzen der Form; denen der zweiten Art kann sie ebenfalls begegnen, wenn sie nämlich darnach eingerichtet ist (Errichtung des Geschäfts vor der Obrigkeit, Zeugen u. s. w.), allein sie braucht es nicht, dieser Vortheil gehört also zur Classe der besonderen.

Jene Schwierigkeiten sind in den meisten Fällen durch die Partei selber verschuldet; die objective Zweifelhaftigkeit, Unklarheit des Rechtsgeschäfts ist regelmäßig nur die Folge der subjectiven Unklarheit, sei es des Denkens und Wollens oder des Sprechens. Der Handelnde wollte z. B. dem Gegner nur den Gebrauch einer Servitut (precaria juris possessio) einräumen, aber er hat sich so ausgedrückt, als wolle er ihm die Servitut selbst gewähren, oder er war sich dieses rechtlichen Unterschiedes und der Notwendigkeit der Entscheidung für die eine oder andere Möglichkeit gar nicht bewußt, sein Wille oscillirte, so zu sagen, in aller Unbefangenheit zwischen beiden in der Mitte.

Diese doppelte Unklarheit und in ihr eine der reichsten Quellen der Processe völlig auszuschließen, liegt nun zwar außerhalb der Macht des Rechts. Aber viel, sehr viel kann immerhin zu diesem Zweck geschehen theils durch freie Thätigkeit des Verkehrs (Benutzung stehender Formulare, Beziehung von Juristen) theils durch das Recht, und das Mittel das sich ihm dazu bietet, ist der Formalismus.^{664b)}

Die Form ist für die Rechtsgeschäfte, was das Gepräge für die Münzen. Wie das Gepräge uns die Prüfung des Metallgehaltes und des Gewichtes, kurz des Werthes der Münze erspart, eine Prüfung, der wir bei ungeprägtem Metall, wenn es zur Zahlung verwandt werden sollte, uns nicht entziehen könnten, so überhebt die Form den Richter der Mühe der Untersuchung, ob ein Rechtsgeschäft beabsichtigt ist, und wenn für verschiedene Rechtsgeschäfte verschiedene Formen festgesetzt sind, auch der Untersuchung, welches beabsichtigt ist. Im System der Formlosigkeit können beide Fragen mit der größten Schwierigkeit verknüpft sein. Die erste. Denn so sehr immerhin im Begriff das Rechtsgeschäft von den vorbereitenden Handlungen, das wirkliche Sichbinden des Willens von der bloßen Ankündigung der vorhandenen Geneigtheit zum Binden, die Befähigung, Ausführung eines Entschlusses von der bloßen Mittheilung über das innerliche Vorhandensein desselben unterschieden ist, so sehr vermischen sich häufig die Gränzen in dem concreten Fall. „Ich

664b) Der praktische Sinn hat dies zu allen Zeiten und bei allen Völkern richtig herausgefühlt, so z. B. beim Volke Israel, Micaelis Mosaisches Recht II §. 81 (Verkauf, Tausch, Schenkung im Thor, auch wohl durch Ausziehung des Schuhs), bei den Türken, von Tornauw, Moslemitisches Recht S. 67 „Sigheh, die mündliche Verbindlichkeitserklärung, besteht in gewissen für jeden Vertrag besonders festgesetzten Ausdrücken und wird bei der definitiven Uebereinkunft und Abschließung des Vertrages ausgesprochen. Mit der Erklärung der Sigheh ist die mündliche Verhandlung bei Eingehung der Verträge abgeschlossen;“ specielle Beispiele dafür S. 87 dasselbst (Kauf), S. 105 (Darlehn).

will Dir legiren, verkaufen, schenken" kann heißen: 1. ich thue es hiermit, oder 2. ich mache mich verbindlich es demnächst zu thun, oder 3. ich habe die Absicht, wovon ich Dich in Kenntniß setze, aber in nicht anderer Weise und mit nicht anderer Wirkung, als von irgend einem anderen Gedanken, der in meiner Seele auftaucht d. h. ich will nicht gebunden sein. Angenommen nun, daß leßtwillige Verfügungen keiner Form bedürften: welche endlose Menge von Processen würde sich über den Sinn derartiger im Leben durchaus nicht seltener Mittheilungen erheben. Im System des Formalismus ist die Neußerung der Absicht des Wollens durchaus ungefährlich, sie läuft nie Gefahr mit dem Wollen selbst verwechselt zu werden, im System der Formlosigkeit hingegen droht stets die Gefahr, sowohl die Absicht mit dem Willen als den Willen mit der Absicht zu verwechseln.

So dient also die Form zunächst als Stempel des fertigen juristischen Willens.⁶⁶⁵⁾ Wie sie hier nun das Juristische vom Nichtjuristischen, so kann sie zweitens auch ersteres unter sich abgrenzen d. h. den Gegensatz zwischen den einzelnen rechtlichen Geschäften signalisiren. Ich will dies an dem obigen Beispiel der Servitut nachweisen. Die dem Richter vorgelegten Verhandlungen zwischen zwei Partheien über die angebliche Bestellung einer Servitut können ihn zwischen vier verschiedenen Annahmen schwanken lassen: 1. die Servitut ist bestellt (Dingliches Rechtsgeschäft), 2. sie ist bloß versprochen (Obligation), 3. es ist bloß die widerrufliche Benutzung eingeräumt (Pecarium), 4. es ist bloß die Absicht, die Geneigtheit zur demnächstigen Einräumung derselben ausgesprochen. Für den römischen Richter bot die

665) Savigny System III S. 238: „Ein Entschluß, sagt er, über wichtige Dinge kommt selten mit einemmal zur Reife; es pflegt ihm ein Zustand der Unentschiedenheit vorauszugehen, worin die Übergänge allmählig und unmerklich sind, und dessen Unterscheidung von dem vollendeten Wollen eben so schwierig sein kann, als sie für den später urtheilenden Richter unentbehrlich ist. Hier dient nun die Form als untrügliches Kennzeichen des reifen Entschlusses.“

Frage kaum eine Schwierigkeit, denn für den ersten Zweck bedurfte es der Mancipation oder der Abtretung vor Gericht, für den zweiten der Stipulation, fehlte es an jeder Form, so konnte nur der dritte oder vierte Fall vorliegen. Gerade für die beiden letzten Fälle war der Mangel eines äußern Unterscheidungsmerkmals völlig gleichgültig, denn in beiden Fällen war alles auf den guten Willen des Concedenten gestellt, der Gegner hatte keine Klage, der Richter ihn also hier wie dort schlechthin abzuweisen. Für unsren heutigen Richter kann unter Umständen die Frage, ob eine im Testament bedachte Person nach Absicht des Erblassers Legatar oder Erbe sein soll, große Schwierigkeiten haben, für den römischen Richter waren dieselben durch die verschiedene Form der Erbeseinsetzung und der Legate völlig abgeschnitten.^{665a)}

Der Nutzen der Form besteht also dem bisherigen nach in der Erleichterung und Sicherung der Diagnose — ein Gewinn, der scheinbar und zunächst nur dem Richter, in der That und schließlich aber der Parthei selbst und dem Verkehr zu gute kommt. Denn wie unter der Schwierigkeit und Unsicherheit der pathologischen Diagnose weniger der Arzt als der Patient, so leidet unter der der juristischen weniger der Richter als die Parthei. Jene Erleichterung für den Richter aber muß der Verkehr mit einem Opfer von seiner Seite erkaufen, die Mühe und Arbeit des Richters und der Partheien stehen hier im entgegengesetzten Verhältniß. Im Formalismus hat es der Richter bequem, die Parthei unbequem, im System der Formlosigkeit umgekehrt die Parthei bequem, der Richter unbequem.

Zu diesem ersten allgemeinen Vortheil der Form gesellt sich ein zweiter, der unmittelbar in der Person der Parthei selbst wirksam wird. „Für das Gedeihen des Rechtsverkehrs“, sagt Savigny,⁶⁶⁶⁾ ist es wünschenswerth, daß Verträge nicht über-

665a) Ein anderes Beispiel aus dem heutigen Recht gewährt der Mangel eines formellen Unterscheidungsmerkmals zwischen dem Erbvertrag und dem wechselseitigen Testamente.

666) Obl. Recht II S. 217. Diesen Gesichtspunkt hatte bereits Möser

eilt, sondern in besonnener Ueberlegung der daraus entspringenden Folgen geschlossen werden. Die Natur des formellen Vertrags (wie der römischen Stipulation) führt dahin, die besonnene Ueberlegung zu wecken, also jenen wünschenswerthen Zustand zu befördern.“ Bei solchen Formen, die mit einem gewissen Aufschub verbunden sind, wie z. B. gerichtliche Errichtung oder Insinuation ist dies unzweifelhaft richtig, für die Stipulation könnte man geneigt sein es zu bestreiten, weil der mit ihr verknüpfte Aufenthalt viel zu kurz war, um dem, der in Aufregung oder Ueberreilung etwas versprochen hatte, Zeit zu lassen sich zu beruhigen und zu besinnen; die Stipulation war ein Moment, weniger als eine Minute. Allein es würde verkehrt sein, jenen heilsamen Einfluß der Form lediglich in dem durch sie veranlaßten Aufschub finden zu wollen. Er liegt vielmehr in ihr selbst, in der Vorstellung des Geschäftlichen, rechtlich Gebundenen u. s. w., die sich mit ihr verknüpft, darin daß sie diejenige Stimmung in dem Handelnden hervorruft, in der sich jeder beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts befinden soll, die geschäftsmäßige. Für das römische Ohr war das kleine Wörtchen spondesne, sobald es im Lauf des Gesprächs ertönte, eine Benachrichtigung, daß die Unterhaltung, wenn sie bis dahin einen andern Charakter an sich trug, fortan einen geschäftsmäßigen Charakter annahm, ein Signal für einen Akt von rechtlicher Natur und Bedeutung. Wer im Flusß der Rede Zusicherungen ertheilt hatte, mußte stützig werden, sowie der Gegner ihn beim Wort nehmen und die Sache rechtlich fest (das ist die Bedeutung von stipulari) machen wollte; mit dem spondesne trat an ihn die Nöthigung heran, sich über die Natur der von ihm gemachten Neußerungen klar zu werden, sich den Inhalt, die Tragweite und die Folgen der proponirten Stipulation zu vergegenwärtigen. Jenes Wörtchen hatte also den unschätzbaren Werth ein Wecker des juristischen Bewußtseins zu sein.

patriot. Phantas. Bd. 2. XXIV (Berlin 1778) S. 121 fl. in seiner launigen, aber höchst treffenden Weise hervorgehoben.

Wie manche Zusicherungen, Versprechungen u. s. w. werden heutzutage ertheilt, bei denen der Redende, so ernstlich er auch gesonnen ist sie zu halten, sich doch die Möglichkeit einer demnächstigen zwangsweisen Geltendmachung derselben von Seiten des Gegners gar nicht vergegenwärtigt, und bei denen, trate ihm die Hinweisung darauf durch das Ansinnen einer formellen Bestätigung derselben sofort entgegen, er die Uebernahme einer rechtlichen Haftung entschieden verweigern würde. Erst die Klage bringt ihn zum Nachdenken und die Entscheidung einer Frage, die rechtzeitig aufgeworfen ihn ein einziges Wort gefosst hätte, bildet den Gegenstand eines höchst zweifelhaften Streites. Schließt der Formalismus die Gefahr in sich, daßemand, der wirklich die Absicht hatte, sich juristisch zu binden, wegen eines Formfehlers frei gesprochen wird, so das System der Formlosigkeit die entgegengesetzte daßemand, der nicht diese Absicht hatte, verurtheilt wird; daß die letztere Gefahr ungleich größer ist, wird Niemand bezweifeln.

Ich wende mich jetzt den besonderen Vortheilen der Form zu. Ich verstehe darunter, wie oben bemerkt, diejenigen, die auf der besonderen Gestaltung der Form (z. B. der Schriftlichkeit, Offentlichkeit) beruhen. Bei einer Einführung der Form auf legislativem Wege (wie im späteren römischen Recht der instrumenta publica vel quasi publica, der Insinuation, im preußischen Recht der schriftlichen Aufzeichnung) bilden vorzugsweise sie das Ziel, welches der Gesetzgeber im Auge hatte, und das ihn veranlaßte, der Form gerade diesen bestimmten Zuschnitt zu geben. Ich will die gangbareren Formen in dieser Rücksicht einer Prüfung und Vergleichung unterwerfen.

Es ist ein Vorzug der schriftlichen Aufzeichnung des Rechtsgeschäfts vor der mündlichen Errichtung, daß sie den demnächstigen Beweis desselben sichert. Die Buziehung von Zeugen gewährt einen ähnlichen Nutzen, aber die Fixirung des Rechtsgeschäfts in der Erinnerung ist theils eine minder genaue, als die durch die Schrift, denn sie erstreckt sich nur auf den Sinn,

nicht auf die Wortfassung, und doch kann gerade letztere unter Umständen von höchster Wichtigkeit sein; theils eine minder dauerhafte, denn sie ist abhängig von dem Erinnerungsvermögen und dem Leben der Zeugen; theils endlich ist sie bei solchen Rechtsgeschäften, die eine Menge detaillirter, schwer zu behaltender Bestimmungen, Zahlen u. s. w. enthalten, wie z. B. nicht selten die Testamente, von vornherein höchst ungeeignet. Einen andern folgenreichen Differenzpunkt zwischen beiden Formen bietet der Umstand dar, daß die eine die völlige Geheimhaltung des Rechtsgeschäfts möglich macht, die andere eine Mittheilung desselben an die Zeugen erfordert; ersteres wird mehr dem Interesse der Parthei, letzteres mehr dem dritter Personen und des Verkehrs entsprechen.⁶⁶⁷⁾ Beide Formen lassen sich übrigens auch verbinden wie z. B. in unserer heutigen Form der Errichtung vor Notar und Zeugen. Eine eigenthümliche Combination derselben enthält das schriftliche Privattestament des römischen Rechts, insofern es dem Testator verstattet, den Zeugen den Inhalt des Testaments vorzuenthalten. Die höchste Steigerung der schriftlichen Form besteht in der amtlichen Aufzeichnung (Eintragung in die Flur-, Lager-, Hypothekenbücher, Handelsregister, Aufnahme zu Protokoll), die des Zeugnisses in dem amtlichen Zeugniß (testam. in comitiis calatis, judici oblatum, in jure cessio, Insinuation).

Die allgemeinen Vortheile der Form beschränken sich auf diejenigen Personen, welche in unmittelbare Berührung mit dem Rechtsgeschäft treten: die Partheien und den Richter, die besonders erstrecken ihre Wirkungen ungleich weiter. Hervorhebung verdient in dieser Beziehung namentlich die Eigenschaft der Offentlichkeit der Form, vermöge welcher das Rechtsgeschäft zur allgemeinen Runde gelangt. Durch sie erhielten z. B. die Gläubiger eines Schuldners, der sich arrogiren lassen wollte,

667) Einen hierauf bezüglichen Gesichtspunkt in Betreff der mündlichen Errichtung des Testaments habe ich S. 140 hervorgehoben.

Gelegenheit, rechtzeitig ihre Ansprüche geltend zu machen, und erst als die Arrogationen nicht mehr vor der Volksversammlung vorgenommen wurden, und damit dieses in der Form gelegene Sicherungsmittel hinweggesunken war, bedurfte es für die Gläubiger eines eigenen selbständigen Schutzmittels (der in integrum restitutio propter capit is deminutionem). Einen ähnlichen Dienst leistete die alte Form der Testamentserrichtung vor versammelter Gemeinde (testamentum in comitiis calatis) den Verwandten des Testators.⁶⁶⁸⁾ Auch wer die von mir früher (B. 1 S. 145 fl.) aufgestellte Hypothese nichttheilt, daß das Volk in gleicher Weise wie über die Gesetze auch über die Testamente abgestimmt und mithin das Recht gehabt habe, unbillige, lieblose Testamente (inofficios) zu verwerfen, wird mir wenigstens darin bestimmen, daß die Publication des letzten Willens vor dem gesamten Volk factisch eine gewisse Garantie gegen einen schnöden Mißbrauch der Testirfreiheit gewährte. Denn sie setzte ihren Urheber noch bei seinen Lebzeiten der Kritik des öffentlichen Urtheils und dem Groll und der Verfolgung der in ihren Erwartungen getäuschten Verwandten aus. Als die heimliche Form der Testamente auf- und damit dieses Correctiv gegen jene Gefahr abkam, mußte der Ausfall in der Form auch hier auf dem Wege des materiellen Rechts gedeckt werden (querela inofficiosa testamenti). So ersezt die Form nicht selten materielle Rechtsfälle — durchgreifende Veränderungen in der Form werden daher auch immer eine Veränderung des materiellen Rechts zur Folge haben.

3. Das Verhältniß zwischen den Vortheilen und Nachtheilen.

Mit dem im bisherigen versuchten Nachweis der Vortheile und Nachtheile des Formalismus ist die oben von uns aufgewor-

668) Aus heutiger Zeit nenne ich das öffentliche Aufgebot bei der Eingehung der Ehe. — Wie auch fiscalische, polizeiliche, statistische u. s. w. kurz staatliche Zwecke durch die Form verfolgt werden können, will ich hier übergehen.

fene Frage von dem praktischen Werth des Formalismus wenn auch ihrer Beantwortung näher geführt, so doch noch keineswegs beantwortet. Zu diesem Zweck ist vielmehr die Untersuchung speziell darauf zu richten, welche von ihnen beiden überwiegen.

Wie der vortheilhafte Charakter eines Kaufes sich nicht darnach bestimmt, welchen Werth der gekaufte Gegenstand hat, sondern darnach, in welchem Verhältniß Gewinn und Kosten zu einander stehen, so läßt auch der praktische Werth einer Einrichtung sich nicht einseitig nach ihren vortheilhaften Wirkungen, sondern nur darnach bemessen, wie hoch der Preis ist, um den sie erfaucht d. h. welche nachtheiligen Wirkungen mit in den Kauf genommen werden müssen. Nun hat aber eine und dieselbe Sache nicht für Jeden denselben Werth; dem einen ist sie nöthiger, dem andern entbehrlicher, und auch die Kosten variiren nach Zeit und Ort. Ebenso verhält es sich auch mit den Rechtseinrichtungen; auch für sie ist der Maßstab des praktischen Werthes ein durchaus relativ, bedingt durch eine Reihe von Voraussetzungen.

Unser heutiges Recht hat für Contracte im allgemeinen den Grundsatz der Formlosigkeit adoptirt, dagegen steht der Wechsel ausnahmsweise unter dem Gesetz der äußersten formellen Strenge. Diese Thatsache berechtigt uns zu dem Schluß, daß die Bilanz zwischen den Vortheilen und Nachtheilen des Formalismus hier und dort eine verschiedene ist; bei dem Wechsel oder dem Zweck und den Verhältnissen, für die er bestimmt ist, machen sich die Kosten bezahlt, bei den Contracten des gewöhnlichen Lebens nicht.⁶⁶⁹⁾ Für letzwillige Verfügungen, Uebertragung von Grundeigenthum, Bestellung von Hypotheken, Prädialservituten u. s. w. haben die neuern Rechte theils die Formen des römischen beibehalten, theils neue angeordnet. Gerade bei ihnen stellt sich wiederum die Bilanz für den Formalismus besonders günstig. Denn

669) Mit gutem Grunde hat daher auch unser A. D. S. G. B. auf die kaufmännischen Verhältnisse das Princip der Form in energischer Weise zur Anwendung gebracht. Es war in der Beziehung vieles gut zu machen!

einmal hat für sie die Form einen viel höhern Werth als für die Contracte, da letztere ihre Wirkungen auf die handelnden Personen beschränken und in verhältnismäßig kurzer Zeit sich ausleben, während jene ihre Wirkungen sowohl in Bezug auf die Zeitdauer als die betheiligten Personen möglicherweise sehr weit ausdehnen können. Im gleichen Verhältniß mit dieser Ausdehnung wächst der Werth einer Beglaubigung des Rechtsgeschäfts durch die Form. Andererseits aber sind die Nachtheile hier wiederum weniger drückend. Denn diejenigen Rechtsgeschäfte, die sich rasch consumiren, wie z. B. die Realcontracte, die Consensualcontracte mit Ausnahme der Societät, werden auch regelmäßig ohne lange Vorbereitung abgeschlossen, ja ein durch eine schwerfällige Form veranlaßter Aufschub könnte bei ihnen unter Umständen das Zustandekommen geradezu verhindern. Nicht so bei denen, die ich oben genannt habe. Sie drängen und eilen nicht so, und regelmäßig geht ihrem Abschluß eine längere Zeit der Vorbereitung, Ueberlegung, Verhandlung voraus, und ob diese Zeit durch die Zuthat der Form um etwas vermehrt wird, fällt gar nicht ins Gewicht. Sodann endlich bietet das Leben zu ihnen bei weitem nicht den häufigen Anlaß; auf tausend Contracte kommt vielleicht kaum ein Testament, auf hundert Eigenthumsübertragungen beweglicher Sachen kaum eine von einer unbeweglichen Sache. Auf diese Weise erklärt und rechtfertigt sich auch der einfachere Zuschnitt der römischen Stipulation gegenüber dem der Mancipation und Abtretung vor Gericht.

So variirt also die Bilanz zwischen den Vortheilen und Nachtheilen des Formalismus nach Verschiedenheit der Rechtsinstitute; eine Form, die für das eine Institut höchst angemessen ist, würde für das andere möglicherweise unerträglich sein. Nicht minder aber variirt dieses Verhältniß der beiden Seiten des Formalismus nach Verschiedenheit der historischen Zustände und Prämissen. Für das römische Recht bildet das Erforderniß der Form die Regel, für uns die Ausnahme.

Hätten die Römer den Druck ihres Formenwesens in dem

Maße empfunden, wie wir ihn empfinden müßten, sie würden sicherlich nicht unterlassen haben, sich desselben zu entledigen, wie sie es ja stellenweis wie z. B. bei dem Legisactionenprozeß und später bei den Formeln leztwilliger Verfügungen in Wirklichkeit gethan haben. Der Druck kann also für sie kein so schwerer gewesen sein, und dies führt uns auf zwei Umstände, welche ebensowohl für die relative Natur des Formalismus im allgemeinen als für das specielle Verständniß des römischen Formalismus von hoher Bedeutung sind. Die erste ist die bereits früher (S. 394 u. fl.) mit besonderem Hinblick auf den Formalismus besprochene Stellung der römischen Jurisprudenz zum Volk, die Allgegenwart der Juristen im Leben und die Unentgeltlichkeit ihrer Dienstleistungen. Der zweite Umstand besteht in einer Eigenschaft, die wenn auch dem römischen Volk keineswegs eigenthümlich, sich dennoch bei ihm in ungleich höherem Grade vorfand als mit Ausnahme des englischen bei allen Völkern der Gegenwart, ich meine jenen nationalen Zug zur Form, den ich im Folgenden als Form Sinn bezeichnen und einer näheren Betrachtung unterziehen werde, und der das Volk die Formen nicht als etwas äußerlich Aufgedrungenes, Positives, Fremdartiges, sondern als etwas Selbstverständliches, Natürliches erscheinen ließ.

2. Die historischen Gründe des Formalismus.

Culturhistorische Bedeutung desselben — die Periode der Sinnlichkeit — der Form Sinn — Symbolische und repräsentative Handlungen — die residuären Formen. — Die Form als Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins — die conservative Kraft der Form.

XLV^a Es ist bereits oben (S. 463) bemerkt, daß es irrig sein würde, das Dasein der Formen im Recht ausschließlich auf den im bisherigen nachgewiesenen praktischen Nutzen derselben zurückzuführen. Richtig ist diese Ansicht nur für diejenigen Formen, welche durch einen Akt der Gesetzgebung ins Leben gerufen sind, denn sie sind eingeführt eines bestimmten Zweckes

wegen, sie verdanken ihr Dasein und ihren individuellen Zuschnitt ausschließlich einem praktischen Motiv; solche Formen dürfte man am passendsten *tendentiose* nennen, denn sie treten in die Welt mit einer bestimmten Tendenz an der Stirn.

Anders bei denjenigen Formen, die aus dem Leben und dem Volke selbst hervorgegangen sind, wie namentlich alle der Urzeit des Rechts angehörige (*native*) Formen. Der Umstand, daß sie nicht mit Absicht und Bewußtsein eingeführt, daß sie nicht gemacht, sondern geworden sind, schließt zwar die Möglichkeit nicht aus, daß unbewußt und instinctiv das Gefühl des praktischen Nutzens der Form bei ihrer Bildung mitgewirkt habe.⁶⁷¹⁾ Allein daß sie nicht ausschließlich diesem Motive ihren Ursprung verdanken, daß vielmehr noch andere Gründe sowohl bei der ersten Bildung als bei der Erhaltung derselben wirksam werden, ihr Unterschied von den tendentiösen also nicht bloß in der Verschiedenheit der Rechtsquelle (Gesetz und Gewohnheitsrecht) besteht, durch die sie eingeführt werden (in welchem Fall die Unterscheidung derselben völlig unberechtigt sein würde), dies, sage ich, läßt sich aus manchem abnehmen. Zunächst aus dem morphologischen Zuschnitt derartiger Formen. Derselbe ist nicht bloß ungleich voller, reicher, als er durch das rein praktisch-juristische Interesse geboten sein würde (man denke z. B. an die römischen Hochzeitsfeierlichkeiten), sondern er kann ebendadurch mit dem letzteren geradezu in Widerspruch treten. Jeden Zweifel aber beseitigt der Umstand, daß derartige Formen sich auch auf andern Gebieten wiederholen, und zwar auf Gebieten, für die der Gesichtspunkt des praktischen Werths der Form keine Anwendung leidet,

671) Auf diesen „der Nation inwohnenden bewußtlosen Bildungstrieb, in welchem aber das Bedürfniß der heissamen Folgen wirksam ist“ stellt Savigny System B. 3 S. 239 die Sache. Im Obligationenrecht Bd. 3 S. 220 äußert er sich nur dahin, daß diese Formen auf „uralter Volksitte beruhen.“ Der obige Gegensatz im Texte ist es, der Puchta bei seinem verunglückten Versuch einer Scheidung zweier Arten von Rechtsformen (s. oben Note 652^a) vorgeschwobt hat.

wie z. B. auf dem des religiösen Cultus, und eben diese Wahrnehmung kann und muß uns hier auf den rechten Weg leiten, uns nämlich zu der Erkenntniß führen, daß wir in dem Formalismus keine spezifisch rechtliche, sondern eine allgemeine culturhistorische Erscheinung zu erblicken haben, die innerhalb des Rechts nur einen ungewöhnlich günstigen Boden vorfindet, nur eine besonders gesteigerte Wirksamkeit entfaltet.

Der Formalismus in diesem weitesten Sinne bezeichnet ein nothwendiges Entwicklungsmoment in der Bildungsgeschichte des menschlichen Geistes. Wie der in den Banden des sinnlichen Denkens gefangene Geist überall, wo es die Darstellung eines Innerlichen gilt, zu sinnlichen Ausdrucksmitteln seine Zuflucht nimmt, zu Bildern in der Sprache, zu Personificationen in seiner Natur- und religiösen Anschauung, zu Attributen, Emblemen, Symbolen u. s. w., so benutzt er auch die Handlung, um seinen Gefühlen, Stimmungen, Ahnungen, Entschlüssen eine sinnlich-substantielle, plastische Gestalt zu geben. So wird ihm das Unsichtbare sichtbar, das Ferne nahe, das Tiefe an die Oberfläche gerückt. Dies ist die Sprache, die er versteht, und durch die er seine Unbehülflichkeit im abstracten Denken und Reden ausgleicht. Und eben weil sie ihm natürlich und nothwendig ist, gelingt ihm die Darstellung in und mit ihr in einer Weise, mit der alle Kunst und Überlegung der abstracten Periode sich nicht messen kann. Ein einziges Zeichen erschließt ihm das Wesen des Verhältnisses oft besser und hält es ihm gegenwärtiger und geläufiger, als alle Worte es vermöchten. In den Fasces und den Beilen der römischen Consuln steckte sowohl für sie selbst als für das Volk ein sehr beträchtliches Stück von dem Consulate — es erinnerte beide beständig an das, was es bedeutete Consul zu sein, und ich glaube, es ist nicht zu viel gesagt, daß ohne jenes Attribut der Geist, in dem die Consuln ihre Macht gehandhabt, die Stellung, die sie dem Volk gegenüber einnahmen, und damit die Geschichte des Consulats und des ganzen Staats eine andere

geworden wäre. Jene sinnlichen Ausdrucksmittel sind die Hülle, in der Gedanken, Ideen, Anschauungen, kurz ein geistiger Inhalt sich einem kindlichen Organismus, der ihn in seiner nackten Gestalt sich anzueignen noch nicht befähigt wäre, zuführen lassen. Was er ergreift und faßt, ist allerdings zunächst nur das Neufzere, die Schale, allein unbewußt hat er in ihr ein geistiges Samenkorn in sich aufgenommen, das auch in unfruchtbarster Erde auf die Dauer nicht regungslos verharren kann, sondern das unvermerkt keimt und sproßt, und dem Geist wenn auch kein klares Bewußtsein, so doch eine dunkle Ahnung zuführt, das Gemüth stimmt, die Phantasie in Bewegung setzt.

Zeichen und Handlungen, die diesen Zweck haben, einen geistigen Inhalt in jener Weise sinnlich darzustellen, heißen bekanntlich *symbolische*. Symbol ist ein sinnliches Ausdrucksmittel für etwas Über sinnliches; wo das Auszudrückende seinerseits wieder etwas Sinnliches ist, wie z. B. wenn im römischen Recht⁶⁷²⁾ bei der *Vindication* das Grundstück durch eine Scholle oder im germanischen Recht bei der Tradition durch Rasen und Zweig⁶⁷³⁾ vertreten wird (*Pars pro toto*), sollte man den Ausdruck vermeiden (sonst könnte man auch das Gemälde, die Skizze ein Symbol des Gegenstandes nennen, den sie darstellen sollen), und ich werde für diese letztere Art im Folgenden den Ausdruck: *repräsentative* Darstellung gebrauchen. Der Speer war ein Symbol des Eigenthums, denn er drückte etwas Inneres, Geistiges aus: die rechtliche Macht und Herrschaft des Eigenthümers, dagegen der Stab, dessen man sich an seiner Statt bediente, kein Symbol, sondern ein Repräsentant, ein Surrogat des Speeres.⁶⁷⁴⁾ Ebenso war der Scheingang zum Grundstück, zu dem der

672) Gaj. IV, 17.

673) Michelsen über die *festuca notata* und die germanische Traditionssymbolik. Jena 1856. Auch im englischen Recht, Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 206 (ein Thürring oder Riegel, ein Baumast, Zweig, ein Stück Rasen vom Lande).

674) Gaj. IV, 16.

Prätor bei der Vindication die Partheien aufforderte,⁶⁷⁵⁾ keine symbolische Handlung, sondern eine Scheinhandlung (§. 46), sie sollte etwas Neußeres: das wirkliche Gehen zum Grundstück vorstellen und ersetzen. Ebensowenig verdient daher das Geschäft per aes et libram den Namen einer symbolischen Zahlung, denn das, was hier angedeutet werden soll: eine Zahlung in alter Form ist wiederum etwas Neußeres. Man müßte sonst die 30 Victoren, welche in späterer Zeit bei der Arrogation die 30 Curien repräsentirten, eine symbolische Volksversammlung nennen. Dagegen war es eine symbolische Handlung, wenn der Sklav bei der Freilassung sich herumdrehen müßte, denn diese Veränderung seiner äußern Stellung (des status im natürlichen Sinn) sollte ein Zeichen sein für die seiner inneren (des status im juristischen Sinn). Ich will übrigens nicht verkennen, daß sich die Gränzen zwischen den symbolischen und repräsentativen Handlungen im einzelnen Fall sehr verwischen können, und will selbst die eben gerügte Ungenauigkeit im Gebrauch des ersten Ausdrucks gern zulassen, wenn man sich nur des Unterschiedes beider Arten von Handlungen dabei bewußt bleibt.

Symbole und symbolische Handlungen sind die Sprache des kindlichen Geistes — eine Hieroglyphenschrift, deren er sich bedient, weil er die Buchstabenschrift der abstracten Darstellung noch nicht erfunden, für sie noch kein Verständniß hat. Allein es ist doch nicht die Noth allein, die ihn zu dieser Zeichensprache treibt, nicht das bloße Unvermögen oder die Unbeholfenheit des abstracten Ausdrucks, sondern es ist zugleich das sinnige Behagen, das poetische Wohlgefallen an der sinnlichen Gestaltung des Geistigen, es ist der Reiz der Plastik des Gedankens. Denn zunächst treffen wir jene Darstellungweise keineswegs bloß bei solchen Gedanken an, die durch ihre Tiefe zum Gebrauch derselben nöthigen. Der geistige Kern des Symbols ist nicht selten ein so platter und dürftiger, daß auch die Mittel einer noch so wenig

675) Cic. pro Murena 12: Inite viam . . . redite viam.

entwickelten Sprache zur Formulirung desselben vollkommen ausgereicht haben würden. Da manche Formen — ich erinnere z. B. an die repräsentativen — schließen überhaupt gar keinen Gedanken in sich. Und sodann: wäre es bloß jener Grund allein gewesen, so müßte der Fortschritt der geistigen Entwicklung oder, was dasselbe, die Ausbildung der Sprache — denn was der Geist erwirkt, bucht die letztere — eine allmäßliche Verdrängung der Formensprache nach sich gezogen haben, auf der Höhe der Cultur müßten alle Reste der naiven Periode abgethan sein, und die Form, insoweit nicht, wie im Recht, ein praktisches Motiv ihr das Dasein fristete, dem nackten, dürren, abstracten Gedanken Platz gemacht haben. Dies ist aber keineswegs der Fall, so wenig ich im übrigen läugnen will, daß die Veränderung der geistigen Atmosphäre einen bemerklichen Einfluß in dieser Beziehung ausübt.

Also: der Formalismus ist nicht bloß ein Nothbehelf des nach dem Ausdruck ringenden Geistes, er hat nicht bloß seinen Grund in der ursprünglichen Unvollkommenheit der Sprache. Zu diesem ersten Motiv seines historischen Auftretens, das sich mit der Kindheitszeit der Völker erschöpft, gesellt sich vielmehr noch ein zweites, das dieselbe weit überdauert. Es ist das so eben angegebene: das Wohlgefallen an der Neußerlichkeit, die Freude am Sinnlichen, nennen wir ihn den Form Sinn.

Die Anziehungs Kraft, welche die Form in dem obigen Sinn d. h. die traditionelle, typische Darstellung der Gefühle und Gedanken durch das plastische Medium von Handlungen und Zeichen auf den menschlichen Geist ausübt, ist mannigfaltiger Art. Fesselt sie den poetischen Sinn von der rein ästhetischen Seite durch das plastische und dramatische Element, durch das sie die Vorgänge des Lebens zu verschönern weiß, so den nüchternen, verständigen Sinn von der praktischen Seite durch die Ordnung, Regelmäßigkeit, Gleichmäßigkeit, Sauberkeit des menschlichen Seins und Thuns, und das Gemüth endlich bei allen Vorgängen, bei denen dasselbe betheiligt ist, von der ethischen Seite, indem

sie dasselbe mit dem Gefühl des Ernstes und der Feierlichkeit durchdringt, indem sie den Handelnden über sich selbst und das rein Individuelle und Vorübergehende seiner eigenen Situation auf die Höhe der allgemein menschlichen, typischen Bedeutung des Akts erhebt, ihn mit denen, die vor ihm da waren und nach ihm sein werden, in eine unsichtbare Gemeinschaft bringt.

Diese Mannigfaltigkeit der Anknüpfungspunkte, welche die Form dem menschlichen Geiste darbietet, ist maßgebend für die specielle Gestaltung, die sie bei den verschiedenen Völkern und auf den verschiedenen Culturstufen sowohl als auf den verschiedenen Gebieten, Kreisen, Sphären des menschlichen Denkens, Fühlens und Lebens annimmt. Die Formen bei einem Volk von überwiegend verständiger Art tragen einen andern Charakter als die bei einem mehr poetischen, die des Rechts einen andern als die des religiösen Cultus. Dazu gesellen sich sodann noch gewisse der Form an sich fremde Elemente: der mehr conservative oder bewegliche Charakter des Volkes oder Kreises, bei dem sie gelten, die äusseren Verhältnisse desselben, die locale Abgeschiedenheit (z. B. der Bergleute), die absichtliche Absperrung desselben (z. B. die der Zünfte in den jetztverflossenen Jahrhunderten) und endlich der Einfluss der Religion (Katholicismus und Calvinismus).

Für die richtige Einsicht in das Wesen und die Motive des Formalismus im höchsten Grade lehrreich ist eine Erscheinung, der wir im Folgenden eine nähere Betrachtung widmen wollen; und wenn irgend etwas, so legt sie von der Macht, welche die Form auf das menschliche Gemüth ausübt, Zeugniß ab. Es ist dies die Entstehung, beziehungsweise Fortdauer der Formen, die von vornherein aller Bedeutung entbehrten, beziehungsweise dieselbe verloren haben — also der reine, nackte Cultus der Form als solcher.

In der römischen Welt, sowohl im Recht, als in der Sitte des Lebens und dem religiösen Ritus, und im heutigen England, begegnet uns häufig eine Art von Formen, die ich residuäre

nennen will.^{675a)} Die Formbildung erfolgte bei ihnen auf die Weise, daß Einrichtungen, Handlungen, Gebräuche oder Elemente derselben, die bis dahin durchaus keinen formellen Charakter hatten, vielmehr durch die damaligen Zustände des Lebens, durch den Stand der Fabrication, des Gewerbes, Landbaus, durch die Mode u. s. w. gegeben und geboten waren, für gewisse Gelegenheiten und Verhältnisse als Solennien beibehalten wurden, während sie im ernstlichen Gebrauch des Lebens durch den Wechsel der Mode oder durch die Fortschritte der Technik verdrängt wurden.^{675b)} Dadurch wird, was bis dahin keine Form, sondern ein flüssiges, freies Stück des damaligen Lebens war, zur reinen Form — ein versteinertes Stück Vergangenheit, das oft seltsam in die spätere Zeit hineinragt.^{675c)} Der Sprecher des englischen Unterhauses trägt bekanntlich noch bis auf den heutigen Tag seine aus früherer Zeit stammende gewaltige Perücke; während dieselbe von den andern Köpfen verschwand, ist sie auf dem seinigen als „residuäre Perücke“ sitzen geblieben — ein Beispiel, zu dem auf dem Continent Hamburg ein Seitenstück gibt, das sich ebenfalls für gewisse Gelegenheiten z. B. Leichenbegägnisse die residuären Perücken nicht hat nehmen lassen.

Die älteste Getreideart, welche die Römer oder ihre Vorfahren bauten, war der Spelt (far), die älteste Art des Brodes der Teig (puls). Im Leben hatten beide längst anderen Arten

675a) *Rerum simulacra gestarum sacrorum consecratis in ritibus*, wie Arnobius *adv. gent.* V, 1 sich ausdrückt.

675b) Ebenso in der Sprache. So haben sich z. B. im englischen Prozeß eine Menge von Wendungen und Ausdrücken aus der Normannenzeit erhalten, die man im gewöhnlichen Leben nicht mehr kennt, und noch heutigen Tages muß der Türke die beiden Suren, welche jedem Gebet vorangehen müssen, in arabischer Sprache lesen, von Tornauw Moslemitisches Recht S. 39.

675c) *Dicis gratia propter veteris juris imitationem*, wie Gaj. II, 103 mit Bezug auf den *familiae emtor* sich ausdrückt, oder wie Cic. *de leg. agr.* II, 12, 31 mit Bezug auf die repräsentative Darstellung der *Euriatcomitien* durch die *Victoren* sagt: *ad speciem atque usurpationem vetustatis.*

und Zubereitungsweszen Platz gemacht, allein im religiösen Ritus und namentlich auch bei Eingehung der Ehe durch Confarreation hielt man an jenen fest.^{675d)} In uralter Zeit hatte man sich zum Schneiden in Ermangelung von Messern und Scheeren des Speeres bedient, und so auch der Bräutigam bei Eingehung der Ehe, um der Braut das Haar zu schneiden. Ueberall war der Speer gewichen, allein in den Händen des Bräutigams hielt er sich nach wie vor (*hasta caelibaris*). Ebenso verhielt es sich mit dem Kopftuch der Braut (*flammeum*). Die Mode kannte längst bessere Gewebe, aber die Braut bei der Hochzeit und die Priesterin durften sich von der ältesten Form nicht lossagen,⁶⁷⁶⁾ ebensowenig die Priester von wollenen Bekleidungsgegenständen^{676a)} und bei der Haussuchung nach gestohlenen Gegenständen mußte der Suchende mit einem Schurzfell älterer Art (*linteum*) gegürtet sein.^{676b)} Vor Einführung des geprägten Geldes war man gezwungen, das Metall zu zuwägen — durch jene Maßregel ward man dessen überhoben; allein im *Nexum* und in der *Mancipation* behielt man, wenn auch nicht das Wägen selbst, so doch das Erz und die Wagschale bei (§. 46).

In allen diesen Fällen, die sich noch durch manche vermehren ließen,^{676c)} hatte die Form von vornherein nicht die geringste

675d) Plin. H. N. XVIII, 19. Arnob. VII, 26.

676) Ueber diese von den Hochzeitsgebräuchen hergenommenen Beispiele vergl. Roßbach Untersuchungen über die röm. Ehe. S. 104, 282, 291. Ein anderes Beispiel bei Plin. Hist. Nat. XXXIII, c. 4 . . quo argumento etiam nunc sponsae muneri ferreus anulus mittitur isque sine gemma.

676a) Serv. ad Aen. XII 120.

676b) Gaj. III 193. Zu seiner Zeit war der Ausdruck schon obsolet („quid sit autem *linteum*, *quaesitum* est“). Im religiösen Ritus wiederholt sich das *Linteum* noch zu Arnobius Zeit, s. dessen *Metam. lib. XI* (ed. Bip. p. 272 „*linteo et rudi me contectum*“, p. 276 „*linteis intectum*“).

676c) S. z. B. bei Lange, Ueber die *Transitio ad plebem*, Leipzig 1864 S. 46 Anm. 2, wo auch auf den *rex sacrificulus* als „residuären Scheinkönig“ verwiesen wird. — Eine eigne Art der residuären Scheinakte

innere Bedeutung, sie war ein bloßer Niederschlag vergangener Zustände, ein reines Caput mortuum. Was verhalf ihr nun zu diesem Leben als Form? Die bloße Vis inertia, die Macht der Gewohnheit? Mögen wir immerhin so sagen, aber übersehen wir nur nicht, daß die Macht der Gewohnheit ihrerseits hier wiederum subjectiv eine der Form geneigte Stimmung voraussetzt. Bei einem gleichgültigen Verhalten des Geistes gegen das Moment des Neuerlichen würde das Alte, nachdem es einmal der Sache nach und in der praktischen Anwendung dem Neuen Platz gemacht, es auch der Form nach gethan haben. Uebrigens ist es sehr wohl möglich, daß die residuären Formen für eine spätere Zeit, der der historische Ursprung derselben entschwunden ist, dadurch daß sie in dieselben einen Sinn hineinträgt, den sie ursprünglich nicht hatten, die Kraft und Bedeutung von symbolischen erhalten, und ich bin überzeugt, daß eine Menge von Formen als symbolische angesehen werden, die von Haus aus nichts waren als residuäre.⁶⁷⁷⁾

Wie nun in den letztern ein Stück Vergangenheit, ganz so wie es war, zur Form versteinert, so wird in andern Fällen, wenn ich so sagen darf, wenigstens die Reminiscenz erhalten, nämlich vermöge representativer Darstellung (s. oben). An Stelle der bisherigen Weise, die man gezwungen ist ganz oder zum Theil zu verlassen, wird eine bequemere, zeitgemäßere Nachbildung gesetzt und zwar lediglich als Form, lediglich des Neuerlichen wegen — eine Concession, durch die man sich unbeschadet

bilden solche Handlungen, welche ursprünglich ganz von dem freien Entschluß abhingen, später aber durch Anordnung ihrer gesetzlich nothwendigen Vornahme d. h. durch Erklärung ihrer materiellen Ueberflüssigkeit in bloße Scheinakte verwandelt wurden. Ein Beispiel aus heutiger Zeit gewähren die Huldigungsakte, Beispiele aus dem römischen Alterthum die lex Publia (Liv. VIII 12), die lex Maenia (Cic. Brutus 14, Liv. I 17, der auch die Bedeutungslosigkeit des Aktes selber hervorhebt: usurpatur idem jus vi adempta), die tutela mulierum der spätern Zeit (Gaj. I 190).

677) So ist z. B. die Auffassung, deren Buchta Curs. der Instit. B. 2 §. 162 Note m gedenkt, nicht so weit wegzuerufen, als er es thut.

der Forderungen des Lebens mit dem an dem Außerlichen haftenden Sinn abfindet.

So lange die römische Herrschaft sich auf ein kleines Stadtgebiet beschränkte, war es ausführbar, daß bei der Vindication eines Grundstücks der Prätor sich mit den Partheien an Ort und Stelle versügte. Als jenes Gebiet in seiner Ausdehnung einen gewissen Punkt überschritten hatte, mußte man die Einrichtung fallen lassen. Indem man sich aber einerseits der Notwendigkeit fügte, suchte man doch andererseits den Schein und die Erinnerung der alten Einrichtung dadurch aufrecht zu erhalten, daß man das Grundstück durch eine von den Partheien geholte Scholle vor Gericht repräsentiren ließ. Man ermöglichte dadurch zugleich die Beibehaltung der auf die Anwesenheit des Grundstücks berechneten Vornahmen und Formeln. Die Arrogation geschah in alter Zeit in den Curiatcomitien unter der Mitwirkung der Pontifices durch einen förmlichen Volksbeschuß. Auch diese Einrichtung ward später unhaltbar, und wahrscheinlich kam sie einfach dadurch ab, daß das Volk aus Mangel an Interesse wegblied. Bekanntlich wurden von da an die Arrogationen lediglich durch die Pontifices vollzogen — denn daß die Lictoren ihnen gegenüber kein selbständiges Entscheidungsrecht hatten, bedarf nicht der Bemerkung — allein da es einmal eines Beschlusses der Curiatversammlung bedurfte, so half man sich dadurch, daß man die 30 Curien durch 30 Lictoren vertreten ließ. Der Sache nach war die alte Einrichtung aufgegeben, aber bis zu einem gewissen Grade war doch der äußere Schein derselben gerettet.⁶⁷⁸⁾

Das Verhältniß, das wir hier zu betrachten haben: die Fortdauer des Außern als leere Form nach Absterben des Innern, ist sowohl bei Formen als Einrichtungen möglich. Bei ersteren — nämlich bei symbolischen Formen, die sich überlebt haben, d. h. die subiectiv, sei es kein Verständniß, sei es keinen Glauben

678) Andere Beispiele s. B. 1 S. 352 u. oben S. 491; s. auch De malius, die Rechtsfiction S. 1—15.

mehr finden. Bei diesen — wenn sie ihre praktische Wahrheit und Bedeutung verloren haben, z. B. dadurch daß die freie Handlung sich in eine nothwendige verwandelt (Note 676^c), daß an die Stelle der Leistung, auf die das Gesetz, der Richterspruch, der Vertrag lautet, in der Ausführung eine andere gesetzt wird,⁶⁷⁹⁾ u. s. w. Als letzter Rest der alten Einrichtung bleibt nicht selten das nackte, bloße Wort, die Formel, der Name, ungeachtet die Sache selbst eine völlig andere geworden ist. Der Wein, der in den Tempel der Ops gebracht ward, kam, wie Macrobius berichtet,⁶⁸⁰⁾ nicht unter seinem eigenen Namen hinein, sondern als „Milch“, das Gefäß ward „Honigtopf“ genannt, was darauf hinweist, daß in dem Tempel ursprünglich nur Milch und Honig zugelassen war. In alter Zeit wurden in England die Oberrichterstellen nur mit Lords besetzt, dies änderte sich später, allein der Name und die Anrede: Lord Oberrichter ist bis auf den heutigen Tag geblieben, und auch unsere heutigen Ordensritter haben von den alten Rittern nichts als den Namen.^{680a)}

Diese Anhänglichkeit an die gewohnte aber aller innern Bedeutung beraubte Form, dieser Cultus der nackten Neuzerlichkeit erscheint auf den ersten Blick als etwas völlig Werthloses und Verwerfliches, und die seichte Weisheit der Aufklärungsperiode hat ihn von den Tagen des Cicero an (Anm. 610) bis auf unsere Zeit hinab als vogelfreien Gegenstand des Witzes betrachtet. Es

679) So z. B. statt der Talion eine Geldstrafe (B. I S. 138), statt der Kinder und Schafe, worauf die Multa lautete, die gesetzlich tarifirte Summe. So wird namentlich auch heutzutage noch an einigen Orten und Ländern (z. B. Schweden) in gewissen Fällen Todesstrafe erkannt, wo praktisch eine unbedeutende Geld- oder Gefängnißstrafe an die Stelle gesetzt wird.

680) Saturn. I, 12. Plin. H. N. XIV 14 Romulum lacte non vino libasse. Auch der Ceres durfte nicht mit Wein libirt werden. Macr. III, 11.

680a) Andere Beispiele: die Beibehaltung des Ausdrucks aedes in den hergebrachten Formeln auch da, wo er nicht paßte (Varro de L. L. V §. 160), des Ausdrucks pascua (Plin. H. N. XVIII 3), die Anwendung des Ausdrucks judices auf die Consuln (Varro VI 88) u. a.

wäre verdienstlicher gewesen, die Sache zu begreifen, als zu verspotten. Sie hat eine höchst ernste Seite, und ich nehme nicht Anstand, in ihr eine der bedeutungsvollsten culturhistorischen Erscheinungen zu erblicken.

Die Sicherheit und Festigkeit eines jeden Fortschritts beruht auf der historischen Continuität, auf dem innigen Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit. Zu den Fäden und Anknüpfungspunkten nun, durch die sich diese Continuität vermittelt, gehört namentlich die Form, denn während die inneren, sachlichen, historischen Anknüpfungspunkte dem Bewußtsein der Menge mehr oder weniger entschwunden und nur einer kleinen Zahl von Kundi gen eigentlich geläufig bleiben, so ist die Form als etwas Sichtbares und stets sich Wiederholendes die hauptsächlichste Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins des Volks. Je mehr sich in den Formen irgend eine späterhin verschwundene Eigenthümlichkeit ihrer Entstehungszeit ausgeprägt hat, sei es der Verfassung, sei es der Sitte, Mode u. s. w., je fremdartiger sie also den Beschauer anmuthen und in ihm das Gefühl der historischen Ferne hervorrufen, wie etwa durch längst abgekommene Trachten und Moden die Bilder der Ahnen, um desto mehr verbinden sie ihn andererseits mit der Vergangenheit, indem sie ihm dieselbe in anschaulicher und charakteristischer Weise vorführen, die Erinnerung der alten Tage, das Gedächtniß der Ahnen im Volk wach und lebendig halten und damit jene maßvolle Stimmung und Haltung in den praktischen Fragen der Gegenwart hervorrufen, die wir mit Recht an den alten Römern und Engländern bewundern. Das Festhalten an den überkommenen Formen, selbst nachdem sich dieselben überlebt haben, ist wie einerseits ein Ausfluß, so andererseits eine unversiegbare Quelle jenes historischen Sinns, ohne den in Staat und Kirche noch nie ein fester Bau gelungen ist.

Zu diesem ersten Grunde, der den historischen Sinn die Formen als solche lieben, schätzen und pflegen lehrt, diesem, wenn ich so sagen darf, allgemein pädagogischen Werth derselben

für den Volkscharakter gesellt sich sodann als zweiter der erhaltenende Einfluß, den die Formen auf die Ideen, Einrichtungen u. s. w. ausüben, die in ihnen ihren äußern Ausdruck finden. Je kräftiger diese ihre Außenseite entwickelt ist, desto höher ihre eigene Lebenskraft. Denn mit den Formen schmiegen und klammern die Ideen und Einrichtungen sich fest an die sinnliche Welt, an die Weise des Lebens, an das Erinnerungsvermögen des Auges, an die Macht der äußeren Gewohnheit. Wird dadurch schon unter gewöhnlichen Umständen ihre Existenz und Kraft gesichert und erhöht, so tritt doch der unschätzbare Werth des Rückhalts, den sie damit gewonnen, erst unter ganz besondern Verhältnissen in sein volles Licht. Für alle Ideen — ich habe im Folgenden vorzugsweise, aber nicht ausschließlich die religiösen im Auge — für alle Ideen also gibt es Perioden der vorübergehenden Lauheit und Gleichgültigkeit, des Ermattens und des Absfalls, Perioden der Prüfung und Gefahr, bei denen es sich für sie um Sein und Nichtsein handelt. Ideen, die rein auf sich selbst gestellt sind d. h. jenes Rückhaltes der Form entbehren, verlieren mit der moralischen Macht über die Gemüther ihre Existenz, sie gehen unter, indem sie dem Volk abhanden kommen, und es kostet, wann die feindliche Strömung der Zeit sich verlaufen, einen neuen Kampf, sie wieder ins Leben zu rufen, eine neue Geburt und neue Geburtswehen. Anders aber bei denjenigen, die sich in festen, äußern Formen verkörpert haben, denn die Form hat, wie alles Niedere im Vergleich zum Höheren, eine zähre Lebenskraft; sie kann, was die Idee nicht kann: vegetieren d. h. fort dauern ohne Verständniß. Als ein gleichgültiges Stück des äußern Lebens beibehalten, nachdem die Idee selbst, die sie ausdrücken soll, gewichen ist, gedankenlos fortgeführt, vegetirt sie fort, innerlich hohl und leer und scheinbar ohne allen Werth. Da erheben sich denn nicht selten die Klugen und Gescheuten und nennen das ganze Wesen Zug und Trug und begehrten, daß was verfaulst und innerlich todt sei, auch begraben werden solle. Aber wo ein Volk jenen Sinn und jene Empfänglichkeit für die Form besitzt, die ich oben als Formsinn bezeichnet habe, läßt es nichts

desto weniger im richtigen Instinct von der als todt geschmähltten Form nicht so leicht ab. Und mit Recht! Denn jener angebliche Tod der Form, jene innere Entseelung derselben ist mitunter nur ein Scheintod — ein Winterschlaf in öder, dürrer Zeit, dem das erste Wehen des Frühlingshauchs ein Ende macht. Auf der „t o d t e n“ Form beruht hier nicht selten die Möglichkeit eines neuen Lebens. Sie abzuthun heißt unter diesen Umständen nicht einen entseelten Körper bestatten, sondern die Larve zerstören, die den Schmetterling in sich birgt.

In diesen Lagen also, wo die Form scheinbar allen und jeden Werth verloren hat, entfaltet sie umgekehrt ihre höchste Brauchbarkeit, leistet sie der Idee den unschätzbarsten Dienst. Das Fortvegetiren der Form wird hier in den Händen der Geschichte das specifische Mittel, um die Möglichkeit des Wiederanknüpfens, die Continuität der historischen Entwicklung zu sichern. Möge immerhin in den bei weitem meisten Fällen was todt scheint, auch todt sein und bleiben, der Geist und das Leben nie wieder in die entseelten Formen zurückkehren — wer die Gefahr, den Scheintod für den Tod anzusehen, vermeiden will, kann es nur um den Preis, daß er im zweifelhaften Fall den Tod als Scheintod nimmt.

Die bisherige Ausführung hat uns gelehrt — und ich fasse damit die beiden Theile derselben unter einen Gesichtspunkt zusammen — daß das Festhalten an den Formen als solchen nicht etwas rein Neuherliches und Werthloses ist, sondern ein Ausfluß und wesentliches Förderungsmittel des Zuges nach Continuität der Entwicklung. Darum eben finden wir diese Eigenschaft bei den Völkern am stärksten entwickelt, die sich durch diesen Zug am meisten heroorthun; und so namentlich auch beim römischen.

2. Der Formalismus des ältern Rechts.

Extensive Erstreckung der Form — Uebersicht der formellen Geschäfte — die Scheingeschäfte, Begriff, Arten und Behandlung derselben von Seiten der ältern Jurisprudenz — die **mancipatio**, **in jure cessio**, **stipulatio**.

XLVI. Hätte uns die Geschichte jede directe Auskunft über das Verhalten des ältern Rechts zum Formalismus vorenthalten, die übrigen Theile des römischen Alterthums würden uns die Frage beantworten. Die Lust und Liebe zu der Form, das Streben, das menschliche Thun und Treiben in feste Formen zu bringen, das Unsichtbare sichtbar zu machen, kurz der Zug zum Formalismus geht durch die ganze alte Welt. Der religiöse Cultus, das Opfer, das Gebet, das Gelübde, die Auspicien, kurz jede Berührung mit den Göttern hatte in alter Zeit ihre bestimmten Formen und Formeln. In ebenso abgemessenen und fest bestimmten Formen und Formeln bewegte sich das öffentliche Leben, daheim wie nach außen, in der Volksversammlung wie in der Curie, im Krieg wie im Frieden. Derselbe Zug nach der Form beherrschte das Privatleben, die Sitte des Hauses, das Auftreten in der Gesellschaft, den Verkehr. An dem Kleide, das er trug, erkannte man den Freien und Sklaven, den Mündigen und Unmündigen, den Bewerber um ein Amt, den in Anklagestand Versetzten, den Exilirten,^{680a)} kurz Rang, Stand und rechtliche Stellung.

Doch die Geschichte hat es uns erspart, uns auf diesem Umwege die Antwort zu holen, und wenn ich der Möglichkeit derselben überhaupt gedachte, so geschah es nur, um auch hier, wie im vorigen Paragraphen, den Formalismus des Rechts in einen höhern Zusammenhang einzureihen und als Glied einer allgemeineren Erscheinung hinzustellen.

Eigenschaften der Völker und Individuen sind in ihrem letzten Grunde gegebene Thatsachen, die man nicht weiter analysiren,

^{680a)} Plin. ep. IV c. 11 carent togae jure quibus aqua et igni interdictum est.

begründen oder erklären kann. Dies schließt aber nicht aus, daß man nicht des Einflusses gedenken dürfte, den gewisse Umstände auf die Ausbildung derselben gewonnen haben, und noch weniger, daß man nicht den Bezügen, in denen diese Eigenschaften untereinander stehen, nachforschen dürfte. Wenn ich daher einerseits die starke Entwicklung des Formsinns als eine hervorstechende national-römische Eigenschaft bezeichnet habe, so hält mich dies andererseits nicht ab in der angegebenen Weise nach Anknüpfungspunkten zu suchen. Und da bieten sich denn folgende dar, deren ich bereits an andern Stellen gedacht habe, und die ich hier nur der Uebersichtlichkeit wegen zusammenstelle: die Beziehung des Formalismus zum System der Freiheit (S. 456), zur Tendenz der abstracten Gleichheit (S. 462), zur militärischen Disciplin (B. 1 S. 264) und zu dem conservativen Charakter des Volks (B. 1 S. 334).

Indem wir nun das Gebiet des ältern Rechts betreten, dürfen wir es thun mit der Erwartung, daß die Herrschaft der Form auf ihm ihren Culminationspunkt erreicht. Und in der That ist dies meiner Ueberzeugung nach in dem Maße der Fall gewesen, daß formlose und rechtlich bedeutungslose Willenserklärungen synonym waren, m. a. W. ich vindicire der Form für das ältere Recht eine absolute, exclusive Herrschaft.

Diese Behauptung muß darauf gefaßt sein einem hartnäckigen Widerspruch zu begegnen.

Verständigen wir uns zunächst über den Sinn derselben. Es ist nicht meine Meinung, als ob das römische Alterthum nicht von jeher formlose Geschäfte gekannt habe, denen die Gewalten des Lebens, die Macht der Sitte, die Treue, der Credit thattsächliche Anerkennung und Beachtung sicherten. Ich gebe nicht bloß diese Thatsache bereitwillig zu, sondern ich erblicke in ihr sogar ein wesentliches Complement des ältern Rechts selbst. Allein das, worum es sich bei unserer Frage lediglich handelt, ist die rechtliche Wirksamkeit der Geschäfte, ihre gerichtliche Erzwingbarkeit, und ich kann diese läugnen und läugne sie, ohne jene Thatsache in

Abrede zu stellen. Sodann aber muß ich ferner zwei Verhältnisse, die man versucht sein könnte meiner Behauptung entgegenzustellen, als gar nicht hierher gehörig ausscheiden. Zunächst den Besitz. Denn der Besitz als rein thatfächliches Verhältniß schließt seinem Begriff nach die Form aus. Wie er immerhin auch entstehen kann möge, ist gleichgültig; er ist da, und dies genügt. Sodann die Condictionen. Sie stützen sich, wenn man will, ebenfalls auf ein thatfächliches Moment, nämlich auf das rein sachliche (von einer Willensthätigkeit unabhängige) Moment der Vermögensbereicherung ohne Grund. Es ist nicht der Wille, sondern das Haben, die res, welche hier die Klage begründet. Ich würde dieses Verhältnisses gar nicht gedenken, wenn nicht in manchen Fällen der Schein entstünde, als ob der Wille hier ein wesentlicher Factor sei. Eine conductio indebiti oder ob causam datorum ist nicht möglich, ohne daß ein Geschäft zwischen Kläger und Beklagten vorausgegangen ist. Aber dies Geschäft ist hier nicht selbständiger Grund der Klage, sondern letzterer besteht in der Bereicherung, die bei Gelegenheit dieses Geschäfts eingetreten ist. Derselben Auffassung läßt sich auch das Darlehn unterstellen. Um die Verpflichtung zur Zurückforderung zu begründen, braucht der Kläger nicht in anderer Weise das Willensmoment hineinzuziehen, als bei jenen beiden Klagen. Es liegt hier wie dort eine Bereicherung vor, vermittelt durch menschliche Thätigkeit, Geben und Annehmen, der juristische Grund der Klage aber ist auch hier nicht sowohl der Wille als die res, und darum gilt das Darlehn trotz allem, was gesagt, doch nicht weiter, als so weit es gegeben ist.

Allein was hilft es, den Besitz und das Darlehn abzuwehren, da nichts desto weniger noch eine stattliche Reihe von formlosen Rechtsgeschäften des ältern Rechts übrig bleibt? Ich will die Antwort darauf zunächst aussetzen und statt dessen den Gegensatz des Formalismus und der Formlosigkeit auf dem Culminationspunkt seiner Entfaltung tabellarisch veranschaulichen. Ich habe bei der folgenden Tabelle die formlosen Geschäfte, die un-

zweifelhaft neuern Ursprunges sind, von denen, deren Alter zweifelhaft ist, durch eine besondere Columna getrennt.

	Formelle Geschäfte. Altes Recht.	Formlose Geschäfte.	
		Unzweifelhaft neuern Ursprunges.	Zweifelhaften Alters.
Civilprocesß.	Legisationen u. Formularpro- cess.	Die extraordinaria co- gnitio. Völliges Ver- schwinden des Formular- processes (Diocletian).	
Freilassun- gen.	manumissio vindicta, cen- su, testamento.	inter amicos, per epi- stolam u. s. w. (Prä- tor, lex Junia Norbana unter Tiber).	
Ehe. Väterliche Gewalt.	confarreatio. arrogatio, ad- optio, eman- cipatio.	Concubinat.	angebliche Ein- gehung dersel- ben durch blo- ßen Consens.
Manus. Mancipium.	coemptio. mancipatio.		
Formund- schaft.	tutoris auctori- tas.	Consens des Curators eines Minderjährigen (erst seit der lex Plaeto- ria denkbar).	
Eigenthum.	mancipatio, in jure cessio.	Tradition einer res man- cipi (s. g. bonitarisches Eigenthum; Prätor).	Eigenthumser- werb an res nec mancipi durch bloße Tradition.
Servituten.	Dieselben Akte, wie beim Eigen- thum; die oper- is novi nunciatio.	Tradition (Prätor). pacta atque stipulatio- nes (Provinzen).	
Pfandrecht.	Ebenfalls (fidu- cia).	Pignus, hypotheca als dingliches Recht (Prä- tor).	
Obligatio- nen.	Nexum, Verbal- und Literalcon- tracte.	flagbare Pacta (Prätor, Kaiser), Cession, Er- laß.	Verträge des jus gentium.
Erbrecht.	Testament.	Soldatentestament, Co- dicill (Anfang der Kai- serzeit).	
	Formeln für sämtliche Dis- positionen des- selben. Legat. cretio.	Aufhebung der Formeln (Constantins Söhne).	
		Fideicommis (August). Formlose Antretung. Re- stitution des Univer- salfideicommisses (S. C. Trebellianum, Nero).	

Über zwei Punkte in dieser Tabelle könnte man mit mir rechten. Zunächst darüber, daß ich das pignus, das doch bis in die älteste Zeit hinaufreicht, nicht unter die erste Columnne gebracht habe; der Zusatz: „als dingliches Recht“ wird die obige Stellung rechtfertigen; das Vorkommen des pignus als Besitzpfandes im ältern Recht fällt unter den so eben von mir für den Besitz aufgestellten Gesichtspunkt. Sodann darüber, daß ich die formlose Antretung der Erbschaft in die zweite Columnne gestellt habe. Ein Zeugniß dafür, daß sie erst der späteren Zeit angehört, gibt es nicht; soll man sie darum in die ältere Zeit verlegen? Kein Theil des ältern Rechts ist so durchweg formalistisch gestaltet als das Erbrecht. Im Testamente erreicht die Form und das Formelwesen seine höchste Höhe. Zu glauben, daß dem im strengsten Styl gehaltenen ersten Act des erbrechtlichen Schauspiels: der Testamentserrichtung als zweiter eine völlig formlose Antretung der Erbschaft gefolgt sei, zu glauben, daß die Juristen dabei sich selbst und ihre ganze Weise, ihren Sinn für Symmetrie so ganz und gar verläugnet hätten, dazu würde ein gänzlicher Mangel alles historischen Sinns und Urtheils gehören. Daß ein römischer Jurist die hereditatis aditio unter den actus legitimi aufführt,⁶⁸¹⁾ will ich nicht in die Wagschale werfen, denn es steht dahin, ob die Verfasser der Pandekten hier nicht, wie so oft, einen nicht mehr passenden Ausdruck des früheren Rechts (cretio) mit einem passenderen vertauscht haben.

Aus der obigen Tabelle ergibt sich nun folgendes Resultat. Alle Geschäfte, die unzweifelhaft dem ältern Recht angehören, sind formell, alle, die dem neuern angehören, formlos oder m. a. W. der Zug der früheren Zeit geht eben so entschieden auf die Form als der der späteren auf die Formlosigkeit. Je mehr das römische Recht fortschreitet, desto mehr nehmen einerseits die formlosen Geschäfte an Zahl und Bedeutung zu, und desto mehr sterben die vorhandenen formellen innerlich ab. Nur das Familienrecht

681) L. 77 de R. J. (50. 17).

bleibt, abgesehen von der angeblichen Formlosigkeit der Ehe, von dem Gegensatz vollständig verschont, die Einwirkung der neuern Zeit äußert sich hier lediglich in Erleichterung und Abkürzung der vorhandenen Formen, bis sie schließlich völlig neuen weichen. Die Reaction der späteren Kaiserzeit gegen das alles überfluthende Princip der Formlosigkeit und die Zurückführung des letzteren auf sein rechtes Maß (Codicill, pignus publicum, instrumenta publica, Insinuation, Formen der Freilassung u. s. w.) hatte für den Zweck, den ich mit jener Tabelle verfolgen wollte, keinen Werth und bleibt dem dritten System vorbehalten.

Dieser Zweck aber, um es offen zu bekennen, besteht darin, den Leser zu stimmen. Ich wünsche, ihn von vornherein auf einen Standpunkt der Betrachtung zu versetzen, der ihn meiner Ansicht zugänglich macht, ihn zu veranlassen, seinen Blick von dem Einzelnen zu dem Ganzen und Großen zu erheben. Dieser Blick muß ihm die Ueberzeugung gewähren, daß es sich bei der allmählichen Entfaltung des obigen Gegensatzes um ein historisches Gesetz handelt, um einen stetigen Fortschritt von der Form zur Formlosigkeit.

Erstreckt sich dies Gesetz nun auch rückwärts, m. a. W. hat dieser Fortschritt mit dem Nullpunkt begonnen, gab es eine Zeit, wo die Geschäfte der dritten Columnne noch gar nicht existirten? Wer könnte eine solche Frage unterdrücken? Ich meinerseits nehme nun, wie bereits bemerkt, keinen Anstand, diese Frage zu bejahen. Der Nachweis dieser Behauptung mit seinen nothwendigerweise in das reichste Detail gehenden Untersuchungen würde jedoch aus dem Rahmen der gegenwärtigen Darstellung zu weit hinaustreten und den ganzen Zusammenhang unterbrechen, und habe ich aus dem Grunde denselben an eine Stelle verlegt, an der er durch derartige Rücksichten nicht beeinträchtigt wird (B. 3 Abth. 2). Die vorläufige Aussetzung dieses Punktes hat auf die folgende Darstellung keinen weiteren Einfluß.

Es würde mir jetzt zunächst obliegen, die sämmtlichen formellen Geschäfte des ältern Rechts im Einzelnen dem Leser vor-

zuführen. Wenn ich dies nicht thue, mich vielmehr auf eine flüchtige Uebersicht derselben beschränke und nur drei von ihnen zur näheren Betrachtung verstelle, so geschieht es theils, weil diese Seite unseres Gegenstandes zu den bekanntesten Dingen gehört, und das nöthige Material in jedem Compendium der Rechtsgeschichte und Institutionen zu finden ist, theils aber, um für eine andere Seite desselben, der sich ein Gleiches nicht nachrühmen lässt, um so mehr Raum zu gewinnen. Ueber dem Concreten, der Neuheitlichkeit der einzelnen Formen, hat unsere positive Rechtsgeschichte auch hier einmal wieder das Abstracte, die Ermittlung der ihnen zu Grunde liegenden gemeinsamen Ideen versäumt; ob sich ihr Versäumniss hier minder gerächt hat als anderwärts, ob sie hier auch nur einmal den Sinn des Einzelnen überall richtig getroffen, möge der Verlauf der Darstellung zeigen. Diesem Mangel durch eine auf dem Wege einer Analyse der römischen Formen zu gewinnende Theorie des römischen Formenwesens abzuhelfen, ist Aufgabe der folgenden Paragraphen, die des gegenwärtigen ist so eben angegeben.

Die formellen Geschäfte des ältern Rechts lassen sich am natürlichsten nach der Kategorie der mitwirkenden Personen gruppiren, und darnach gewinnen wir folgende Classen derselben:

1. Mitwirkung des Volks, Testamentum in comitiis calatis und arrogatio; im Felde Mitwirkung des Heeres; testamentum in procinctu und adoptio pro concione^{681a)};
2. Mitwirkung der weltlichen Behörden; vor dem Censor: die manumissio censu (vielleicht auch Uebertragung des Eigenthums durch Umschreibung); vor dem Prätor: die sämtlichen legis actiones des Processus mit Ausnahme

681a) Ueber letztere, regelmäßig überschene Form s. Sueton Galba c. 17, 18. per luxit in castra ac pro concione adoptavit.

der pignoris capio; die der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Form der in jure cessio (manumissio vindicta, in adoptionem datio, emancipatio, cessio der tutela und der hereditas legitima).

3. Mitwirkung geistlicher Behörden namentlich der Pontifices; bei eigentlichen Civilgeschäften, wie es scheint, nur in Verbindung mit dem Volk (testamentum, arrogatio) oder Zeugen (confarreatio).
4. Mitwirkung von Zeugen,⁶⁸²⁾ und zwar von 10 (confarreatio), 5 (nexum, mancipatio, coemptio, testamentum per aes et libram) und ohne Angabe der Zahl bei der creatio.^{682a)} Neben die Zuziehung derselben zu processualischen Handlungen ist nicht viel bekannt, es gehören hierher der Zeuge bei der in jus vocatio, die Zeugen bei der Litis contestatio und bei dem Scheingang auf das vindicirte Grundstück (ex jure manum consertum vocare), hier superstites genannt.
5. Geschäfte ohne Mitwirkung anderer Personen als der Partheien. Das hauptsächlichste Anwendungsgebiet dieser Form ist das Obligationenrecht (Verbal- und Literalcon-

682) Wegen der weiten Ausdehnung des Zeugengeschäfts war die Strafe der Unfähigkeit zu demselben eine der schwersten, die das Recht verhängen konnte. Der „intestabilis“ war nicht bloß unfähig bei einem solchen Geschäft als Zeuge zu fungiren, sondern auch, es in eigner Person vorzunehmen, und da auch im Prozeß Zeugen aufgerufen werden mußten, war er wahrscheinlich insoweit auch unfähig, processualische Handlungen mit Erfolg vorzunehmen. Liegt in Plautus Curc. V, 2. 24 eine Andeutung darauf? Es wird hieremand aufgerufen, als Zeuge bei einer in jus vocatio zu dienen, und da er sich weigert, stößt der Andere den Fluch gegen ihn aus: Jupiter te male disperdat, intestatus vivito d. h. doch wohl nur: möge es Dir ebenso gehen, und Dir Niemand (unter andern auch zu einer in jus vocatio) Zeugniß gewähren. Im neuern Recht hat der Begriff der Intestabilität aber jedenfalls eine engere Bedeutung erhalten.

682a) Varro de L. L. VI §. 81 . . cernito i. e. facito videant te esse heredem itaque in cretione adhibere jubent testes. Cicero ad Attic. XIII 46 liberam cretionem testibus praesentibus.

tract). Die tutoris auctoritas schließt sich jeder andern Form an, lässt sich also nicht als selbständige Form betrachten, und die öffentliche Bekanntmachung (palam praedicere), wie sie z. B. bei Annahme von Bürgen⁶⁸³⁾ vorgeschrieben war, sowie die öffentliche Vorführung des verurtheilten Schuldnerns gehört ebenso wenig hierher. Dagegen ist eine Classe von Geschäften hier absichtlich übergangen, es sind dies die, welche der Staat mit den Privaten abschließt; das Eigenthümliche derselben kann erst an einer andern Stelle (B. 3 Abth. 2) ins rechte Licht gesetzt werden.

Aus jener Zusammenstellung ergibt sich, daß die Zahl der selbständigen Formen des ältern Rechts nicht gerade groß war. Die weitaus bedeutendste Stelle unter ihnen nehmen die mancipatio, in jure cessio und stipulatio ein. Denn während die übrigen sich auf einzelne bestimmte Geschäfte beschränken, so sind sie gewissermaßen abstracte, der mannigfachsten Anwendung fähige Grundformen, und gerade auf dieser ihrer ausgedehnten Brauchbarkeit beruht es, daß das ältere Recht mit verhältnismäßig so wenig Formen ausreichte — ein Vorzug, auf den ich nach meinen früheren Ausführungen (S. 466) nicht wieder zurückzukommen brauche. Wir wollen diese drei Geschäfte einer näheren Betrachtung unterziehen.

Bei allen dreien spielt ein Begriff eine große Rolle, den wir bisher noch keine Gelegenheit gefunden haben genauer zu erörtern, der des Scheingeschäfts. Die mancipatio wird uns als „imaginaria venditio“ charakterisiert;⁶⁸⁴⁾ in dem testamentum per aes et libram wird sogar die mancipatio selber wieder „dicis causa“ verwandt — das Scheingeschäft zur zweiten Potenz erhoben! Die in jure cessio war eine Scheinvindication. Die Stipulation war zwar kein Scheingeschäft, aber in der

683) Gaj. III, 123.

684) Gaj. I, 119. Ulp. XX, 1.

sponsio praejudicialis des römischen Prozesses functionirte auch sie als solches, und so wird es sich rechtfertigen, wenn wir uns über einen Begriff, dem wir hier bei jedem Schritt und Tritt begegnen, vorher verständigen.

„Zum Scheine handeln“ (*dicis causa*) bildet den Gegensatz zum „ernstlichen Handeln“, es ist ein äußeres Handeln, Reden, dem die innere Absicht nicht entspricht, es ist also ein Begriff, der auf jedes Handeln, nicht bloß das juristische Anwendung findet. Bei dem Rechtsgeschäft besteht der Mangel der innern Absicht in der intendirten Ausschließung der an dasselbe geknüpften rechtlichen Wirkungen — ein Erfolg, der nur durch Einverständniß mit der Gegenpartei möglich ist. Hierauf beruht der Begriff des simulierten Rechtsgeschäfts. Ein Beispiel gewährt die Einkleidung einer Schenkung in die Form eines Kaufes. Nicht zu verwechseln mit demselben ist ein Verhältniß, das mit ihm auf den ersten Blick große Ähnlichkeit hat, nämlich die Eingehung eines Rechtsgeschäfts lediglich in der Absicht, um einzelne vielleicht ganz secundäre Wirkungen desselben zu erzielen.^{684a)} Als Licinius Stolo seinen Sohn emancipirte, um den Bestimmungen seines eigenen Gesetzes, der *lex Licinia de modo agri*, zu entgehen (S. 453), nahm er kein Scheingeschäft im juristischen Sinn vor, denn der Sohn war und blieb frei. Es fehlte dem Genannten nicht an dem für die juristische Würdigung allein in Betracht kommenden rechtlichen Willen, wohl aber an der ächten, ethischen Gesinnung; er nahm die Emancipation nicht ihrer selbst willen vor, sondern wegen secundärer daran geknüpfter Vortheile, es war ein sittlicher Missbrauch des Familienverhältnisses zum Zweck der Umgehung seines eigenen Gesetzes, und darum ward er, obwohl vor dem Gesetz nicht schuldig, doch von dem souveränen Volk verurtheilt.

Von dem simulierten Geschäft unterscheide ich das

684a) Eine eingehendere Behandlung dieses Verhältnisses s. B. 3. §. 57.

Scheingeschäft im technischen Sinn — ein Unterschied, auf den ich §. 58 genauer werde zurückkommen müssen, und der nur kurz angedeutet werden mag. Das simulirte Geschäft ist rein das Werk der Partheien, es erschöpft seine Wirksamkeit, insoweit derselben kein rechtliches Hinderniß im Wege steht, an dem einzelnen Fall, ist also ganz vorübergehender Art. Das Scheingeschäft dagegen war eine Schöpfung des Verkehrs oder der Jurisprudenz, es war eine recipirte Geschäftsform. Historisch mag es aus dem simulirten Geschäft hervorgegangen, öfters das Scheingeschäft der gewohnheitsrechtliche Niederschlag von zur Regel gewordenen und von der Rechtsprechung geduldeten simulirten Geschäften sein. Manche dieser Geschäftsformen mögen aber auch von vornherein von den römischen Juristen als solche erfunden und eingeführt worden sein. In dem einen wie in dem andern Fall verdankte das Scheingeschäft seine Einführung einem bestimmten praktischen Zweck, es war etwas absichtlich Gemachtes, es war als Scheingeschäft, wenn ich so sagen darf, zur Welt gekommen. Im Gegensatz zu den residuären Scheingeschäften, welche nur das Caput mortuum früherer ernstlicher Akte sind, lediglich der historischen Bis inertiae ihren Fortbestand verdanken, keine praktischen Zwecke versolgen, sondern bloß eine historische Reminiscenz wach erhalten, wollen wir jene Art der Scheingeschäfte als originäre bezeichnen.

Das Scheingeschäft enthielt für die ältere Jurisprudenz ein eigenhümliches Problem. Einerseits nämlich sollte der Schein doch wirklich vorhanden sein. Der zu erreichende Erfolg durfte dem äußern Hergang nicht geradezu Hohn sprechen, man mußte das äußere Dekorum bis zu einem gewissen Grade wahren — kurz wie bei jeder Comödie durfte auch bei dieser juristischen die Illusion nicht gänzlich fehlen. Der Einfluß, den die Jurisprudenz dieser Rücksicht zugestand, tritt in manchen Spuren unverkennbar hervor. Ich werde einige derselben mittheilen. Zunächst verstand es sich wohl von selbst, daß das Geschäft sich nicht selbst als Scheingeschäft bezeichnen durfte. Bei der sponsio praejudi-

cialis⁶⁸⁵⁾ sollte die Summe nicht wirklich ausgezahlt werden. Allein gesagt werden durfte dies nicht — Stipulation und Urtheil lauteten auf Verpflichtung zur Zahlung. Zur mehrern Sicherheit aber hätte man ja die Summe auf ein As oder Sesterz stellen können, wie es z. B. bei Scheinverkäufen (ventiones nummo uno) üblich war. Allein auch dadurch wäre der Scheincharakter des ganzen Geschäfts wieder zu sehr markirt worden; man griff eine höhere Summe, bei Centumviralgerichtssachen 125 Sesterzien, bei gewöhnlichen 25.⁶⁸⁶⁾

Wenn eine mancipatio, coemptio, in jure cessio fiduciae causa vorgenommen ward, so sollte der Empfänger die Person oder Sache nicht wirklich haben und behalten, wie in andern Fällen, sondern sie je nach getroffener Vereinbarung restituiren. Allein diese Vereinbarung hatte in dem Geschäft selber (in der nuncupatio) keinen Platz, sie widersprach dem eigentlichen Zweck derselben; der einfachnatürlichen Vorstellungswise wollte es nicht in den Sinn, daß man erwerbe, wenn man den Erwerb nicht behalten solle. Die Verabredung konnte also, wie bei der sponsio praejudicialis, und wie auch heutzutage bei jedem simulirten Geschäft nur nebenbei d. h. außerhalb des eigentlichen Geschäfts getroffen werden.⁶⁸⁷⁾ Darauf beruht der Begriff der fiducia

685) Um über irgend eine Frage z. B. ob jemand der nächste Verwandte, Eigenthümer sei, dies oder jenes gethan habe u. s. w. einen richterlichen Ausspruch zu erwirken, schloß man eine Stipulation ab, worin der Eine dem Andern unter der Bedingung, daß die (zur richterlichen Untersuchung verstellte) Thatsache wahr sei, eine beliebige Summe versprach. Diese Summe ward eingelagt und dadurch der Richter gezwungen die Bedingung zu untersuchen und mittelbar, indem er den Beklagten verurtheilte oder freisprach, über das Dasein oder Nichtdasein der Thatsache zu entscheiden; aber die Summe ward hinterher nicht eingefordert. Was man hier wollte, sagte man nicht, und was man sagte, wollte man nicht. Gaj. IV, 93. 94. s. oben S. 79, 80. Keller Civilprozeß §. 25, 26.

686) Gaj. IV, 93. 95. Die Fixirung bei den Centumviralgerichtssachen hing mit der Sacramentssumme zusammen (Gaj. IV, 14).

687) Besonders schlagend tritt dies hervor bei der in jure cessio. Wo hätte hier in der Vindicationssformel der Nebenvertrag stehen sollen? Welche

oder des fiduciae causa abgeschlossenen Geschäfts. So erklärt es sich, daß die fiducia nur eine bonae fidei actio erzeugte, ungeachtet jene Geschäfte selbst dem strictum jus angehörten. Hätte diese Nebenberedung einen integrirenden Bestandtheil derselben gebildet, so würde die in den XII Tafeln ausgesprochene Anerkennung aller Nebenberedungen (Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto) sich auch auf sie erstreckt haben. Eben aus diesem Grunde aber theilte die fiducia Jahrhunderte lang das Schicksal aller andern Verhältnisse der bona fides d. h. ihre Wirksamkeit beruhte lediglich auf der fides des Gegners, beziehungsweise wie bei einigen andern derselben auf der Furcht derselben vor der im Fall der Wortbrüchigkeit eintretenden Infamie; das Recht gab aus derselben keine Klage.^{687a)} So erklärt es sich ferner, warum die fiducia auf die solennen Rechtsgeschäfte beschränkt war, ungeachtet Verträge derselben Inhalts ebensowohl bei der Tradition vorkommen konnten. Bei letzterer fiel das in der Form gelegene Hinderniß hinweg, sie hatten, soweit sie juristisch möglich waren, Platz im Geschäft selbst und bildeten nicht einen Vertrag neben demselben, sondern einen integrirenden Bestandtheil des Geschäfts selber.⁶⁸⁸⁾

juristische Monstrosität wäre darin zum Vorschein gekommen! Für die mancipatio steht die Sache um nichts anders, und es ist keine bloße Vergessenheit, wenn Gaj. I, 132 bei Beschreibung der dreimaligen Mancipation des Sohnes das pactum fiduciae gar nicht erwähnt; es trat ja im Alt selbst gar nicht hervor. Das Kriterium des fiduciae causa geschlossenen Geschäfts lag lediglich in seinem Zweck, nicht in der Form, daher auch die Bezeichnung derselben nach diesem Moment: fiduciae causa mancipare, coemptio-nem facere u. s. w. Hieraus ergibt sich, wie derartige Wendungen, wie res mancipatur, ut eam mancipanti remancipet (Boethius ad Cic. Top. c. 10. Orelli p. 340) quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi reman-cipetur (Gaj. I, 140) zu verstehen sind.

687a) Meine Schrift über das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867. S. 29—36.

688) Die im Text gegebene Deutung ist von den Römern selbst nirgends ausdrücklich ausgesprochen, sie gehört zu den Dingen, die man nur finden kann, wenn man zwischen den Zeilen liest. Die herrschende Ansicht

Einen fernern Ausfluß des obigen Gesichtspunkts finde ich in einer Erscheinung, die sich auf andere Weise schwerlich wird erklären lassen. Es geht aus verschiedenen Andeutungen her vor, daß das als Durchgangsstadium für gewisse Zwecke, also Scheines halber benutzte Verhältniß des mancipium und der manus⁶⁸⁹⁾ nicht, wie man geneigt sein könnte zu glauben, regelmäßig bloß einen Moment bestanden, sondern sich über eine gewisse Zeit, über deren Kürze oder Länge wir nichts weiteres wissen, ausdehnen konnte.⁶⁹⁰⁾ Da nun dies Durchgangsverhältniß ein reines Mittel zum Zweck war, so läßt sich durchaus nicht begreifen, aus welchem praktischen Grunde man demselben irgend welche Dauer hätte einräumen, und warum man nicht vielmehr z. B. die Emancipation eines Sohnes mit ihren dreimaligen Mancipationen und Freilassungen im Lauf eines einzigen Tages hätte beschaffen sollen. Allein so sehr es sich hier auch nur um Schein-Akte und Schein-Verhältnisse handelte, so durften doch selbst sie nicht in eine reine Farce ausarten; es lag in der römischen Weise, auch eine Comödie mit einem gewissen Ernst und

macht die Nebenberedung zu einem Bestandtheil des Geschäfts selber, so z. B. Huschke, Recht des Nexum S. 76 „weil dies Geschäft (fiducia) auf Mancipation beruhte“ und S. 117 „er gab das Grundstück zur fiducia mit der nuncupatio“; Denburg Pfandrecht I S. 9.

689) Das erstere zum Zweck der in adoptionem datio und emancipatio (Gaj. I, 132), das letztere mit späterem mancipium und Freilassung aus demselben 1. zum Zweck des Wechsels der tutores legitimi (Gaj. I, 115); 2. zur Erlangung der Testifizfähigkeit (Gaj. I, 115^a); 3. zur Befreiung von den sacris (Cic. pro Murena c. 12). B. 3 §. 58.

690 S. z. B. Gaj. I, 135 . . . : qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est. Der §. 115^b hätte sonst gar keinen Sinn, ebenso §. 118 . . nec ob id filiae loci sit; ferner §. 132 . . etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii, und noch weniger die Bemerkung: sed in usu est eidem mancipari und die Wiederholung derselben in Anwendung auf die dritte Mancipation. S. auch Gaj. II, 41. Darauf scheinen auch die „circumductiones inextricabiles“ hin zu deuten, welche Justinian in L. 8 Cod. de emanc. (8. 49) an dem Ritual der Emancipation auszusezen hat.

Anstand aufzuführen, jenen Schein-Verhältnissen also eine gewisse reale Existenz einzuräumen.⁶⁹¹⁾

Wie rücksichtlich der äußern Form, so mußte man auch rücksichtlich der inneren juristischen Natur des zum Scheingeschäft verwandten Geschäfts eine gewisse Rücksicht beobachten. So konnte man z. B. die in *jure cessio* nicht auf Verhältnisse anwenden, bei denen eine *Vindication* undenkbar war, noch auch sie auf *Peregrinen* ausdehnen.^{691a)} In einem Fall allerdings wage ich nicht zu behaupten, daß diese Gränzen inne gehalten sind, nämlich bei dem *testam. per aes et libram*. Eine *Emancipation*, die das gesamte Vermögen übertragen sollte mit Schulden und Forderungen, und die es noch dazu nicht sofort und unwiderruflich, sondern erst in der Zukunft und unter einer (stillschweigenden) Bedingung thun sollte, und aus der ferner dritte Personen, die *Legatare*, Rechte ableiten könnten — ein solches Geschäft war keine *mancipatio* mehr, sondern in der That etwas völlig Anderes geworden.

Aber eben dieses Beispiel ist recht geeignet, uns die Eigenthümlichkeit der Lage, in der sich die Jurisprudenz bei der Gestaltung des Scheingeschäfts befand, zu veranschaulichen. Der obigen Rücksicht stand auf der andern Seite eine ungleich dringlichere, die auf den praktischen Zweck des Rechtsgeschäfts gegenüber. Man konnte letzteren nicht der bloßen Form zum Opfer bringen, sich nicht Consequenzen derselben gefallen lassen, die mit dem beabsichtigten Zweck des Geschäfts selbst im Widerspruch standen. So galt es hier denn möglichst zwischen Form und Inhalt zu vermitteln d. h. soweit dies ohne wesentliche Gefährdung wich-

691) Beobachtet man doch auch heutzutage bei dem unvermeidlichen *Avancement* eines Prinzen vom gemeinen Soldaten zum General gewisse Zwischenräume, ungeachtet die Mittelstufen auch hier keine ernstere Bedeutung haben als bei der *Emancipation* eines römischen Haussohns, und zur Noth ebenfalls in einen Tag zusammengedrängt werden könnten. Dass letzteres in der That in späterer Zeit möglich war, zeigt Paul. S. R. II 25 §. 2.

691a) *Gaj. II 65 . . in jure cessionis jus proprium est civium romanorum.*

tigerer Interessen möglich war, die Form, darüber hinaus aber die Sache dominiren zu lassen.

Dieses eigenthümliche Transactionssystem zwischen dem formal technischen und dem praktischen Interesse lässt sich aus den uns erhaltenen Beispielen von Scheingeschäften des ältern Rechts mit Sicherheit erkennen.

Zunächst zwei Beispiele, wo die Form den Sieg davontrug. Personen in der Gewalt konnten ihrem Herrn durch Rechtsgeschäft keine Personal- und Urbanalservituten erwerben, wohl aber Rusticalservituten.⁶⁹²⁾ Ein seltsamer Satz! Besäßen wir nicht die Lösung des Räthsels, vergebens würden wir uns an demselben abmühen, denn vom Standpunkt des materiellen Rechts aus ist der Satz schlechterdings nicht begreiflich. Die Lösung liegt in Folgendem. Rusticalservituten waren res mancipi, Urbanalservituten res nec mancipi, jene konnten durch mancipatio, diese nur durch in jure cessio erworben werden, jenen Alt konnten auch Personen in der Gewalt vornehmen,⁶⁹³⁾ diesen nicht. Warum nicht? Weil er eine Scheinvindication war, die Vindication aber für diese Personen, da sie nichts Eignes haben konnten, eine Unmöglichkeit enthielt. Ganz consequent vom Standpunkt der Form aus, allein dem materiellen Wesen des Rechtsgeschäfts als eines Erwerbsaktes durchaus nicht entsprechend. So kam das wunderliche Resultat heraus, daß jene Personen ihrem Herrn

692) L. 12 de Serv. (8. 1) Vat. fr. §. 51.

693) Gaj. II §. 87. 167. Vat. fr. §. 51. — Müssten sie die dabei zu sprechenden Worte auf den Herrn stellen? Dass es möglich war und zwar mit individueller Bezeichnung desselben („nomen adjectum“), zeigt der citirte §. 167 von Gajus. Als Gegenstück zu dieser individuellen Bezeichnung können wir uns ebensowohl die Stellung der Formel auf den Herrn mit abstrakter Bezeichnung desselben (ajo rem domini esse) als auf den Sprechenden selbst (ajo rem meam esse) denken. Letztere Fassung hätte eine Ungenauigkeit oder richtiger Unwahrheit enthalten, denn cum istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet ut nihil (suum esse) in jure vindicare possint Gaj. II, 96 und können wir hinzusetzen: ut nihil suo nomine mancipio accipere possint.

durch letztwillige Verfügung eines Dritten auch diese Rechte erwerben konnten,⁶⁹⁴⁾ nicht aber durch Rechtsgeschäft; daß sie Erbschaften für ihn antreten, Landgüter und alle möglichen Sachen und auch die wichtigsten der Servituten ihm verschaffen konnten, nicht aber die minder wichtigen derselben. Eben darin aber, daß es minder wichtige Rechte waren, mag der Grund gelegen haben, daß man hier von dem, was die Consequenz der Form mit sich brachte, nicht abging.

Das zweite Beispiel ist folgendes. Bei dem Testamente durften alle mit dem familiae emtor durch das Band der väterlichen Gewalt verbundenen Personen (Söhne, Brüder, Vater) nicht als Zeugen fungiren,⁶⁹⁵⁾ wohl aber die eingesetzten Erben und Legatäre und alle ihnen in derselben Weise verbundenen Personen.⁶⁹⁶⁾ Warum? Das Testamente war formell ein Geschäft zwischen Testator und familiae emtor. Ursprünglich, so lange man noch dem Erben selbst die Familia mancipirte, hatte der Satz Sinn, allein als dies aufhörte, ward er wahrhaft sinnlos und zwar nach beiden Seiten hin. Nach Seiten des familiae emtor — denn welches Interesse hatte er am Testamente, welches das Zeugniß seiner Verwandten hätte verdächtigen können? Nach Seiten des Erben — denn bei ihm lag ungekehrt ein solches Interesse vor. Man hatte also der Form zu Liebe das wahre Verhältniß völlig verschoben, den an sich richtigen Begriff des domesticum testimonium durch verkehrte Anwendung um allen Werth gebracht.⁶⁹⁷⁾

694) Vat. fragm. §. 51.

695) Gaj. II §. 105, 106: domesticum testimonium. Ulp. XX §. 3—5.

696) Gaj. II, 108. Cic. pro Milone c. 18. Wenn Ulpian in l. 20 pr. qui test. (28. 1) den Erben ausschließt, so stimmt dies nicht zu der Art, wie er in seinen Fragmenten XX 3—5 über die Frage sich äußert, und die Ansicht, welche die Stelle für interpolirt erklärt (Glück Commentar B. 34 S. 245), hat daher einen guten Grund.

697) Der Tadel, den Justinian in §. 10 l. de test. ord. (2. 10) darüber ausspricht, daß das ganze Recht hier auf den Kopf gestellt worden sei (totum jus conturbatum erat) war daher ganz treffend.

In der ersten Richtung knüpfte sich freilich an diesen Mißgriff kein irgendwie erhebliches Interesse, man fand Zeugen genug, um jene Beschränkung nicht zu fühlen; die Concession, die man hier der Form machte, war also durchaus harmloser Natur. Ganz anders jedoch in der zweiten Richtung, denn wenn irgendemand, so müßten gerade die genannten Personen ausgeschlossen werden. Die römische Jurisprudenz befand sich hier in der Verlegenheit, welche die heutige freilich auch oft genug empfindet — oder soll ich sagen? nicht empfindet — einen Rechtsatz lehren zu müssen, gegen den ihr gesundes Gefühl sich auflehnte. Sie suchte sich dadurch zu helfen, daß sie gegen die wirkliche praktische Benutzung desselben aufs angelegentlichste warnte.⁶⁹⁸⁾

Während nun diese beiden Beispiele der Ansicht Raum geben könnten, als ob die ältere Jurisprudenz bei dem Scheingeschäft sich rücksichtslos an die Consequenz der Form gehalten hätte, werden die folgenden sie gegen diesen Vorwurf sicher stellen und uns die Überzeugung gewähren, daß sie auch hier denselben Charakterzug, wie bei der Interpretation der Gesetze (S. 448), bewahrt hat, nämlich daß sie die Form beziehungsweise den Buchstaben respektirte, so lange kein ernsteres praktisches Interesse zur Frage stand, entgegengesetzten Fällen aber sich von ihnen lössagte.

Wollte man sich bei der Theorie der in jure cessio streng an das Vorbild der Vindication halten, so mußte man sie in allen Fällen gestatten, wo letztere Statt fand. Allein der Spielraum, den man der in jure cessio gönnnte, war ungleich enger; nicht die abstracte Consequenz, sondern die Erwägung des wahren Bedürfnisses hatte ihn abgesteckt. Eine Erbschaft vindicare konnte der testamentarische Erbe so gut als der Intestat-Erbe; sie mit voller Wirkung in jure cediren nur der heres legitimus, und dies auch nur vor geschehener Antretung.⁶⁹⁹⁾ Die Tutel vindicare

698) So Gaj. II §. 108 sed tamen . . . minime hoc jure uti debemus.

699) Gaj. II, 34—36.

konnte jeder Tutor; sie cediren nur der tutor legitimus einer Frau. ⁷⁰⁰⁾

Die wirkliche Manus verschaffte dem Manne das gesammte Vermögen der Frau und letzterer ein Erbrecht an seinem Nachlaß, beides fiel bei der Scheinmanus hinweg, ⁷⁰¹⁾ es sei denn, daß dieselbe mit dem Manne selbst eingegangen war; ⁷⁰²⁾ das eine so angemessen, wie das andere. Das ernstlich vom Vater verkaufte Kind ward mit Ablauf der Censusperiode frei (S. 174), das zum Schein verkaufte mußte ihm zurück mancipirt werden. ⁷⁰³⁾ Eine Sache, die man ernstlich mancipirt oder in jure cedirt hatte, konnte man nicht ohne Titel usucapiren, wohl aber diejenige, welche man fiduciae causa veräußert hatte. ⁷⁰⁴⁾ Eine Frau konnte Zahlung annehmen ohne tutoris auctoritas, nicht aber acceptiliren, obschon doch die acceptilatio als imaginaria solutio galt. ^{704a)}

Ich wende mich jetzt den drei oben bezeichneten Rechtsgeschäften zu.

Die mancipatio, der solenne Verkauf ⁷⁰⁵⁾ einer res mancipi per aes et libram, beruht auf der gleichzeitigen Darstellung der beiden Elemente des Kaufs: der Leistung der Sache und der Zahlung des Kaufpreises, und zwar ist diese Darstellung in der Gestalt, in der uns diese Form überliefert ist, nach beiden Seiten hin zu einer bloßen Formlichkeit geworden. Die Zahlung — denn das äußere Gepränge derselben: die Wagschale mit dem libripens, der sie hält, deutet auf die Vornahme derselben in

700) Gaj. I, 168. Ulp. XI, 6. 8. 17. Die tutela cessitia ist auch im übrigen ein redendes Zeugniß für die Behauptung im Text, s. Ulp. XI, 7.

701) Ueber jenes Gaj. II, 98, über dieses Gaj. I, 118 verb. nec ob id filiae loco sit und 115^b.

702) Gaj. I, 115^b.

703) Gaj. I, 140.

704) Gaj. II, 59, 68.

704a) Gaj. III, 171. Ein anderes Beispiel folgt S. 528.

705) Gaj. I, 119 imaginaria venditio. Plin. H. N. XXXIII, 13 in his emtionibus quae mancipi sunt.

ältester Gestalt durch Zuwägen hin; an die Stelle desselben ist im Mancipationsritual das Schlagen der Wagschale mit einem Stücke Erz oder mit einer Kupfermünze^{705a)} getreten. Ob außerdem, sei es vorher oder nachher, eine wirkliche oder, wie bei der Schenkung, gar keine Zahlung erfolgt, ist gleichgültig. Die Leistung — denn die Sache braucht nicht übergeben zu werden, sondern sie wird nur ergriffen (manucapitur = mancipatur), sie kann also immerhin im Besitz des Gebers verbleiben. Dieser beiden Elemente des Alts hat die Formel, die der Empfänger zu sprechen hat, zu gedenken, des einen mit den Worten: *hunc ego hominem (fundum u. s. w.) ex jure Quiritium meum esse ajo*, des anderen mit den Worten: *isque mihi emptus est*⁷⁰⁶⁾ *hoc aere aeneaque libra*.

Vor Einführung des gemünzten Geldes blieb für die Beschaffung einer Geldzahlung nichts übrig als das Metall zu wägen, und daß man dazu, da es sich nicht bloß um das Halten der Wage, sondern um genaues, richtiges Abwägen handelte, einen dritten Unpartheischen (libripens) zuzog, daß man sodann das Metall nicht bloß wog, sondern auch an Ton und

705a) Gaj. I. c. hat *aes*, Festus sub *rodus* den „*as*“ und das „*aes* *signatum*“.

706) In dieser Fassung mit est, nicht mit esto wird die Formel von drei verschiedenen Gewährsmännern angegeben: Gaj. I, 119 und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf ihn von Boethius ad Cic. Top. c. 5 (Orell. 322) und Paulus in den Vat. fr. §. 50. Schon dieser Umstand hätte Huschke Negum S. 23 abhalten sollen, diese Lesart zu verdächtigen und wegen Gaj. II, 102 (wo das esto vielleicht mit der imperativischen Form der Testamente zusammenhängt) und III, 167 (wo das esto vielleicht aus est hoc entstanden, die Abweichung von der gewöhnlichen Form aber zur Noth auch durch die Besonderheit des Falls motivirt sein könnte) das esto in jene andere Stelle hineinzumendiren. Das für die Kritik des Gajus so wichtige Zeugniß von Boethius hat er freilich ganz übersehen. Ueber die innere Unwahrscheinlichkeit seiner Conjectur s. den folgenden §. — (In seiner seit der ersten Auflage dieses Bandes erschienenen Jurispr. antej. hat er jetzt jene Ansicht stillschweigend zurückgenommen und bei Gaj. I, 119 das est der Handschrift gelassen.)

Klang seine Aechtheit darthat⁷⁰⁷⁾ (aere percutere libram), wozu der Zahlende durch die Formel: raudusculo libram ferito⁷⁰⁸⁾ aufgesfordert ward — das, sage ich, ist so einfach und natür-lich, daß es eben darum vielleicht den Widerspruch herausgesfor-dert hat.

Als das gemünzte Geld aufkam, hätte man sich die Wag-schale und das Wägen ersparen können, und gewiß wird dies auch für gewöhnliche Geldzahlungen, wie z. B. bei dem einfachen Dar-

707) Der verstorбene J. Christianen hat mit großer Hartnäckigkeit daran festgehalten, daß das Schlagen des Erzes an die Wagsschale nur ein Zeichen der Perfection des Vertrages gewesen sei. S. dessen Wissenschaft der röm. Rechtsgesch. B. 1 S. 147 fl. und Institutionen S. 566 fl. Als ob man darum erst hätte eine Wagsschale requiriren sollen! Es ist zu leicht, diese Grille zu persifliren, als daß ich mich der Versuchung hingeben möchte. Ueber die vermeintliche Unerklärlichkeit des libram percutere aere hätte ihm auch unser heutiges Leben Aufklärung geben können. Wer hätte es nicht schon gesehen, daß man Geldstücke zweifelhafter Aechtheit am Klang, also durch ein percutere prüft? — Wenn E. ist, Mancipation und Eigenthumstradition S. 140 Note 7 fragt: „was soll die Prüfung der Aechtheit bei dem Erbstückchen, von dem von vornherein feststand, daß es nur die imago des Wirklichen sei?“ so verweise ich ihn auf die von ihm selber in Bezug genommene Sitte, das wirkliche Zahlgeld (den Denar) durch den Klang zu prüfen. Sollte man ihre Prüfung bei dem ungeprägten Metall der alten Zeit weniger für nöthig gehalten haben als bei dem geprägten und, wenn man den Zahlakt der alten Zeit darstellen wollte, warum hätte man gerade diesen Bestandtheil desselben fallen lassen sollen, anstatt sich auch hier „an die imago des Wirklichen“ zu halten?

708) Fest. Rodus. Rudusculum (bei Varro de L. L. V 163 raudus-culum) hieß, wie Festus hier bemerkt, unverarbeitetes Metall, und der Aus-druck ward in bekannter römischer Weise auch dann noch beibehalten, als man sich statt dessen der Bequemlichkeit wegen eines Asses bediente. — Daß der Libripens sprechen müßte, ist für die Testamentserrichtung dadurch bezeugt, daß er nicht sum in sein durste Ulp. XX, 7. Wir werden schwerlich fehlgreisen, wenn wir ihm jene Aufforderung in den Mund legen. — Wenn es in alter Zeit Sache des libripens war zu wägen, so wird er dazu nicht die Parthei aufgesfordert haben, jene Formel kann sich also nicht auf Vornahme des Wägens von Seiten der Parthei bezogen, vielmehr nur den Sinn ge-habt haben zu constatiren, daß die Parthei gegen die Aechtheit des Metalls nichts einzuwenden hatte, worauf denn der libripens das Gewicht bestimmte.

lehn (im Gegensatz zum *Nexum*), bei Steuerzahlungen⁷⁰⁹⁾ u. s. w., schnell Sitte geworden sein; bei der *mancipatio* und dem *nexum* dagegen blieb die alte Form als residuäres Scheingeschäft bestehen.

Die Gestalt eines von beiden Seiten sofort erfüllten Kauf-contracts, welche die *mancipatio* an sich trägt, kann nicht die ursprüngliche gewesen sein, sie datirt erst aus einer Zeit, als das Metall allgemeines Zahlmittel geworden war. So hoch man diese Zeit auch ins römische Alterthum hinaufrücken mag, dem Kauf ist auch in Rom der Tausch vorausgegangen,⁷¹⁰⁾ d. h. also eine Eigenthumsübertragung ohne *aes et libra*. Wenn ich nun für diese Eigenthumsübertragung bei der *res mancipi* dieselbe Solemnität postulire, wie sie im übrigen die *mancipatio* an sich trägt d. h. Gegenwart der Partheien und der Sache, Mitwirkung der Zeugen, Aussprechen der Eigenthumsformel (*hanc rem meam esse ajo*) und Ergreifen der Sache, so ist dies allerdings eine durch kein äußeres Argument unterstützte Hypothese, allein ich weiß nicht, wie man sich ihr Angesichts des das älteste Recht beherrschenden Formalismus entziehen will. Ob nun bei dieser ältesten Form der *mancipatio* stets Sachen um Sachen mit einem Zuge umgetauscht wurden, oder ob nicht auch eine Sache selbständige für sich allein übergeben werden konnte, darüber wage ich keine Muthmaßung zu äußern, jedenfalls aber kann auch beim Tausch das Geschäft nur aus zwei separaten Mancipationen bestanden haben d. h. jeder Theil mußte die Sache ergreifen und die Worte: *rem meam esse ajo* sprechen. Wie kam nun der Akt der Zahlung in das Ritual der Mancipation hinein? Als das Metall

709) Im Tempel des Saturn blieb freilich nach wie vor die Wagschale hängen. Varro de L. L. V, 183: *Per trutinam solvi solitum vestigium etiam nunc manet in aede Saturni, quod ea etiam nunc propter pensuram habet trutinam positam.*

710) Von den römischen Juristen anerkannt: §. 2 I. de emt. (3. 23) eamque speciem emtionis et venditionis vetustissimam esse. L. 1 pr. de cont. emt. (18. 1).

mehr und mehr allgemeines Zahlmittel ward, und der Kauf den Tausch verdrängte, fand naturgemäß auch eine Art des Handels Eingang, die beim Tausch zu den größten Seltenheiten gehört: das Creditgeschäft. Man tauscht regelmäßig nur Sachen gegen einander aus, die man hat, aber man kauft Sachen, auch wenn man das Geld noch nicht zur Hand hat. Für diesen letztern Fall bestimmten nun die XII Tafeln⁷¹¹⁾ vielleicht nur im Anschluß an das Gewohnheitsrecht, daß das Eigenthum an gekauften Sachen nicht früher übergehe, bis der Kaufpreis bezahlt sei. Für die Sicherheit des Verkehrs war dieser Satz nicht unbedenklich. Wer gekauft und den Kaufpreis wirklich bezahlt hatte, mußte letzteres, wenn es ihm bei der Vindication der Sache von einem Dritten bestritten ward, erst beweisen, und selbst derjenige, welcher durch Tausch oder Schenkung die Sache erworben hatte, mußte auf den Einwand gefaßt sein, daß er die Sache gekauft, aber nicht bezahlt habe. Dieser Gefahr gegenüber gab es kein wirksameres Mittel als dem Erforderniß der Zahlung sofort bei der mancipatio insoweit Genüge zu leisten, daß jeder Widerspruch gegen die Wirklichkeit der Eigenthumsübertragung dadurch abgeschnitten ward d. h. der Empfänger nahm das Neuerliche der Zahlung per aes et libram vor und constatirte sie wörtlich durch einen darauf gerichteten Passus (isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra).^{711a)} Wenn der Gegner dazu schwieg, also die Zahlung als gültig geschehen anerkannte, so hatte Niemand sie zu bemängeln; wie er selber hinterher zu seinem Gelde kam, war seine Sache — mit einem Wort die Frage von der Zahlung war zu einer rein relativen unter beiden Partheien gemacht, ihre absolute Bedeutung für den Eigenthumsübergang war damit beseitigt.^{711b)} Die Form

711) §. 41 I. de R. D. (2. 1).

711a) Aus Erner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 346 entnehme ich, daß schon Heineccius derselben Ansicht gewesen ist.

711b) In ähnlicher Weise wie es sich früher beim Wechsel mit der Clausel „Baluta erhalten“ verhielt. Auch der Wechsel war ursprünglich ein Kaufcontract, und auch bei ihm war die Einrede des nicht gezahlten Kaufpreises

dieser Scheinzahlung ergab sich von selbst. Wirkliche Zahlungen bewerkstelligte man damals nicht mehr durch Wägen, sondern durch Zählen; das Wägen, die *aes et libra*, galt schon damals als Ausdruck einer bloßen Scheinzahlung, aber als einer vom Civilrecht beim *Nexum*, dem einzigen Verhältniß, bei dem sie sich damals noch erhalten hatte, als wirksam anerkannten.

Die im Bisherigen vorgetragene Hypothese findet meines Erachtens eine Unterstützung in der Composition des Mancipationsformulars.^{711c)} Welche seltsame Ordnung: zuerst wird der Eigentumsübergang constatirt und dann erst der Kauf⁷¹²⁾ und die Zahlung! Gerade bei der logischen Peinlichkeit, mit der die alten Formen abgefaßt sind (§. 47^b), hat diese Umstellung etwas höchst Auffälliges. Sie wiederholt sich in den beiden entsprechenden Handlungen: dem Ergreifen der Sache mit der Hand als der Darstellung des Eigentumserwerbs und dem Anschlagen des Erzes an die Wagschale als Darstellung der Zahlung. Die *mancipatio* beginnt mit dem Ergreifen und dem ihm entsprechenden Theil der Formel, weil dies der eigenthümliche Kern und ursprüngliche Stamm der *mancipatio*, also das *Principale* ist, das Zählen aber

zu fürchten. Jene Clause beseitigte diesen Einwand für den Wechsel absolut, aber das unterliegende Geschäft, der Anspruch des Wechselverkäufers auf wirkliche Zahlung ward dadurch nicht berührt.

711c) In der ersten Ausgabe hatte ich auch der Verschiedenheit der Fassung der beiden Glieder desselben: *ajo . . meum esse isque mihi emptus* est ein Argument entnehmen wollen und gefragt, warum nicht, wenn die Formel von Anfang an als eine einheitliche componirt worden sei, auch das zweite Glied in den *Accusativ cum Infinitiv* gestellt worden sei. Meine eigenen Untersuchungen über die Sprache der römischen Formeln haben mir später darauf die Antwort ertheilt; s. §. 47^a (bei Gelegenheit der Regeln über den Gebrauch des *Indicativs*).

712) Daz emere ursprünglich etwas anderes bedeutet hat als kaufen (B. 1. S. 110 Anm. 12), was namentlich zu dem Zweck geltend gemacht worden ist, um die Auffassung der *mancipatio* als eines Scheinkaufes abzuwehren, kann man gern zugeben, ohne sich den Schluß gefallen lassen zu müssen; jene Auffassung stützt sich nicht bloß auf das Wort *emere*, sondern auf *emere hoc aere d. h. kaufen*.

und der entsprechende Theil der Formel bekommt als neuerer Zusatz und bloßes Accessorium die zweite Stelle.

So erklärt sich auch, wie Manilius und Gallus Aelius bei ihren Definitionen des *Nexum* die Mancipation unter diesen Begriff bringen konnten.⁷¹³⁾ Es hätte jeder Grund dazu gefehlt, wenn beide sich selbstständig und unabhängig von einander entwickelt hätten, während wenn, wie ich annehme, die Scheinzählung vom *Nexum* in die Mancipation hinübergenommen ward, jene Auffassung allerdings eine gewisse Wahrheit hatte. Sie litt nur an dem Fehler, daß sie die Wortbedeutung von *Nexum* zu weit griff, die mancipatio hatte zwar die Sache, nicht aber den Ausdruck entlehnt, und in dieser rein sprachlichen Beziehung traf daher ein dritter Jurist, Q. Mutilius Scabola,⁷¹⁴⁾ gewiß das allein Richtige, wenn er das *Nexum* als rein obligatorisches Geschäft per aes et libram definierte und damit die Anwendbarkeit des Ausdrucks auf die mancipatio völlig ausschloß.⁷¹⁵⁾

713) Varro de L. L. VII, 5 §. 105: *Nexum* Mamilius (Manilius) scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Fest. *Nexum*. *Nexum* est ut ait Gallus Aelius quodcunque per aes et libram geritur idque necti dicitur, quo in genere sunt (nämlich als zu seiner Zeit praktische Fälle) haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.

714) Varro a. a. Q.: Mutilius: quae per aes et libram fiant, ut obligentur (Huscke: obligetur), praeter quam (Niebuhr: quae, Huscke: quum), mancipio detur (Niebuhr: dentur). Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit, nam idem quod obligatur per libram neque suum fit (was nicht behalten, sondern zurückgegeben werden soll d. h. gesiehen wird) inde *nexum* dictum.

715) Bei nicht juristischen Schriftstellern kommt jedoch der Ausdruck öfter in Anwendung auf die Mancipation und das Eigenthum vor, so z. B. bei Cicero Top. 5 traditur alteri nexus und dazu Boethius (Orelli p. 322), de harusp. c. 7 jure nexus, de Republ. I c. 7 u. a. In den Augen des Volks hatte die aes et libra über das minder hervortretende Ergrreifen der Sache das Uebergewicht erlangt, man charakterisierte den Alt nach jenem, nicht nach diesem Moment. Daher Wendungen wie mercari libra et aere (Horaz), emere per assem et libram (Sueton) und ähnliche.

Der Beweis für die oben angenommene beschränkte (wenn ich so sagen darf: dingliche, nicht obligatorische) Bedeutung des Altes der Scheinzahlung liegt in dem für die bei der *actio auctoritatis*, der aufs Doppelte gerichteten Klage des Käufers wegen *Eviction* der ihm mancipirten Sache von einem römischen Juristen betonten Ersorderniß *wirklicher* Zahlung des Kaufpreises,⁷¹⁶⁾ ein neuer Beweis für die oben (S. 521) von mir behauptete Relativität der in den Scheingeschäften und Fictionen des alten Rechts zur Verwendung gelangenden Gesichtspunkte. Die Scheinzahlung bei der Mancipation hatte lediglich den Zweck, die Unabhängigkeit des Eigenthumsüberganges von der wirklichen Zahlung des Kaufpreises formell zu rechtfertigen und den Empfänger bei dem Beweis seines Eigenthums von dem Beweis des letzteren Umstandes zu befreien; darüber hinaus hatte sie keine Geltung.

Das zweite Element der Mancipation, das Ergreifen der Sache übergehe ich hier, da dasselbe wegen seines Zusammenhangs mit allgemeineren Gesichtspunkten nur bei Gelegenheit der letzteren richtig gewürdigt werden kann.⁷²¹⁾

Das dritte Element unseres Geschäfts bestand in den 5 Zeugen und dem bereits erwähnten Libripens. Indem ich bekannte Dinge übergehe, beschränke ich mich auf einige meines Wissens bisher nicht aufgeworfene Fragen. Zunächst die Frage: ob es bei jeder Mancipation einer förmlichen Aufforderung an die Zeugen bedurfte. Bezeugt ist dieselbe nur bei der Testamentserrichtung, und zwar für das *testamentum per aes et libram*, welches hier allein in Frage kommen kann, als Schlüpfunkt des ganzen Testaments.⁷²²⁾ Wäre der Schluß von der Form des Mancipations-

716) *Paul. S. R. II, 17 §. 1 . . . pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius, aliter enim non potest obligari.* Man hat darin, und wie ich glaube mit Recht, eine Anwendung der aufs Doppelte gerichteten Diebstahlsklage (furt. nec manifestum) finden wollen. Der Verkäufer hatte den Käufer um sein Geld gebracht.

721) S. §. 47 u. B. 3 Abth. 2.

722) Die Formel ist uns von den römischen Juristen erhalten (Gaj. II, 104. Ulp. XX, 9) *ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi per-*

testaments auf die der gewöhnlichen Mancipation ein stringenter, so wäre die obige Frage damit auch für letztere erledigt. Allein daß die Form beider nicht durchweg gleich ist, zeigt schon die Verschiedenheit der Formeln, sowie der Umstand, daß dort auch der Mancipant zu reden hat, während er hier schweigt. Nichts desto weniger läßt es sich aus allgemeinen Gründen kaum bezweifeln, daß die Zeugen bei jeder solennen Handlung auch in solennner Weise haben aufgerufen werden müssen. Es würde zu der Genauigkeit, mit der die alte Jurisprudenz alles, was geschah, auch durch Worte ausdrücken ließ, wenig stimmen, wenn sie eine so wichtige Thatsache, wie die Zuziehung der Zeugen zum Rechtsgeschäft, nicht durch eine Erklärung der Parthei constatirt hätte. Bei der Mancipation ging die Aufforderung aber nicht, wie beim Testamente, von dem Mancipanten aus; das Interesse lag ausschließlich auf Seiten des Empfängers.

Mußten die Zeugen ihrerseits, oder einer von ihnen im Namen aller, der an sie gerichteten Aufforderung mit Worten, und zwar im Geist des ältern Rechts mit hergebrachten, fest bestimmten, entsprechen? Auch diese Frage würde ich schon aus allgemeinen Gründen zu bejahen nicht anstehen, ein positives Zeugniß

hibetote. Ob es nicht außerdem noch einer solennen rogatio der Zeugen bei Beginn des Testamentsakts bedurfte, lasse ich dahin gestellt, die „suprema contestatio“ der L. 20 §. 8 qui testam. (28. 1) ist dafür nicht beweisend, ebensowenig das „ante testimonium certiorentur“ der L. 21 §. 2 ibid. Daz man keinen Zeugen zu einem Rechtsgeschäft zuzieht, ohne ihn vorher zu benachrichtigen, worum es sich handelt, ist selbstverständlich, es kommt nur darauf an, ob dies in solennner Weise d. h. mittels einer fest bestimmten Formel geschehen müßte. Das Aufrufen der Zeugen nach beendetem Akt kam außer dem Testamente noch bei der litis contestatio vor, und es ist wohl nicht zufällig, daß beide Akte nach dieser Aufrufung der Zeugen (testari, contestari) ihren Namen tragen. Bei der litis contestatio riefen beide Partheien die Zeugen auf, beim Testamente der Testator allein, nicht der Erbe oder der dessen Stelle vertretende familiae emtor, ungeachtet doch auch er kein geringeres Interesse an der Aufrechthaltung des Testaments hatte als der Testator. Es erklärt sich dies vielleicht aus der ältesten Form der Testamentserrichtung in den Comitien (B. 1 S. 145 fl.).

aber dafür finde ich theils in der Bestimmung,⁷²⁷⁾ daß ein Stummer beim Testament weder Zeuge, noch Libripens sein durfte, was völlig unmotivirt gewesen wäre, wenn beide nichts zu reden gehabt hätten, theils in der Art, wie ein römischer Jurist es rechtfertigt, daß ein Blinder ein Testament errichten könne.^{727a)} Der Schluß von dem Testamente auf die gewöhnliche Mancipation dürfte hier weniger gewagt sein als oben.

In Bezug auf die Wirksamkeit der mancipatio hatten die XII Tafeln in dem bekannten Satz: *Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto scheiubar* der Autonomie der Privaten einen unbeschränkten Spielraum eingeräumt; die Jurisprudenz ließ sich dadurch nicht abhalten, diese Freiheit auf ihr richtiges Maß zurückzuführen. Alle Verabredungen, die sich mit dem Zweck oder Hergang nicht vertrugen, waren als Bestandtheile des Aktes (als „nuncupatio“)⁷²⁸⁾ unzulässig. Dahin gehörte das pactum fiduciae (S. 514), sowie die Bestimmung, daß das Eigenthum erst mit Eintritt einer Bedingung oder von einem gewissen Tage an übergehen solle — der Empfänger würde nicht haben sagen können: *rem meani esse*, und ebenso wenig würde die sofortige Zahlung gepaßt haben. Aus diesem Grunde glaube ich denn auch nicht, daß eine Bestimmung über die demnächstige Bezahlung des Kaufpreises in die Nuncupation aufgenommen werden durfte. Es wäre eine contradictio in adjecto gewesen, einerseits mit den Worten: *est emtus hoc aere u. s. w.* den Kaufpreis als bezahlt, andererseits durch jenen Zusatz ihn als noch rückständig zu bezeichnen. Da es ist mir zweifelhaft, ob nur einmal, wie Huschke angenommen hat, die Angabe des wirklichen Preises in der Nuncupation Platz finden konnte. Denn letztere lautete auf Bezahlung mit „*diese m Erz und dieser*

727) Ulp. XX, 7.

727a) Paul. S. R. III 4^a §. 4 *quia testes testimonium sibi perhibentes audire potest.*

728) *bon nomine capere*: beim Namen nennen, sagen. Cic. de off. III, 16 de orat. I, 57.

Wage", und dazu hätte die Angabe einer bestimmten Geldsumme nicht gestimmt. Für den Uebergang des Eigenthums, um den es sich bei der Mancipation allein handelte, war ja die Angabe des wirklichen Preises nicht nöthig — was hat ein Dritter nöthig, den Betrag des Kaufpreises zu erfahren, wenn Käufer und Verkäufer erklären, daß er berichtigt sei? — für die act. auctoritatis aber war die bloße Angabe des Preises ohne Wirkung, denn diese Klage ging nur auf das Doppelte dessen, was wirklich gezahlt war, den Beweis der wirklichen Zahlung aber konnte, wie bereits bemerkt, die Bezugnahme auf die Scheinzahlung nicht ersezzen. Gerade diese unbestimmte Nahmhaftmachung der Zahlung ohne Angabe der Summe kann im Sinn und in der Sprache der alten Juristen die Bedeutung haben enthalten sollen, daß sie nur für das Verhältniß zu dritten Personen d. h. für die Eigenthumsfrage, nicht aber für das obligatorische Verhältniß beider Personen zu einander Geltung haben solle; bei der Zahlung oder dem Erlaß einer Nexuschuld ward die Summe ausdrücklich genannt.^{728a)} Was blieb denn für die nuncupatio, abgesehen von der stereotypen Formel, noch übrig? Ich meine nur das, was sich auf das mancipirte Object selbst bezog, also z. B. bei einem Grundstück die Zusicherung gewisser Servituten oder umgekehrt der Freiheit von ihnen, sodann der Vorbehalt von Servituten zu Gunsten des Mancipanten (deductio),⁷²⁹⁾ bei dem Verkauf eines Sklaven die Angabe, daß und unter welcher Bedingung er statu liber sei, daß das Pekulium mitgegeben oder vorbehalten werde, bei einem Thier das Alter, die Fehler oder deren Nichtdasein u. s. w. Ist dies richtig, so könnte durch die Mancipation nur der Mancipant, nie der Empfänger verpflichtet werden, und diesen Satz halte ich allerdings in seiner weitesten Ausdehnung für wahr. Die entgegengesetzte Behauptung von Huschke, der zufolge die Mancipation für den Käufer rücksichtlich des schuldigen Kauf-

728a) Gaj. III, 174.

729) Vat. fragm. §. 50.

preises die Kraft eines *Nexum* gehabt hätte, hat, ganz abgesehen von ihrem Mangel an allem und jedem positiven Anhaltspunkt, die Analogie des ältern Rechts aufs entschiedenste gegen sich. Alle formellen Geschäfte des eigentlichen *jus civile* sind streng einseitig (B. 3 §. 53 S. 133), es gibt keins, aus dem beide Contrahenten gegenseitig verpflichtet würden, und selbst der Kauf und die Miethe zerstören, wie ich an anderer Stelle nachzuweisen hoffe, früher in zwei einseitige Geschäfte (Stipulationen): *emtio* und *venditio*, *locatio* und *conductio*. Kurz der Grundsatz der Einseitigkeit ist eins der Fundamentalprincipien des ältern Rechts. Wie bei der Stipulation, so hat auch bei der Mancipation derjenige Theil, dessen Interesse das Geschäft bezweckt, die getroffenen Verabredungen (die *lex contractus*) zu publiciren. Dass der Mancipant wie bei der Stipulation auf die Rede des Andern habe antworten müssen, wird mit Ausnahme des Testaments nirgends erwähnt, und bei der gewöhnlichen Mancipation werden wir es schwerlich annehmen dürfen. Bei der Stipulation lag die Nothwendigkeit der Antwort in der Frage selbst ausgedrückt, bei der Mancipation dagegen lautete die Formel assertorisch, ähnlich wie bei der *in jure cessio*, und dass es bei letzterer keiner Antwort bedurfte, ist ausdrücklich bezeugt.⁷³⁰⁾ Nur bei dem *testamentum per aes et libram* sprechen, abweichend von dem sonstigen Mancipationsritual, beide Partheien, zuerst der *familiae emtor* und dann der *Testator*. Nur die von letzterem herzusagende Formel wird *nuncupatio* genannt.^{730a)} Sachlich bedarf diese Abweichung keiner Rechtfertigung, denn wer soll beim Testament sprechen, wenn nicht der *Testator*? Eine formelle Handhabe dazu bot möglicherweise der Satz der XII Tafeln: *uti legassit super pecunia tutelave sua rei, ita jus esto*, denn ein „*legare*“

730) Gaj. II, 24 quo negante aut *tacente*. Schon diese Verschiedenheit in der Fassung der Formeln hätte, ganz abgesehen von andern Gründen, die Idee ausschließen sollen, als ob die Stipulation aus der Nuncupation der Mancipation entstanden sei.

730a) Gaj. II, 104.

erforderte ein Sprechen. Vielleicht war die *nuncupatio* nichts als die aus der alten Form der Testamentserrichtung hinübergewommene Ansprache ans Volk: *itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.* ⁷³¹⁾

Das Anwendungsgebiet der *mancipatio* war ein außerordentlich reiches, es umfaßte 1. das Eigenthum, 2. die Rusticalservituten (beziehungsweise die vier ältesten Species derselben: *iter*, *via*, *actus*, *aquaeductus*), 3. die manus (*coemitio*), 4. das *mancipium* und 5. das Erbrecht. Alle diese Fälle haben ihr mehr oder minder Eigenthümliches. Wenn der dritte und vierte dem ersten, den wir als den eigentlichen Typus betrachten dürfen, in der Beziehung am nächsten stehen, daß bei ihnen wenn auch keine Sache, so doch noch ein sichtbarer und fassbarer Gegenstand vorhanden ist, so weichen sie darin von ihm ab, daß im vierten das verliehene Recht, ganz abgesehen von der *mancipatio fiduciae causa*, regelmäßigt ⁷³²⁾ eine vorübergehende Dauer hat, praktisch mehr der Miethe, als dem Kauf gleicht, im dritten aber — um uns bei dieser überaus bestrittenen Frage ⁷³³⁾ auf das allein Sichere zu beschränken — jedenfalls in der Formel eine der materiellen Verschiedenheit des Verhältnisses entsprechende Abweichung von der gewöhnlichen *Mancipationsformel* statt fand. ⁷³⁴⁾ In dem zweiten und fünften Fall erreichte

731) Hierzu stimmt denn auch die Art, wie Ulp. XX, 9 die Sache darstellt: *in testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti.* Ebenso Gaj. II, 116. Diese *nuncupatio* gehört demnach nicht mehr zu der *mancipatio*, sie ist etwas außer und neben ihr, während die *nuncupatio* bei der gewöhnlichen *mancipatio* einen integrierenden Bestandtheil derselben bildet.

732) Gaj. I, 140. S. oben S. 174.

733) Rosbaud Untersuchungen über die röm. Rechte. S. 67—81.

734) Gaj. I, 123 . . cum a parentibus et coemptionatoribus iisdem verbis *mancipio* accipiuntur, quibus servi, quod non similiter fit in coemptione. Im Sinne des gewöhnlichen Lebens — denn eine juristische Wahrheit hatte die Auffassung schwerlich — möchte man sogar die Frau selbst als Subject der Coemption bezeichnen: *coemptionem facit* z. B. Gaj. I, 115 u. a. a. Stellen.

die Mancipation ihren Culminationspunkt, sie hatte sich hier von dem natürlich sinnlichen Requisit eines fassbaren Gegenstandes völlig losgerissen. Dazu kamen in dem letzten Fall noch andere im Verlauf der Darstellung bereits berührte Abweichungen und zwar von dem Gewicht, daß wenn auch nicht die äußere Physiognomie, so doch das innere Wesen und die juristische Natur der Mancipation in diesem Fall bis zur gänzlichen Unkenntlichkeit entstellt oder richtiger völlig geopfert war.⁷³⁵⁾

Die Mancipation erstreckte sich demnach fast über das gesamte Privatrecht: das Vermögensrecht, Familienrecht und Erbrecht; nur das Obligationenrecht war ihr verschlossen. Mit ihren mittelbaren Wirkungen reichte sie allerdings auch in letzteres hinein (actio auctoritatis, Damnationslegat). Allein so wenig man die Amtretung der Erbschaft aus dem Grunde einen obligatorischen Akt nennen darf, weil sie auch obligatorische Verhältnisse begründen kann, so wenig darf man dasselbe bei der Mancipation thun. Primär und ausschließlich konnte keine Obligation durch sie erzeugt werden.

Die in jure cesso (Abtretung vor Gericht) bietet ungleich weniger Schwierigkeiten dar als die mancipatio. Sie ist das Gegenstück der sponsio praejudicialis; wie bei letzterer der Vertrag dem Prozeß, so hilft hier der Prozeß dem Vertrage aus. Ihrer Form nach eine Scheinvindication, wobei der Erwerber als Vindicant auftrat, der Gedent sich der Contravindication enthielt, und der Prätor jenem die in Anspruch genommene Sache oder das Recht zusprach, fand sie nur bei solchen Rechten Statt, die möglicherweise Gegenstand der Vindication sein konnten. Da-

735) Im richtigen Gefühl davon haben denn auch die römischen Juristen die hereditas nicht unter die res mancipi gerechnet, während sie dies bei den Rusticallervituten thun, trotzdem daß auch sie res incorporales sind (Gaj. II, 17). Ulp. XIX, 1. Dass die mancipirten freien Personen unter den res mancipi nicht mit genannt wurden, bedarf keiner Erklärung.

her war auch sie zur Begründung obligatorischer Verhältnisse ungeeignet, ja sie schloß vermöge der Natur des Aktes, in dessen Formen sie sich kleidete, selbst die accessorische Begründung derselben aus.⁷³⁶⁾ An Alter steht sie hinter der Mancipation höchst wahrscheinlich zurück,⁷³⁷⁾ an ausgedehnter Anwendbarkeit keineswegs, wie dies die folgende tabellarische Vergleichung ihrer beiderseitigen Anwendungsgebiete nachweisen soll.

Anwendungsgebiet.		
ausschließlich der mancipatio.	gemeinsames.	ausschließlich der in jure cessio.
	Eigenthumsübertragung an res mancipi, Bestellung von Rusticalservituten, an res nec mancipi. ... Urbanal- und persönlichen Servituten.
Mancipium. Manus. Testament.		Manumission (vindicta). Emancipation. Adoption. Übertragung der tutela legitima mulierum und der hereditas legitima.

Wir werden nicht fehlgreifen, wenn wir den Ursprung der in jure cessio auf ihrem ausschließlichen Anwendungsgebiet suchen. Ihre Anwendung auf die Fälle der zweiten Columnne war eine

736) Von der fiducia ist oben (S. 515) bereits das Erforderliche gesagt.

737) Die früheste Erwähnung geschieht in Anwendung auf die Manumission für das erste Jahr der Republik (Liv. II, 5), und zwar verhielt sich die manumissio per vindictam zu der bis dahin üblichen manumissio censu in ähnlicher Weise, wie das testamentum per aes et libram zu dem in comitiis calatis d. h. beide stellten eine zu jeder Zeit anwendbare, also bequemere Form der früheren an gewisse Zeiten gebundenen gegenüber. Nach Paulus in den Vat. fr. §. 50 sollen die XII Tafeln die in jure cessio anerkannt haben; ob „propalam“ oder „per consequentiam“ (Ulp. IX, 3) d. h. dadurch, daß sie der vindication gedacht hatten, stände wohl noch zur Frage. Das „confirmat“ von Paulus kann denselben Sinn haben, wie das „jubet“ von Ulp. X, 1.

bloße Consequenz ihrer Form, für letztere hätte es ihrer Einführung nicht bedurft, für sie reichte vielmehr die Mancipation vollkommen aus, und das Leben bediente sich auch fast nur der letzten.⁷³⁸⁾ Auf dem angegebenen Gebiet hingegen entfaltete sie ihre eigenthümliche praktische Brauchbarkeit, weil sie hier Zwecken diente, die sich auf andere Weise theils gar nicht, theils, wie z. B. die Manumission, nur in unvollkommner Weise erreichen ließen. Daß sie nicht von vornherein und mit einem Male, sondern erst nach und nach in Besitz dieses weiten Gebietes gekommen ist, wird Niemand, der etwas von dem Gange der historischen Entwicklung im römischen Recht weiß, bezweifeln wollen. Ueber das relative Altersverhältniß der einzelnen Fälle fehlt es uns an allen positiven Nachrichten, bis zu einem gewissen Grade kann die Combination jedoch diesen Mangel ergänzen. Als einen der ältesten Fälle betrachte ich die manumissio vindicta, er ist zugleich der einzige, für den uns eine bestimmte Entstehungszeit angegeben wird (Note 737). Erst nach den XII Tafeln können sich, vielleicht überhaupt, jedenfalls aber erst in der uns bekannten Gestalt, die Emancipation und Adoption gebildet haben, da sie eine Illusion auf einen Satz dieses Gesetzes enthalten (S. 173 und 443). Die Urbanaleservituten sind nach allen Anzeichen noch weit jüngern Ursprunges (Note 359), rücksichtlich der übrigen Fälle fehlt es an jedem Anhaltspunkt.

In allen diesen Fällen war der Gegenstand der gerichtlichen Abtretung, um den römischen Ausdruck beizubehalten, eine res incorporalis, und damit ist zugleich der Gesichtspunkt für den principiellen Gegensatz dieses Geschäfts zu der Mancipation gewonnen. Die historische Wurzel und der praktische Schwer-

738) Gaj. II, 25: *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud Praetorem aut apud Praesidem provinciae quaerere.* Dasselbe Verhältniß wird sich zwischen ihr und der Tradition der res nec mancipi annehmen lassen.

punkt der einen liegt in der res corporalis, bei der andern in der res incorporalis; erst in ihren Verzweigungen kreuzen sie sich.

Es bleibt uns jetzt noch die **Stipulation** (S. 470): der auf Eingehung einer **Obligation** gerichtete Vertrag in Form mündlicher Frage und Antwort.

Sie hat folgende Requisite:

1. Die Gegenwart der Parteien.

2. Die vorausgehende Frage des Gläubigers. Die Umkehr der Ordnung, ein vorausgehendes Versprechen von der einen und eine Acceptation von der andern Seite begründete keine Stipulation (über den Grund s. §. 47). Das römische Recht kennt zwei Formen der Stipulation: eine strengere, engere und eine freiere, abstractere. Jene: die dem *jus civile* angehörige, an die Worte: *spondes?* *spondeo* gebundene und auf Römer beschränkte *sponsio*⁷³⁹⁾ — diese: die dem *jus gentium* angehörige, lediglich an das abstracte Requisit der mündlichen Frage- und Antwortform geknüpfte und folglich mit beliebigen Worten (z. B. *dabis*, *facies*, *promittis?*) und in jeder Sprache mögliche *stipulatio* schlechthin.⁷⁴⁰⁾ Dass letztere, wenigstens in ihrer Anwendung auf Römer unter sich, jüngeren Ursprunges ist, dafür sprechen, wenn auch keine äußeren, so doch gewichtige innere Gründe (§. 47).

3. Die sofortige Antwort. Ein Zwischenraum hebt die Verbindung zwischen Frage und Antwort auf, beide sollen ein Ganzes bilden, es muss folglich auch der Alt selbst ein einiger sein (*unitas actus*).⁷⁴¹⁾

4. Die entsprechende Antwort. Eben weil beide ein Ganzes darstellen sollen, müssen sie sich decken. Lautet die Ant-

739) Ueber die problematische Ableitung derselben aus dem *Eid* s. B. I S. 303 fl. vergl. S. 301 dasselbst.

740) *Gaj.* III, 92, 93. L. 1 §. 6 de V. O. (45. 1).

741) L. 1 §. 1 de V. O. (45. 1).

wort anders, als gefragt, sei es auf mehr oder auf weniger, und bei der sponsio nicht auf den Ausdruck: spondeo, so ist die Stipulation verfehlt.⁷⁴²⁾ In späterer Zeit ward man darin laxer, aber in der alten Zeit hielt man daran mit äußerster Pedanterie fest und erließ auch nicht einen Buchstaben. Und in der That, es war jedenfalls das Sicherste, denn wenn man einmal nachließ, wo war die Gränze? Jene Strenge hatte einen ganz vernünftigen Sinn, und was Gellius (XVI, 2) von dem gleichen Grundsatz der Dialetik sagt, paßt wörtlich auf die Stipulation. „Es ist ein Gesetz dieser Kunst, bemerkt er, daß wenn man sich über irgend ein Thema streitet, man nicht mehr und nicht weniger antworte, als man gefragt wird, entweder mit Ja oder Nein; wer mehr oder anders antwortet, gilt als Idiot. Und darauf muß man halten, denn es gibt kein Ende des Streites, wenn man die einzelnen Streitpunkte nicht fixirt und einfach durch Frage und Antwort erledigt.“ In ähnlicher Weise, meinten die alten Juristen, ließe sich auch bei den Verhandlungen rechtlicher Art die Gewißheit der erreichten Einigung nur dadurch constatiren, daß der Schuldner sich streng an die Frage binde; thue er es nicht, so sei das ein Zeichen, daß die Partheien noch nicht eins geworden. Im Geist der alten Zeit (§. 47^b) darf man annehmen, daß der Schuldner ursprünglich den ganzen Inhalt der Stipulation wiederholen mußte und sich nicht wie später mit einem einfachen Ja oder spondeo, dabo u. s. w. begnügen durste. Das wahre Wesen der Stipulationsidee ist sowohl von ihrer psychologischen als praktischen Seite bereits von einem Andern⁷⁴³⁾ in so

742) Gaj. III, 102. Die L. 1 §. 2—5 de V. O. (45. 1) veranschaulicht zugleich die freiere Entwicklung, die schon in der verhältnismäßig kurzen Zeit von Gajus an bis auf Ulpian Statt gefunden; sollte das, was Gajus lehrt, noch ganz das ursprüngliche gewesen sein? Die alte Gestalt der Sache schimmert unter den Milderungen der neuern Zeit noch deutlich genug durch.

743) J. Christianen (der Ältere) Institutionen des römischen Rechts S. 308—310 — ein Buch, das neben manchem Ungenießbaren und Verwegenen viele tiefe Einblicke enthält. Die zum Theil nicht unverschuldeten

vorzüglicher Weise entwickelt, daß ich nichts besseres thun kann, als dessen Worte wörtlich wieder zu geben.

„Die neuern gebildeten Sprachen und die gebildeten Sprecher dieser gebrauchen zum Ausdruck absoluter Bejahung oder Verneinung der Frage ein einfaches Abstractum, welches absolut und rein nur Bejahung oder Verneinung ohne weitere Bestimmung ist. Wie kurz, wie lang, welchen Inhalts immer die Frage sei, so wird die Bejahung mit „Ja“ u. s. w. gleichmäßig auf die kürzeste und bündigste Weise abstract ausgedrückt. Die ältern concreteren Sprachen überhaupt wie auch noch die ungeübteren Sprecher ausgebildeter Sprachen haben nur eine concrete Bejahung. So auch die römische Sprache. Sie kennt gar keine abstracte Bejahung. Statt der reinen Antwort hat sie nur ein Antworten auf dieses Gefragte. Es wird in die Antwort mehr oder minder alles Gefragte wieder aufgenommen. Das ist so allgemein die Natur des concreteren sinnlicheren und sinnigeren Bildungszustandes. Der Antwortende kann noch nicht nach=denken und nach=wollen ohne nach=zu sprechen und hat die instinktmäßige Vorsicht bei dieser Weise, die ihm dienlicher und sicherer ist, zu bleiben. Denn nur wenn das Gefragte nach=gesprochen ist, können beide Theile sicher sein, daß auch dasselbe gemeint ist.

„Im gebildeten Zustande würde auf die Frage: willst du für zweitausend mir u. s. w. geben“ mit einem bloßen Ja geantwortet werden und damit die unumwundene Einigkeit vorzusiegen scheinen. Im Einzelnen, also im Ganzen ist aber innerlich vielleicht die größte Uneinigkeit vorhanden; der Verkäufer verstand vielleicht „drei“ statt „zwei“ u. s. w. Alle diese Dinge wären beim wörtlichen Nachsprechen zum Vorschein gekommen. Wenn dagegen bei den Alten der Gläubiger fragte: spondesne Stichum hominem . . . dare, so antwortete der Gläubiger nicht bloß mit spondeo, sondern er wiederholte den ganzen Satz. Nur bei

geringe Verbreitung des Buchs hat mich bestimmt, die citirte Stelle mit Auslassung einiger überflüssigen Breiten wörtlich abdrucken zu lassen.

der feierlichsten Form der Aussage oder Zusage durch rechten Eid verlangen auch wir noch jenen ursprünglich ganz allgemein üblichen umständlichen, detaillirten Ausspruch. Beim Katechisiren mit Kindern, bei Aufträgen an Ungebildete begnügt man sich ebenfalls nicht mit einem bloßen „Ja“, sondern verlangt umständliche Wiederholung.

„Es ist einleuchtend, in welchem Grade diese concrete Bejahung größere Garantie des Einverständnisses und Ernstes gibt als die abstracte. Es ist zwischen beiden in Hinsicht der Zuverlässigkeit ungefähr der Unterschied, wie ob man eine zu hebende Last mit dem bloßen Augenmaße probirt und approbirt oder sie wirklich auf die Schultern nimmt.“

So weit Christianen. Die Form der Frage war im römischen Rechtsleben keineswegs auf die Stipulation beschränkt, sie wiederholte sich in alter Zeit auch in andern Fällen, wo es die Begründung einer Obligation galt. So werden die praedes durch Frage und Antwort verpflichtet,⁷⁴⁶⁾ und so erfolgt bei Plautus der Abschluß der Kaufcontracte.

Rücksichtlich ihrer ausgedehnten Anwendbarkeit durfte die Stipulation sich füglich mit den beiden bisher betrachteten Formen messen; was letztere für die absoluten Rechte, war sie für das relative, die Obligation: eine allgemeine Form, wodurch, wie auch in ihrem Namen liegt,⁷⁴⁷⁾ die Sache fest gemacht wurde.

746) Festus sub manceps: praes . . . interrogatus a magistratu, si praes sit, respondet: praes in gleicher Form (estne emptus? est emptus).

747) Stipulatio kommt von *stips*, letzteres von der Sanskrit-Wurzel *sthā*, von der auch Stab und Stift. Im Lateinischen hieß *stip*, *stipit*, *stirp* Stamm, welches auch in *obstipescere* (gleichsam zum Stock werden) erhalten ist. So Pott *Ethymol. Försch.* Bd. 1. S. 198. Die Institutionen pr. I. de V. O. (3. 16) treffen mithin das Richtige, indem sie das Wort daher ableiteten: *quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens*. Ganz entsprechend sowohl sachlich wie sprachlich sind die deutschen Ausdrücke: bestätigen, rechtsbeständig, vor Gericht gestedegen (Sachsen-Spiegel II, 30 d. i. festmachen, wie *stipulari*). Mit den Getreide-

Alle und jede Verträge, insofern sie nur nichts Unerlaubtes enthielten und auf eine erzwingbare Leistung gerichtet waren, mochten sie im übrigen schon an sich flagbar sein oder nicht, konnten in diese Form eingekleidet werden. Doppelt wichtig aber war sie gerade im ältern Rechte bei der beschränkten Zahl der vorhandenen Obligationsformen — ein Punkt, den ich an dieser Stelle noch aussetzen muß. Dabei beschränkte sich ihre Anwendbarkeit keineswegs bloß auf das *jus civile*, sie erstreckte sich vielmehr auch auf den *Proces* — es war kaum ein Rechtsstreit möglich, in dem nicht zwischen den Partheien gewisse Stipulationen abgeschlossen wurden, und bei der *reivindicatio per sponsionem* mußte sie sogar als Einkleidungsform und Basis des ganzen Verfahrens dienen. Sodann auf den *völkerrechtlichen Verkehr* — wenigstens gefielen die Römer sich darin, auch die *publicis*-*ischen Verträge*, insofern sie nicht constitutiver, sondern *promissori-*-*sch*er Art waren, unter die Form der *sponsio* zu bringen.⁷⁴⁸⁾ Und endlich auch auf den *internationalen Privatver-*-*kehr* — es war die oben angegebene *abstractere Stipulations-*-*form des *jus gentium**.

Dieser *extensiven Brauchbarkeit* entsprach die *intensive*. Die Hinzufügung eines *dies* und einer *conditio*, bei den andern beiden Geschäften ausgeschlossen, war bei der *Stipulation*, wie das die Natur eines *promissorischen* d. h. auf die Zukunft gerichteten Vertrages mit sich bringt, durchaus zulässig, und gerade der Zulässigkeit der Bedingung verdankte die *Stipulation* zum wesentlichen Theil den hohen Grad ihrer Brauchbarkeit. Mittelst der Bedingung ward es möglich, indirect alle gedenk-

garben hat zwar das „*stipendium*“ (Ausheilung derselben an die Soldaten), dagegen die „*stipulatio*“ nichts zu thun, und das „*Getreidegeschäft*“, das *Huscke* *Nexum* S. 100 aus ihr gemacht und höchst anschaulich beschreibt, ist um nichts besser als der etymologisirende Erklärungsversuch von *Isidor V*, 24 §. 30.

748) *Gaj. III*, 94. Das *foedus* war constitutiver Art. Das Nähere an späterer Stelle.

baren Gegenstände, Leistungen u. s. w. in den Bereich der Obligation zu ziehen und damit der Stipulation die weiteste Ausdehnung zu geben. Die einfache Formel war: versprichst Du die und die Summe, wenn Du dies und das gethan oder nicht gethan hast? Die Handlung oder Unterlassung, auf die es abgesehen war, bildete hier nicht den Gegenstand der Obligation selber, sondern nur der Bedingung (*in conditione positum*), aber die für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung versprochene Strafe (*Conventionalpön*) gewährte, wenn nur der Betrag der Strafe hoch genug gegriffen war, einen eben so wirksamen, ja regelmässig viel wirksameren indirekten Schutz, als es der directe gewesen wäre. Unter dieser weiten Kategorie des *in conditione positum* fanden alle und jede Handlungen und Unterlassungen Platz, mochten sie direct flagbar sein oder nicht, ein Interesse haben oder nicht; die einzige Gränze bestand in der *conditio turpis* — Verträge, die etwas Gesetzwidriges oder Unmoralisches bezweckten, waren unwirksam. In unserm heutigen Recht, in dem alle erlaubten Berechtigungen flagbar d. h. direct erzwingbar sind, ist der Werth dieser indirekten Erzwingung erheblich verringert, im altrömischen Recht dagegen, wo zwischen dem Klagbaren und dem Unerlaubten die grosse Menge der zwar erlaubten, aber nicht direct erzwingbaren Leistungen in der Mitte lag, wo, wie ich andern Orts nachzuweisen hoffe, Obligationen auf ein bloßes Thun als solches (d. h. insofern es nicht eine Sache, ein Geben zum Gegenstand hatte) noch keine Anerkennung gefunden hatten, war der Werth dieses Mittels ein unschätzbarer.

3. Analyse des römischen Formenwesens.

Der Stoff: Zeichen, Handlungen, Worte. — Uebersicht der symbolischen Zeichen und Handlungen des römischen Rechtslebens — die Hand insbesondere.

XLVII. Unsere Aufgabe führt uns auf ein in einer gewissen Richtung kaum durchforschtes Feld, ein Umstand, der die Ausbeute

auf der einen Seite ebenso sehr erleichtert, als auf der andern erschwert. Die Richtung, in der die Rechtsgeschichte dasselbe bisher fast ausschließlich untersucht hat, ist eine einseitige, es ist ganz dieselbe, die noch vor nicht gar langer Zeit in der Botanik die herrschende war d. h. eine rein *descriptive*, die sich mit Sammlung, Aufzählung, Beschreibung der Einzelheiten begnügte. Daß aber auch hier die Abstraction einen dankbaren Stoff vorfindet, daß wir auch hier auf dem Wege der Analyse allgemeine Resultate gewinnen können, wird, wie ich hoffe, die folgende Darstellung zeigen.

Das Allgemeine, was die bisherige Lehre uns bietet, geht über das, was bereits Cicero und Gajus haben, nicht hinaus. Es ist jenes allgemeine Urtheil (S. 428 Note 610) über die Strenge und Peinlichkeit, mit der die ältere Jurisprudenz die Formeln handhabte, erläutert durch die bekannten von Gajus mitgetheilten Beispiele.⁷⁵⁰⁾ Allein selbst diese unzweifelhafte Thatſache ist, so lange man sie nicht in den rechten Zusammenhang bringt, mehr geeignet, das Urtheil über das ältere Recht irre zu führen, als zu fördern; sie dient weniger dazu, uns mit demselben zu versöhnen als zu entzweien — sie gibt uns ein Räthsel ohne die Auflösung.

Um nun gleich den Punkt zu bezeichnen, in dem meiner Meinung nach das Verständniß des ganzen Formenwesens zu suchen ist, so ist dies das *morphologische* Element desselben, aber nicht in seiner dürren Neußerlichkeit, sondern in seiner innern Ursächlichkeit. Wir dürfen den Formalismus nicht hinnehmen als etwas Gegebenes, bei dem man sich beruhigen müsse, bei dem man sich keine Rechenschaft geben könne, warum das Einzelne gerade so und nicht anders sei, und bei dem dies auch kein höheres Interesse habe. Der Gesichtspunkt vielmehr, unter dem wir ihn zu erfassen haben, und den ich im Folgenden möglichst durchfüh-

750) Ueber einen Versuch aus neuster Zeit, diese Erscheinung aus dem religiösen Gesichtspunkt zu erklären, s. u.

ren werde, ist der einer bewußten und berechneten juristischen Schöpfung, einer tief durchdachten Zeichensprache, kurz eines Kunstproduktes des juristischen Geistes. Von dem Scharffinn, ja ich darf sagen, dem Geist, den die alten Juristen in den scheinbar so unfruchtbaren und düren Gegenstand hineinzulegen verstanden, haben wir, denen unser heutiges Recht und unsere heutige Wissenschaft jeden Anlaß zu ähnlicher Arbeit und damit jede Parallele versagt, heutzutage kaum eine Ahnung. Die Aufgabe und die Methode unserer heutigen Wissenschaft ist eine andere geworden, und mit der Sache ist uns auch der Sinn und das Verständniß für jenen untergegangenen Zweig der juristischen Kunst abhanden gekommen. Mich gemahnt dieser Umschwung, dieses völlige Aussterben einer Kunst, die einst im höchsten Flor und Ansehen stand und den ganzen Scharffinn der Juristen in Bewegung setzte, an so manche Erscheinungen des modernen Culturlebens. Ein recht verwickeelter Kanon, ein Gedicht nach den Regeln des Meistergesanges brachten einst dem Musiker und Meistersänger nicht mindere Ehre und Anerkennung, als eine fein ersonnene Formel einem altrömischen Juristen. Heutzutage würde man kaum etwas anderes darin finden als ein nutzloses Spiel des Verstandes. Allein hüten wir uns, unsern heutigen Maßstab an frühere Zeiten anzulegen und zu erkennen, daß was für uns werthlos sein würde, für sie vollkommen berechtigt gewesen sein kann. Unsere heutige Wissenschaft hat nicht mehr nöthig, ihre Kraft auf Worte und Formeln zu richten, weil unser Recht eine höhere Stufe beschritten hat, der römischen Jurisprudenz aber war durch die Stufe, auf der sich das ältere Recht befand, zugleich die Art und Richtung ihrer Thätigkeit vorgezeichnet; daß sie ihren ganzen Scharffinn und ihre ganze Kraft an ein scheinbar so untergeordnetes Object verwandte, als das Formelwesen, war nicht Sache ihrer freien Wahl, sondern der geschichtlichen Nothwendigkeit.

Der Stoff, aus dem das ältere Recht die formellen Geschäfte gebildet hat, sind Handlungen, Zeichen und Worte. Unter ihnen nehmen letztere die erste Stelle ein. Zunächst rücksichtlich der ihnen zu Theil gewordenen juristischen Durchbildung. Sodann aber sind sie und nur sie das absolut unentbehrliche Element eines jeden Rechtsgeschäfts; es gab Rechtsgeschäfte z. B. die Stipulation, bei denen das bloße Wort, keins, bei dem die bloße Handlung genügte. Man könnte darauf hin versucht sein, sich das Verhältniß zwischen dem Wort, der Formel auf der einen und dem Zeichen, der Handlung auf der andern Seite so zu denken, als ruhe der eigentliche Nachdruck des Geschäfts überall auf dem ersten Element, und als sei letzteres nur eine ziemlich unwesentliche decorative Zuthat, eine bloße Begleiterin des Worts gewesen, wie es im gewöhnlichen Leben die Hand von der Zunge ist: — wenn der sinnlich natürliche Mensch spricht, so pflegt er seine Worte pantomimisch, namentlich mit der Hand zu unterstützen. Allein so wenig ich die Zulässigkeit dieser Auffassung für die meisten Rechtsgeschäfte bestreiten will, so hat sie doch keinen Anspruch auf ausschließliche Geltung. So wie die Hand die Zunge, so pflegt umgekehrt auch letztere jene zu secundiren, m. a. W. der Nachdruck kann auch auf dem Handeln ruhen und die Rede nur den Zweck haben, dasselbe zu erläutern, oder zu constatiren.^{750a)} Es ist eine beachtenswerthe Eigenthümlichkeit des älteren Rechts, namentlich aber des Proesses, daß sie alle relevanten Thatsachen, wenn ich nach Analogie des Ausdrucks: aitentkündig so sagen darf, o h r e n k u n d i g machen. Es genügt z. B. zum Anfang der Verhandlungen nicht, daß die Partheien da sind, sie müssen außerdem noch aufgerufen, citirt werden und durch Antwort ihre Anwesenheit constatiren. Ebenso die Richter bei dem Verfahren der Quästiones perpetuä. Haben die Partheien gesprochen, so erfolgt mündlicher Auktenschluß durch das Wort

750a) Als Beispiel möchte ich die Ertheilung der Vindicien nennen.

des Gerichtsdieners: dixerunt. ^{750b)} Auch der Anfang und das Ende der Sitzung muß durch Ausruf desselben verkündet werden, ähnlich wie bei der Abhaltung der Auspicien das „Silentium“ durch Meldung des Augur an den Magistrat. ⁷⁵¹⁾

Aus Gründen der Darstellung behandle ich das wichtigere Element an zweiter Stelle und beginne mit den Zeichen und Handlungen.

Ich habe in §. 45 drei Arten derselben unterschieden: symbolische, repräsentative und residuäre, und für die beiden letzten dort bereits die meisten Beispiele aufgeführt, die das ältere Recht uns darbietet. Es verbleibt uns hier noch die erste Classe, und für sie liefert das ältere Recht und Leben eine reiche Ausbeute. ⁷⁵²⁾

Die Fasces mit den Beilen in den Händen der Victoren erinnern das Volk an das den Consuln zustehende Recht über Leben und Tod, das Schwert in den Händen des Iudex quaestio[n]is der späteren Zeit enthält für den Angeklagten die Mahnung, daß über seinem Haupte das Schwert schwebt; wenn es auf ihn niederfällt, so kehrt der Magistrat, der den Befehl zu seiner Hinrichtung gibt, das Gewand um. ⁷⁵³⁾ Der Speer gilt im Privatrecht als Zeichen der kriegerischen Erhebung und folgeweise des

750b) Quint. I, 5 §. 43 „dixere“ . . . praeco pronuntiet. Gehört dahin auch Liv. III, 44 lictor decresse ait?

751) Das Material zu dem obigen s. bei Pseudo Ascon. in Verrem I, §. 55 (Orelli II, 152) II, §. 1 (Orelli II, 156). Cic. de divin. II, 34. Servius ad Virg. I, 656. Plin. H. N. VII, 60. Briss. de voc. ac form. I, c. 219. V, 213.

752) Die gründliche und gelehrte Schrift von Ever. Otto: de Jurisprudentia symbolica exercitationum trias. Traj. ad Rhen. 1730 behandelt nur einzelne Seiten des Gegenstandes und schließt selbst rücksichtlich ihrer manche Nachträge nicht aus. Mit Rücksicht auf sie habe ich im Folgenden es mir regelmäßig erspart, die Belegstellen anzuführen. Eine Zusammenstellung der Symbole des deutschen Rechts gibt J. Grimm in seinen Rechtsalterthümern S. 109 f. s. auch Reyscher Beiträge zur Kunde des deutschen Rechts und Arnold Cultur und Rechtsleben S. 292.

753) Seneca de ira I, 16: perversa magistratui induenda vestis.

ächten Eigenthums, worüber bereits bei einer früheren Gelegenheit (B. 1 S. 113) das Nöthige gesagt ist. Im Völkerrecht verkündet er, indem er über die feindliche Gränze geworfen wird, den Krieg. Der Siegeling ist das Mittel der Beglaubigung und daher das Zeichen der Glaubwürdigkeit und das Vorrecht des freien Mannes. Die goldenen Ringe als Anzeichen des Ritterstandes, beziehungsweise der freien Geburt stammen erst aus späterer Zeit, die ältere kannte nur eiserne.⁷⁵⁴⁾ Der Huth (pileus) ist das Zeichen der erlangten oder wiedererlangten Freiheit. Woher dies? Man hat es mit der bei dieser Gelegenheit statt findenden Sitte des Haarschneidens in Verbindung gebracht; der Huth habe zur Bedeckung des nackten Kopfes dienen sollen.⁷⁵⁵⁾ Der Sitte des Haarscheerens liegt wohl der Gedanke zu Grunde, daß der Freigewordene damit Alles, was ihm aus der Zeit der Gefangenschaft anklebt, gründlich abthue und ein librum caput erlange. Bänder drücken die friedliche Stimmung

754) Macrob. Sat. VII, 13: Veteres non ornatus, sed signandi causa anulum secum circumferebant, unde nec plus habere quam unum licebat nec cuique nisi libero, quos solos fides deceret. Plinius H. N. XXXIII, c. 6. Otto p. 204.

755) Otto p. 172. Ueber den Fall der wieder erlangten Freiheit oder der Rückkehr des Römers aus feindlicher Gefangenschaft, dessen Otto nicht gedenkt, s. Liv. XXX, 45. XXXIV, 52. Val. Max. V, 2. §. 5, 6 u. a. Der Huth kam auch auf dem Kopf von zum Verkauf ausgetragenen Sklaven vor zum Zeichen, daß der Verkäufer für sie keine Garantie übernehme (servi pileati) Gell. VII, 4 — soll er bedeuten, daß der Sklave die Bedeckung nöthig habe, weil man ihm nicht auf den Kopf sehen dürfe? Bei dem Verkauf der Sklaven kamen überhaupt manche Zeichen vor, so z. B. der Kranz auf dem Kopf der Kriegsgefangenen (sub corona venire). Woher der Kranz? Gell. VII, 4 deutet eine Erklärung an, die viel Wahrscheinliches hat, obwohl er selbst sie verwirft, nämlich corona bezog sich ursprünglich auf die corona militum, ward aber später als Kranz verstanden — ein Seitenstück zu den vielen etymologischen Mythen des römischen Alterthums, Schwiegler Röm. Geschichte Bd. I S. 70. Sklaven, die übers Meer nach Rom gebracht waren, wurden bei ihrer Ausstellung zum Verkauf an den Füßen mit Gyps bezeichnet, Brisson. VI c. 10.

aus — offenbar als Zeichen des festlichen Schmückes⁷⁵⁶⁾ — das heilige Kraut (sagmina) in den Händen der Gesandten die Unantastbarkeit. Das Zerbrechen der tessera hospitalis kündigt die Gastfreundschaft auf.^{756a)} Feuer und Wasser sind die Symbole der religiösen Gemeinschaft (B. 1 S. 287), das Brod das der häuslichen, daher die Anwendung derselben bei Eingehung der consarreirten Ehe. Das Haus des Mannes ist der natürliche Aufenthaltsort der Frau, und darum bedarf es bei Eingehung der Ehe der feierlichen Einführung der Neuvermählten in das Haus des Mannes (deductio in domum); durch Abwesenheit vom Hause während dreier Nächte unterbricht sie die Ersitzung der Manus. Die Uebergabe der Schlüssel an sie bedeutet die Abtretung, die Rückforderung derselben die Entziehung ihres häuslichen Regiments d. h. die Ehescheidung. Das Tragen einer leeren Schüssel (lanx) soll bei der Haussuchung nach gestohlenen Sachen das Suchen ausdrücken; um den Suchenden zu verhindern, die Sache heimlich mit einzubringen, darf er mit nichts bekleidet sein als einem Schurzfell (linteum). Das Abbrechen eines Zweiges gilt als Besitzestörung zum Zweck der Unterbrechung der Usucaption,⁷⁵⁷⁾ das Werfen eines Steines als Zeichen der Einsprache gegen Neubauten. Die Kriegsgefangenen werden zum Zeichen ihrer Dienstbarkeit unter das Stock durchgetrieben.⁷⁵⁸⁾ Der Pflug ist das natürliche Symbol des sesshaften Lebens, und darum wird der Raum der neu zu gründenden Stadt mit dem Pfluge abgemarkt, an den Stellen

756) Rosbach a. a. O. S. 288: „Die Pontifices, die Ambarvalbrüder, die Flamines schmücken sich damit, Opferthieren werden sie um den Kopf gehängt, Schutzsuchende tragen sie auf dem Haupt und an ihren Stäben, sie hängen an den Altären und Pforten der Tempel, auch die Thüren der Privathäuser werden bei feierlichen Gelegenheiten damit geschmückt.“

756a) Th. Mommsen, Röm. Forschungen I S. 343.

757) Cicero de orat. III, 28: ut ex jure civili surculo defringendo usurpare videatur.

758) Missio sub jugum. Ähnlich das sororium tigillum, unter das Horatius hindurch mußte. Liv. I, 26.

aber, wo die Thore stehen sollen, der Pfug gehoben, um damit anzudeuten, daß hier der Ausgang frei sei. Wird das Staatsgebiet erheblich erweitert, so zum Zeichen dessen auch das Pomörium, der freie Raum an der Stadtmauer.^{758a)} Der Stuhl (sella) bildet das Vorrecht des Magistrats; er darf sitzen, die Partheien müssen stehen, die Zuschauer sich mit Bänken (subsellia) begnügen. Der Todtschläger stellt an seiner Statt zur Abwendung der Blutrache einen Sündenbock (B. 1 S. 187), Mohn- und Knoblauchköpfe vertreten die ursprünglichen Menschenopfer, Binsenmänner, welche alljährlich in die Tiber gestürzt werden, sollen dem Fluggott die menschlichen Leiber ersezzen, die er als seinen Tribut fordert.⁷⁵⁹⁾ Eine Maske (persona) deutet an, daß der Erbe die Person des Erblassers repräsentirt.⁷⁶⁰⁾

Vor allem hat aber der menschliche Körper der Symbolik dienen müssen.⁷⁶¹⁾ Der Kopf gilt als Träger der Rechtsfähigkeit und Persönlichkeit und hat für letztere den Namen hergegeben (caput, capit is diminutio). Was die ganze Person ergreift, wird daher symbolisch durch Berühren des Kopfes ausgedrückt. So erfolgt diese Berührung z. B. bei der Inauguration des Königs und bei der Freilassung;⁷⁶²⁾ bei dem Gange zur Hinrichtung wird der Kopf zurückgebogen.^{762a)} Das Nidum mit dem Kopf gilt bei Auctionen als höheres Gebot.^{762b)} Die Stirn ist der Sitz

758a) Jedoch nur bei der Erstreckung der Herrschaft auf italienischen Grund und Boden, Seneca de brevitate vitae c. 14.

759) Eine andere Deutung gibt Macrob. Sat. I, 11 a. E.

760) Macrob. ibid. II, 7: heredis fletus sub persona risus est.

761) Die Symbolik des menschlichen Körpers bildet den Hauptgegenstand des Werkes von Otto; es findet sich in diesem Abschnitt freilich manches Problematische.

762) Liv. I, 18 . . si est fas hunc Numam Pomphilium, cujus ego caput teneo, regem Romae esse. Man wird an das alttestamentliche Salben der Könige erinnert. Ebenso beim pater patratus. Liv. I, 24.

762a) Suet. Vitell. 17 reducto coma capite, ceu noxii solent.

762b) Suet. Calig. . . capit is motu nutantem.

der Scham, die Braut verhüllt sie, dem Calumnianten wird auf sie das Brandmal eingebrannt.⁷⁶³⁾ Das Beugen des Kniees drückt die Unterwerfung aus. Des Scheeren des Haars ist bereits oben gedacht, die Vernachlässigung desselben ist das Zeichen, daßemand in Anklagezustand versetzt ist. Das Ohr ist der Sitz des Gedächtnisses, man zupft es dem Zeugen, um sein Erinnerungsvermögen anzuregen.⁷⁶⁴⁾

Die hervorragendste Stellung unter den Körpertheilen nimmt aber die Hand ein, sie folgt unmittelbar auf das Organ, das bei jedem Rechtsgeschäft in Thätigkeit treten muß, die Zunge, und steht mit ihr, wie oben bemerkt, in engster Verbindung. Ist es die Zunge, die den Entschluß verkündet, so ist es die Hand, welche ihn ausführt; sie ist recht eigentlich das Organ des Willens und vom Standpunkt der natürliche-sinnlichen Auffassung ist „Handeln“ und die „Hand rühren“ gleichbedeutend. Es ist hier nicht meine Absicht, auf die unendlich reiche allen Völkern gemeinsame Zeichensprache der Hand weiter einzugehen; gibt es doch kaum eine Gemüthsbewegung, welche die Hand nicht in ausdrucks voller Weise zu begleiten versteht, kaum einen solennen Akt aus der Kindheitszeit der Völker, bei dem sie nicht eine Rolle spielt. Die dem Feinde dargebotene Hand gilt ihm als Zeichen der Versöhnung, Handschlag als Unterpfand der Treue bei Versprechungen,⁷⁶⁵⁾ das Schließen der beiden Hände muß die Wehrlosigkeit und Ergebung, die Vereinigung der Hände der beiden Gatten bei der Hochzeit⁷⁶⁶⁾ ihre Vereinigung ausdrücken; bei der Anrufung der

763) Otto p. 132 sq.

764) Otto p. 141. 142.

765) Auch in Rom, s. Danz der *sacrale Schutz* S. 140. Daher fidem- und dextram dare gleichbedeutend. Seneca de benef. III 15 ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit. Die Zurückführung des Mandats auf diese Sitte bei Isidor Orig. V, 24, 20 (mandare) ist eines von den vielen etymologischen Märchen, an denen dies Kapitel von Isidor so reich ist (s. z. B. oben Note 747).

766) Rosbach a. a. D. S. 308. Ebenso bei Abschluß eines Friedens.

Götter strecken sich die Hände gen Himmel,⁷⁶⁷⁾ bei der Devotion gegen die Brust oder das Kinn,⁷⁶⁸⁾ bei einer an die Menge gerichteten Aufforderung dient das Erheben der Hand oder des Fingers als Ausdruck der Bereitwilligkeit.⁷⁶⁹⁾

Die für das Privatrecht bei weitem wichtigste Function der Hand besteht in dem Greifen und Ergreifen, und rücksichtlich ihrer fließen der symbolische und praktisch-realistische Gesichtspunkt fast unterschiedslos in einander über. Das Ergreifen der Sache bei der Mancipation oder des Schuldners bei der Personalexecution verstattet ebensowohl die Deutung eines ernstlich gemeinten Aktes zum Zweck der physischen Bemächtigung der Person oder Sache als die eines symbolischen Aktes zum Zweck der Kundgebung der behaupteten rechtlichen Herrschaft. Da es bietet sich noch eine andere Deutung dar, nämlich die rein deiktische: der Gegenstand wird ergriffen, um dadurch aufs unzweideutigste darzuthun, daß er es ist, den man im Sinn hat, und für einzelne Fälle ist diese Annahme völlig unabweisbar, so z. B. für die Testamentserrichtung, wenn der Testator die Worte spricht: haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt u. s. w. und dabei das Testament in der Hand hält.⁷⁷⁰⁾

Das Greifen als solenne Handlung begegnet uns auch außerhalb des Rechts, namentlich bei gewissen religiösen Akten. Bei Einweihung des Tempels muß der Magistrat oder der Pontifex

767) Brisson. de voc. ac form. I. c. 62. Beim Votum I. c. 179. Bei dem Opfer vorheriges Waschen der Hände als Zeichen der Reinheit, I. c. 5.

768) Je nach Umständen. Vergleiche Liv. VIII, 9 mit Macrob. Sat. III, 9.

769) So in Rom namentlich bei öffentlichen Licitationen von Seiten des Steigerers, der daher man-ceps hieß. Brisson. de voc. ac form. IV c. 85. Aber auch bei andern Gelegenheiten. S. z. B. Liv. III, 46 . . . quum instaret . . . ut sponsores daret . . . manus tollere undique multitudo et se quisque paratum ad spondendum ostendere.

770) Gaj. II, 104.

maximus,⁷⁷¹⁾ der den Aft vollzieht, indem er die solennen Dedicationsworte spricht, die Pfosten des Tempels ergreifen.⁷⁷²⁾ Bei der Anrufung der Mutter Erde in der Devotionsformel wird die Erde erfaßt,⁷⁷³⁾ bei dem Eide und dem das Opfer begleitenden Gebet der Altar.⁷⁷⁴⁾ Warum? Der Altar ist nicht der Gegenstand, den der Eid oder das Gebet betrifft, die deiktische Deutung des Greifens ist hier also völlig ausgeschlossen. Ich meine, es ist dieselbe Idee, die dem Handauflegen bei Ertheilung des Segens zu Grunde liegt. Bei dem letzten Aft soll die Hand gewissermaßen den Leiter abgeben, durch den der Segen auf das Haupt des Empfängers hinüberströmt, der spirituelle Rapport, die rein geistige Einwirkung wird durch das Verhältniß der physischen Berührung nicht bloß symbolisch angedeutet, sondern für die sinnliche Auffassung dadurch überall erst ermöglicht, ähnlich wie zur Fortpflanzung des elektrischen Stroms eine Berührung nöthig ist.⁷⁷⁵⁾

771) Dass Beide die Pfosten gehalten, wie Marquardt in Becker Handb. der röm. Alterth. IV S. 226 annimmt, beruht auf Mißverständniß und wäre eine Monstrosität gewesen, es hätten denn Beide zugleich dediciren müssen, was wiederum nicht möglich. Der Pontifex ward da, wo er nicht selbst dedicirte, dadurch nicht dedicirendes Subject, daß er dem dedicirenden Magistrat die Formel vorsprach.

772) Liv. II, 8. Cic. pro domo 46, 47. Val. Max. V, 10 §. 1. Serv. ad Georg. III, 16. Daher die Wendung dedicare, consecrare manu Cic. de leg. II, 2, pro domo 40, u. a.

773) Bei Macrobius Sat. III, 9. Ebenso beim Votum an die Ops I, 10 und bei den religiösen Spielen. Cic. de harusp. resp. 11: si puer ille patrimus et matrimus terram non tenuit. Arnob. adv. gent. IV, 31.

774) Ueber den Eid s. die Belege bei Briss. a. a. D. VIII, c. 10 und Danz der sacrale Schutz S. 45, 113; über das Opfer bei Briss. I. c. 63 namentlich Macr. Saturn. III, 2 . . . quod litare sola non possit oratio, nisi is qui deos precatur etiam aram manibus apprehendat. Wer beim Zeus schwor, dem Träger des Donnerkeils, hatte als Andeutung daran einen Feuerstein in der Hand. Festus: Lapidem silicem tenebant juraturi per Iovem.

775) Deutet Macrobius mit den gesperrten Worten der vorigen Note nicht auf diese Idee hin, daß das bloße Wort zu wenig substantiell sei, um

Läßt sich nun diese Tendenz der substantiellen Substitution spiritueller Einwirkungen und Beziehungen in diesen und andern Fällen nachweisen, so werden wir schwerlich fehl greifen, wenn wir ihr auch für das Recht eine gewisse Geltung vindiciren. Die abstrakte Erfassung des Willens als einer spiritualistischen Potenz d. h. als einer Macht, die durch das bloße Aussprechen, Verkündigen des Entschlusses ihre schöpferische Kraft bethägt, ist der natürlich sinnlichen Periode zu hoch, der Zug des Materialistischen, der allen ihren Begriffen und Anschauungen eigen ist. (§. 43), verläugnet sich auch in ihrem Willensbegriff nicht. Die innere Beziehung, in die der Wille zu einem Gegenstand treten will, muß die äußere, die rechtliche Ergreifung die physische zu ihrem Substrat haben, der Wille muß, so zu sagen, substantiell in die Sache hinüberströmen, um sie mit seiner Macht und Kraft zu durchdringen. Das Organ aber, in dem diese Macht und Kraft zur Verwendung nach außen hin bereit liegt, ist die Hand. Denn die Hand ist der eigentliche Sitz der activen physischen Kraft. So wird also die Hand das Werkzeug, das Symbol und die Bezeichnung (Manus) der rechtlichen Herrschaft.⁷⁷⁶⁾

Sie wird das Werkzeug. Wo die rechtliche Herrschaft begründet werden soll, muß die Hand das Object derselben ergreifen. So zunächst bei der Mancipation beweglicher Sachen.^{776a)} Ob

zu genügen? — Beruhte auf dieser Vorstellung auch die Sitte (die Stellen bei Briss. I. c. 49) die den Göttern gebrachten Geschenke an die Pforten der Tempel aufzuhängen?

776) Die relativ niedere Natur der factischen Herrschaft des Besitzes gegenüber der rechtlichen des Eigenthums drückt die Sprache dadurch aus, daß sie jenes Verhältniß als bloßen Zustand des Seins auf und in der Sache (Sitz: Besitzen, sedere: possidere) erfaßt, dieses dagegen als Gewaltverhältniß (manus), es liegt darin die geringere Anspannung der Kraft und des Willensvermögens ausgesprochen.

776a) Gaj. I, 119, 121. An der ersten Stelle hat die Handschrift „rem tenens“. Wenn Böcking u. Huschke auf Grund der Autorität von Boethius ad Top. c. 5 (Orelli p. 322) und Varro de L. L. IX §. 183 (eine Stelle, die auch auf das Negum bezogen werden kann) das handschriftliche

dasselbe nicht auch in ältester Zeit für unbewegliche Sachen galt — etwa in der Weise, daß wie bei der Vindication eine Scholle sie repräsentirte^{776b)} — darüber gebricht es uns an jedem äußern Auhaltspunkt.^{776c)} Zu Gajus Zeit setzte man sich bei ihnen sogar über das Erforderniß der Anwesenheit hinweg; die Art, wie er sich darüber ausdrückt,⁷⁷⁷⁾ läßt deutlich erkennen, daß er darin eine Abweichung von dem ursprünglichen Wesen der Mancipation erblickt, die sich auf nichts anders stütze, als daß es einmal so gehalten werde (*solent mancipari*). Daß auch bei der *in jure cessio* das Ergreifen der Sache nöthig war, ergibt sich nicht bloß aus der entsprechenden Bestimmung der Vindication, von der sie nur eine Nachbildung enthält, sondern wird von Gajus (II, 24 . . . *rem tenens*) ausdrücklich betont. So ferner bei dem *capere* der zum Vestadienst bestimmten Jungfrau von Seiten des Pontifex maximus (B. 1 S. 113) und bei dem Fassen der Braut

„*rem*“ (*tenens*) in *aes* verwandeln beziehungsweise dasselbe auf „*mancipio accipiebat*“ beziehen und ein *aes* einschieben wollen, so scheint mir dies höchst bedenklich. Daß der Empfänger die Sache ergreifen müsse, sagt Gajus in der zweiten Stelle ausdrücklich; mit welcher Hand ergriff er nun das „*aes*“, mit derselben oder mit der linken? Wozu auch das Ergreifen des *aes*, bevor es gegeben war? Das Ergreifen der Sache war in demselben Moment nöthig, wo das *hunc hominem meum esse ajo* ausgesprochen ward; so war es bei der *vindicatio*, und nach dem Gesetz der Correspondenz der Form zwischen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts (§ 47b) werden wir dasselbe auch für die *mancipatio* annehmen müssen.

776b) So schon Bynker hoeck (opusc. de reb. manc. c. 10) und neuerdings van Assen Annot. ad Inst. Gaj. I, 121 — zwei Citate, die ich auf Dirksens Auctorität hin (Sell, Jahrbücher II S. 72) nachschreibe.

776c) An Parallelen aus andern Rechten fehlt es bekanntlich nicht; für das ältere deutsche Recht ist dies bekannt, für das englische Recht s. Gundemann, engl. Privatrecht I S. 205.

777) Gaj. I, 121 . . . *item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt, adeo quidem ut eum qui mancipio accipit, apprehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit, unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur, praedia vero absentia solent mancipari.*

von Seiten des Bräutigams bei der Hochzeit.⁷⁷⁸⁾ Dagegen ist das Volk, wenn es Eigenthum erwirbt oder gewährt, an dieses Requisit nicht gebunden (B. 3 Abth. 2), denn der Wille des Volks besitzt, auch ohne daß er sich reel behätiqt, die nöthige Macht und Kraft, das beabsichtigte Verhältniß ins Leben zu rufen. Daher geht durch Addiction, Assignation und auch, weil es sich ursprünglich auf eine lex des Volks stützte, durch das Testament (Erbschaft und Legat) das Eigenthum ohne äußere Bemächtigung der Sache über. Daß es bei Obligationen der Thätigkeit der Hand nicht bedarf, hat darin seinen Grund, daß es sich bei ihnen weder um eine Herrschaft an einer Person, noch an einer Sache handelt; das substantielle Element des Willens liegt hier in etwas anderem (B. 3 Abth. 2). Kommt es jedoch zur Personalexecution, durch welche sich der Anspruch gegen oder an die Person in ein Recht an der Person verwandelt, so ist consequenter Weise wiederum die Hand erforderlich (manus injectio). Ebenso wiederholt sie sich in dem manum conserere des Vindicationssprocesses. Der Vindicant und nach ihm in derselben Weise der Contravindicant ergreift mit der einen Hand die Sache, mit der andern die Vindicta und berührt mit ihr die Sache, indem er dabei die solennen Worte spricht.⁷⁸⁰⁾ Bei beweglichen Sachen geschieht dies an der Gerichtsstätte, bei unbeweglichen verfügten sich ursprünglich die Partheien mit dem Gerichtspersonal (Prätor und Victoren) und Zeugen (superstites) an Ort und Stelle, also der Akt ward vor Gericht (in jure im Sinne der XII Tafeln⁷⁸¹⁾) vorgenommen. Späterhin gingen die Partheien ohne den Prätor hinaus, der Akt ward also ein außergerichtlicher, wie dies durch die Aufforderungsformel: ex jure (vom Gericht weg) manum consertum vocare⁷⁸²⁾ angedeutet wird, ja schließlich ersparten sie sich diesen das Verfahren unterbrechenden Gang dadurch,

778) Rosbach a. a. D. S. 328.

780) Gaj. IV, 16.

781) So stellt Gell. XX, 10 wenigstens die Sache dar.

782) Cic. pro Mur. c. 12. Ich komme auf die Formel später zurück.

daß sie von vornherein die das Grundstück repräsentirende Scholle (S. 498) mitbrachten, zu der sie dann als zum Grundstück selbst (wenn auch mit zwei Schritten) sich hinausverfügten d. h. der Akt blieb juristisch ein außergerichtlicher.⁷⁸³⁾ Diese effective Aufgabe des Requisits der Präsenz bei der *Vindication* unbeweglicher Sachen schloß mit Nothwendigkeit auch die Aufgabe desselben für die Eigenthumsübertragung an ihnen in sich. Denn was für die *Vindication*, war eben damit auch für die Abtretung vor Gericht zugelassen. Das Holen der Scholle konnte für beide Verhältnisse keine Schwierigkeiten machen. Wenn die Partheien einig waren, die Scholle, anstatt von dem vielleicht einige Tagereisen weit entfernten Grundstück, vom ersten besten zu nehmen, wer hatte ein Interesse oder ein Recht, es ihnen zu wehren, oder sollte etwa der Prätor den Beweis auferlegen, daß die Scholle wirklich von jenem Grundstück stamme? Kurz in Wirklichkeit war sowohl für die *Vindication* als die Abtretung vor Gericht die Nothwendigkeit sich auf das Grundstück zu begeben

783) Keller, *Der röm. Civilprozeß* §. 14 konstruiert den Vorgang etwas anders, indem er den Bericht von Cicero und Gajus in einer Weise kombiniert, die ihm selbst nicht ganz unbedenklich erscheint. *Ex jure vocare* kann aber nur den Sinn haben: zu einem Akt aufzufordern, der nicht in *jure* vorgenommen werden soll, dieser Akt aber wird bezeichnet nicht als Holen der Scholle — die muß bereits da sein — sondern als „*manum conserere*“. Dasselbe geschieht also *extra ius*, möge es an dem Grundstück selbst oder an der dasselbe repräsentirenden Scholle vorgenommen werden, und eben diese Abweichung von dem *in iure manum conserere* der XII Tafeln (Gell: *contra XII tabulas*) wird durch jenes: *ex jure . . . vocare* in solnner Weise kundgegeben. Nach der Kellerschen Auffassung würden die Partheien im Widerspruch mit dieser Formel das *manum conserere in jure* vornehmen und (vermöge der Scholle) ein *Grundstück* vor Gericht bringen, *extra ius* hingegen das nicht thun, zu dem sie sich durch die obige Formel auffordern: das *manum conserere*, und wiederum zu dem, was sie thun: zu dem Holen der Scholle, sich nicht auffordern. Mit der Rückkehr vor Gericht ist meiner Ansicht nach der Akt des *manum conserere* beendet, nach Keller (und ebenso *Puchta* Instit. II §. 162 Note 0 im Texte) beginnt er erst jetzt. — S. jetzt hierüber Karlowa, *Beiträge zur Geschichte des röm. Civilprozesses* Bonn 1865 S. 2 fl.

erlassen. Damit hatte letztere aber einen bedeutenden Vorsprung vor der Mancipation erlangt, und sollte diese bei unbeweglichen Sachen nicht aus dem praktischen Gebrauch verschwinden, so mußte man sich bei ihr zu derselben Concession verstehen. Der Übergang ward hier vielleicht in derselben Weise wie dort durch Repräsentation des Grundstücks vermittelt, bis man letztere in allen Anwendungen aufgab.

Das manum conserere bei der Vindication läßt sich unter einen doppelten Gesichtspunkt bringen. Einmal nämlich unter den, daß die Hand, wie sie Recht schafft, so auch dem Inhaber desselben dazu dienen soll, sich Recht zu verschaffen, und für diese Deutung spricht theils die Bezeichnung des Akts als vindicatio (vim dicere B. 1 S. 163), theils die manus injectio bei der Personalexecution. Sodann aber kann die Hand in jener Anwendung auch eine bloße symbolische Darstellung des in Anspruch genommenen Rechts sein, die Aufführung, daß es sich hier um eine in der Herrschaft (manus) der Parthei befindliche Sache handle. Das manum conserere würde hiernach nichts anders sein als ein beiderseitiges manum (dominium, potestatem sibi) asserere, eine plastische Behauptung des Eigenthums, und vermittelst dieser Auffassung würden wir in diesem Akt einen Ausfluß des unten zu erörternden Gesetzes der Correspondenz der Form erhalten: eine Repetition der Hand bei der Begründung und Geltendmachung des Rechts.

Man möchte noch einen Anwendungsfall der Hand vermissen. Bedarf es nicht eines Entlassens aus der Hand von Seiten dessen, der das Eigenthum überträgt oder aufgibt? Hier greift die bereits früher (B. 1 S. 110) erörterte Auffassung des alten Rechts in Bezug auf den Charakter der Eigenthumsübertragung ein. Der Nachdruck ruht bei letzterer auf dem Nehmen, nicht auf dem Geben, eine active Thätigkeit wird nur von Seiten des Erwerbers verlangt, für den Geber genügt ein passives Verhalten: das Dulden des Nehmenden. Nur in einem Fall bedarf es, eben weil kein Nehmer auf der andern Seite gegenüber

steht, als Zeichen der Aufgabe des Rechts eines Loslassens aus der Hand (*e manu mittere*) nämlich bei der *Manumissio*. In dem der Herr des Sklaven die solenne Formel spricht, muß er die Hand an ihm halten zum Zeichen, daß er noch ihm gehöre; nachdem er sie gesprochen, läßt er die Hand los zum Zeichen, daß er jetzt seine Macht aufgegeben habe.⁷⁸⁴⁾

Dieser letzte Akt liefert uns zugleich einen Beleg für die obige Behauptung, daß die Hand nicht bloß ein Mittel zur Begründung der rechtlichen Herrschaft, sondern auch ein Symbol für sie hergegeben hat; in welchem Maße dies auch rücksichtlich des Namens (*manus*) der Fall war, ist bereits B. 2 S. 153 bemerkt worden.

Das Wort — die Formel und das Formular. — Die solenuen Ausdrücke und Formeln — Unabänderlichkeit derselben. — Nothwendigkeit des Sprechens.

XLVII^a. Von ungleich höherem Interesse als das erste, im bisherigen betrachtete Element der formellen Geschäfte: die Handlungen und Zeichen, ist das zweite: das Wort. Wir können das historische Verhältniß beider im allgemeinen dahin angeben, daß jenes seinen Ursprung und seine Gestaltung mehr dem Leben und der Sitte, dieses sie mehr der Jurisprudenz verdankte. Darin liegt eine doppelte Differenz beider. Zuerst die ihrer juri-

784) *Fest: Manumitti... caput aut aliud membrum tenens dicebat... et emittebat.* Wie bei der *Vindication*, (und ursprünglich sicher auch der Abtretung vor Gericht) kehrt auch hier die Auslegung der *Vindicta* wieder. Ueber die symbolische Bedeutung des *Schlages*, den der Sklav erhält (*Unterholzner* in der Zeitsch. für geschichtl. Rechtsw. B. 2 Abb. V Anm. 20, 25, 29) kann man verschiedener Ansicht sein. Das Herumdrehen des Freizulassenden — ein Akt, der auch bei der *Emancipation* vorkam, s. z. B. L. 6 Cod. de emanc. lib. (8. 49): *circumductiones* — ist bereits früher (S. 492) von mir zu erklären versucht. Uebrigens wiederholte sich derselbe Akt auch in einer Anwendung, in der eine andere Deutung nothwendig wird, nämlich bei der Anbetung der Gottheit, s. die Stellen bei Brissonius I. c. 58.

stisch-künstlerischen Gestaltung und Durchbildung — das Formelwesen ist der Culminationspunkt der juristischen Kunst, jedes Wort fast verräth die Hand des Juristen. Und sodann die Differenz ihrer juristischen Geltung. Viele der oben mitgetheilten Handlungen und Gebräuche waren rechtlich keineswegs nothwendig, vielmehr ein bloß decorativer Zusatz, den der Verkehr aus freiem Antriebe den Rechtsgeschäften hinzufügte. Die Worte und Formeln hingegen, die wir im Folgenden kennen lernen werden, waren absolut obligater Natur; der Nichtgebrauch derselben machte das ganze Geschäft nichtig.

Eben dadurch unterschied sich die Formel zugleich vom Formular. Die Benutzung jener beruhte auf rechtlicher Nothwendigkeit, die dieser auf freier Wahl, jene war die ausschließliche Form, in der ein bestimmtes Geschäft bei Strafe der Nichtigkeit abgeschlossen werden mußte, diese bot lediglich eine Anleitung zur geschickten und umsichtigen Abschließung derselben, einen Entwurf, dessen Werth theils durch die genaue Berücksichtigung aller bei demselben zu beachtenden materiellen Punkte und Umstände, theils durch die vorsichtig und als angemessen erprobte formelle Redaction derselben bedingt war. Das Formular gewährt uns daher ein treues Bild des Geschäfts selbst nach seinem ganzen Umfang und Inhalt, während die Formel regelmäßig abstracterer Art war, eine Einleitungs- oder Schlußwendung oder eine concentrirte Angabe der wesentlichen Punkte enthielt, zu der dann die concretere Ausfüllung erst hinzukommen mußte.

Der Gebrauch der Formulare für Rechtsgeschäfte empfiehlt sich in dem Maße durch Rücksichten der Bequemlichkeit und Zweckmäßigkeit, daß wir ihn wenn auch in sehr verschiedenem Grade zu allen Zeiten und in allen Rechten wiederfinden. Ueberhebt das Formular einerseits die Contrahenten der Mühe der eigenen Abschaffung und bietet es ihnen dafür eine Fassung, die, in der Regel von fundiger Hand entworfen, im Leben bereits ihre Probe bestanden hat, so sichert es ihnen andererseits den Vortheil, sie auf

alle bei dem Geschäft in Obacht zu nehmenden Punkte aufmerksam zu machen, es leistet ihnen in der That den Dienst, dem manche Sammlungen derselben ihren Namen entlehnt haben, den „eines getreuen und fürsichtigen Rathgebers.“

Zu diesen für alle Zeiten Anwendung findenden Gründen gesellen sich nun für gewisse Culturstufen der Völker und Rechte noch andere hinzu, die dieser Einrichtung für sie eine erhöhte Brauchbarkeit und Geltung verschaffen. In einer Zeit, wo die Schreibkunde und die Herrschaft über die Sprache keine allgemeine Verbreitung erlangt hat, wird Feder, der derselben ermangelt, bei allen einigermaßen wichtigen und complicirten Geschäften fast gezwungenen sich eines Formulars zu bedienen. Damit trifft ein anderer Umstand zusammen. Jene Stufen der Rechtsentwicklung, die wir hier im Auge haben, sind zugleich die, auf denen das Recht und namentlich das s. g. dispositive (besser vielleicht: das suppletorische) Recht am wenigsten entwickelt ist. Unser heutiges Recht ergänzt in vielfacher Weise den ausgesprochenen Willen der Partheien, insbesondere bei Verträgen. Eine Menge von Punkten brauchen nicht ausdrücklich ausgemacht zu werden, das Gesetz supplirt sie als präsumtiven Willen der Parthei (s. g. naturalia negotii), so z. B. beim Kauf den Anspruch des Verkäufers auf Zinsen des Kaufpreises nach Lieferung der Sache, so im späteren römischen Recht beim pignus das Recht des Pfandverkaufs, das früher durch ein ausdrückliches pactum de vendendo hatte ausbedungen werden müssen, ja in einigen Fällen das Pfandrecht selbst (pignus tacitum). Bei einer solchen Gestalt des Rechts können sich die Partheien, meistens ohne sonderlich Gefahr zu laufen, auf die Hauptpunkte des Geschäfts beschränken; das Gesetz, die Jurisprudenz thut ein übriges. Anders aber auf der von uns supponirten Entwicklungsstufe des Rechts. Hier fehlt es noch an jener Ergänzung des Willens; was gelten soll, muß von den Partheien selbst gesetzt sein, die „lex contractus“ muß um so vollständiger sein, als die lex publica lückenhaft ist (S. 284). Eine Menge von Bestimmungen, die in späterer Zeit die letztere

Form angenommen haben, müßten sich Jahrhunderte lang mit der ersten begnügen.⁷⁸⁵⁾

Für das alte Rom speciell kam schließlich noch ein fernerer Grund hinzu. Er lag in der formalistischen Strenge des ältern Rechts und Processe. Was half es, wenn ein Vertrag oder ein Testament in materieller Beziehung auch noch so vollständig abgefaßt, dabei aber ein Ausdruck gebraucht war, an dem die strenge Wortinterpretation der ältern Zeit Anstoß nahm? Die Erfichtlichkeit und völlige Zweifellosigkeit des wirklichen Willens glich den Mißgriff in den Worten nicht aus. Hier also kam es vor allem darauf an, sich auch rücksichtlich des Ausdrucks sicher zu stellen, und welche größere Sicherheit ließ sich denken als die Wahl einer Fassung, die bereits in andern Fällen mit Erfolg zur Anwendung gekommen war, die das gefährliche Fahrwasser des ältern Processe bisher glücklich durchschifft und so zu sagen die exegetische Feuer- und Wasserprobe unversehrt bestanden hatte?

Kein Wunder also, daß jene Einrichtung im ältern Rom eine Verbreitung und Geltung fand, für die uns die Gegenwart jeden Vergleich versagt. Zeugniß dafür legt ab zunächst die hohe Schätzung, ja die literar-historische Celebrität, deren sich die Concipienten und Sammler der Formulare erfreuten.^{785a)} Ein neues, geschickt abgefaßtes Formular brachte seinem Urheber mehr Ehre, Anerkennung, Ruhm beim Volke als heutigen Tages die beste juristische Leistung je in Aussicht hat, und im Namen des Formulars selbst verherrlichte die dankbare Nachwelt noch lange das Ge-

785) Im dritten System werde ich diesen Übergang conventioneller Bestimmungen in gesetzliche an verschiedenen Beispielen erläutern; es ist eine der beachtenswertesten Erscheinungen in der Bildungsgeschichte des späteren Rechts, manchen Rechtssatz kann man nur dann wirklich verstehen, wenn man ihn in seiner vorgesetzlichen d. h. rein vertragsmäßigen Form kennt.

785a) So auch in England. Gundermann a. a. D. S. 211 „die Fertigung und Auslegung der gesiegelten oder förmlichen Urkunden, von welchen bloße Handschriften wohl zu scheiden sind, bildet schon frühzeitig eine eigene Wissenschaft mit einer selbständigen Literatur.“

dächtniß des Erfinders.⁷⁸⁶⁾ Selbst die bloßen Sammler gangbarer Formulare machten sich damit einen Namen, wie z. B. Mamilius durch die nach ihm benannten,⁷⁸⁷⁾ und zum vollständigen Hausinventar eines gesetzten römischen Hausvaters gehörte sicherlich, wie heutzutage bei Bürger und Bauer eine Sammlung von Hausmitteln aller Art oder ein Briefsteller, so damals eine Sammlung solcher juristischer Recepte. Schriftsteller, die Dinge des praktischen Lebens behandelten, wie z. B. den Landbau, vergaßen nicht, auch die dahin einschlagenden juristischen Recepte mitzutheilen, und in den uns erhaltenen Schriften von Cato und Varro figuriren friedlich neben einander Anweisungen zur Bereitung des Mistes und Mostes, zur Heilung der Kräze des Viehs und Zaubersprüche gegen Podagra mit wohl clausulirten Anleitungen und Formularen zum vorsichtigen Ankauf des Viehs, zum Verdingen der ländlichen Arbeiten, zum Verkauf der Früchte und andern Geschäften.⁷⁸⁸⁾

Wir sind leicht geneigt, wie den Werth und das Verdienst, so auch die Schwierigkeiten der Anfertigung solcher Formulare zu unterschätzen. Ein neues Formular bedeutete für den Verkehr eine neue Bahn, die er einschlagen konnte, und die er bis dahin vielleicht schon lange vergebens gesucht hatte; es war eine in prak-

786) Welcher Jurist kennt nicht die stipulatio Aquiliana von Aquilius Gallus (zur Zeit Cicero's)? Von seinen Schriften ist uns nichts erhalten, aber jene stipulatio, die postumi Aquiliani und die formulae (actio) doli mali haben seinen Namen auf die Nachwelt gebracht. Ein anderes Beispiel gewährt die cautio Muciana seines Lehrers Q. Mucius Scævola. Die Sache erinnert an eine ähnliche Erscheinung auf dem Gebiete der Medicin. Neben dem Ruhm der Unsterblichkeit, die sich an die Erfindung von nach ihrem Urheber benannten Tropfen, Pillen, Salben, Pflastern, Pulvern u. s. w. knüpft, erbläßt der Glanz manches der gefeiertesten medicinischen Namen.

787) Varro de re rust. II, 5, 7.

788) S. z. B. Cato de re rustica 144: oleam legendam hoc modo locare oportet, 145 . . . faciendam hac lege und die folgenden Kapitel. Varro de re rustica II, 2: emitor stipulatur præsca formula sic; c. 3. 4, 5: eos cum eminus domitos, stipulamur sic . . . cum indomitos, sic.

tischer Beziehung ungleich wichtigere Leistung als wir von unserm Standpunkt aus uns denken, und der Vergleich mit der Erfindung eines probaten medicinischen Hausmittels, das viele medicinische Bücher aufwiegen kann, trifft auch in dieser Beziehung zu. Die Schwierigkeiten lagen nicht bloß darin, worin wir heutzutage sie allein suchen würden: in der genauesten Beachtung aller irgendwie in Betracht kommenden Punkte, in der Berechnung und Berücksichtigung aller Eventualitäten, der sorgfältigsten Wahl des Ausdrucks. Es gesellten sich noch zwei andere durch die Eigenthümlichkeit des ältern Rechts geschaffene hinzu. Einmal nämlich die Ansforderung einer *kunstgerechten Redaction* im Sinne der ältern Jurisprudenz (s. u.) und sodann eine andere, die ich hier nur andeuten kann und erst bei einer andern Gelegenheit (B. 3 §§. 56, 58) genauer besprechen werde. Nicht selten nämlich kam es darauf an, erst durch eine geschickte Manipulation, durch Umwege u. s. w. die juristische Möglichkeit des Geschäfts zu vermitteln, den Gesichtspunkt aufzufinden, der demselben freien Eingang ins Recht gewährte. Kurz es galt eine eigenthümliche Aufgabe der juristischen Construction, die einerseits nicht bloß die vollständige Beherrschung des Rechts, sondern andererseits ein gewisses Geschick und Erfindungsvermögen voraussetzte.

Das Material, das uns für die im Folgenden zu versuchende Bearbeitung des Formelwesens zu Gebote steht, leidet an einer doppelten Unvollkommenheit. Zunächst sind uns nämlich von einer nicht unbeträchtlichen Zahl von Rechtsgeschäften die betreffenden Formeln theils gar nicht, theils lückenhaft erhalten,⁷⁸⁹⁾ und von dem großen Verlust der Formeln des Legisactionen-

789) So fehlen uns z. B. gänzlich: die Formeln der confarreatio, diffarreatio, coemptio, des nexum; bei den von Gajus III, 174 und II, 104 mitgetheilten Formeln der nexi solutio und familiae mancipatio sind gerade die entscheidenden Worte ausgesunken, und welchen Werth die Restitutionsversuche haben, davon unten.

Processes (s. u.) besitzen wir kaum mehr als die eine und andere. Sodann und vor allem aber stützt sich das meiste, was wir wirklich haben, wenigstens die Formeln und Notizen, welche das Privatrecht betreffen, auf die Referate der späteren klassischen Juristen, und die theilen uns regelmäßig nur das zu ihrer Zeit Geltende mit. Die Annahme, daß dies stets auch das Ursprüngliche gewesen, ist aber aus dem Grunde höchst mißlich, weil die Bande des Formalismus sich nachweisbarermaßen zu ihrer Zeit schon vielfach gelockert hatten. Der Geist der alten Jurisprudenz, jene Peinlichkeit und Strenge in den Worten, der Sinn und das Verständniß für das Formelnwesen war bereits im Scheiden. Ein alter Jurist hätte sich nie auch nur die geringste Abweichung in der Mittheilung einer Formel erlaubt; an derartigen Beispielen aus der späteren Zeit fehlt es keineswegs.⁷⁹⁰⁾ Neben der alten Formel wurden zur Auswahl andere neuere zugelassen — ebenfalls ein entschiedener Abfall vom Geist der älteren Zeit, denn die duldet, so weit ich habe bemerken können, für jedes Geschäft nur eine Formel. Für einzelne Fälle gewähren die Quellen noch die Möglichkeit, diesen Abstand zwischen der alten und neuern Zeit, ja sogar den zwischen der nur durch ein halbes Jahrhundert getrennten Zeit des Gajus und des Ulpian streng nachzuweisen. So erklärt jener eine Ungenauigkeit in der Fassung der Stipulation für schädlich, die dieser als einflußlos bezeichnet.⁷⁹¹⁾ So kennt Ulpian drei Formeln der Erbeseinsetzung, die uralte: *heres esto*, und zwei andere, von denen Gajus nur eine für zulässig erklärt, und dies in einer Weise, aus der man deutlich ersieht, daß man sich erst um seine Zeit darüber geeinigt hatte.⁷⁹²⁾ Ein ähnliches

790) Man vergleiche z. B. die Mancipationsformel bei Gaj. I, 169: *isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra* mit der bei Paulus Vat. fr. §. 50 *emtus mihi est pretio* und die Verwechslung der Conjunction *cum* und *quod* bei Ulp. XXII, 28 und Gaj. II, 166.

791) Vergleiche Gaj. III, 102 mit L. 1 §. 4 de V. O. (45. 1).

792) Ulp. XXI. Gaj. II, 117. . sed et illa (*heredem esse jubeo*) *jam comprobata videtur.*

Verhältniß waltet zwischen den von ihnen angegebenen Formeln der Vermächtnisse ob.⁷⁹³⁾ Was hier zufälligerweise nachweisbar ist — und es ist dies erst seit Auffindung des Gajus — wird sich auch in andern Fällen wiederholt haben, von denen uns keine Kunde aufbewahrt ist. Solche Beobachtungen mahnen aber zur Vorsicht und Kritik in der Benutzung des Materials.

Auf welche Unterlage kann diese Kritik sich stützen? Das Formelinwesen beschränkte sich, wie ich früher bemerkt habe, keineswegs auf den Prozeß und das Privatrecht, sondern erstreckte sich auch auf das öffentliche und geistliche Recht und die Religion, und zwar entstammte es in allen diesen Anwendungen einer und derselben Hand: der der Pontifices (§. 42). Dies ist ein höchst wichtiger Umstand. Denn er erschließt uns für unser Unternehmen eine reichhaltige Quelle des Materials, er verstattet uns nämlich, die Lücken des einen Theiles aus dem andern zu ergänzen, und gibt damit der ganzen Untersuchung mehr Halt und Festigkeit. Besonders werthvoll wird er aber dadurch, daß gerade jene Anwendungsgebiete des Formalismus, die uns zunächst nicht interessiren, Formeln aufzuweisen haben, welche unlängst in das früheste

793) Gaj. II, 201. Ulp. XXIV, 4. §. Note 827a. Die Formel: dare j u b e o kennt Gajus noch nicht, und es ist daher nicht zu rechtfertigen, wenn die Herausgeber (auch Hufschmidt und Böcking) bei II, 267, wo die Handschrift eine absolute Lücke hat, neben der Formel: liber esto aus Ulpian II, 7, auch die: liberum esse j u b e o in den Text gesetzt haben. Letztere war hier sowohl als bei dem Legate und der Erbeseinsetzung jüngern Ursprunges: L. 52 de man. test. (40. 4). Wären unter den „imperatores“ dieser Stelle auch nicht Sever und Caracalla, sondern Mark Aurel mit seinem Bruder oder Sohn zu verstehen, hätte also die hier erwähnte Constitution dem Gajus bekannt sein können, so würde er hier so wenig wie bei der Erbeseinsetzung den so neuen Ursprung dieser Formel zu erwähnen unterlassen haben. Es zeigt sich hier, wie mißlich es ist, Formeln ohne handschriftliche Autorität in den Text aufzunehmen; in unserm Fall hat man dem Gajus geradezu einen Anachronismus aufgebürdet. — Gegen ein solches Verfahren kann meines Erachtens die Wissenschaft nicht laut genug Protest erheben — Hypothesen stehen jedem frei, aber in den Text soll Niemand etwas als quellenmäßig setzen, was nicht darin steht.

Alterthum hinaufreichen, wie z. B. die von Livius mitgetheilten des *jus fetiale* (s. u.). Legen wir diese und andere unserer Untersuchung zu Grunde, so wird es uns gelingen, uns des wesentlichen Kerns des alten Formelnwesens zu bemächtigen. Was von den Formeln oder den auf sie bezüglichen Erscheinungen der späteren Zeit mit dem so Gefundenen im entschiedenen Widerspruch steht, von dem werden wir behaupten dürfen, daß es, weil den Charakter der alten Zeit verläugnend, neuern Ursprungs sein muß.

Der formelle Charakter unseres zweiten Elements der Rechtsgeschäfte beruhte auf zweierlei: (1) es waren bestimmte Worte, und dieselben mußten (2) gesprochen werden. Unterziehen wir diese beiden Momente einer näheren Betrachtung.

1. Moment der Bestimmtheit.⁷⁹⁴⁾

Es waren bestimmte d. h. ein für alle Mal vorgeschriebene Worte oder Sätze, deren sich die Partheien für die verschiedenen Rechtshandlungen, sowohl des Prozesses als des Verkehrs zu bedienen hatten. Diese Bestimmtheit aber war graduell verschieden. Bei der einen Handlung war die Parthei mehr, bei der andern

794) *Verba certa, solennia* (d. i. *sollo* = *toto anno* = alljährlich wiederkehrende) *legitima* (streng genommen die einer *lex* entnommenen, allein der Sprachgebrauch ist ein weiterer). *Ulp.* IX, 1. XIX, 3. *Gaj.* I, 112. IV, 29. *Gell.* XI, 1. *Briss.* I. c. 181. Bei Nichtjuristen andere Ausdrücke z. B. *carmen, solenne carmen, certa nuncupatio verborum* und auch *formula* in Anwendung auf Rechtsgeschäfte (bei Juristen vorherrschend von der *formula* des Formularprozesses gebraucht, bei *Gaj.* IV, 24 *forma* für eine *legis actio*, s. auch *L.* 2 §. 7, 12 *de orig. jur.* 1. 2). Der Ausdruck: *concepta verba* (z. B. beim *Eid*: *Briss.* VIII, 10, und Formularprozeß) weist auf die Abfassung im einzelnen Fall hin, allein wie die *conceptae feriae* (im Gegensatz der *stativae*, die *ipso jure* an bestimmte Tage geknüpft waren) dem Herkommen nach zum Theil immer auf gewisse Tage gelegt wurden, also *stehen* waren (*Macrob. Sat.* I, 16), ungeachtet sie ihrem Begriff nach lediglich auf der freien Bestimmung des Magistrats beruhten, so auch vielfach die *concepta verba*.

weniger eingeengt, bald war es eine längere Formel, eine ganze Litanei, die sie nachzubeten hatte, bald nur ein einzelnes Schlagwort, ein das Geschäft bezeichnender Kunstausdruck, den sie gebrauchen mußte — gewissermaßen eine bloße, dem Geschäft anzuhestende Etikette. Begreiflicherweise mußte überall dem concreten Inhalte des Geschäfts Raum gelassen werden sich zu entfalten, jedes einzelne Geschäft bestand daher nothwendigerweise aus einer Combination eines abstracten und concreten Bestandtheils. Aber in sehr verschiedener Weise. Es liegt z. B. auf der Hand, daß der Proceß sich nicht ausschließlich in fest bestimmten Formeln bewegen könnte, der freien Verhandlung der Partheien mußte ein angemessener Spielraum gelassen werden, und nur für die entscheidenden Momente desselben möchte man zur bestimmteren Hervorhebung derselben die Benutzung einer Formel verlangen.⁷⁹⁵⁾ Eine Fixirung und Concentrirung des eigentlichen Streitpunktes in Form einer Thesis ist wie für eine Disputation so auch für den Proceß von großem Nutzen. Ohne die der Verhandlung nöthige Freiheit zu beeinträchtigen, verhindert sie, daß der Streit sich nicht ins Unbestimmte verliere, und schließlich gar der eigentliche Streitpunkt zweifelhaft werde. Unser heutiger Proceß macht den Mangel dieser Einrichtung vielfach sehr fühlbar.

Im Unterschiede vom Proceß war dagegen das Testament, sowohl rücksichtlich seiner Einrichtung im Ganzen als seiner ein-

795) In der Vindicationsformel bei Gajus IV, 16 wird auf einen solchen vorausgegangenen freien Vortrag der Parthei Bezug genommen: . . secundum suam causam, sicut dixi. Diese Bedeutung des „sicut dixi“ wird freilich von Manchen bestritten, s. z. B. Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprocesses S. 14 fl. Wenn Keller, der römische Civilproceß §. 18 es für möglich hält, daß schon im Legisationenproceß bei der legis act. per condictionem „die verba solennia ganz hinweggefallen seien oder doch auf weniges reducirt wurden“, so wird gegen die letztere Möglichkeit Niemand etwas einzuwenden haben, die erstere aber steht mit allem, was wir vom alten Recht und Proceß wissen, in so schneidendem Widerspruch, daß ich kaum begreife, wie ein Mann wie Keller sich zu einer solchen Behauptung hat verstehen können.

zernen Dispositionen von Anfang bis zu Ende ausschließlich an feste Formeln gebunden, es gab in ihm kein Fleckchen, auf dem man sich frei hätte bewegen können. Die Einsetzung des Erben, die Enterbung, die Vermächtnisse, die Ernennung des Vormundes, die Ansprache an den familiae emtor und dessen Antwort — alles hatte seine bestimmte Form und zum Theil auch seine bestimmte Ordnung (§. u.). Bei der Stipulation hingegen beschränkte sich der feste oder abstracte Theil des Geschäfts auf das Wörtchen: spondes? — ein Blankett, das man mit beliebigem Inhalt und in beliebiger Ordnung ausfüllen möchte.

Innerhalb der Formeln gibt es eine graduelle Differenz ihrer Bestimmtheit, deren die Römer selbst gedenken: gewisse Formeln (und als Beispiel werden uns namentlich die Legisactionen genannt) vertragen durchaus keine Aenderung, weder einen Zusatz, noch eine Auslassung, andere lassen dieselbe zu, natürlich nur insofern sie sich ihrem Zweck oder Inhalt nach mit dem Zweck des Geschäfts vertragen.⁷⁹⁶⁾ Wir können, wie ich glaube, noch weitere Grade dieser Bestimmtheit unterscheiden. Freilich sind die Gränzlinien zum Theil minder fest und scharf, allein da der einzige Zweck darin besteht, uns das Vorhandensein einer gewissen Abstufung innerhalb der Formeln zur Anschauung zu bringen, und ein juristisches Interesse sich an diese Unterscheidung überall nicht knüpft, so kommt es auf eine präzise Durchführbarkeit derselben überall nicht an.

Ich unterscheide:

1. **Schlagworte.** Regelmäßig treffen sie mit dem Namen des Geschäfts selbst zusammen,^{796a)} so z. B.:

796) Vat. fr. §. 318. Non tamen sic putat certis verbis cognitorum dari debere, ut si quid fuisset adjectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus.

796a) Für das von mir in der ersten Auflage mit aufgeführte Beispiel der tutoris auctoritas: auctor sio gibt es keinen quellenmäßigen Beleg. Im Geist des ältern Rechts zweifle ich aber nicht daran, daß wie für alle

Name des Geschäfts	Schlagwort
Sponsio	spondeo
Fidepromissio	fidepromitto
Fidejussio	fidejubeo
Acceptilatio	acceptum habeo
Heredis institutio	heres esto
Exheredatio	exheres esto
Praes	Praes sum.

2. **Elastische Formeln:** Sätze, welche in ihren wesentlichen Punkten fest sind, aber in gewissen Hinsichten eine Abänderung vertragen, z. B. die cognitoris datio (Note 796), die Bestellung eines ususfructus durch in jure cessio (Möglichkeit der Hinzufügung eines dies).
3. **Feste, aber schematische Formeln:** d. h. solche, welche concret ausgefüllt werden müssen, im übrigen aber unabänderlich sind. Das älteste Beispiel dieser Art mag die von Livius erhaltene Formel der Kriegsankündigung sein, in der an betreffender Stelle der Name des Feindes genannt wird.⁷⁹⁷⁾ Aus dem Civilrecht und Proceß nenne ich folgende:

Rechtsakte so auch für diesen eine bestimmte Ausdrucksweise nöthig war. Hätte der Tutor bloß mit beliebigen Worten seinen Consens ertheilen können, wie Manche annehmen, so begreife ich nicht, warum die L. 19 de auct. tut. (26. 8), während sie im übrigen die praktische Möglichkeit der Bestellung eines curator für einen Unmündigen anerkennt, doch „ad explicanda ea, quae solennitatem juris desiderant“ einen Tutor für nöthig erklärt. Consentire konnte der Curator so gut wie der Tutor; wessen er aber unfähig war, war die „auctoritatis interpositio“, letztere kann also nicht in dem bloßen Consens bestanden haben, sondern sie muß so gesetzt gewesen sein, daß sie für den curaor nicht paßte, d. h. sie muß das Wort auctor oder auctoritas enthalten haben.

797) Liv. I, 32: Audite fines (cujuscunque gentis sunt nominat) ... populum illum (quicunque est, nominat) ... In den Formularen des Formularproceses figuriren die Namen Aulus Agerius Numerius Nigidius. Wenn Cicero's Vorwurf pro Murena 12: et quia in alicujus libris exempli causa id nomen invenerant, putarunt omnes mulieres, quae coemptionem sacerent, Gajas vocari begründet wäre, so wären hier

Angabe der Person:

Name des Erblassers in der Formel der *cretio* bei Antritung der Erbschaft: *cum me Maevius heredem instituit.* Ulpian. XXII, 28;

der Summe:

bei der *manus injectio*. Gaj. IV, 21 und der *nexi solutio*. Gaj. III, 174;

des Gegenstandes:

des Grundstücks bei der *Vindication* (Vage desselben) Cic. *pro Mur.* 12; ⁷⁹⁸⁾

des Verhältnisses:

Nexi solutio Gaj. III, 174 und gewiß auch bei der *pignoris capio*. Gaj. IV, 29.

4. Feste und zwar absolut geschlossene Formeln: solche, bei denen selbst die Namhaftmachung dieser individuellen Umstände (als überflüssig) hinwegfiel. Dahin gehörten z. B. die Formeln des Testators und des *familiae emitor*. Gaj. II, 104, die des *Vindication*rituals. Gaj. IV, 16. Cic. *pro Murena* 12.

Ich brauche nun wohl kaum zu bemerken, daß diese formelle Verschiedenheit nur die Folge und der Ausdruck einer materiellen war. Für gewisse Handlungen war man der Ansicht, daß sie ihrem wesentlichen Bestande nach in dem Maße fest und bestimmt gegeben seien, daß jede Abweichung davon vom Nebel sei. Der Ausdruck für diese Ansicht war eine Formel der dritten und vierten Classe. Bei andern verhöhnte man sich nicht,

die Blankettnamen ähnlich wie in dem Beispiel, das Keller Röm. Proc. §. 41 a. E. aus dem englischen Prozeß mittheilt, singirte Namen geworden, s. jedoch darüber Rosbach Unters. über die röm. Ehe S. 352.

798) Gaj. IV, 16 hat bloß: *hunc hominem*, ähnlich wie bei der *jure cessio* II, 24 und der *mancipatio* I, 119, und es ist denkbar, daß bei Vornahme dieser Alte an beweglichen Sachen die namentliche Bezeichnung der Sache hinweggefallen ist, da sie durch die Gegenwart und das Halten derselben überflüssig gemacht wurde.

dass man der Autonomie der Privaten einen freieren Spielraum gewähren müsse, begnügte sich also damit, nur die Hauptpunkte namhaft zu machen, oder nahm selbst davon Abstand. In jenem Fall gab man eine Formel der zweiten Classe, in diesem beschränkte man sich auf ein bloßes Schlagwort.

Soweit nun das Requisit der Bestimmtheit reichte, hatte es bei allen Geschäften dieselbe Kraft und Geltung. Eine Acceptilation, bei der das Wort: acceptum habeo mit einem andern gleichbedeutenden vertauscht war, war um nichts weniger nichtig als jene Legisactio von Gajus, bei der statt arboribus: vitibus gesetzt war.^{798a)} Zwischen dem materiellen Recht und dem Proceß fand in dieser Beziehung nicht die geringste Verschiedenheit. Statt, was besonders zu betonen aus dem Grunde nicht überflüssig sein dürfte, weil das obige celebre Beispiel von Gajus und sein bekanntes Urtheil über die minutiose Angstlichkeit, mit der das Wort im ältesten Proceß gehandhabt worden sei (Gaj. IV, 30), leicht den Schein des Gegentheils hervorrufen könnte. Fühlbarer war allerdings die Strenge im Proceß, denn ein Versehen in der Form ließ sich nicht mehr ungeschehen machen, während ein Versehen bei Abschließung eines Rechtsgeschäfts durch erneuerte Vornahme desselben rectificirt werden konnte. Aber die Strenge in der Beurtheilung der Form war hier wie dort ganz dieselbe. Ebenso war sie es bei den verschiedenen oben mitgetheilten Formen der Rechtsgeschäfte, und der Schein des Gegentheils beruht nur darauf, dass das Maß der Form d. h. ihrer Bestimmtheit bei der einen geringer war als bei der andern. Eine sponsio, die nichts als den Gebrauch des Wortes spondesne erforderte, konnte Feder abschließen, ein Testament abzufassen erforderte eine genaue Vertrautheit mit den dabei zu beachtenden Regeln. Aber die Strenge, mit der man auf Beachtung der Form hielte, war bei allen formellen Akten ganz dieselbe; sie kannte keine Grade und konnte sie nicht kennen, und dasselbe gilt

798a) Gaj. IV, 11.

auch für das heutige Recht, soweit dasselbe wie z. B. beim Wechsel eine bestimmte Form erfordert. Denn diese Strenge ist nichts Positives, Willkürliches, sondern mit dem Begriff der Form selbst unvermeidlich gegeben — jede Abweichung von der vorgeschriebenen Form enthält eine Verletzung derselben; eine Unterscheidung zwischen klein und groß, wesentlich und unwesentlich ist dabei nicht möglich, wenn man nicht der reinsten Willkür verfallen will. Denn wo wäre die Gränze? Wird einmal ein volles Pfund verlangt, so ist es gleichgültig, ob ein Gran oder ein Lot fehlt, das Pfund ist kein volles! Ist einmal ein bestimmtes Wort für wesentlich erklärt, wie dürfte es vertauscht werden mit einem gleichbedeutenden? Sind es mehrere Worte, welches könnte man davon lassen? Ist es eine bestimmte Ordnung derselben — und wir werden unten (§. 47^b) sehen, daß diese Ordnung bei den altrömischen Formeln Gegenstand der sorgfältigsten Erwägung war — was dürfte daran geändert werden? Kurz, es gibt hier keinen Unterschied zwischen groß und klein, das Kleinste wiegt gerade so schwer wie das Größte, die exacteste Genauigkeit und peinlichste Strenge ist mit dem Begriff des Formalismus so unabweisbar gesetzt, daß wer sie nicht will, die ganze Einrichtung fallen lassen, wer aber letztere will, jene mit in den Kauf nehmen muß.

Wenn nun das ältere römische Recht im Vergleich mit dem späteren uns den Eindruck der äußersten formalistischen Strenge macht, so liegt dies nicht in der Strenge und Peinlichkeit, mit der die alten Juristen die Form handhabten; sondern in der Ausdehnung und der Energie, in und mit der sich die Form im ältern Recht verwirklicht hatte. Daß man in der letzteren Thatsache nichts dem ältern römischen Recht Eigenthümliches finden darf, sondern daß dieselbe nichts als eine einer bestimmten Culturstufe des Volks und Rechts angehörige und sich daher unter allen Verhältnissen wiederholende Thatsache ist, darauf brauche ich nach meinen früheren Ausführungen über die historischen Gründe des Formalismus (§. 45^a) nicht wieder zurückzukommen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Schwerpunkt der Darstellung des ältern Formalismus nicht in dem Nachweis der Art liegt, wie die Form von den alten Juristen zur Anwendung gebracht, sondern wie sie entwickelt und durchgebildet ward, und es mögen daher in Bezug auf jenen Punkt folgende Beispiele genügen.

Daß im Legisactionenproceß ein einziges Wort den Proceß kosten konnte, ist bekannt, aber es war dies so wenig etwas Eigenthümliches der ältern Proceßform, daß es für die neuere: den Formularproceß ganz in derselben Weise galt.^{798b)} Wie der Ausfall eines Worts oder die Vertauschung desselben mit einem gleichbedeutenden (z. B. bei der sponsio: promittisne statt spondesne), so begründete auch die Veränderung der Reihenfolge der Worte^{798c)} der Gebrauch einer neuern Wortform, wo für die Formel die ursprüngliche geblieben war, ja sogar das Geschlecht,^{798d)} einen Nichtigkeitsgrund. Ebenso Zusätze, wenn die Formel eine feste, unabänderliche war, und zwar traf die Nichtigkeit nicht etwa den Zusatz, so daß das Geschäft im übrigen gültig geblieben wäre, sondern das ganze Geschäft. Auf die Beschaffenheit des Zusatzes kam nichts an; mochte er sich mit dem Zweck des Geschäfts vertragen oder nicht, mochte er inhaltslos, mochte er gänzlich sinnlos sein — es war ein Zusatz, und die Form duldeten keinen Zusatz.

Damit hängt eine bekannte Regel des römischen Rechts zu-

798b) [916] Quint. Inst. orat. VII, 3 quum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur. Ich schalte im Folgenden eine Ausführung ein, die in der ersten Ausgabe an anderer Stelle (S. 681) ihren Platz gefunden hatte und füge die alten Notenzahlen in Parenthese hinzu.

798c) [917] Plin. H. N. XXVIII, 3 . . ne quid praeposterum dicitur. Das Hauptbeispiel gewährt das Testament, s. §. 47c.

798d) [918] Das Wort ovis, im späteren Sprachgebrauch Femininum war ursprünglich Masculinum, und daran hatte die Formel der multae dictio festgehalten; als Femininum gebraucht begründete es hier Nichtigkeit. Gell. XI, 1 . . nisi eo genere diceretur, negaverunt justam videri multam.

sammen, der neuere Juristen den Ausdruck gegeben haben: expressa nocent, non expressa non nocent.^{798e)} Die solennen Rechtsgeschäfte, sagt Papinian,^{798f)} welche keine Bedingung oder Zeitbestimmung zulassen, werden durch das Hinzufügen einer solchen schlechthin nichtig, selbst wenn sich der Inhalt derselben von selbst versteht, wie z. B. die zu dem bedingten Geschäft des Pupillen (also stillschweigend unter derselben Bedingung) ertheilte tutoris auctoritas, die acceptilatio einer bedingten Schuld.^{798g)}

Eine nothwendige Consequenz der Bestimmtheit der Form war die, daß die vorgeschriebenen Worte und Formeln sich nicht in eine andere Sprache übertragen ließen. Waren es einmal diese Ausdrücke, deren man sich bedienen müßte, wie hätte man statt derselben z. B. griechische gebrauchen können? Eben so gut hätte man gleichbedeutende lateinische wählen können. Ein Ausländer also, der das römische Bürgerrecht oder Commercium erworben hatte, mußte alle Geschäfte des *jus civile* in lateinischer Sprache abschließen; so wenig wie das Volk sich in seinem völkerrechtlichen Verkehr mit Auswärtigen der fremden Sprache bediente,⁷⁹⁹⁾ so wenig vulvete es dieselbe in den Geschäften des

798e) [919] S. darüber Savigny Syst. B. 3 S. 124, 125. Daz, um mit seinen Worten zu reden, „das Wesen hierbei der Form geopfert wird,“ ist vollkommen richtig, allein eben darauf beruht das Wesen der Form.

798f) [920] L. 77 de R. J. (50. 17). Der hier gebrauchte Ausdruck: *actus legitimi* scheint kaum ein technischer gewesen zu sein, da er sich bei keinem andern Juristen wiederholt, eben so wenig *civile negotium* bei Ulp. XI, 27.

798g) [921] Die beiden Beispiele s. in L. 77 eit. und L. 8 de tut. auct. (26. 8). Zu den in der ersten Stelle genannten Geschäften kommen noch hinzu die tutoris auctoritas und rücksichtlich der Unzulässigkeit der Bedingung die Bestellung eines Cognitor (Vat. fr. §. 929) und die in *jure cessio*. Ein Beispiel einer sich von selbst verstehenden Zeitbestimmung ist in den Quellen nicht genannt; die tutoris datio von Seiten der Obrigkeit dürfte ein solches enthalten: *der dies ad quem* (die Mündigkeit des Mündels) verstand sich von selbst.

799) Dirksen Civil. Abb. B. 1. Abb. 1.

Civilrechts.⁸⁰⁰⁾ Die Geschäfte des *jus gentium* hingegen und die des späteren römischen Rechts, wie z. B. die *Fideicommissa*, waren, weil an keine Formel, auch nicht an den Gebrauch einer bestimmten Sprache gebunden. Freilich war man späterhin doch genötigt, gewisse Concessionen zu machen, was erst im dritten System nachgewiesen werden kann.⁸⁰¹⁾

2. Mündliche Rede.

Das Schreiben ist etwas Abstractes, Erlerntes, und eben darum nicht das Ursprüngliche. Das Einfachste, das Natürliche und Ursprüngliche ist das Sprechen, und diese natürliche Form

800) Als Princip ist dies indirect anerkannt in der in der folgenden Note abgedruckten L. 8 §. 4 de accept. Einzelne Anwendungsfälle gewähren: die *sponsio* Gaj. III, 93 . . adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a graeca voce figurata esse, das Testament L. 21 §. 4 Cod. de test. (6. 23) mit seinen sämtlichen Bestimmungen, z. B. der Freilassung (L. 14 Cod. de test. man. 7. 2), dem Legat (Ulp. XXV, 9. Gaj. II, 281), der Ernennung eines Tutors (L. 8 Cod. de tut. test. 5. 28), vor allem also auch der Erbeseinsetzung.

801) z. B. bei der Acceptilation L. 8 §. 4 de acc. (46. 4): *hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio.* (d. h. eigentlich wäre sie es nicht) et ideo puto et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet, bei der Bestellung eines Cognitor Vat. fr. §. 219, obgleich dafür certa et quasi solennia verba nötig waren Gaj. IV, 83, 97, bei der fidejussio L. 8 pr. de fidej. (46. 1) L. 12 Cod. de fidej. (8. 41). Bei der gewöhnlichen Stipulation mit Ausnahme der *sponsio* L. 1 §. ult. de V. O. (45. 1) Gaj. III, 93 kann man kaum von einer Concession sprechen, da sie keiner verba certa et solennia bedarf. Ob sie aber nicht überhaupt, sowohl in der Anwendung auf Peregrinen als auf Römer, späteren Ursprunges ist, scheint mir mehr als wahrscheinlich. Es wird als eine Eigenthümlichkeit von Tiberius berichtet (Sueton. Tiber. c. 71), daß er sich dem amtlichen Gebrauch des Griechischen hartnäckig widersetze. — Eine Analogie zu den obigen Beispielen bietet das moslemische Recht, welches von dem im Princip festgehaltenen Erforderniß des Gebrauchs der arabischen Formel für die Ehescheidung zu Gunsten ungebildeter Personen eine Ausnahme macht. v. Tornauw, Moslemisches Recht, S. 171.

der Gedankenäußerung ist im ältern Recht zugleich die rechtlich notwendige.⁸⁰²⁾ Das ältere Recht kennt meines Wissens keinen solennen Alt, bei dem die Schrift die Rede hätte ersetzen können.⁸⁰³⁾ Freilich neben der Rede mag in Rom von Alters her, wie bei den Gesetzen und Bündnissen und sonstigen Akten des öffentlichen Rechts z. B. der Schätzung beim Censor, so auch bei wichtigen Geschäften des Privatrechts eine schriftliche Aufzeichnung üblich gewesen sein, aber ich muß es betonen: neben, nicht statt der Schrift. Ein Testament, eine umfangreiche Stipulation möchte man immerhin aufzeichnen und von Zeugen oder der Gegenparthei unterzeichnen lassen — die Schrift hatte hier durchaus keine juristische Bedeutung, die Gültigkeit des Geschäfts beruhte lediglich auf der mündlichen Vornahme. Bei beiden Geschäften aber durfte letztere nach der uns bekannten Gestalt der Sache eine abstracte sein, d. h. man konnte, ohne das Mindeste vom Inhalt der Urkunde mitzutheilen, sich in der Formel des Geschäfts einfach auf letztere beziehen; also z. B.: ich testire, wie in dieser Urkunde geschrieben — versprichst Du alles zu leisten, was in dieser Urkunde verzeichnet steht?⁸⁰⁴⁾ Der juristischen Auffassung nach war das Geschäft mündlich geschlossen, denn der ganze Inhalt der Urkunde war ja vom Redenden genehmigt, anerkannt, er hatte gesprochen durch Verweisung.

802) Als Prinzip ausgesprochen ist es meines Wissens nirgends, eben weil es sich für den Römer von selbst verstand. Für die Mancipation und das Negum lag es in den Worten der Tafeln: *uti lingua nuncupassit*.

803) Daher noch im späteren Recht die Wendung: *legem dicere* (z. B. *suae rei*) für eine Vertragsbestimmung schlechthin. Andere sprachliche Reminiscenzen bieten *edictum* (*dicere*) *dies fasti* (*sari*) *nefasti*, *infans*.

804) *Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do ita lego, ita testor.* Ulp. XX, 9. Ein Beispiel aus dem geistlichen Recht gewährt die Einweihung eines Tempels unter Bezugnahme auf die Fundationsurkunde eines anderen Tempels s. bei Briss. I. 194: *ceterae leges huic aerae eadem sunt, quae aerae Diana sunt in Aventino dictae.*

War diese Gestalt der Sache die ursprüngliche? Ich meine, jeder muß ihr den Zug der abstracten Periode anmerken. Sie enthält in Wirklichkeit eine Trennung des concreten Inhalts des Geschäfts von letzterem selbst. Gewollt wird nicht *dies*, dies Bestimmte, Sichere, sondern ein *Etwas*: das, was in der Urkunde steht — vielleicht also etwas ganz Anderes, als der Redende weiß und will. In dieser Weise kann er wollen, ohne jetzt bereits im Mindesten zu wissen *Was*, z. B. versprechen, was dieser jenem versprochen hat oder gar erst versprechen wird.⁸⁰⁵⁾ Noch weniger erfahren die Zeugen etwas Näheres; sie sind dabei, sie sehen, was geschieht, und hören, was gesprochen wird, und doch wissen sie nicht das Geringste vom Inhalt — sie sehen, so zu sagen, nur den Schatten des Geschäfts! Bei dem Eigenthums-erwerb und der Vindication einer Sache genügte es nicht, sie bloß zu nennen, sich nur auf sie mit Worten zu beziehen, sondern man sollte sie fassen. Und bei dem Rechtsgeschäft hätte man den Inhalt desselben nicht ebenfalls fassen d. h. mit der Zunge fassen (*lingua nuncupare*⁸⁰⁶⁾ sollen? Ein Wollen durch bloße Beziehung, durch abstracte Erklärung des Beitriffs der Einwilligung u. s. w. widerspricht meiner Ansicht nach aufs entschiedenste dem Geiste des ältern Rechts. So darf man rücksichtlich der Stipulation sicherlich annehmen, daß in alter Zeit nicht bloß der Stipulant den ganzen Inhalt derselben angeben, son-

805) So z. B.: *quantam pecuniam . . . credidero, tantam dispones?* (L. 18 §. 3 de stip. serv. 45. 3), *fide tua esse jubes?* (L. 47 §. 1 de fidej. 46. 1). Beim Testament: *quem heredem codicillis fecero, heres esto* (L. 73 de hered. inst. 28. 5), *quantum legavero . . .* (L. 38 de cond. et dem. 35. 1). Eine genauere Grörterung dieses Punktes s. B. 3 S. 155, 156.

806) In der älteren Sprache wird dieser Ausdruck für Sprechen schlechthin gebraucht, in der neuern scheint er vorzugsweise für die aus Schrift und Rede verbundenen Geschäfte gebraucht worden zu sein, um mittelst seiner den mündlichen Theil des Geschäfts (*nuncupatio*) im Gegensatz zu dem schriftlichen (*tabulae*) besonders hervorzuheben; so namentlich beim Testament und Botum, s. z. B. Sueton. Aug. c. 97. *Fest. nuncupat.*

dern auch der Promittent ihn wörtlich nachsprechen mußte (S. 530). Ebenso bei der Correalobligation und der Bürgschaft. Für den Eid ist es bekannt, daß der Schwörende die ihm vorgesprochene Eidesformel wörtlich nachzubeten hatte, sich also nicht mit einem abstracten „So schwöre ich“ begnügen durste. Nur wo die Masse, z. B. das Volk bei Gesetzesvorschlägen oder das Heer bei Ableistung des Fahneneides, eine Willenserklärung abzulegen hatte, mag man nothgedrungen von Altersher eine Ausnahme gemacht und eine abstracte Erklärung zugelassen haben. Damit hängt die Sitte der Präjurationen zusammen, vermöge welcher bloß Einzelne den ganzen Eid hersagten und die Andern lediglich mit „ebenso ich“ ihren Beitritt erklärten. ⁸⁰⁷⁾

Rehren wir jetzt zu der Verbindung der Schrift und Rede zurück, so glaube ich, daß eine bloße Verweisung auf die Schrift ohne Mittheilung ihres Inhalts im älteren Recht unstatthaft war, hier vielmehr der ganze Inhalt der Schrift vorgelesen werden mußte. Halten wir uns zunächst an die beiden Hauptfälle des öffentlichen Rechts: die Gesetze und Bündnisse, so ist es bekannt, daß der Gesetzantrag dem Volk wörtlich vorgelegt werden mußte, und die Kraft des geschriebenen Gesetzes nicht auf der Schrift, sondern auf der mündlichen Vorlage und Annahme beruhte. Was die Bündnisse betrifft, so ist uns von Livius ⁸⁰⁸⁾ die Formel ihres Abschlusses aufbewahrt, und diese gedenkt ausdrücklich der geschehenen Verlesung. Auch bei

807) Festus: Praejurationes facere dicuntur hi, qui ante alias conceptis verbis jurant, post quos in eadem verba jurantes tantummodo dicunt: idem in me. Polyb. VI, 21. Becker Handbuch der röm. Alterth. (Marquardt) III. Abth. 2 S. 291. Bei Tac. Hist. IV, 34 spricht jeder der Soldaten den Eid vollständig nach. Liv. II, 45. XXVIII, 29 läßt gar nicht erkennen, in welcher Weise der Eid abgeleistet ist.

808) Liv. I, 24. Legibus (soederis) deinde recitatis: Audi, inquit, Jupiter . . . ut illa palam prima postrema (vom Anfang bis zu Ende) ex illis tabulis cerave recitata sunt . . illis legibus populus Romanus prior non deficiet.

Gelübden, namentlich den öffentlichen, war die schriftliche Aufzeichnung eine ganz häufige (*tabulae votivae*), und auch hier wird der Verlesung gedacht.⁸⁰⁹⁾ Aus späterer Zeit nenne ich noch das richterliche Urtheil, welches zwar schriftlich ertheilt, aber daneben bei Strafe der Nichtigkeit verlesen werden mußte.⁸¹⁰⁾ Ist die Annahme (S. 11 Note 6) gewagt, daß daselbe ursprünglich auch beim Mancipationstestament der Fall gewesen sei? Doch verkenne ich nicht, daß wenn irgendwo, gerade bei diesem Rechtsgeschäft am ersten eine Abweichung zugelassen worden sein mag. Wie es sich damit immerhin auch verhalten haben möge, die obige Behauptung, daß alle Rechtsgeschäfte mündlich abgeschlossen werden mußten, erleidet dadurch keine Einschränkung — auch das Testament ward der juristischen Auffassung nach mündlich errichtet.

Dagegen scheint ein anderes Geschäft: der *Literal contract*, der allerdings bereits der gegenwärtigen Periode, wenn auch erst der zweiten Hälfte angehört,⁸¹¹⁾ mit ihr sich schlechtedings nicht zu vereinigen.

Allein der *Literalcontract* war von Haus aus nichts anderes als die von beiden Partheien bewerkstelligte Eintragung einer auf andere Weise begründeten Geldschuld, wie dies aus den dabei gebrauchten Ausdrücken: *expensum* und *acceptum ferre* unzweideutig hervorgeht, also seiner ursprünglichen Tendenz und seinem Neuzfern nach nichts weiter als ein *Beweismittel*. Aber freilich: so wie man der Eintragung absolute Beweiskraft einräumte, war damit mittelbar eine selbständige d. h. von dem Abschluß eines andern Contracts, namentlich eines Darlehns unabhängige

809) Val. Max. IV, 1 §. 10: Sueton. Aug. c. 97. Apulej. Metam. lib. XI (ed. Bip. p. 257) *de libro, de literis fausta vota praefatus*.

810) L. 1. 2. 3 Cod. de sent. ex peric. (7. 44). Sueton. Claudius c. 15 . . ex tabella pronuntiasse.

811) Wenn sonst das: *nomina transscribere* bei Liv. Epit. XXXVII (a. 559) im technischen Sinn gemeint ist (Gaj. III, 130), worüber man noch streiten könnte.

Art sich zu verpflichten gewonnen, und in richtiger Erkenntniß davon durfte und mußte man hier von einem eignen Contract sprechen. Es verhielt sich mit demselben ähnlich, wie mit der obligatorischen Kraft des richterlichen Urtheils. Beide sind von Haus aus rein declaratorisch, sie erkennen nur eine Verbindlichkeit als bereits vorhanden an, allein da diese Anerkennung eine unumstößliche Kraft hat, so erlangen sie damit die Natur constitutiver Akte.⁸¹²⁾ Seiner praktischen Geltung nach würde also der Literalcontract von unserem obigen Satz eine Ausnahme begründen, seiner juristischen Composition nach nicht.

Also unsere Regel bleibt aufrecht: alle Geschäfte des ältern Rechts müssen mündlich errichtet werden. Wie aber, wennemand nicht sprechen kann? Dann ist er eben dadurch ausgeschlossen. Dasselbe gilt von dem Tauben⁸¹³⁾ rücksichtlich aller Geschäfte, bei denen der Gegner zu sprechen hat, denn man muß die Worte desselben hören, also z. B. bei der Stipulation, dem Testamente. Unser heutiges Recht macht den Schreibunfähigen die bekannte Concession des Kreuzziehens statt der Namensunterschrift, das römische Recht hat eine solche Rücksicht gegen Taube und Stumme nicht beobachtet, sie sind die Opfer ihres Naturfehlers geworden.

812) Eine Analogie aus dem späteren Recht s. bei Paulus Sent. Rec. V, 7 (Hänel 8) §. 2: *quod si scriptum fuerit instrumento promisso aliquem, perinde habetur ac si interrogatione praecedente responsum sit.*

813) Ueber beides s. L. 48 de O. et A. (44. 7) . . . in quibus negotiis sermone non opus est. L. 6 §. 1 qui testam. (28. 1) Ulp. XX, 7. 13. Die tutoris auctoritas L. 1 §. 2, 3 de tut. (26. 1). Mit den verba certa ist auch diese Consequenz derselben im justinianischen Recht hinweggefallen L. 10 Cod. qui test. (6. 22).

Die Composition der Formeln ein Zweig der juristischen Kunst. — Die Verbalformen — die juristische Syntax, logische Stellung der einzelnen Gedankenglieder (Grund, Bedingung, Beschränkung, Ausnahme) — das Gesetz der Correspondenz der Form — Correspondenz zwischen der Begründung, Aufhebung, Geltendmachung des Rechts.

XLVII^b. Woher stammen die Formeln? Sind sie durch Gesetze eingeführt? Sicherlich nicht! Es fehlt allerdings aus späterer Zeit nicht an Beispielen, daß ein Gesetz für die Klage, die es gewährt, auch zugleich die entsprechende Klagformel befügt, wie z. B. die lex Rubria (Prozeßordnung für das cibalpiniische Gallien) es thut, allein für die ältere Zeit ist dies weder bezeugt, noch irgendwie wahrscheinlich. Mittelbar wurden freilich die ältern Gesetze eine wichtige Quelle der Formeln, indem sie, wie später gezeigt werden soll, für eine gewisse Art derselben, nämlich die der Legisaktionen das Material hergaben.

Sind sie Producte des Lebens? Die Frage ist zu unbestimmt, man kann sie bejahen und verneinen, je nachdem man sie versteht. Bejahen — wenn man dabei ihre gewohnheitsrechtliche Geltung; verneinen — wenn man ihre Abfassung im Auge hat (S. 559). Abgesehen von den bloßen Schlagworten, tragen die eigentlichen Formeln so sehr das Gepräge des Gemachten, des Absichtlichen an sich, es herrscht in dem ganzen System eine solche Uebereinstimmung, Consequenz, Berechnung, Kunst, daß man blind sein müßte, um den juristischen Ursprung derselben zu erkennen. Rücksichtlich der einen Hälfte: der auf den Prozeß sich beziehenden, wird uns diese Entstehungsart ausdrücklich bezeugt. Nach Erlass der XII Tafeln und im Anschluß an sie, heißt es, hätten die Pontifices die Klagformeln componirt und bei sich aufbewahrt.⁸¹⁴⁾ Appius Claudius habe dann den ganzen Vorrath in eine Sammlung gebracht, zu der, nachdem sie von dessen Schreiber Flavius veröffentlicht worden sei (jus Flavia-

814) L. 2 §. 6 de O. J. (1. 2) S. 381. Note 540.

Shering, Geist d. röm. Rechts. II.

num), späterhin ein anderer Jurist, Aelius, Nachträge geliefert habe (jus Aelianum).⁸¹⁵⁾ Wenn Pomponius dieser letztern That-sache den Ausdruck gibt: Aelius habe diese ganze Sammlung verfaßt (composuit), so beruht dies sicherlich auf einem Irrthum. Daß ein Jurist als solcher d. h. ohne amtlichen Charakter keine Formeln einführen konnte, bedarf kaum der Bemerkung. Was er vermochte, war nur ein Formular aufzusetzen. Allein auch die Annahme, daß jene Sammlung aus lauter von Aelius verfaßten Formularen bestanden habe, stößt auf unmögliche Voraussetzungen. Oder sollte die römische Jurisprudenz Angesichts des durch Pomponius selbst betonten Bedürfnisses (augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi) und bei dem Vorhandensein der leges, aus denen sich die legis actiones componiren ließen, sich dieser einfachen Aufgabe so lange entzogen haben, bis endlich Aelius auf den Gedanken kam, daß Versäumte nachzuholen, und nun mit einem Male eine solche Menge Klageformulare in die Welt setzte, daß man sie als „liber“ und „jus Aelianum“ bezeichnen konnte? Vielleicht hat Pomponius sich durch die letztere Bezeichnung, die wie beim „jus Papirianum und Flavianum“ nur auf den Sammler gemünzt war, verleiten lassen, den bloßen Sammler für den Verfasser zu halten, jedenfalls vermag ich den Glauben, den er bei dieser Gelegenheit an den Tag gelegt hat, nicht zu theilen.

Das Formelwesen ist also ein Werk der Jurisprudenz. Könnten die äußeren Beweise uns darüber im Zweifel lassen, die inneren von der Beschaffenheit desselben hergenommenen müßten jeden Zweifel heben — jedes Splitterchen, möchte ich sagen, verfündet uns die Urheberin. Ich habe oben (S. 544) das Formelwesen ein Kunstprodukt des juristischen Geistes genannt und es als einen untergegangenen Zweig ältester juristischer Kunst bezeichnet; die folgende Darstellung wird diese Bezeichnung rechtfertigen.

815) L. 2 §. 7 de O. J. (1. 2).

Der geistige Höhepunkt dieser Kunst ist allerdings ein niedriger, er liegt tief unter dem der heutigen und auch der späteren römischen Jurisprudenz, allein auf und von dieser Basis aus erhebt sich dieselbe zu einer Höhe, die unsere ganze Bewunderung in Anspruch nimmt. Als der eigentliche geistige Mittelpunkt, von dem aus wir das Verständniß derselben zu gewinnen suchen müssen, läßt sich ihr Streben nach strenger Logik bezeichnen. Diese Logik ist eine ungemein peinliche, minutiose, eine Logik des Kleinen und Kleinsten, sie fordert eine Genauigkeit der Anordnung des Gedankens, wie sie im Sprechen zu beobachten auch dem schärfsten Denker unmöglich fallen würde. Sie eignete sich daher nur für den juristischen Lapidarstil, bei dem das kleinste Wörtchen sich aufs sorgfältigste abwägen ließ. Aber diese Logik selber war untadelhaft, die Regeln, welche sie aufstellte, waren unbestreitbar der genauesten Beobachtung des Denkens entnommen — es steht in diesen nüchternen Formeln der älteste historische Versuch einer Theorie der Denkgesetze.

Was mich aber am meisten mit Bewunderung erfüllt, ist das ungemeine Verständniß für die feinsten Nuancen der sprachlichen Formen. Durch Benutzung von feinen der Sprache abgelauschten Zügen ist es den alten Juristen gelungen, mit wenig Mitteln außerordentlich viel zu erreichen, ich meine nicht sowohl kurz, treffend, bezeichnend zu reden, sondern sprachlich in einer Weise zu charakterisiren und zu individualisiren, wofür die Geschichte der Sprache wenig Seitenstücke darbieten möchte.

Wie die großen Meister der Tonkunst es verstanden haben, die verschiedenen Personen einer Oper in dem Maße musikalisch zu individualisiren, daß jede derselben ihre eigene musikalische Sprache hat, so unsere alten juristischen Meister die Personen, die sie sprechen zu lassen hatten. Jede derselben: das Volk, der Senat, der Prätor redet seine eigene seiner politischen Rolle entsprechende Sprache, und ich hoffe den Leser zu überzeugen, daß es nicht zu viel gesagt ist, wenn ich behaupte, daß z. B. die eigne- thümliche staatsrechtliche Stellung des Prätors kaum treffender

charakterisiert werden kann, als es der Curialstil des Edicts durch einige wenige Wendungen gethan hat.

Diese ganze Richtung schloß übrigens die Gefahr eines bedenklichen Abweges in sich, und es ist gewiß nicht das kleinste Verdienst der alten Jurisprudenz, daß sie denselben glücklich vermieden hat. Es war der der Ausartung derselben in eitel Spielerei. Wie nahe derselbe gelegen, zeigt uns das Beispiel eines Rechts, das wie in so vielen andern Punkten, so auch in dieser Beziehung eine höchst lehrreiche Parallele für das alte römische Recht darbietet. Es ist das isländische. Wenn irgendwo außer dem römischen so hat in ihm der Formelcultus und das Sichverstießen in das Wort die höchste Höhe erreicht. Es bedurfte, nach der Versicherung eines competenten Berichterstatters,⁸¹⁶⁾ eines mehrjährigen Studiums, um alle die Formeln auswendig zu lernen; es kam „bei Anwendung derselben der Verstand in vollste Thätigkeit.“ Aber „das Recht war ganz zu einem Spiel des Witzes geworden und zu einer Wette, wer die dunkelsten und seltensten der vielen Formeln und Gebräuche am untadeligsten vortragen und anwenden könne — und sehr häufig mußte Blut heilen, was die Sophisterei verrenkt hatte.“ Daz die Römer dieser Gefahr nicht verfallen sind, die einem durch die Natur zum Grübeln während des ganzen Winters verurtheilten Volk so verderblich ward, davon lag der Grund nicht bloß in ihnen selbst, in ihrem gesunden Sinn und ihrer praktischen Natur, sondern in dem sichersten Schutzmittel gegen alles unfruchtbare Grübeln: unausgesetzter praktischer Thätigkeit. Spielereien kommen nur da auf, wo es an ernsten Aufgaben fehlt.

Indem ich mich anschicke, das obige Urtheil im Einzelnen zu begründen, muß ich, um das ganze Material an dieser Stelle übersichtlich zusammenzustellen und andererseits nicht zu nutzloser Wiederholung genötigt zu sein, den Leser ersuchen, die S. 471 und 472 anticipirten Belege als integrirenden Bestandtheil der

816) Weinhold, altnordisches Leben, Berlin 1856. S. 402.

gegenwärtigen Darstellung zu betrachten. Im übrigen werde ich meinen Stoff unter folgende drei Gesichtspunkte bringen:

1. Die Verbalformen.
2. Die juristische Syntax.
3. Das Gesetz der Correspondenz der Form.

1. Die Verbalformen.

Wenn uns aus einem heutigen Schriftstück juristischen Inhalts, einem Gesetz, einer Verordnung, einem Urtheil, einer theoretischen Darstellung des Rechts, einem Contract, Testament ein Bruchstück vorgelegt würde ohne Angabe seiner Quelle, wie schwer oder richtiger wie völlig unmöglich würde es uns in den meisten Fällen sein, die juristische Natur der Urkunde aus ihrer Sprache zu errathen. Die Sprache ist in allen diesen Erzeugnissen regelmässig eine und dieselbe, ein Paragraph aus einem Gesetzbuch lautet — leider! — nicht selten ganz so doctrinär wie aus einem Compendium, der Erlass einer Verwaltungsbehörde wie ein Gesetz, eine Bestimmung aus einem Testament wie aus einem Vertrage.

Würde uns dieselbe Aufgabe an einem derartigen Bruchstück des römischen Rechts gestellt, ein einziges Wort würde häufig zur Lösung derselben genügen. Ich meine natürlich nicht die entscheidenden Worte, mit denen die Urkunde sich selbst charakterisiert, wie z. B. *hac lege, placere Senatu i. s. w.*, sondern den Styl derselben. Der Styl des Gesetzes war ein anderer als der eines Senatsbeschlusses oder Edictes, der des Testaments ein anderer als der einer Vertragsurkunde, und zwar nicht etwa in Folge willkürlicher Convention, sondern in feiner Erfassung und Wiedergabe ihrer inneren Verschiedenheit, kurz er charakterisierte sich durch jene stylistische Individualisirung, deren ich oben gedacht habe.

Diese Individualisirung beruhte vorzugsweise auf dem Gebrauch der verschiedenen Verbalformen. Der Imperativ war für andere Verhältnisse bestimmt als der Infinitiv, der Indicativ

für andere als der *Conjunctiv*, das *Futurum* für andere als das *Präsens*. Ueberzeugen wir uns davon.^{817a)}

1. Der *Imperativ*. Er ist die Form des *Befehls* und der kategorischen *Aufforderung*. Darum gebührt er vor allem dem *Volk* für seine *Beschlüsse* (*leges*, *Plebiscita*),⁸¹⁷⁾ mögen dieselben die *Aufstellung* eigentlicher *Rechtsgeschäfte* oder sonstige *Verfügungen*⁸¹⁸⁾ zum Inhalt haben. Ebenso den *Göttern*, d. h. er ist auch die Form der *Gebote* des *geistlichen Rechts*.⁸¹⁹⁾ Dagegen hat der *Senat* bei seinen *Beschlüssen* und der *Prätor* in seinem *Edicta* sich desselben zu enthalten, denn der *staatsrechtlichen Theorie* nach haben beide keine *gesetzgebende Gewalt*.⁸²⁰⁾

Innerhalb der *Schranken* seiner *Competenz* hat auch der *Magistrat* das *Recht* zu *befehlen*, und so namentlich der *Prätor* für die *Rechtspflege*. Darum lauten seine *Anweisungen* sowohl an den *Richter* (*judex esto — condemna, absolve*) als an die *Partheien* (*mittite ambo hominem, inite viam*) *imperati-*

817a) Bei der folgenden, aus der ersten Auflage hinübergenommenen Untersuchung war mir die Abhandlung von *Dirksen*, *Beiträge zur Geschichte des Formelwesens bei den Römern* in seinen Versuchen zur Kritik u. s. w. Leipzig. 1823 S. 1 fl. entgangen, und ich hätte für die Bemerkung über den Gebrauch des Infinitivs auf S. 14 daselbst Bezug nehmen können, im übrigen treffen unsere Ausführungen nicht zusammen, und die ganze Art, wie *Dirksen* seine Aufgabe erfaßt und gelöst hat, ist von der, wie ich sie glaubte auffassen zu sollen, wesentlich abweichend.

817) z. B. *sacer, parricida, damnas, talio esto; cogito, redditio, adjudicato* u. s. w. Briss. II, c. 20 u. fl. c. 32 u. fl.

818) z. B. auch bei dem *Votum* eines *Ver sacrum*. Liv. XXII, 10. Rudorff ad *leg. Aciliam* (*Verl. Akad. d. Wiss.* 1861 p. 415) macht darauf aufmerksam, daß sich dieses Gesetz bei seinen *Anweisungen* an den *Prätor* (*magistratus major*) und die *Richter* [mit Ausnahme einer Stelle] des *Conjunctivs*, bei denen an den *Quästor* (*magistratus minor*) des *Imperativs* bedient.

819) z. B. *piaculum dato, aram ne tangito.*

820) In *Senatsbeschlüssen* und im *prätorischen Edict* habe ich ihn vergebens gesucht, dagegen kommt im *Edict* der *Aedilen* zwei Mal der *Imperativ* *pronuncianto* und mit Bezug darauf *eadem faciunto* vor, während dasselbe sonst den *Sprachgebrauch* des *prätorischen* (s. u.) beobachtet.

visch. Folgeweise auch das Urtheil des Richters, wenn ihm eine *Condemnation* und nicht etwa ein bloßer Ausspruch (prae-judicialis formula) aufgetragen ist;⁸²¹⁾ der Prätor hat die Macht zu befehlen auf ihn übertragen. Bei einem Antrage ans Volk bedient der Magistrat sich des *Conjunctivs* — *velitis jubeatis*.⁸²²⁾

Eine Aufforderung von Seiten der *Privatperson* lautet nur da imperativisch, wo letztere im Voraus der Erfüllung versichert worden ist, so z. B. an die Zeugen, welche ihr ihre Mitwirkung versprochen haben, (*Litiscontestatio: testes estote*; *nuncupatio testamenti: testimonium mihi perhibetote*) oder umgekehrt von Seiten des *Libripens* an die *Parthei* (S. 523 Note 708). Dagegen ist die Aufforderung an die Gegenparthei nicht imperativisch gefaßt, also z. B. nicht: *ambula tecum in jus*, sondern *in jus te voco*, nicht *dic*, *ex qua causa vindicaveris*, sondern *postulo anne dicas*, *ex qua u. s. w.*⁸²³⁾ Noch weniger kann natürlich die *Parthei* zum Prätor sagen: *da mihi judicem*, sondern: *postulo, uti des*, noch auch den Imperativ an sich selber richten, was der Fall sein würde, wenn die Formel der *Mancipation* nach Meinung eines heutigen Juristen (S. 564 Note 706) imperativisch: *emtus esto* hätte lauten sollen. Bei der feinen Unterscheidung, welche die Römer im Gebrauch des Imperativs beobachteten, wäre dies ein grober Schnitzer gewesen. Die *Parthei* nimmt das *emere* dadurch vor, daß sie die Sache ergreift, die Wagschale schlägt und den Sinn dieser Handlung durch die Formel *constatirt*, das *Constatiren* aber geschieht durch

821) z. B. *Solve L. 59 §. 1 de re jud.* (42. 1). Dass für das Urtheil keine *verba solennia* erforderlich gewesen sein sollten (Keller röm. Proces §. 66) lässt sich höchstens für die spätere Zeit behaupten. Für die ältere s. *Varro de L. L. VI, 61 judex .. qui busdam verbis dicendo finit.* Neben die Form des bloßen Ausspruchs s. unten.

822) z. B. *Gell. V, 19.*

823) *Gaj. IV, 16.* Ebenso die dort mitgetheilte Formel: *sacramento te provoco*, und bei *Val. Prob. de notis* §. 4: *quando in jure te conspecio, an fas (fuas, fias) autor.* Eben daselbst die im Text erwähnte Formel der *judicis postulatio*.

den Indicativ (s. u.), einer Aufforderung bedarf es weder von der gegnerischen, noch von ihrer Seite.

Der Imperativ ist, wie bemerkt, die Form der lex. So lange die Testamente noch in den Comitien errichtet wurden, fand er eben damit auch auf die testamentarischen Dispositionen Anwendung, und dies hat sich auch für das testam. per aes et libram erhalten. Die Verfügungen des Testaments müssen legis modo i. e. imperative⁸²⁴⁾ gefaßt werden, also z. B.: heres, exheres, liber, damnas esto, cernito, capito, praecipito, sinito. Worauf es beruht, daß im Widerspruch damit die Formel des Vindicationislegats: do, lego lautete, vermag ich nicht anzugeben;⁸²⁵⁾ einen Grund hat diese Abweichung jedenfalls gehabt. Für die tutoris datio läßt sie sich schon leichter begreifen.⁸²⁶⁾

Der Ausdruck lex wird von den Römern bekanntlich auch in einem weitern Sinn von Bestimmungen gebraucht, die auf Vereinbarung beruhen (leges contractus, foederis, pacis u. s. w.). Hierin mag es seinen Grund haben, daß die imperativische Form auch in Anwendung auf sie gebraucht wird, so z. B. bei den einzelnen Clauses eines Födus, der Fundationsurkunde eines Tempels und selbst in Formularen von Contracten.⁸²⁷⁾

824) Ausdrücke von Ulp. XXIV, 1 bei Gelegenheit der Legate.

825) Denn nach der Art wie Gaj. II, 193 Ulp. I XXIV, 3 sich äußern, kann man sie nicht, wie die oben S. 564 besprochenen, für eine Formel jüngeren Ursprungs halten. Dieselben Ausdrücke kommen auch in der Formel der nuncupatio vor, ita do, ita lego; vielleicht liegt darin die Lösung verborgen.

826) Denn der Testator kann Niemandem befehlen Tutor zu sein. Gaj. I, 149—152. Vat. fr. 229, 230. — Nach der Art, wie Gajus § 149 sich äußert, muß die Formel: tutor esto neueren Ursprungs sein, und dies würde sich aus dem angegebenen Grunde gar wohl begreifen, sie enthält gegenüber der correcten Sprachweise der ältern Zeit eine Ungenauigkeit.

827) Ueber das Födus s. Briss. V. c. 48, 49: amicitia esto, jus belli gerendi ne esto, tradito, restituto; über die lex dedicationis Briss. I, c. 194: legem dixit. . probe factum esto, jus fasque, eadem lex esto, über die Contractsformulare s. die Werke von Cato und Barro über den Landbau. Ist es Zufall, daß Livius, der sich bei dem foedus des Impfe-

Der Imperativ konnte entweder direkt auf das *Thun* oder auf das *Schuldigsein* zum *Thun* lauten, so z. B. beim *Damnationslegat*: *heres dato* oder *damnas esto dare*, ohne daß dies einen Unterschied begründet hätte. Ob die ältere Zeit hier nicht strenger verfuhr, ist eine Frage, die ich nur aufwerfen, nicht beantworten kann.^{827a)}

2. Der *Conjunction*. Er schließt sich dem Imperativ insofern an, als auch er eine Art des Befehls, aber in milderer, schonenderer Form enthält. So gebraucht ihn zunächst der *Senat*. Seiner ursprünglichen Stellung nach kann der *Senat* nicht befehlen, sondern nur begutachten, befürworten, anempfehlen, auffordern. Die entsprechende Form dafür war der *Infinitiv* (No. 3) und der *Conjunction*; jener, wie es scheint, mehr für die bloße *Erklärung*, dieser mehr für die *Aufforderung*. Der *Senat* behielt diese beiden Formen auch dann noch bei, als er der *Sache* nach bereits eine gesetzgebende Gewalt erlangt hatte.⁸²⁸⁾ Sodann gebraucht den *Conjunction* auch der *Prätor* in seinem *Edict*. Alle Verfugungen des prätorischen *Edict*s sind, insofern der *Prätor* nicht in erster Person von dem spricht, was er selber *thun* werde (s. u.), im *Conjunction* gehalten. Denn der *Prätor* hat keine gesetzgebende Gewalt, und wenn er trotzdem Rechtsgrundsätze in dem *Edict* aufstellt, so darf er sie doch nicht in die Form des *Gesetzes*

rativs bedient (s. z. B. XXXVIII, 11 u. a. St. bei Briss.), die von dem Feldherrn entworfenen Friedensbedingungen XXXIII, 30. XXXIV, 35 im *Conjunction* fässt?

827a) Die Form *dato* beim *Damnationslegat*, welche Ulp. XXIV, 4 mit der andern auf eine Linie stellt, begleitet Gajus II, 201 mit dem Zusatz: *sed et si dato scriptum est, per damnationem legatum est* — meines Erachtens ein deutliches Zeichen ihres relativ neuen Ursprunges.

828) Beispiele: SC. de Bacchanal. (das älteste erhaltene): *ne quis adesse velit. SC. de curator. aquarum* (bei Frontin) *uti darent, attribuerent, ut liceret, ne cui liceret. SC. de aedificiis non diruendis: ne quis domum dirueret; poenam inferri cogeretur, venditio irrita fieret.* Ebenso in den *Municipaldecreten* (Beispiel bei Haubold. monum. leg. S. 232).

d. h. den Imperativ kleiden. Wie die honorum possessio sich zur hereditas verhält, so der Coniunctiv des Prätors zum Imperativ des Volks, d. h. der Sache nach leistet er dasselbe, aber die Art, wie er es thut, die Form, die Vorstellungswise, die sich damit verknüpft, ist verschieden. Aus der reichen Zahl von Beispielen nenne ich folgende: ⁸²⁹⁾

1. exhibe a s, restitu a s, satis d e t, bona vene a n t.
2. n e quid facias, immittas, fiat, ne quis in jus vocet, vi eximat.
3. u t e a n t a u t satisdent, ut solvat.

Sodann ist der Coniunctiv die Form des Entwurfs oder Antrages. Der Magistrat, der einen Gesetzentwurf oder irgend einen Antrag ans Volk bringt, leitet ihn ein mit den Worten: rogo, velitis, jubeatis, Quirites, oder vellent, juberent, dem dann der Antrag selbst durchweg in Form des Coniunctivs gehalten folgt. ⁸³⁰⁾ In derselben Weise bedient sich der Senat dem Magistrat gegenüber des Coniunctivs, indem er ihm den Entwurf der von ihm zu treffenden Verfügungen unterbreitet.

3. Der Infinitiv. Er ist die Form des Meinens, der Ansicht, Überzeugung, Erklärung, des Gutachtens, Urtheils. Darum findet er seine Hauptanwendung in den Senatsbeschlüssen. ⁸³¹⁾

Auch das richterliche Urtheil kann außer der Form der Condemnation die des bloßen Ausprüches annehmen (B. 1 S. 73); der dabei benutzte solenne Ausdruck ist: videri. ⁸³²⁾ Ebenso das

829) Eine ganze Blumenlese von Coniunctiven s. in L. 1 §. 10 de ventre inspic. (25. 4).

830) Beispiele über verschiedene Anträge bei Briss. II, c. 1.

831) Die Einleitungssphrasen waren: placere, videri, curae fore, existimare, censere, arbitrari, aequum censere, judicare u. a. mit dem Accusativ cum Infinitiv oder bei Befehlen mit ut und ne, s. Briss. II, c. 73 und ss. Dass beide Formen ursprünglich ohne allen Unterschied gebraucht sein sollten, kann ich nicht glauben, vermag jedoch nichts Bestimmtes darüber anzugeben.

832) Cic. Acad. prior. II, 47: majores voluerunt... quae judices

Zeugniß (Gutachten des Kunstverständigen?), für welches der Ausdruck: arbitrari üblich war,⁸³³⁾ und höchst wahrscheinlich wird man in älterer Zeit diese Form auch bei allen Arten von Gutachten beobachtet haben, so z. B. bei den Responsen der Juristen, Augurn, Fetialen, Pontifices u. s. w.⁸³⁴⁾

4. Der Indicativ. Er ist die Form der Behauptung, Erklärung, Versicherung, Constatirung. Aber mit einem wohl zu beachtenden, ungemein feinen Unterschiede. Wenn die Thatsache, welche der Sprechende behauptet, lediglich auf seiner subjectiven Ueberzeugung beruht, z. B. daß er Eigenthümer oder Gläubiger sei, so kann er nicht sagen: res mea est, te mihi dare oportet, sondern nur: ajo rem meam esse, ajo te mihi dare oportere.⁸³⁵⁾ Anders hingegen, wenn seine bloße Erklärung ausreicht, die beabsichtigte Wirkung objectiv hervorzurufen, oder wenn sie seine eigene Handlung oder eine Thatsache, die vor seinen Augen geschieht, constatiren, ohrenkundig machen soll. Hier spricht er kategorisch, also z. B. praes sum, spondeo, hereditatem adeo, manum injicio, silentium est, dixere. Besonders instructiv ist in dieser Beziehung die Formel der Mancipation. Die Behauptung des Empfängers, daß er die Sache gekauft habe, lautet kategorisch und objectiv: est emtus; dagegen die damit verbundene, daß er jetzt Eigenthümer sei: ajo, rem meam esse, ähnlich wie die Formel im Bindicationsprozeß.

cognovissent, ea non ut esse facta sed ut videri pronuntiarent. Beispiele bei Briss. V, c. 218. Namentlich scheint im Sacramentsprozeß das Urtheil auf sacramentum (actoris, rei) justum videri gelautet zu haben. Keller Civilprozeß §. 66 bezeichnet das videri bloß als „alt anständig“.

833) Cic. pro Fontejo c. 9: illud verbum consideratissimum nostrae consuetudinis: arbitror, quo nos etiam tunc utimur, quum ea dicimus jurati quae comperti habemus, quae ipsi vidimus. Acad. prior. II, 47.

834) Daß man späterhin sich nicht an diese Form band, ist freilich unzweifelhaft, allein dies ist für die ältere Zeit durchaus nicht maßgebend. Beispiele jener Responsen s. bei Briss. I, 211, 215, 218 II, 98 III, 88 u. a.

835) Die letztere Formel bei Val. Prob. de notis §. 4, die erste bei Gaj. IV, 16.

Beides gleich logisch gedacht. Denn die Thatsache des Kaufes wird durch jene Erklärung *objectiv* hergestellt und constatirt, nicht aber die des Eigenthumserwerbes, denn sie ist von dem Eigenthum in der Person des Gebers abhängig, der Erwerber kann rücksichtlich ihrer mithin nur eine *subjective* Ueberzeugung äußern.

Das *Futurum* in erster Person ist die Ausdrucksform der *Absicht* und namentlich auch die des *Ver sprechens*. Seine wichtigste und interessanteste Anwendung findet es im prätorischen Edicte; es ist, so zu sagen, das Monogramm des Prätors. Als Beispiel nenne ich: *actionem, judicium, in integrum restitutionem, interdictum, bonorum possessionem dabo, non dabo, jubebo, pacta conventa servabo, ratum habebo, animadver tam, vetabo, cogam, permittam.*⁸³⁶⁾ Es kann nicht Zufall sein, daß der Prätor durchgehends in erster Person spricht. Warum nicht ein einziges Mal das *Futurum* in dritter Person, z. B. *actio dabitur, pacta conventa servabuntur, ratum erit u. s. w.*? Warum ferner stets das *Futurum*, warum nicht, wie anderwärts, die Wendung: *ratum est?* Läge hier nicht eine *Absicht* zu Grunde, es müßte wenigstens hier und da sich auch einmal eine andere Form eingeschlichen haben. Die *Absicht* ist nicht schwer zu errathen. Der Prätor hatte keine legislative Gewalt, er konnte also z. B. nicht sagen: *Die Pacta sollen gültig sein oder sind gültig.* Was er vermochte, war bloß zu versprechen: er werde sie schützen, aufrecht halten und auch er nur während der Dauer seines Amtsjahres. Sein Nachfolger konnte das Edict ändern, und darum durste er, wenn er nicht mehr versprechen wollte als

836) Das *Præsens* kommt fast nur in der im Edict aufgestellten Formel der *Interdicta* vor: *vim fieri veto*; es ist, wie Schmidt von Ilmenau, Zeitsch. f. Civilr. u. Proc. N. F. VIII S. 44 es richtig ausdrückt, die Form des *Spezialbefehls*, wozu sich in Bezug auf die Partheien die zweite Person gesellt (*unde tu illum vi dejecisti, uti possidetis*), während letztere bei den generellen Rechtsvorschriften generell z. B. *si quis dicetur bezeichnet werden.*

er zu halten vermochte, nur sagen: ich werde die Klage ertheilen oder nicht ertheilen, die Verträge aufrecht halten u. s. w. So ist mithin diese stylistische Nuancirung ungemein prägnant; sie zeichnet wie mit einem Pinselstrich das ganze Wesen des prätorischen Rechts. 836a)

In den solemnen Formeln des ältern Civilrechts hingegen hat umgekehrt das Futurum keinen Raum. Sie lauten sämtlich auf das Präsens. 837) Für die eigentlichen Legisactionen ist dies ausdrücklich bezeugt. Nulla legis actio, sagt Paulus, 838) prodita est de futuro; es könnte ebenso gut heißen: in Futuro: im Futurum. Allein auch für die nicht-obligatorischen Rechtsgeschäfte (z. B. die *mancipatio*, in *jure cessio*, *manumissio*) ist dies außer allem Zweifel; es hängt mit einem Princip zusammen, das ich erst an einem späteren Orte (B. 3 §. 53) näher begründen kann, nämlich mit dem Princip der Präsenz der Requisite und Wirkungen des Rechtsgeschäfts im Moment seines Abschlusses — jene müssen bereits vorhanden sein, diese sofort beginnen, das Rechtsgeschäft kann weder *anticipirt*, noch *suspendirt* werden.

Es bleibt mir schließlich noch:

836a) Dirksen a. a. D. fasst die Sache folgendermaßen: „Noch mehr aber bestätigt sich der innige Zusammenhang der *Evicta perpetua* mit dem Gewohnheitsrecht dadurch, daß der *Magistratus*, welcher in seinem Edict jederzeit in der ersten Person von sich spricht, sich selbst nur als den *Executor* von Rechtsprincipien hinstellt, deren zureichende Begründung er stillschweigend voraussetzt, ohne eine bestimmte positive Quelle dafür anzuführen.“ Meines Erachtens sehr gesucht und unschlüssig! Das „Ich“ des Prätors stellt die Persönlichkeit in den Vordergrund, gerade im Gegensatz zu den objektiven Regeln des Gesetzes oder Gewohnheitsrechts, und wenn irgendwo, so ist hier mit dieser Betonung der Persönlichkeit mittelst eines Federstrichs der ganze Charakter der Institution selber gekennzeichnet worden.

837) So auch die römische Stipulationsform mit *spondeo*. Die abstractere an kein bestimmtes Wort gebundene Stipulation des *jus gentium* hingegen (S. 537) kann im Futurum geschlossen werden: *dabis?* *dabo*, *facies?* *faciam*.

838) Vat. fragm. §. 49.

5. Die Form der Frage und Antwort. Für gewisse Gelegenheiten versteht sie sich von selbst, für andere Verhältnisse hingegen ist ihre Wahl eine bedeutungsvollere; es liegt ihr eine bestimmte Absicht zu Grunde, die wir zu ermitteln haben.

Wenn der Beklagte bei Beginn des Prozesses vor dem Prätor (in jure) aus eignem Antriebe ein für den Kläger wichtiges Geständniß ablegte, so hatte dies nicht die Kraft einer confessio in jure; er mußte gefragt sein (interrogatio in jure).⁸³⁹⁾ Warum? Das Geständniß als solches ist etwas Beziehungsloses; soll dasselbe eine Beziehung auf diesen Kläger erhalten, so muß dies durch eine Handlung von seiner Seite vermittelt werden. Dies geschieht durch die Frage. Jetzt ist das Geständniß ihm abgelegt (in personam, nicht bloß in rem).

Ebenso bei dem Versprechen. Uns zwar mag es so scheinen, als ob die beabsichtigte Richtung des Versprechens auf diesen Gläubiger schon vollständig dadurch an den Tag gelegt werde, daß die Leistung an ihn erfolgen solle, einerlei ob das Versprechen ihm gegenüber abgelegt sei. Allein dann hätte es auch als confessio in jure gelten müssen, wenn der Beklagte un gefragt gestanden hätte, daß er diesen Kläger bestohlen oder von ihm etwas erhalten habe. Die bloße Beziehung des Inhalts der Aussage auf ihn genügt nicht, die Beziehung muß hier wie dort durch eine Willenserklärung des Gläubigers hergestellt werden.

Allein warum kann dies in beiden Fällen nicht durch Acceptation geschehen? Ein acceptirtes Geständniß oder Versprechen, sollte man sagen, stände einem auf Grund der Frage abgelegten völlig gleich. Die Antwort ist: weil der, welcher erwerben

839) Dies geht hervor aus der Art, wie Ulpian in L. 9 pr. de interr. (11. 1) sich äußert: *si sine interrogatione quis responderit se heredem, pro interrogato habetur.* Ein Beispiel einer Frage aus dem Legisactionenprozeß bei Gaj. VI, 16: *postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris.*

will und später möglicherweise klagen muß, die Initiative ergreifen muß.⁸⁴⁰⁾ Bei Akten, bei denen die Handlung des einen Theils genügt wie bei der Mancipation und der gerichtlichen Abtretung, der andere aber sich auf eine passive Assistenz beschränken kann, bedarf es aus diesem Grunde der Frage nicht. Anders aber, wenn der Akt eine Erklärung des zu Verpflichtenden erfordert, und zwar eine solche, die ihm von dem Gegner nicht anbefohlen werden kann. Hier hat letzterer die Erklärung zu formuliren und ihm vorzulegen⁸⁴¹⁾ und zwar in Form der Frage, weil diese Form, indem sie die Möglichkeit der Bejahung oder Verneinung offen lässt, implicite die Freiheit des andern Theils anerkennt, während der Befehl seiner Idee nach diese Freiheit ausschließt, mithin nur da am Platz ist, wo der Andere ihn befolgen muß.

Die Anwendbarkeit der Frage war begreiflicherweise auf die obigen beiden Fälle der interrogatio in jure und der stipulatio nicht beschränkt. Es hat aber kein Interesse, die sämmtlichen oder auch nur die Hauptfälle aufzuführen, ich beschränke mich auf die Bemerkung, daß bei ihnen allen der obige Gesichtspunkt sich zu wiederholen scheint, daß nämlich, wer von dem Andern etwas erreichen will, mittelst der Frage die Initiative ergreift, sei das zu Erreichende eine bloße Meldung, Aussage, wie bei der Frage

840) Die Begründung dieses Satzes an anderer Stelle. Als Beispiel diene die mancipatio; selbst bei der Testamentserrichtung spricht zuerst der familiae emtor und erst nach ihm der Testator. Consequenterweise wird denn auch die stipulatio nach der Thätigkeit des Promissars, nicht wie unser „Versprechen“ nach der des Schuldners benannt, und beim Kauf- und Miethcontract, wo die Thätigkeit beider Theile sich völlig gleich steht, gebraucht die römische Sprache nicht gleich der unsrigen bloß einen Ausdruck, sondern emtio venditio, locatio conductio; beide Theile erwerben. Es ist der nur formelle Ausdruck dieses Grundsatzes, daß die römische demonstratio in allen Beispielen, welche uns Gaius (IV, 40, 47, 59, 136, 137) nennt, stets auf die zur Begründung der Obligation erforderliche Thätigkeit des Klägers (depositum, stipulatus est, vendidit), nie auf die dazu ebenso wesentliche des Beklagten lautet.

841) Damit hängt die Interpretationsregel in L. 39 de pact. (2. 14) und L. 38 §. 18 de V. O. (45. 1) zusammen.

des Magistrats an den Augur oder eine Autorisation, wie bei der des Fetialen an den König⁸⁴²⁾ oder, wie in den eben angegebenen Fällen, eine Verpflichtung des andern Theils.

Die Form der Bitte, welche namentlich in den Fideicommissen eine rechtshistorische Bedeutung gewinnt, gehört, wie letztere selber dem späteren Rechte an; in der ältern Zeit war sie die entsprechende Ausdrucksform für rechtlich nicht verbindliche Auflagen.

2. Die juristische Syntax.

Die rechte logische Reihenfolge der Worte und Satztheile festzustellen war ein Problem, mit dem das klassische Alterthum sich vielfach beschäftigt hat. Es konnte nicht ausbleiben, daß auch die alten Juristen bei der Abfassung der Formeln auf diese Frage geführt und ihr in irgend einer Weise gerecht werden mußten. Ihre Antwort darauf ist uns aufbewahrt, sie liegt in den uns erhaltenen Formeln, aber freilich bedarf es erst eines Suchens um sie zu finden.

Nach dem Vorbilde der Syntax haben wir die Stellung der einzelnen Worte und die der einzelnen Satztheile ins Auge zu fassen. Ueber erstere habe ich wenig zu sagen, da es nicht meine Absicht sein kann, mich auf das Gebiet rein grammatischer für meine Zwecke werthloser Untersuchungen zu versetzen. Ich beschränke mich auf folgende abgerissene Bemerkungen.⁸⁴³⁾

842) Liv. I, 24. Jubesne me, Rex, ... foedus ferire . . . facisne me tu regium nuntium u. s. w.? Ob nicht auch die tutoris auctoritas früher durch eine eigene darauf gerichtete Frage hervorgerufen werden mußte, lasse ich dahin gestellt, nach neuem Recht (L. 3 de auct. 26, 8 Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat; valet ejus auctoritas) bedarf es derselben nicht.

843) Daß bei der Anrufung einer Person (z. B. der Götter, Cato de rust. c. 132, 134. Liv. I, 18. VIII, 9) der Name gleich am Anfang genannt wird und daß eben so die Formula mit der Nennung des Richters (M. M. judex esto) beginnt, verdient kaum der Hervorhebung.

Wenn mehrere einzelne Arten eines Gattungsbegriffs aufgeführt werden, die aus verschiedenen Zeiten datiren, im übrigen aber sich gleichstehen, so wird die *chronologische Reihenfolge* derselben inne gehalten, also z. B. die *lex* vor dem *Plebiscit*, beide zusammen vor den *Senatsbeschlüssen*, letztere vor den *Constitutionen* der Kaiser genannt.⁸⁴⁴⁾ Wie sehr dies in der Weise der Römer gelegen haben muß, geht daraus hervor, daß eine bei den römischen Archäologen ganz verbreitete Ansicht den Grund, warum bei Anrufung mehrerer Götter Janus die erste Stelle einnehme, darin finden wollte, daß er der älteste gewesen sei. Ob diese Ansicht richtig, und ob nicht vielmehr umgekehrt die letztere Annahme bloß jener Erklärung zu Liebe aufgestellt worden ist, will ich nicht entscheiden,⁸⁴⁵⁾ für unsern Zweck genügt die bloße Thatsache einer solchen Ansicht.

Auch der *Aberglaube* hatte an der *Ordnung*, in der man die verschiedenen Namen aufzählte, seinen Anteil. Auf Namen glücklicher Vorbedeutung legte man in Rom bekanntlich einen hohen Werth; die Träger derselben waren bei Gelegenheiten, wo man sich durch diese Rücksicht bei der Wahl leiten lassen konnte, gesuchte Artikel.⁸⁴⁷⁾ Aus diesem Grunde rief man bei Enrolirung der Mannschaft die Namen, die eine gute kriegerische Vorbedeutung hatten, zuerst auf, nämlich die der *Valerii* (d. i. „Kräftigen“ von *valere*) und *Statorii* (die „Standhalter“), und

844) Ich verweise auf die stehende Formel *lex sive Plebiscitum* und sodann auf L. 7 §. 7 de *pact.* (2. 14) . . *adversus leges, Plebiscita, SCA, edicta principum.* L. 1 §. 8 de *post.* (3. 1) *lege, plebiscito, senatus consulto, edicto, decreto principum . . L. 1 §. 1 i. f. ex quib. causis* (4. 6) u. a. Plinius H. N. XXXIII, 8 . . *qua de causa et nunc (equester ordo) post populum scribitur, quia novissime coepitus est adjici.*

845) Man hatte auch andere Deutungen allegorischer Art, die ebenfalls bei der bekannten Weise der Römer große innere Wahrscheinlichkeit haben, z. B. daß Janus als *Psörtner* den Bitten den Eingang öffnen solle. Die sämmtlichen Belegstellen s. bei Briss. I, c. 75.

847) So z. B. um das *Opferthier* zu führen. Plin. H. N. XXVIII, 5.

waren keine da, so wurden in ächt römischer Weise — welche fingirt. ⁸⁴⁸⁾

Nach einem Bericht von Plinius war sogar in einem Fall die Ordnung der Worte durch ein Gesetz ausdrücklich bestimmt. ⁸⁴⁹⁾ Der Magistrat sollte nämlich bei Verhängung einer Brüche zuerst die Schafe und dann die Kinder nennen, und darin will jener Schriftsteller einen Beweis von Milde der ältern Gesetze finden. So lauten seine Worte, allein es ist offenbar, daß dieselben etwas anderes sagen sollen, oder daß sie etwas Verkehrtes enthalten. Das Richtige schimmert deutlich durch. Jene Ordnung bezog sich auf die Steigerung der Brüche bei fortgesetzter Halsstarrigkeit. Der Magistrat sollte mit dem niedrigsten Satz: dem Schaf beginnen und erst, wenn diese Strafe sich als unausreichend erwiesen hatte, in Kindern brüchen. ⁸⁵⁰⁾

Von ungleich höherem Interesse als die Reihenfolge der einzelnen Worte ist die der einzelnen Satztheile oder die logische Gliederung des Gedankens. Das einfache Prinzip dieser Anordnung besteht darin: was nach Regeln der Logik und zwar der auf die Rechtsbegriffe angewandten, vorangeht, nimmt in der Formel die erste, ⁸⁵¹⁾ was nachfolgt, die zweite Stelle ein. Darum geht der eigentlichen Disposition voran:

1. die Beschreibung des Gegenstandes oder des Verhältnisses. Als bekanntesten Anwendungsfall nenne ich die demonstratio der formula:

Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam depositum, quae re agitur — quidquid ob eam rem (in den ältern Formeln:

848) Schol. Bob. ad orat. pro Scauro §. 30 (Orelli II p. 374) necesse enim erat, ut haec nomina prima essent in exercitu propter omen. Cic. de nat. deor. II, 27. Cum in omnibus rebus maximam vim haberent prima et extrema.

849) Plin. H. N. XVIII, 3.

850) So ist Gellius XI, 1 über die multa minima und suprema mit Plinius zu combiniren. Niebuhr Röm. Gesch. B. 2. Aufl. 3. S. 341.

851) Damit hängt auch die Stellung der praescriptiones pro reo (Keller Röm. Civilproc. §. 43) am Anfang der Formel zusammen.

ejus rei ergo) N. N. A. dare facere oportet u. s. w. Gaj. IV, 47. — Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum . . . meum esse ajo. Cic. pro Mur. 12.

Andere Beispiele kommen bei allen Formeln des geistlichen, öffentlichen und Privatrechts in unzähliger Menge vor. 3. B.:

Quam rem Senatus Populusque Rom. de republica deque ineundo novo bello in animo haberet — ea res uti u. s. w. Liv. XXXI, 5.

2. Die Erwähnung des Eintritts der Voraussetzung:

Quod me P. Maevius testamento heredem instituit — eam hereditatem adeo cernoque Gaj. II, 166. — Quod tu mihi judicatus sive damnatus es . . . ob eam rem . . . manum injicio Gaj. IV, 21. ⁸⁵²⁾

Quando in jure te conspicio, postulo u. s. w. Quando negas, sacramento provoco Val. Prob. de notis §. 4 und Gaj. IV, 16.

Dieser objective Eintritt der Voraussetzung lässt sich subjectiv in vielen, wenn nicht in allen Fällen auch als Grund der Handlung auffassen, dies darf uns jedoch nicht abhalten, des letztern als eines eignen logischen Moments besonders zu denken.

3. Der Grund. Dem Schluß oder Entschluß geht der Grund logisch voran. So bei der Formel der gerichtlichen Prodigalitätserklärung:

Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis . . . ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Paul. Sent. Rec. III, 4^a §. 7.

und bei der Kriegserklärung, wobei ein doppelter Grund, oder richtiger ein Grund des Grundes angegeben wird:

Quod populi priscorum Latinorum . . . aduersus P. R. Q. fecerunt, deliquerunt (Fundamentum remotum) quod P. R. Q.

852) Für diesen Fall ist sogar das Erfordernis der vorherigen Namhaftmachung der causa von Gaj. IV, 24 ausdrücklich hervorgehoben.

bellum cum . . . jussit esse (Fundamentum proximum) . . . ob eam rem . . . bellum indico facioque. Liv. I, 32.

4. Die Bedingung. Denn die ganze Disposition ist nur für den Fall beabsichtigt, daß die Bedingung eintreten sollte; wer über jene zu erkennen hat, muß sich erst des Eintritts dieser vergewissern, jene Anordnung weist ihm also, so zu sagen, den Gang an, den er bei der Untersuchung einzuhalten hat.

Diese logisch nothwendige Stellung der Bedingung führt daher, soweit ich habe vergleichen können, überall wieder. Als Beispiele verschiedener Geschäfte nenne ich folgende:

Das *Votum*: Si bellum . . . confectum erit, tum u. s. w.

Liv. XXXVI, 2. ⁸⁵³⁾

Die *Verwünschung* bei Abschluß des *Födus*: Si prior defexit . . . tu . . . Jupiter populum Rom. sic ferito u. s. w.

Liv. I, 24.

Die *Intentio* in der *Instruction* an den Richter: Si paret, N. N. Ao Ao centum dare debere, condemnata, si non paret, absolve. Gaj. IX, 41, 43 ⁸⁵⁴⁾ und die angeblich älteste Formel bei Liv. I, 26.

853) Eine ganze Blätterlese bei Briss. I, c. 159 und fl. Die bei den Dichtern vorkommenden *Vota* eigner Fabrication können natürlich nicht mit in Betracht kommen, obgleich auch sie regelmäßig die Bedingung vorstellen.

854) Ich benutze diese Gelegenheit, um auf einen für die scharfe Fassung der Formeln recht lehrreichen Beleg aufmerksam zu machen. Enthält nämlich nicht das: si non paret absolve einen Pleonasmus? verstand es sich nicht von selbst, daß der Richter zu absolvieren hatte, wenn die Bedingung der *Condemnation*, das si paret nicht eingetreten war? Für uns wohl, und ebenso dachten die späteren römischen Juristen (L. 37 de R. J. 50. 17. L. 3 de re jud. 42. 1), allein die früheren verlangten, daß dies ausdrücklich hervorgehoben werde, denn das Gegentheil von si paret, condemnata ist streng genommen nicht das positive: absolve, sondern das negative: ne condemnata. Darin beruhte auch vielleicht die Nothwendigkeit der ausdrücklichen *exhereditatio* bei der bedingten *hereditis institutio* eines *suus heres*, was ich hier nicht weiter ausführen kann. Nur wo beim Nichteintritt der Bedingung lediglich die bedingt gesetzte Folge ausfallen soll (z. B. si sece-

Die Erbeseinsetzung und sämtliche bedingte Dispositionen des Testaments. Gaj. II, 179, 235. L. 40 §. 3, 8 de statulib. (40. 7). ⁸⁵⁵⁾

Dagegen gehen nach:

1. die Beschränkung, die Auflage. Darum wird bei Bestellung der Servitut durch deductio die Servitut als eine Beschränkung des Eigenthums hinter letzterem erwähnt:
a) o hunc fundum meum esse . . deducto usufructu. Vat. fr. §. 50.

Aus demselben Grunde konnte auch das Legat nur hinter der Erbeseinsetzung Platz finden, denn es enthält eine Verminderung der Erbschaft, ⁸⁵⁶⁾ und eben darum meinten diejenigen Juristen, welche diesen Gesichtspunkt für den entscheidenden ansahen (s. u.), daß die tutoris datio vor der Erbeseinsetzung stehen dürfe. ⁸⁵⁷⁾ Ein anderes Beispiel, das ich jedoch erst bei einer andern Gelegenheit klar machen kann, gewährt die cretio:

Titius heres esto, cernitoque etc. Ulp. XXII, 33.

2. Die Ausnahme. Der bei weitem wichtigste Anwendungsfall ist die Stellung der exceptio in der Formula. Wer mit mir die Ueberzeugung theilt, daß über Fragen der juristischen Syntax nicht stylistische Rücksichten, ⁸⁵⁸⁾ sondern nur die Gesetze der logischen Ordnung entschieden, kann darüber nicht zweifelhaft sein, daß die exceptio an das Ende der intentio gehörte. An das Ende der condemnatio gesetzt ⁸⁵⁹⁾ hätte sie gesagt: erst con-

rim, spondesne centum dare, bedarf es der ausdrücklichen Hervorhebung nicht; die reine Negation versteht sich von selbst.

855) Viele andere Belege bei Briss. VII, c. 62 u. a. a. St.

856) Delibatio hereditatis, L. 116 pr. de leg. I. (30).

857) Gaj. II, 231 . . quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.

858) wie Savigny System V §. 226 Note e sie in die Wagschale wirft, indem er gegen die im Text vertheidigte Ansicht den Einwand des „unbehülflichen und undeutlichen Ausdrucks“ geltend macht.

859) was Savigny schlechthin will und Keller Röm. Civilproc. §. 34 Note 376 wenigstens für möglich hält. Die lex Rubria c. 20, die er

dennire, o Richter, und dann untersuche, ob nicht eine Ausnahme vorliegt.

3. Der Zweck. Ich nenne die bekannte Eidesformel:
se uxorem liberorum quaerendorum causa habere.
Gell. IV, 3.

4. Die accessorische Disposition. Von den verschiedenen Dispositionen eines Geschäftes ist diejenige zuerst zu nennen, von deren Gültigkeit und Bestand alle andern abhängen. Damit das Legat zu Recht bestehet, muß vorher die Erbschaft angetreten sein, die Frage nach den Legatären kann erst aufgeworfen werden, wenn die nach dem Erben erledigt ist; es muß also im Testament die Erbeseinsetzung den Legaten und allen übrigen Dispositionen vorausgehen.⁸⁶⁰⁾ Ebenso kann eine Pupillarsubstitution nur angeordnet werden, nachdem der Testator sich selber den Erben ernannt hat.^{860a)} Eben darum war auch die Ansicht der Proculejaner,⁸⁶¹⁾ daß die tutoris datio ihren Platz vor der Erbeseinsetzung finden könne, im Geist des ältern Rechts entschie-

anführt, beweist dies nicht, denn die condemnatio steht in der von ihr aufgestellten Formel ganz am Ende (C. S. N. P. A. d. h. Condemna, Si Non Paret Absolve). Der Schein des Gegentheils ist durch die Auflösung von E. J. in eum jube veranlaßt — eine Auflösung, die aus mehreren, ziemlich auf der Hand liegenden Gründen unmöglich ist. — Darum kann auch die deductio bei der Klage des honorum emptor unmöglich hinter der condemnatio gestanden haben, wie Dernburg, Ueber die emtio bonorum S. 142 und Die Compensation Aufl. 1 S. 54 sie stellt (in der zweiten Aufl. der letzteren Schrift hat er S. 42 nach v. Scheurl Beiträge I S. 155 seinen Irrthum berichtigt). Es hätte geheißen: Richter, verurtheile erst den Beklagten auf das Ganze und hinterher ziehe ab!

860) Gaj. II, 229. — Ante heredis institutionem inutiliter legatur, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio §. 230 (libertas) §. 231 (tutoris datio). Auch die exheredatio konnte früher erst nach der hered. institutio geschehen, bis Hadrian das Gegentheil erlaubte, L. 1 pr. de hered. inst. (28. 5).

860a) Das Gegentheil bezeichnet der Jurist in L. 2 §. 4 de vulg. subst. (29. 6) als „convertere ordinem scripturae“.

861) Gaj. II, 231.

den zu verwerfen; sie wurzelte in der einseitigen Geltendmachung des oben (Note 857) angedeuteten Gesichtspunktes.

Wenn ein Testator seinen Sklaven im Testamente zugleich freilassen und zum alleinigen Erben einsetzen wollte, welche von beiden Dispositionen hatte er zuerst zu treffen?

Um Erbe zu werden, mußte der Sklav vorher frei sein; um frei zu werden, mußte die Erbschaft angetreten sein. Es war ein Cirkel, aus dem es keinen Ausweg gab, eine logische Sackgasse, und wäre nicht am Ende die Rücksicht auf das praktische Interesse in den alten Juristen doch noch mächtiger gewesen als alle Macht der Sophistik, sie würden jene Disposition für unmöglich haben erklären müssen. In unsren Quellen ist dies Bedenken nirgends berührt. ^{861a)}

Die bisherige Untersuchung kann als erster in dieser Richtung unternommener Versuch unmöglich auf Vollständigkeit Anspruch machen; ein Gebiet, das schon dem ersten Anlauf eine reiche Ausbeute gewährte, schließt jedenfalls noch eine Menge ungehobener Schätze in sich ^{861b)} und ich kann nur wünschen, daß mein Beispiel dazu beitragen möge die historische Forschung mehr als bisher auf diesen so völlig vernachlässigten Punkt zu richten. ^{861c)} Daran würde sie einen ungleich würdigeren und dank-

861a) S. jedoch L. 14 de penu leg. (33. 8); ein Jurist der ältern Zeit würde schwerlich so argumentirt haben.

861b) Ich unterdrücke selber einige abgerissene Beobachtungen, für die ich keine rechte Stelle habe finden können, jedoch möge folgende hier Platz finden. Warum lautete die Formel des Vindicationslegats: capito, sumito, habeto, die des Damnationslegats: dalo, facito? Hätten sie nicht umgekehrt lauten können? Nein! Die Obligation geht auf eine Leistung, ein dare facere des Schuldners, der Eigentumserwerb besteht nach römischer Ansicht in einem Nehmen des Erwerbers (B. 1 S. 110), einem capere, sumere, darum lautete die eine Formel auf eine Handlung des Erben, die andere auf eine des Legatars, ohne des Erben zu erwähnen (so wie ja auch die der mancipatio und in jure cessio des bisherigen Eigentümers nicht gedenkt).

861c) [913] Ich möchte ihn insbesondere auch der Aufmerksamkeit der Philologen empfehlen. Wo fänden dieselben z. B. eine so absichtliche Unter-

bareren Gegenstand besitzen als an der heutzutage fast zu einer Modekrankheit der Rechtshistoriker, die es sind und die es sein wollen, gewordenen Unsitte des Reconstruiren's römischer Klagformeln. Wenn man bedenkt, wie lückenhaft und völlig unvollkommen zur Zeit noch unsere Kenntniß der Gesetze dieses Zweiges der altjuristischen Kunst beschaffen ist, und wie wenig unser modernes Auge die Schärfe oder Uebung besitzt, die Feinheiten derselben wahrzunehmen, so daß selbst unsfern größten Meistern Verstöße der aller größten Art begegnen könnten,^{861d)} so wird man derartigen

scheidung der Conjunctionen quod und quando als in den vier Formeln der cognitoris datio bei Gaj. IV, 83, von denen die beiden des Klägers sich der einen, die des Beklagten sich der andern bedienen? (Vergl. auch die beiden Beispiele auf S. 599.) Ich bin fest überzeugt, daß die begriffliche Nuancierung der Conjunctionen quod, quum, quoniam, quando, si u. s. w. nirgends so beobachtet und folglich auch zu beobachten ist als in den alten Formeln.

861d) [915] So z. B. stellt Savigny die exceptio hinter die condemnatio (Note 859) — eine Instruction an den Richter, die um nichts besser ist, als wenn ein General einem Officier befehlen würde, einen Spion erst todtshießen zu lassen und dann zu untersuchen, ob er auch wirklich Spion gewesen sei, in diesem Fall ihn aber nicht todtshießen zu lassen. Puchta (Cursus der Inst. II §. 162 not. o) gibt als Formel, wodurch der Prätor die Parteien zum manus conserere bei Grundstücken aufforderte, folgende an: *suis utrisque superstitibus praesentibus vindicias sumite, inite viam.* Statt der gesperrten Worte hat Cic. pro Mur. 12, dem die Formel entnommen ist: *istam viam dico, die aber Ciaconius „,satis ingeniose e Festo.“* Orelli ad h. l.) mit jenen vertauscht und darin an Puchta einen Nachfolger gefunden hat. Wer die Formel bei letztem liest, muß sie für eine ächte halten, sie wird mitgetheilt mit Angabe der Quellenbelege und ohne weitere Warnung. Der Umstand, daß ein Mann wie Puchta jene Worte nicht sofort für unmöglich erkannte, liefert einen frappanten Beweis dafür, wie wenig wir uns noch in das römische Formelwesen hineingedacht haben; sie enthalten einen Verstoß gegen die einfachste Bauernlogik — jeder Römer würde den Prätor verlacht haben, der ihm befohlen hätte, zuerst die Scholle zu holen und dann sich auf den Weg zu machen! Einen gleichen Verstoß, den ich wohl nicht erst zu erläutern brauche, begeht Puchta in seinen Pandekten §. 504 mit seiner „Setzung eines Termins der Erklärung als Bedingung der Einsetzung“ (also etwa so: *si intra dies 100 creveris, heres esto!*!). Andere Beispiele s.

zum großen Theil aus wissenschaftlicher Coketterie und Schaustellung hervorgehenden Versuchen schwerlich einen großen Werth für die Wissenschaft beilegen können, vielmehr sich durch sie nur in der hausbackenen Wahrheit bestärken lassen, daß man eine Kunst, bevor man sie übe, erst kennen müsse.

3. Das Gesetz der Correspondenz der Form.

Zu den bisher erörterten Gesichtspunkten und Regeln, die das Rechtsgeschäft in seiner Isolirung auf sich selbst, als einzelnen für sich selbständigen Willensakt zum Gegenstand haben, gesellt sich als ein die Form bestimmendes Motiv noch die innere Beziehung hinzu, in der dasselbe zu andern rechtlichen Thatsachen steht.

Wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld erläßt, so ist dieser Erläß zwar ein einzelner, selbständiger Akt, allein er steht in einem nothwendigen, innerlichen Bezug zu der Schuld oder dem Akt, durch den letztere begründet ward. Dasselbe gilt

Note 859 (Derenburg, Stellung der deductio hinter die condemnatio); S. 587 (Huschke, Gebrauch des Imperativ bei einer Handlung, die der Sprechende selber vorzunehmen hat); B. 3 S. 84 Note 96 (Keller und Rudorff, Construction der act. negatoria und confessoria in einer Weise, daß jene mit Erfolg auch vom Nichteigenthümer, diese aber von dem wirklich Berechtigten nur gegen den Eigenthümer hätte angestellt werden können). S. auch das Zeitschr. f. R. G. 1 S. 44 von Bruns angeführte Beispiel einer Reconstruction der Formel der act. de pec. const. von Noodt und Haubold, welches darauf hinausläuft, daß der Prätor diese Klage dem Berechtigten dann zu geben verspricht, wenn er vorher den Beweis des constitutum erbracht hat (si appareat, judicium dabo). Ich habe mich bei dieser Auswahl nur auf der Höhe der Literatur gehalten; wollte ich in die Tiefe steigen, welche Ausbeute gäbe es hier. Da findet sich z. B. eine actio pro socio mit der demonstratio: „quod Servilius (der Beklagte) socius est“ (Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den jurist. Personen 1863 S. 42), an der nichts richtig ist als die Conjunction quod! Denn 1. lautet jede der uns erhaltenen demonstrationes auf die Person des Klägers und aus gutem Grunde (Note 840), sodann 2. gebraucht jede das Perfectum, ebenfalls aus gutem Grunde, denn das Schuldigsein und das „socium esse“ kann man nicht beweisen, sondern nur den in der Vergangenheit liegenden Abschluß des Contracts. Doch genug der Proben!

von der Klage; auch sie steht und fällt mit dem Akt, durch den das verfolgte Recht ins Leben gerufen ist. Ja, gehen wir weiter zurück, so fügen alle diese drei Akte: Begründung, Aufhebung und gerichtliche Geltendmachung eines Rechts als auf ihrem letzten Grund auf dem Gesetz oder dem Recht im objectiven Sinne.

So knüpft sich also zwischen den einzelnen Rechtsgeschäften untereinander und zwischen ihnen und den Rechtssätzen und Rechtsbegriffen ein Band innerlich nothwendiger Beziehungen. Der Grundsatz des Parallelismus der Begriffe und Formen (S. 470) bewahrheitet sich in dem römischen Recht auch in der Anwendung, daß dasselbe dem Vorhandensein dieser Beziehungen einen morphologischen Ausdruck gegeben hat. Nicht etwa in der rein äußerlichen, ich möchte sagen rohen Weise, daß diese Beziehung in der Formel bloß erwähnt wird. Dies ist in den meisten Fällen gar nicht anders möglich — wie könnte man z. B. eine Schuld erlassen oder einklagen, ohne sie selbst d. h. ihre Entstehung nachhaft zu machen?

Der Einfluß, den dies Moment auf die Formel oder ich muß allgemein sagen: auf die Form ausübt, ist ein ungleich spirituellerer, er ist wirklich morphologischer Art, d. h. die Form oder die Formel legt durch ihren ganzen Zuschnitt Zeugniß ab von der Beziehung, die zwischen beiden Geschäften oder Thatsachen obwaltet. Dies ist es, was ich unter dem Gesetz der Correspondenz der Form verstehe.

Wäre es nöthig, die einzelnen Anwendungsfälle desselben nach streng logischer Ordnung zu gruppiren, so müßte ich mit der Correspondenz zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Recht im objectiven Sinn beginnen. Allein es scheint mir angemessener, diejenige Ordnung zu wählen, welche den Leser am leichtesten und bequemsten in die Sache einführt, und darum möge die erste Stelle einnehmen:

1. die Correspondenz zwischen den Begründungs- und Aufhebungsformen der Rechtsverhältnisse.

Während wir sonst bei den späteren römischen Juristen kein

einziges der von mir bisher entwickelten Gesetze der Form ausdrücklich hervorgehoben finden, bildet das gegenwärtige eine Ausnahme davon. Und in der That konnte sich dasselbe ihrer Beobachtung kaum entziehen, indem es, zu ihrer Zeit noch in ungeschmälter Kraft und Geltung stehend, mehr als irgend ein anderes in die Augen sprang. Sie drücken es aus: nichts sei so sehr der Natur der Sache entsprechend, als daß etwas auf dieselbe Weise untergehe, wie es entstanden sei.⁸⁶²⁾ Dasselbe hatte aber nur eine formelle Wahrheit, d. h. nur die Formen und Formeln der Aufhebung des Rechts entsprechen denen seiner Begründung, der Versuch, demselben auch eine materielle Wahrheit zu vindicieren,^{862a)} war von vornherein verfehlt. Anwendungsfälle desselben sind folgende:^{862b)}

Der Widerruf des Legats (ademitio legati) von Seiten des Testators kann nicht mit beliebigen Worten, sondern nur mittelst „verba contraria“ geschehen d. h. durch Wiederholung der Worte der Errichtung mit hinzugefügter Negation, also z. B. beim Vindicationslegat (do, lego) mit non do, non lego, beim Damnationslegat (damnas esto dare) mit damnas ne esto, bei der Freilassung des Sklaven (liber esto) mit liber ne esto.⁸⁶³⁾

862) L. 35 de R. J. (50. 17) L. 153 ibid. f. S. 405. Note 523.

862a) Wie in L. 46 de A. P. 41. 2 (Anwendung auf Besitz) und in L. 35 de R. J. cit., wo der Jurist den Parallelismus zwischen den Entstehungsgründen der Obligationen (re, verbis, consensu) und ihren Tilgungsarten behauptet. Wenn Künze, Krit. Vierteljahrsschr. IX S. 522 „die Herrschaft des alten Satzes vom contrarius actus“ auch darauf erstreckt, so beneide ich ihn nicht um die verzweifelten Anstrengungen, zu denen er sich zu dem Zweck genötigt sieht, z. B. bei den Consensualcontracten sei der Zahlungsakt regelmäßig mit mutuus dissensus verbunden. Der Irrthum ist übrigens ein viel verbreiteter.

862b) Aus dem heutigen Recht läßt sich als Beispiel die Aufhebung der Wechselschuld nennen. Künze, Deutsches Wechselrecht S. 61.

863) Ulp. XXIV, 29. pr. I. de ademt. leg. (2. 21) L. 13 §. ult. de statul. (40. 7). Anders beim Fideicommis: L. 18 de leg. III, L. 27 Cod. de fideic. (6. 42).

Die Aufhebung einer *Nexumsschuld* konnte nur durch einen der Errichtung derselben correspondirenden Alt: *nexi solutio*, *liberatio* erfolgen. Der *Schuldner*, der wirklich gezahlt hatte, aber ohne jene Form, blieb verhaftet, während er umgekehrt ohne Zahlung frei ward, wenn der *Gläubiger* ihn in Form dieser *Scheinzahlung* liberirt hatte.

Die solenne Form des *Erlasses* einer *Stipulationsschuld* und ausschließlich auf letztere beschränkt⁸⁶⁴⁾ war die *Acceptilation*, das directe Gegenstück der *Stipulation*. Hier wie dort ward das Geschäft durch solenne Worte und in *Frageform* abgeschlossen, aber mit einer Umkehrung beider. Bei der *Stipulation* fragte der *Gläubiger* und antwortete der *Schuldner*, hier fragte umgekehrt dieser (*acceptum habes?*) und antwortete jener (*acceptum habeo*). Inwiefern diese auf „*Erhalten haben*“ gestellte Fassung der *Acceptilation* gegensätzlich der *Stipulation* entspricht, kann nur in einem andern Zusammenhange (B. 3 Abth. 2) klar gemacht werden.

Dasselbe galt für den *Literalcontract*. Ein im *Hausbuch* (*codices accepti et expensi*) eingetragener Posten (*nomen*) mußte im *Hausbuch* wieder gelöscht werden. Die Eintragung war auf die Hingabe (*expensum*) gestellt, folglich die Löschung auf das Erhalten (*acceptum*); beim *Schuldner* umgekehrt.

Die Dürftigkeit unserer Nachrichten verhindert uns zu entscheiden, ob dieser Grundsatz nicht noch weitere Anwendung fand, ob z. B. nicht die Auflösung einer *confarreirten Ehe* (*dissarreatio*) der Eingehung derselben, die *exauguratio* der *inauguratio* u. s. w. entsprochen habe.⁸⁶⁵⁾

864) L. 8 §. 3 de acc. (46. 4): *Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est. Acceptilatio enim verborum obligacionem tollit, quia et ipsa verbis fit, neque enim verbis potest tolli, quod non verbis contractum est.*

865) Otto jurispr. symb. p. 485 gibt noch einen historisch beglaubigten Anwendungsfall an, nämlich den, daß wie die Gründung, so auch die Zerstörung der Städte durch den Pflug zu geschehen pflegte, s. Serv. ad

2. Correspondenz zwischen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts.

Ich brauche nicht daran zu erinnern, daß hier überall nur von formellen Begründungsakten die Rede ist, also z. B. nicht von Delictsobligationen, Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung u. s. w.

Fassen wir zunächst die Eigenthumsklage ins Auge, so kehrt das Charakteristische der Form der Mancipation bei ihr in einer Weise wieder, daß die Annahme einer Absicht sich gar nicht abwehren läßt. Jenes Charakteristische lag in dem Ergreifen der Sache und in der Formel: ajo rem meam esse (S. 522). Letztere ist für die Vindication wörtlich dieselbe, und ebenso wiederholt sich bei ihr auch das Ergreifen der Sache (S. 555). Dasselbe gilt für die act. confessoria und negatoria. ^{865a)}

Diese Beobachtung muß zu der Frage führen, ob nicht bei der persönlichen Klage ein ähnliches Verhältniß obgewaltet haben mag. Valerius Probus hat uns als eine den Legisationen angehörige Formel die oben Note 835 mitgetheilte: ajo te mihi dare oportere aufbewahrt, in der man, und gewiß mit Recht, die der persönlichen Klage hat finden wollen. ⁸⁶⁶⁾ Im Formularprozeß lautet die Formel ebenso (si paret) N. N. Ao Ao dare oportere. Als formelle Geschäfte, denen diese Formel correspondiren könnte, kommen nur die Sponsion und der Literalcontract in Betracht. Beide aber schließen den Gedanken an eine Wortallusion

Aen. IV, 212 nam ideo ad exaugurandas et diruendas civitates aratum adhibitum, ut eodem ritu quo condita, subvertatur. Der Grundsatz wird wahrscheinlich wenn nicht seinen Ursprung, so doch eines seiner ältesten Anwendungsgebiete im religiösen Ritus gehabt haben.

865a) L. 20 de S. P. R. (8. 3). Si . . (con) cesseris . . uti frui eo jus esse, deinde ego (con) cessero, jus mihi uti frui non esse.

866) Dass sie aber, wie Einige wollen, der legis actio per conductio- nem sollte angehört haben, ist schon aus dem Grunde höchst unwahrscheinlich, weil diese legis actio zu Probus Zeit lange aufgehört hatte praktisch zu sein. Keller Röm. Civilproc. §. 14 Note 249 überweist sie dem Sacraments- prozeß, und dies scheint mir das Wahrscheinlichere.

aus, denn in dem in der Stipulation wie in der Formel wiederkehrenden bloßen dare Stichum wird man sie nicht erblicken wollen. Das charakteristische „oportere“ fehlt. Die Correspondenz war hier eine, wenn ich so sagen darf, idealere, feinere; sie steckt in dem Gegensatz der Formulirung der Klage in rem und in personam. Das Eigenthum als absolutes Recht trägt sowohl bei der Begründung wie bei der Geltendmachung eine absolute Form an sich, die Obligation bei dieser wie jener Gelegenheit eine relative (S. 470).^{866a)}

3. Correspondenz zwischen der Klage und dem Urtheil.

Die Klage des ältern Processes ist so zu sagen ein dem Richter unterbreiteter Urtheilsentwurf, sie muß daher ganz so lauten, wie das Urtheil lauten soll und kann.^{866b)} Daraus ergibt sich, daß der Kläger abgewiesen wird, wenn in irgend einem Punkt, auch im kleinsten, sein Entwurf nicht so gefaßt ist, wie der Richter nach Prüfung der Sache das Urtheil selber entworfen haben würde — die Wirkung der plus petitio im römi-

866a) Insofern mag man die meines Wissens zuerst von Liebe, Die Stipulation (1840) S. 13 gemachte seine Beobachtung der „äußern Congruenz der eignen Erklärung der Parthei mit dem judicium“ als begründet anerkennen. „Das dari oportere mußte in einer dasselbe gleichsam verkörpernden Form unzweideutig und wie mit den Sinnen wahrnehmbar da stehen, und dieses war der Fall, wenn die conceptio verborum: dari spondes? spondeo vorlag“ (S. 14 daselbst). Eine Correspondenz der Fassung der stipulatio und der intentio der Formel wird auch von Gajus betont, nur daß er das obige Verhältniß umdreht, Gaj. IV, 53: itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

866b) S. auch B. 3. S. 22. Derselbe Grundsatz gilt auch für die Anklageschrift in England und Schottland, sie ist schon als Ausspruch der Jury formulirt d. h. auf Schuldig oder Nichtschuldig gestellt, in jus concipiirt ganz wie die römische intentio certa auf „rem ejus, jus ei esse, centum dare oportere“. Auch in Frankreich nahm man diese Fassung an, ja der art. 237 des code d'instruction criminelle schrieb dieselbe sogar wörtlich vor: l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre etc. S. darüber Glaser, die Fragestellung im Schwergerichtsverfahren, Wien 1863.

schen Proces ist mit jenem Gesichtspunkt nothwendig gegeben. Daraus ergibt sich ferner, daß die Klage in allen Punkten bestimmt lauten (formula certa), daß sie also den Betrag der Schuld angeben muß und diesen Punkt nicht etwa offen lassen und der Ermittlung des Richters anheim stellen darf (formula incerta). Wie das ältere Recht mit dieser knappen Form der Klage ausreichen konnte, ist nicht dieses Orts anzugeben,⁸⁶⁷⁾ ebenso wenig wie die wesentlichen Einschränkungen auszuführen, welche der obige Grundsatz bei den Klagen des neuern Rechts (intentio incerta und formula in factum concepta) erfahren hat.

4. Correspondenz zwischen der Legisactio und den Worten des Gesetzes.

Unter allen Anwendungsfällen unseres Grundsatzes nimmt dieser weitaus die erste Stelle ein. Den einzelnen Legisactionen sind wir früher schon mehrfach begegnet (B. 1 S. 150—164 S. 298—306 und oben S. 390); was uns bisher noch fehlt, ist die allgemeine Theorie derselben, und ich habe keine passendere Stelle sie einzuschalten gefunden als die gegenwärtige Gelegenheit, welche uns gerade auf denjenigen Gesichtspunkt geführt hat, der für die ganze Gestaltung und Handhabung der Legisactionen der maßgebende gewesen ist, ich meine den formellen oder morphologischen: die Correspondenz der legis actio mit den Worten des Gesetzes. Indem wir letzteren nur als Ausgangspunkt der Darstellung benutzen, werden wir im Folgenden die Legisactionen in der ganzen Breite ihrer historischen Geltung und Bedeutung zu schildern und würdigen versuchen.

867) S. darüber B. 3 S. 56 Note 43 (act. furti nicht auf das „dare“ einer bestimmten Summe, sondern auf „pro fure damnum decidere opertore“ gestellt) S. 70 fl. (Präjudicialklagen über den Betrag der Gegenforderung).

Allgemeine Charakteristik der Legisactionen. — Das Gesetz der Correspondenz der Form. — Citirmethode — äußere Ausdehnung der legis actio. — Praktische Würdigung und historische Bedeutung der Legisactionen.

XLVII^c. Ich beginne mit dem Bericht des Gajus.⁸⁶⁹⁾ Die Klagen, deren sich die Alten bedient, sagt er, seien legis actiones⁸⁷⁰⁾ genannt worden, entweder daher, weil damals die Klagen⁸⁷¹⁾ ausschließlich durch die Gesetze, nicht, wie später, auch durch die prätorischen Edicte gewährt worden seien, oder daher — und daß diese Erklärung die allein richtige ist, wird der Verfolg der Darstellung lehren — daß die Klagformeln den Worten der Gesetze nachgebildet gewesen seien.⁸⁷²⁾ Unabänderlich wie die

869) Gaj. IV, 11, 30.

870) Der Ausdruck: *actio*, *agere* hatte ursprünglich weder eine vorwiegend processualische Bedeutung — auch die Geschäftsformulare hießen *actiones* S. 313 oben — noch die des Handelns im Gegensatz zum Sprechen. Varro de ling. lat. (Müller) VI §. 42 . . et cum pronuntiamus, agimus. Itaque ab eo orator *agere causam et augures augurium agere* dicuntur, quum in eo plura dicant, quam faciant, s. auch §. 77, 78 ibid.

871) d. h. die materiellen Klagrechte, nicht die Formeln (wie Kell er Röm. Civilproc. §. 12 Gajus versteht). Daz die alten Gesetze Klagformeln aufgestellt, ist nicht einmal für einen einzigen Fall, geschweige als allgemeine Einrichtung bezeugt, im Gegentheil heißt es: ex his legibus *actiones compositae sunt* L. 2 §. 6 de O. J. (1. 2).

872) Eine dritte Deutung ist die im Widerspruch mit Gajus aufgestellte von Schmidt de orig. leg. act. Frib. 1857 p. 6. Sie ist um nichts besser als die Idee, der zu Liebe sie erfunden (s. u.). Lex soll „Spruch“ bedeuten, *legis actiones* seien „*actiones formulis dicendis peragendae*“ gewesen. Ganz abgesehen davon, daß lex nie diese Bedeutung hat (der alte Ausdruck ist *carmen*), so gibt diese Deutung gerade das Charakteristische und Treffende des Ausdrucks auf, um dafür einen Sinn einzutauschen, in dem derselbe eben so gut auf alle möglichen Formulare und Formeln passen würde. Warum kommt denn der Ausdruck *legis actiones* niemals in Anwendung auf letztere vor? Durch „Spruch“ wurden auch sie vollzogen, und „*actiones*“ schlechthin werden auch sie genannt (s. Note 870).

Gesetze selbst hätten sie zur Anwendung gebracht werden müssen, und daher habe ein Kläger, der wegen abgeschnittener Weinreben geflagt und sich dabei des Wortes *vitibus* statt des in dem XII Tafeln-Gesetz gebrauchten *arboribus* bedient habe, den Prozeß verloren. Eben diese Strenge, bei der das geringste Versehen den Verlust des ganzen Prozesses nach sich gezogen, habe später diese Form des Verfahrens in Miscredite gebracht und zur Einführung einer neuen, des Formularverfahrens geführt.

So weit Gajus. Das formgebende Moment der *legis actio* lag demnach in der Correspondenz der Formel mit den Wörtern des durch sie zur Anwendung gebrachten Gesetzes,⁸⁷³⁾ eine Abweichung davon mußte und konnte daher an einer andern Stelle von ihm mit Recht als eine Singularität bezeichnet werden.^{873a)} Es läge nun sehr nahe, die Richtigkeit seiner Angabe an einem Vergleich der uns erhaltenen Worte der Gesetze und Formeln zu erproben, allein leider hat es sich so gefügt, daß in den meisten Fällen, wo uns die Worte des Gesetzes, nicht die Formeln, und umgekehrt wo letztere, uns jene nicht erhalten sind. Nichts desto weniger hat mir die Vergleichung der XII Tafeln-Fragmente eine Ausbeute gewährt, die wenn auch in quantitativer Beziehung höchst dürftig, sich doch in doppelter Weise für die Theorie der Legisactionen mit Erfolg verwerten läßt. In der einen Richtung kann es erst unten geschehen, in der andern ist hier der Ort dazu.

Es liegt der Gedanke nahe, daß die alten Juristen sich in derselben Weise, wie bei der Construction der Formeln der Legisactionen, so auch bei der der Rechtsgeschäfte der Worte, mit denen

873) Diese Uebereinstimmung erstreckte sich auch auf die Namen der Klage, z. B. *act. de tigno juncto, membro rupto, glande legenda, arborum furtim caesarum*. Der Name der Klage begründet daher einen Schluß auf die im Gesetz gebrauchten Ausdrücke, so z. B. der der *actio aquae pluviae arcenda e*.

873a) Gaj. IV, 24 . . nec me praeterit in forma legis Furiæ testamentariae pro iudicato verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.

das Gesetz letztere erwähnte, hätte bedienen können. Diese Muthmaßung wird jedoch durch jene Vergleichung ausgeschlossen. Die Nachbildung des Gesetzes beschränkte sich ausschließlich auf die Klagen, und diese Antwort ist für die Erkenntniß des wahren Wesens der Legisaktionen höchst fruchtbar. Zu den Geschäften, für die uns noch die betreffenden Worte der XII Tafeln erhalten sind, gehören insbesondere die Mancipation, der Verkauf des Haussohnes, das Testament. Hätten die Juristen es gewollt, wie leicht hätten sie die entscheidenden Worte (*mancipium facere — filium venundare — legare super pecunia tutelave suae rei*) in der Formel anbringen können. Daz es nicht geschehen, kann nicht Zufall sein, sondern es kann nur darin seinen Grund gehabt haben, daß der Gedanke der Correspondenz der Formel mit dem Gesetz in ihren Augen in einer innern und ausschließlichen Beziehung zu den processualischen Handlungen stand.

Worin bestand diese Beziehung?

Wir haben die Antwort schon halb gegeben, wenn wir das eigenthümliche Wesen der Form der Legisaktionen selbst richtig definiren. Dies ist mit einem Wort geschehen: die Legisaktionen beruhen auf dem Gedanken der Citirmethode. Jede Legis Actio citirte das Gesetz, welches sie zur Anwendung zu bringen beabsichtigte, aber nicht in der dürren, abstracten, modernen Form einer bloßen Verweisung auf den Paragraphen oder Artikel des Gesetzbuchs oder auch der breiteren Form einer Anführung der betreffenden Worte, sondern in einer mehr innerlichen, concreteren Weise.⁸⁷⁴⁾ Die Formel selbst war das Citat, sie verwies

874) Dieselbe wiederholt sich bis zu einem gewissen Grade auch im englischen Prozeß, der demnach Legisaktionen im römischen Sinn kennt (über den Geist, in dem sie auch hier gehandhabt werden, s. Note 893). Ich entnehme aus Gundermann a. a. D. S. 31 folgende instructive Stelle von Bracton: *Et sunt quaedam brevia formata super certis casibus de cursu et communis consilio totius regni concessa et approbata, quae quidem nullatenus mutari poterint absque consensu et voluntate eorum . . . Tot erunt formulae brevium quo-*

auf das Gesetz, ohne es zu nennen, sie verwies darauf durch sich selbst, durch ihre Fassung und Substanz, sie war, so zu sagen, die processualische Incarnation des Gesetzes, das Gesetz selbst, welches concrete Gestalt und Leben angenommen hatte und gegen den Uebertreter ins Feld rückte (gewissermaßen eine *actio legis* im subjectivgenitivischen Sinne).

Rehren wir jetzt zu der obigen Frage zurück: warum citirte man das Gesetz nur bei der Klage, nicht auch beim Rechtsgeschäft? so kann die Antwort darauf nicht schwer fallen. Allerdings bildet das Gesetz für beide die gleichmäßige Grundlage, allein die Veranlassung, diese Grundlage in Bezug zu nehmen, war bei beiden nicht dieselbe. Welchen Sinn hätte es bei der Bestimmung eines Contracts oder Testaments gehabt auf den Paragraphen des Gesetzes zu verweisen? Wenn dieselbe nicht Gegenstand eines Rechtsstreites ward, gar keinen, im entgegengesetzten Fall war es immer noch früh genug es jetzt zu thun. Im Proces, wo es sich um die endgültige Feststellung des Rechtsverhältnisses, die schließliche Auseinandersetzung mit dem Gesetz handelt, ist auch heutzutage sowohl

sunt genera actionum et non potest quis sine brevi agere, cum non teneatur alius sine brevi respondere. Nach de Colme Verfassung von England (Uebers. Altona 1819 S. 122) würde sogar früherhin in England ein ähnliches Depot für die Klagformeln bestanden haben, wie einst in Rom bei dem Pontificalecollegium: „Diese kostbaren Writs endlich, die Briefs [Auszüge, brevia], wie sie auch vorzugsweise genannt werden, die in Form und Richtung genau bestimmten Klagen, das Elixir und die Quintessenz des Rechts sind der besondern Sorge eigends dazu angestellter Beamten übergeben worden, deren Aemter von den besondern Gefäßen den Namen erhalten, die sie zur Aufbewahrung des ihnen anvertrauten Pfandes gebrauchen. Das eine heißt nämlich das Hanaper = (Janaperium Korb), das andere das Schmal (Petty) = Bag Amt (parva baga = kleiner Sack, Beutel). Hier werden die Writs aufbewahrt, welche des Königs, dort die, welche der Unterthanen Interessen betreffen.“ Heutzutage geändert: Gneist Das heut. engl. Verf.- und Verwaltungsrecht B. 1 S. 522, der auch im Uebrigen etwas abweicht. Auch im französischen Strafproces muss die Frage mit den Worten des Gesetzes gefaßt werden. Glaser in der Note 999 citirten Schrift S. 36, 38.

in den Parteischriften als in den richterlichen Erlassen die Bezugnahme auf das Gesetz häufig gar nicht zu umgehen, kurz für den Prozeß ist sie ebenso sachgemäß wie für das Rechtsgeschäft zwecklos.

Manche Rechte haben nun diese Sitte geradezu zum Gesetz erhoben; so das altrömische Recht rücksichtlich der Klage, und manche neuere Strafprozeßordnungen rücksichtlich der Anklageakte und des Urtheils. Das Citat ist damit zu einem formellen Requisit des betreffenden processualischen Akts erklärt. Scheinbar eine äußerliche Bestimmung von geringem Belang, ist dieselbe, wie ich unten nachzuweisen hoffe, in Wirklichkeit eine Maßregel von äußerster Tragweite.

Der Zweck derselben ist offenbar der, den Richter streng an die Richtschnur des Gesetzes zu binden. Dies liegt zwar schon an sich in dem Begriff des Gesetzes, allein es lässt sich nicht läugnen, daß jene Maßregel die Erreichung dieses Zwecks im hohen Maße fördert, daß sie den Richter, wie einerseits zur Klarheit, so andererseits bis zu einem gewissen Grade mechanisch zur Unparteilichkeit zwingt. Wie aber, wenn das Gesetz Lücken darbietet? Die Consequenz der Einrichtung bringt es mit sich, daß der Richter dann seine Hülfe versagen muß, und wir werden unten sehen, daß das ältere römische Recht (ähnlich wie das altenglische, Note 874) den Muth gehabt hat, sich diese Consequenz gefallen zu lassen.

Im altrömischen Prozeß stützte sich zwar die Einrichtung schwerlich auf eine gesetzliche Vorschrift, sondern sie war eine Thatssache des Gewohnheitsrechts. Dies schließt jedoch die Annahme nicht aus, daß sie auch hier bestimmt war, den obigen Zweck zu erreichen. War es doch gerade die Tendenz des Legalismus, die nach Darstellung der Römer die Zeit, in welche die Entstehung der Legisationen fällt, erfüllte und die XII Tafeln ins Leben gerufen hatte.⁸⁷⁵⁾ Die Jurisprudenz, indem sie mittelst der

875) L. 2 §. 4 de O. J. (1. 2) verglichen mit §. 3 ibid.: *incerto magis jure et consuetudine, quam per legem latam — postea ne diutius hoc fieret . . . et civitas fundaretur legibus.*

legis actio die Berufung auf das Gesetz zum formellen Requisit der Klage erhob, gehorchte damit nur dem Drange der Zeit, vervollständigte und befestigte, was die XII Tafeln begonnen. ⁸⁷⁶⁾

Haben wir hierin das Richtige getroffen, so ergibt sich daraus von selbst, daß dies Requisit sich auf alle und jede Klagen erstreckte, sich also nicht bloß auf die von Gaius genannten fünf Grundformen des alten Verfahrens (modi, quibus lege agebatur) beschränkte, m. a. W. daß die rechtliche Verfolgbarkeit eines Anspruches die Anerkennung desselben im Gesetz zu seiner Voraussetzung hatte. Wenn also Gaius von der legis actio sacramento bemerkt,⁸⁷⁷⁾ sie sei eine generelle Klage gewesen, deren man sich überall habe bedienen können, wo nicht das Gegentheil bestimmt sei, so ist diese ihre allgemeine Anwendbarkeit nur auf die Form des Verfahrens zu beziehen. Eine bloße proceſſualische Einkleidungsform, setzt sie wie die übrigen vier Formen in jedem einzelnen Fall einen vom Gesetz anerkannten materialien Anspruch, also eine specielle Legisactio, wie ich sie nennen will, voraus. Als Beispiel diene der oben (S. 613) erwähnte Fall der actio de arboribus succisis. Das ganze System der Legisactionen löste sich demgemäß von jenen fünf Grundformen abgesehen in eine Anzahl einzelner Klagen auf, die, so zu sagen, dem Richter zum Vertrieb übergeben waren. Darüber hinaus hörte seine Macht auf, — er führte nicht den Artikel: Rechtsschutz im allgemeinen, sondern nur ein bestimmtes Sortiment einzelner Species. Wer eine andere Klage hätte anstellen oder begehren wollen, den würde er ebenso haben abweisen müssen, wie ein Kaufmann, bei dem ein Artikel begehrt wird, den er nicht führt. Nulla actio sine lege!

Eine nothwendige Folge davon ist, daß die Zahl der Legis Actionen keine unbeträchtliche gewesen sein kann, und dieser Schluß

876) L. 2 §. 6 ibid. quas actiones, ne populus prout vellet insti-
tueret, certas solennesque esse voluerunt.

877) Gaj. IV, 13.

und damit die Richtigkeit des so eben Behaupteten wird durch alle Nachrichten in übereinstimmender Weise bestätigt. Wie wären Sammlungen, wie die oben S. 581 genannten möglich gewesen, wenn die Formeln sich auf die fünf Legis Actionen des Gaius beschränkt hätten? Wie vertrüge sich damit die Nachricht (S. 376), daß das Depot derselben beim Pontificalcollegium, und eben dadurch das Volk von letzterem in Abhängigkeit gewesen? oder, was Cicero berichtet:⁸⁷⁸⁾ daß diese Formeln interessante Einblicke in Leben und Weise der Vorzeit gewährten? oder die von Gaius dem alten Verfahren zur Last gelegte hohe Gefährlichkeit? Die wenigen Formeln der fünf Legis Actionen des Gaius schlossen in dem Maße weder die Möglichkeit des einen noch des anderen in sich.

Die Zahl der Legis Actionen war eine eben so große als die der Gesetze oder der einzelnen selbständigen Artikel des Gesetzes, welche einen Rechtsanspruch gewährten.⁸⁷⁹⁾ Jedem Satz der XII Tafeln, der sich dazu eignete, entsprach eine eigene legis actio, und zur vollständigen Bearbeitung des Gesetzes gehörte neben der Interpretation auch die Angabe der Klägformeln, wie denn z. B. die älteste juristische Schrift, von der wir Kunde haben, der Zwölftafeln-Kommentar des Aelius, in dieser Weise angelegt war.⁸⁸⁰⁾

Es war im bisherigen ausschließlich von der Erhebung der Klage die Rede. Daß auch das fernere Verfahren, das sich an

878) Cic. de orat. I, 43.

879) L. 2 §. 6 de O. J. (1. 2) ex his legibus . . actiones compositae sunt.

880) Die Tripartita des Aelius (L. 2 §. 38 de O. J.); man hat aus ihr seltsamer Weise ein Werk in drei Büchern gemacht, in deren erstem der Verf. die ganzen XII Tafeln abgeschrieben hätte! Tripartitum heißt aber hier nicht dreiehlig, sondern dreischichtig, drei Bestandtheile umfassend wie in §. 4 I. de jure nat. (1. 1) d. h. jedem einzelnen Artikel des Gesetzes ward die interpretatio und legis actio angeschlossen. Die drei Bestandtheile sind in L. 2 §. 6 ibid. (tria haec jura) genannt. — Das Richtige hat Rüdorff Röm. Rechtsgeschichte B. 1 S. 158.

die Klagerhebung anschloß, neben dem Raum, den es nothwendigerweise der freien Verhandlung gewähren mußte (S. 567), verschiedentlich zum Gebrauch von Formeln führte, z. B. bei der Bestellung des Richters, des Binder, Vas, beim Richterspruch (Note 821) u. s. w. wird schwerlich bezweifelt werden. Dagegen öffnete sich für die *legis actio* noch ein anderes Gebiet außerhalb des Prozesses. Ich meine nicht sowohl die freiwillige Gerichtsbarkeit (in *jure cessio*), denn bei ihr handelte es sich nur um eine andere Anwendung processualischer Formeln, sondern die sogenannten, außergerichtlichen Handlungen, welche das gerichtliche Verfahren theils ergänzten, vorbereiteten und begleiteten, theils völlig ersetzten.

Ueber das wahre Verhältniß derselben hat das Missverständniß der in der Note mitgetheilten Stelle von Gajus⁸⁸¹⁾ manche Rechtshistoriker getäuscht. Aus dieser Stelle geht zunächst soviel hervor, daß die Bornahme vor Gericht nicht zum Begriff der *legis actio* gehörte. Zwar gab es unter den römischen Juristen eine Minderzahl, welche (vielleicht verleitet durch die Bedeutung des Ausdrucks *actio* im späteren Prozeß) dieses Moment für wesentlich und demgemäß die *pignoris capio* für keine *legis actio* erklärte, allein die entgegengesetzte Meinung war die herrschende. Im Geist dieser letzteren würde die Definition einer *legis actio* lauten: eine vom Gesetz anerkannte (1) und mit den Worten desselben vollzogene (2) Handlung zum Zweck der Rechtsverfolgung (3). Unter diesen Begriff aber fallen außer der *pign. capio*, wie unten gezeigt werden soll, noch manche andere Handlungen.

881) Gaj. IV, 29. *Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur et ob id plerisque placebat, hanc quoque actionem legis actionem esse, quibusdam autem non placebat, primum quod pignoris captio extra jus peragebatur i. e. non apud Praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud Praetorem praesente adversario, praeterea nefasto quoque die i. e. quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.*

Wenn nun Gajus die pign. capio zu den „übrigen Legis Actionen“ (d. h. den vier vorher von ihm behandelten) dadurch in Gegensatz stellt, daß man sich der letzteren nur vor Gericht bedienen könne, der ersten außer Gericht, so hat man diese Ausehrung in der Weise missverstanden, als ob bei jenen alle Handlungen im Legisactionenprozeß vor Gericht gespielt hätten. Davon hätte schon der Hinblick auf zwei Akte abhalten sollen, die durch ihren bloßen Namen dem angeblichen Erforderniß der Annahme in iure widersprechen, die in *jus vocatio* und das *ex iure manum consertum vocare* (S. 556).

In der That ist aber der Gegensatz, den Gajus hier aufstellt, ein ganz anderer. Er bezieht sich auf das Verfahren. Das Verfahren ist bei der pign. cap. ein außergerichtliches, das Gericht wird [insofern nicht der Gepfändete Widerspruch erhebt und dadurch hinterher die Einleitung des Prozesses nöthig wird,^{881a)}] völlig umgangen. Bei den andern dagegen läßt sich die Sache nur vor Gericht erledigen; das Verfahren selbst also ließ sich nur als ein gerichtliches bezeichnen. Darin liegt aber durchaus nicht, daß alle und jede Akte vor Gericht vorgenommen werden müßten. Auch der französische Prozeß erfordert außergerichtliche Verhandlungen, aber wer würde darum Anstand nehmen, ihn ein gerichtliches Verfahren zu nennen? Nur dann würde die jenseitige Annahme gerechtfertigt sein, wenn Gajus unter den „ceterae actiones“ nicht, wie der Zusammenhang es ergibt, die vier Arten des Verfahrens („modi“), sondern sämtliche einzelne Handlungen, die bei Gelegenheit derselben vorkamen, verstanden hätte. Selbst in diesem Fall aber bliebe immerhin noch der Ausweg, daß zwar außergerichtliche Handlungen bei ihnen möglich gewesen, allein nur nicht *legis actiones* genannt worden seien.

881a) Zur Rechtfertigung dieser Beschränkung verweise ich auf meine in der zweiten Aufl. des ersten Bandes neu hinzugekommenen Ausführungen über die pign. capio, s. S. 158 fl. daselbst.

Sezen wir die Frage, ob sie so genannt worden seien, zunächst aus. Constatiren wir vorläufig, einmal: daß sie in der That vorkamen und zweitens: daß sie die oben angegebenen wesentlichen Kriterien des Begriffs der legis actio theilten, d. h. daß der Grundsatz der Correspondenz zwischen der Formel und dem Gesetz auch bei ihnen Anwendung fand.

Wir können im ganzen drei Classen der außergerichtlichen rechtsverfolgenden Handlungen unterscheiden; sie griffen Platz: anstatt des Processe (die pignoris capio) beim Beginn und im Lauf des Processe.

Zu den außergerichtlichen Akten bei Beginn des Processe zähle ich 1) die in *jus vocatio*, 2) die im Fall ihrer Erfolglosigkeit eintretende *manus injectio*, und 3) die *condictio* bei der legis actio per condictionem.

Daß der erstere Akt ein außergerichtlicher war, ist bekannt; daß er mit den Worten des Gesetzes erfolgte, ergibt sich aus der Vergleichung seiner Formel mit den Worten der XII Tafeln. Erstere lautete: *in jus te voco*,⁸⁸²⁾ letztere *si in jus vocat.*⁸⁸³⁾ Das Gesetz fährt fort: *ni it, antestator*, und der letztere Ausdruck wiederholt sich in der an den Zeugen gerichteten Frage: *licet antestari?*

Wenn der Gegner sich weigert zu folgen, so verhängt das Gesetz die *manus injectio*: *Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito*; die letzten Worte fehren in der For-

882) Für die in *jus vocatio* kommen bei den Dichtern noch verschiedene Formeln vor: z. B. *ambula in jus, eamus in jus* u. a. s. bei Briss. V, 1. Seltamer Weise hält dieser Schriftsteller diese Formeln für die ächten, dagegen die obige bei Plautus Poen. V, 4, 62; 6, 6 für eine Erfindung des Plautus.

883) Die Zeugnisse für dieses und die folgenden Beispiele bei Dirksen Uebersicht u. s. w. der Zwölftafel-Fragmente. Tafel I. Wenn von Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprozeß I S. 105 den Beweis für die obige Behauptung vermisst, so fehlt es mir allerdings dafür an einem Beweise, daß die in *jus vocatio* „legis actio“ genannt sei, daß dagegen auch sie in der bei Plautus Poen. V, 4, 62; 6, 6 übersetzten Form den Worten der XII Tafeln entsprach, lehrt der Augenschein.

mel dieses Akts wieder: *manum endo jacio* (injicio).⁸⁸⁴⁾ Dieser letztere Akt kam außerdem noch in verschiedenen Anwendungen vor (B. 1 §. 142 fl.), insbesondere zum Zweck der Execution,⁸⁸⁵⁾ und der Umstand, daß das Gesetz ihn bei der letzteren Gelegenheit noch besonders erwähnt und zwar als „*manus injectio*“, der das Erscheinen vor Gericht zu folgen habe, ist für die Frage, die uns hier beschäftigt, ungemein wichtig. Ein neuerer Schriftsteller⁸⁸⁶⁾ nämlich ist in dem Bestreben, die vermeintliche Autorität des Gajus in der oben angegebenen mißverständlichen Weise aufrecht zu erhalten, so weit gegangen, daß er sich nicht gescheut hat, darauf hin der *manus injectio* den Charakter einer außergerichtlichen Handlung abzusprechen und namentlich mich wegen der B. 1 §. 153 aufgestellten entgegengesetzten Behauptung hart anzulassen. Ihm zufolge⁸⁸⁷⁾ soll die *manus injectio* schlechterdings nur vor Gericht vorgenommen werden können. Allein wie, wenn der Schuldige nicht folgen will? Hier bleibt nichts anderes übrig als Gewalt zu gebrauchen, und das Gesetz setzt ihm kein Hindernis in den Weg, im Gegentheil verstattet es ausdrücklich das „*manum injicere*“. Allein dieser Akt, lautet der Einwand, ist keine „wahre“, keine „eigentliche“ *legis actio*, denn diese muß einmal nach Gajus vor Gericht vollzogen werden. Aber in dem (Note 885 citirten) Satz der XII Tafeln wird doch die „*manus injectio*“ vor dem „*in jus ducito*“ erwähnt, sie muß also im Sinn des Gesetzes eine „*manus injectio*“ sein, und ich meine, wenn über eine Frage aus den XII Tafeln

884) So bei Gaj. IV, 24. *Manus* statt *manum* *injicio* in §. 21 da-selbst ist daher unrichtig. Es ist immer nur die eine Hand, die rechte, welche die rechtlichen Handlungen vollzieht. Hefster und jetzt auch Huschke und Böcking haben daher jetzt mit Recht *manum* gesetzt.

885) Tafel III: *post deinde manus injectio esto; in jus ducito, ni judicatum facit aut quips endo em jure vindicit, secum ducito.*

886) Schmidt von Ilmenau in der Note 872 citirten Schrift.

887) Die folgenden Ausführungen von ihm, auf die ich von ihm (p. 2) einfach verwiesen werde, um mir dort Raths zu erhalten, finden sich in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. XIV §. 21 u. fl.

zwischen letzteren und Gajus wirklich ein Widerspruch obwaltete, so müßten sie doch wohl vorgehen. Für diese durch den Zauberspruch: „uneigentlich“ beseitigte manus injectio der Decemviren taucht dagegen die „eigentliche“ unseres Autors an einer Stelle wieder auf, an der sie schwerlich jemand suchen würde. „Sie liegt, sagt er, in dem folgenden (den Worten von in jus ducito . . . secum ducito), ohne daß sie mit diesem Namen ausdrücklich hier bezeichnet wird.“ Also: eine legis actio d. h. nach Gajus eine „actio ipsarum legum verbis accommodata“ ohne verba legis, ja ohne die leiseste Andeutung derselben im Gesetz, und umgekehrt verba legis, ja die Bezeichnung des Akts als manus injectio, aber keine legis actio! Wir werden wohl thun, dem Verfasser seine „eigentliche“ legis actio zum ausschließlichen Privatgebrauch zu überlassen und uns an die „uneigentliche“ der Decemviren und unserer sonstigen Referenten⁸⁸⁸⁾ zu halten, die freilich die Sache ebensowenig verstanden haben mögen wie ich.

Die bisherige Untersuchung hat uns den Weg gebahnt, um eine höchst glückliche Idee Kellera⁸⁸⁹⁾ gegen die Anfechtung desselben Schriftstellers in Schuß zu nehmen. Kellar hat nämlich die Ansicht aufgestellt, daß bei der legis actio per condictionem die Ankündigung (condictio) des Klägers an den Beklagten sich nach dreißig Tagen vor Gericht zur Annahme eines Richters einzufinden, ein außergerichtlicher Akt gewesen sei. Im Sacramentsprozeß kam es seit der lex Pinaria nicht schon im ersten Termin zur Bestellung des Judicium, derselbe schloß vielmehr mit der Aufforderung sich nach dreißig Tagen zu dem letzten Zweck wieder

888) wie z. B. Liv. III, 44, dessen Zeugniß der Verfasser ebenfalls mit der Formel „uneigentlich“ schlägt. Die Stelle von Servius ad Virg. X, 419: manus injectio dicitur, quotiens nulla judicis auctoritate expectata rem nobis debitam vindicamus würde der Verf., wenn er sie gekannt hätte, also wohl in ähnlicher Weise beseitigt haben.

889) Keller Der römische Civilproc. §. 18. Schmidt p. 2 der citirten Schrift. Gegen die Kellersche Ansicht hat sich jetzt auch Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 152 und Demelius, Krit. Zeitsch. VIII S. 508 ff. ausgesprochen.

einzufinden. Die Einführung der genannten Legisactio überhob nun die Partheien dieses ersten Erscheinens vor Gericht, indem sie eine außergerichtliche Denunciation an dessen Stelle setzte,⁸⁹⁰⁾ und man braucht sich bloß den Fall zu denken, daß die Partheien einige Tagereisen weit von Rom entfernt wohnten, um sich von dem praktischen Werth dieser Neuerung zu überzeugen. Nach Schmidt hätten dieselben eine Reise nach Rom unternehmen müssen bloß zu dem Zweck, damit der Kläger jene Denunciation als „eigentliche“ legis actio d. h. vor Gericht beschaffe, um nach Aussprechen der wenigen Worte den Rückmarsch anzutreten und sodann nach Ablauf der dreißig Tage sich zur wirklichen Verhandlung der Sache von neuem einzufinden! Nach Keller konnten sie ruhig zu Hause bleiben und sich mit einer außergerichtlichen *condictio* begnügen.

Durfte Gajus das Verfahren, das in dieser Weise eingeleitet ward, als ein gerichtliches bezeichnen? Ich meine, mit demselben Recht wie die legis actio *sacramento* und *per manus injectionem*. Auch sie begannen mit einem außergerichtlichen Akt, jene mit der *in jus vocatio*, diese mit der außergerichtlichen *manus injectio*.

Dß selbst der Lauf des Proesses außergerichtliche Handlungen nicht ausschloß, dafür liefert das *manum conserere* in seiner späteren Gestalt (S. 556) den Beweis. Auch hier wiederholt sich die Correspondenz zwischen den Worten des Gesetzes und denen der Formel. Jene lauteten: *si qui in jure manum conserunt*, diese mit Beibehaltung derselben Reihenfolge der Worte: *in jure manum*⁸⁹¹⁾ *consertum te voco*. Als der

890) Also eine ähnliche Erleichterung wie sie später bei dem Holen der *Vindicien* eintrat. Der Einwand von Schmidt, daß Gaj. IV, 18 bei „*ut adesset*“ nicht „*in jure*“ hinzufüge, erledigt sich durch die Bemerkung, erstens daß Gajus hier nicht die Formel der *condictio* mittheilt, und zweitens, daß ein vernünftiger Mensch sich „*a d i u d i c e m c a p i e n d u m*“ schwerlich irgendwo anders einfinden konnte als vor dem Prätor.

891) *Manu consertum* bei Cic. *pro Mur.* c. 12 ist als Verstoß gegen das Prinzip der legis actio falsch.

Als ein außergerichtlicher ward, veränderte man das in jure in ex jure (Note 783).

Ob nun diese außergerichtlichen Handlungen legis actiones genannt sind, daran, gestehe ich gern, liegt mir nichts. Der Sache nach waren sie es d. h. auch sie waren rechtsverfolgende Handlungen und gehorchten dem Gesetz der Correspondenz, und für zwei: die pign. capio und manus injectio steht auch der Name außer Zweifel. Da letzterer sich, wie oben nachgewiesen, nicht auf die fünf Grundformen beschränkte, sondern auch für die einzelnen speziellen Klagen gebraucht ward, so glaube ich allerdings, daß er eben so gut auf die einzelnen soleunnen Akte des alten Verfahrens angewandt worden ist, möchten sie vor oder außer Gericht vorgenommen werden.⁸⁹²⁾

Die bisherige Darstellung hat uns das Legisactionensystem als ein durch die strenge Durchführung des Grundsatzes: ohne Gesetz keine Klage ungemein beschränktes System der Rechtshülfe kennengelernt, und es kann uns nicht Wunder nehmen, daß der Geist der späteren Zeit, die Entwicklung des Verkehrs und die Verfeinerung des Rechtsgefühls sich gegen die Beibehaltung einer Einrichtung sträubte, welche das wirkliche Recht in manchen Fällen völlig schutzlos ließ und den Magistrat zur Rolle eines willen- und machtlosen Stückes der Prozeßmaschinerie verdamnte. Nicht aber dieser, gerade dem Legisactionenproceß von allen Theilen des Formalismus allein eigenthümliche Mangel seiner starren Annäherung an das Gesetz, seiner Unzugänglichkeit gegen alle andern Einflüsse soll es gewesen sein, was nach Gajus seinen Un-

892) Varro de L. L. VI, 30 necesse enim aliquo eorum uti verbo (do, dico, addico), cum lege quid peragitur dürfte schwerlich ins Gewicht fallen; s. dagegen Gaj. IV, 29; eher für die obige Ansicht, daß Valerius Probus de notis §. 4 unter der Überschrift: „in legis actionibus haec“ Sigeln für einzelne processualische Handlungen z. B. das ex jure manus conseratum vocare anführt.

tergang bewirkt hat, sondern eine Eigenschaft, die er mit allen übrigen Manifestationen des Formalismus theilte, und die sich nicht bloß bei letzteren noch Jahrhunderte lang erhielt, sondern auch in der ihn ablösenden Form des Proesses mit unverminderter Kraft wieder zur Geltung gelangte, nämlich die strenge Handhabung der Form.^{892a)} Die Glaubwürdigkeit dieses Berichts ist meines Wissens bisher nicht angefochten, ich meinerseits aber kann meine Bedenken dagegen nicht unterdrücken; es will mir scheinen, als ob das Urtheil des Gajus weniger vom Standpunkt der alten als der späteren Zeit aus gefällt worden sei.

Es ist in dem Begriff der Form mit Nothwendigkeit gelegen, daß die geringste Abweichung von der Form einen Formfehler und damit Nichtigkeit begründet (S. 458). Das gilt heutzutage nicht minder als im alten Rom, und was dort z. B. die Vertauschung des Wortes: *arboribus* mit *vitibus*, würde heutzutage bei Ausstellung eines Wechsels die des Wortes: „Wechsel“ oder bei Ableistung eines Eides die der Worte: „ich gelobe und schwöre“, mit andern Ausdrücken bewirken. Was Gajus der *legis actio* zur Last legt: „*ut qui vel minimum errasset litem perderet*“ paßt mutatis mutandis auf jedes formelle Geschäft — der Formalismus kennt keinen Unterschied zwischen sehr geringen, geringen und groben Versehen. Gehen wir aber davon aus, daß die *legis actio* ihrer Bestimmung nach in einem eigenthümlichen rechtlich nothwendigen *Citiren* der Gesetzesworte bestand, so werden wir auch das Verlangen der diplomatischen Genauigkeit des *Citats* (d. h. also die wörtliche Wiedergabe der Formel) durchaus nicht für eine übertriebene Strenge halten können. Wir machen heutzutage an Jemanden, der uns einen Satz aus einem Gesetz citirt, ganz dieselbe Ansforderung!⁸⁹³⁾

892a) Gaj. IV, 30. *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut qui vel minimum errasset, litem perderet.*

893) Für diejenigen, die geneigt sein möchten, diese Strenge für etwas

Und daß das Versehen den Verlust des Prozesses zur Folge hatte, wird uns ebenfalls nicht frappieren können. Bei einem Rechtsgeschäft öffnet sich im Fall eines Versehens der Ausweg einer abermaligen fehlerfreien Vornahme desselben, und bei den bloß vorbereitenden außergerichtlichen Legisationen z. B. der *in jus vocatio* mag derselbe vielleicht auch in Rom offen gestanden haben. Daß er bei dem Akt, welcher dem ganzen Verfahren seine Grundlage gab: der materiellen *legis actio* des Klägers ausgeschlossen war, wird uns nicht Wunder nehmen dürfen, die Natur des Prozesses bringt dies mit sich. Eine Partei, die im heutigen Prozeß ein in verkehrter Weise abgefasstes Beweisinterlokut hat

specifisch römisches zu halten, will ich ein Beispiel aus dem englischen Recht anführen, das dem von Gajus IV, 11 ebenbürtig zur Seite steht, wenn nicht gar dasselbe noch übertrifft. Eine Parlamentsakte verbietet das Schenken geistiger Getränke am „Lordsday“ (Sonntag). Ein Contraventient ward noch vor einigen Jahren bloß aus dem Grunde frei gesprochen, weil das *Denunciations-* oder *Anflagelibell* ihn beschuldigt hatte, am „Sunday“ (ebenfalls Sonntag) geschenkt zu haben — die Klage stimmte nicht mit der *lex*! Nach einer alten Parlamentsakte sollen sogar orthographische Fehler Nichtigkeit des Urtheils zur Folge gehabt haben. Noch ungleich drastischere Probestücke dieser „nimia subtilitas“ liefert der altgermanische und altfranzösische Prozeß, wofür ich auf die oben Note 464 citirten Schriften von Siegel und Brunner Bezug nehme, s. z. B. in der erstenen Schrift S. 12: „Ein Stottern und Stammeln, wobei Sylben verschluckt wurden und dann wieder in polternder Rede Worte sich überstürzten, ein Zittern und Beben der Stimme oder gedämpfter hohler Klang derselben. ja sogar eine Unterbrechung durch Räuspern und Husten, kurz was nur Einer dem Andern ablauschte, machte die Erklärung nichtig.“ S. 27 (eine unwillkürliche Bewegung, ein unbekannter Tritt oder bloßer Schritt benahm die Möglichkeit, das Urtheil zu schelten). S. 30 (wer beim Eide die Hand höher als üblich hielt oder den Daumen nicht fest in die Hand schloß, hatte verloren). S. 44 (verfehltes Aussprechen des Diphthonges *eu* als *ay*), s. insbesondere das Urtheil des Berf. über diese Formlichkeiten: „Es war, als ob sie eigens ausgedacht worden wären, um den Mann, der vor Gericht handelte, sicher zu Fall zu bringen, so spitzfindig und ränkevoll war ihre Anlage, so schwierig ihre Ausführung.“ Die zweitgenannte Schrift steht an lehrreichen Beispielen hinter der erstgenannten nicht zurück, und nur der Raum hält mich ab, auch aus ihr Proben beizufügen.

rechtskräftig werden lassen, kann eben so gut wie im alten Rom wegen eines einzigen Wörtchens den Prozeß verlieren — die gefährliche Kraft des Wortes ist geblieben, sie hat sich nur auf einen andern processualischen Akt geworfen (s. u.).

Die „nimia subtilitas“ der alten Juristen, die nach Gajus das alte Verfahren verhaft gemacht und gestürzt haben soll, kann dies also in der That nicht bewirkt haben. Um zu geschweigen, daß dieselbe sich im materiellen Recht nach wie vor in ungeschwächter Kraft behauptete und zwar in einzelnen Theilen z. B. im Testament in einer Zuspitzung, die hinter dem alten Prozeß um nichts zurückblieb, so tauchte dieselbe ja auch im Prozeß sofort in anderer Form wieder auf. Das formalistische Element des Formularprocesses steht hinter dem des ältern Verfahrens in keiner Weise zurück, weder in extensiver, noch intensiver Hinsicht. Hier wie dort Formeln für jede Klage, hier wie dort als unausbleibliche Folge des kleinsten Formfehlers der Verlust des ganzen Prozesses. Und sodann: wenn einmal ein solcher Umschwung in der Volksansicht eingetreten, wie Gajus ihn supponirt, warum ließ man das bisherige Verfahren beim Centumviralgerichtshof in alter Weise bestehen?

Was ich zugebe, ist: das alte Verfahren war gefährlicher als das neue, und der Übergang von dem einen zum andern bezweckte und bezeichnete eine Verminderung der Gefährlichkeit. Aber die Erleichterung lag nicht darin, woren man sie nach dem Bericht des Gajus zu setzen geneigt sein könnte: in einer Abschwächung der Strenge des Formalismus, sondern in einer andern Gestaltung desselben. An die Stelle des Sprechens trat das Schreiben, an die der Partei der Prätor — zwei Veränderungen, auf deren vortheilhaften Einfluß bereits S. 467 hingewiesen ist. Dazu gesellte sich als drittes Moment noch folgendes hinzu. Der gefährlichste Akt des ganzen Prozesses: die unabänderliche Formulirung des Anspruches ward von dem Anfang des Prozesses auf einen späteren Zeitpunkt verlegt. Während der alte Prozeß mit der Formel begann, ward sie im Formular-

proceß erst concipirt, nachdem durch erschöpfende Verhandlung der Streitpunkt ins rechte Licht getreten, und dadurch die Gefahr eines Mißgriffs in der Formel ferner gerückt war. Diese Veränderung setzt das Maß des Gefährlichen ungefähr auf denselben Punkt herab, den es in dem Beweisinterlocut unseres heutigen Processe einnimmt.

Ward nun der Untergang des alten Processe lediglich durch die angegebene Rücksicht herbeigeführt? Der alte Proceß litt außer an dem so eben auf sein richtiges Maß zurückgeföhrten Vorwurf der Gefährlichkeit noch an einem andern Gebrechen, das wenn auch von den Römern selbst mit keiner Silbe erwähnt doch von der Geschichte in unzweifelhafter Weise documentirt ist.^{895a)}

Es steht unter allen Kundigen fest, daß mit dem Formularproceß eine neue Era für das römische Recht beginnt — ich meine nicht etwa bloß den Proceß, sondern auch das materielle Recht. Erst von diesem Zeitpunkt an fängt jene Rechtsquelle an zu fließen, die für das ganze Recht eine Quelle neuen Lebens werden sollte — das prätorische Edict.⁸⁹⁶⁾ Es ist nicht Zufall, daß dies erst jetzt geschah; das Legisactionen-System und das Edict waren unverträglich mit einander. Im alten Proceß waren dem Prätor die Hände gebunden, er war nichts als ein Stück der Maschine⁸⁹⁷⁾ — er in ihrer Gewalt, sie nicht in der seinigen; erst das

895a) Hartmann, *Ordo Judiciorum* B. 1 S. 20—22 hebt außer dem folgenden Gesichtspunkt noch einen wichtigen Vortheil hervor, der sich an die Einführung des Formularprocesse knüpft. Letzterer, bei dem die maßgebende Thätigkeit des Prätors nicht sowohl im Sprechen (der solennen Worte: *do dico addico*), als im Schreiben (der Formelworte) bestand, war eben darum nicht an die für das „*sari*“ bestimmte religiöse Ordnung der *dies fasti* und *nefasti* geknüpft, „die Rechtspflege befreite sich damit von dem Hemmschuh, der ihr durch das letztere System angelegt war.“

896) Gaj. IV, 11: *quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur.*

897) Cic. pro Mur. c. 12: *Praetor interea, ne pulchrum se a beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei qu oque carmen compositum est.*

Formularverfahren gewährte ihm jene Freiheit der Bewegung, die eine wesentliche Bedingung seiner rechtsbildnerischen Thätigkeit war. Nicht viel anders verhält es sich mit der Jurisprudenz und dem Gewohnheitsrecht; auch sie waren durch den alten Proceß in enge Gränzen gewiesen. Diesen beengenden und lähmenden Einfluß des alten Systems nachzuweisen, ist Gegenstand der folgenden Darstellung.

Worauf beruht er? Nicht bloß auf dem rein processualischen Element des alten Verfahrens. Wäre das Prinzip der Legisactio ein rein processualisches gewesen, hätte die Gebundenheit und Unfreiheit sich lediglich auf den Gang und die Formen des Verfahrens beschränkt, das materielle Recht würde dadurch in seiner Entwicklung nicht in solchem Maße beeinträchtigt worden sein. Die durch den Formularproceß gewährte Elasticität des Verfahrens kann mithin nicht die alleinige Ursache des Umschwunges gewesen sein, obwohl es im übrigen eine durch die Geschichte vielfach bestätigte Thatsache ist, daß jede wesentliche Umgestaltung des Proceses auch auf das materielle Recht zurückwirkt. Jener beengende Einfluß lag in etwas anderm, nämlich darin, daß das Prinzip der Legisactio zugleich ein materielles war m. a. W. daß, wie oben nachgewiesen, jeder materielle Anspruch, um gerichtlich verfolgbar zu sein, im Gesetz anerkannt sein mußte, eine Klage nur auf Grund eines Gesetzes möglich war. Damit war die Gesetzgebung prinzipiell für die ausschließliche Quelle aller Klagen erklärt.

Untersuchen wir, was dies heißen will. Ich habe nicht gesagt: für die ausschließliche Quelle des gesamten materiellen Rechts, sondern der Klagen. Alle Rechtssätze des Privatrechts gravitiren um die Klage, allein die Entfernung, in der sie es thun, ist bald eine nähere, bald eine weitere. Gewisse nämlich beziehen sich unmittelbar auf das Klarecht, sie gewähren, normiren, beschränken, versagen dasselbe. Andere influiren nur mittelbar auf dasselbe, sie betreffen zunächst Fragen, welche mit der Klage direct nichts gemein haben. Daß der Betrüger dem

Betrogenen Schadensersatz leisten soll, ist ein Satz der ersten Art; daß ein wesentlicher Irrthum Nichtigkeit erzeuge, ein Satz der zweiten. Jener findet seinen völlig erschöpfenden Ausdruck in dem Wort und Begriff der *actio de dolo*, für diesen gebriicht es an einer solchen der Klage entnommenen Bezeichnung, und gerade das Dasein oder Fehlen dieser der *actio* entlehnten Bezeichnungsweise ist das Kriterium, ob der Rechtssatz der einen oder andern Classe angehört.

Der Unterschied wird klarer werden durch seine Anwendung, nämlich durch den Nachweis, daß er es ist, der für das ältere Recht im wesentlichen die Gränzscheide bestimmt zwischen der rechtsbildenden Gewalt der Gesetzgebung auf der einen, und der der Jurisprudenz und des Lebens auf der andern Seite. Das Gebiet des eigentlichen Actionenrechts — die Rechtssätze der ersten Classe — gehört prinzipiell der Gesetzgebung an, den beiden anderen Gewalten ist hier nur ein höchst beschränkter Einfluß beschieden; das andere Gebiet hingegen fällt, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise den beiden letztern anheim.

Ob die Römer selbst sich dieser Gränzscheidung bewußt gewesen, wäre am Ende gleichgültig, wenn sie sich nur sachlich constatiren ließe. Allein ich finde dieselbe auch in unsern Quellen ausreichend angedeutet. Pomponius⁸⁹⁸⁾ zerlegt das alte Recht in drei Bestandtheile (*tria jura*): die Gesetze, die Legisactionen und das *jus civile* im engern Sinne des Worts, worunter das von den alten Juristen (*veteres, qui tunc jura condiderunt*) im Anschluß an die Gesetzgebung gebildete Recht zu verstehen ist (S. 452). Letzteres erscheint hier also als etwas außer und neben den Legisactionen befindliches, ungeachtet doch auch letztere der Jurisprudenz ihren Ursprung verdankten und ebenfalls als „*jus*“ (Flavianum, Aelianum) bezeichnet wurden. In Anwendung auf sie kann also die rechtsbildende Thätigkeit der Juristen nicht den sel-

898) L. 2 §. 5, 6 de O. J. (1. 2).

ben Charakter an sich getragen, nicht den selben Spielraum gefunden haben, wie innerhalb des *jus civile*. Diesen Schluß soll uns die folgende Ausführung bewahrheiten.

Ich wende mich zuerst dem *jus civile* zu und zwar nicht, um die Thatsache der in demselben enthaltenen selbständigen Rechtsbildung zu constatiren — dies ist bereits früher (S. 441) geschehen — sondern um an einigen Beispielen zu zeigen, in welcher Weise und Ausdehnung letztere innerhalb der oben angegebenen Gränzen möglich war, ohne gegen das Princip der *legis actio* zu verstossen.

Zu den selbständigen Schöpfungen der alten Jurisprudenz gehörte die *Ussucaption* der Erbschaft als solcher. Indem sie die selbe einführte, gewährte sie damit mittelbar allerdings eine Klage (die *hereditatis petitio*), allein unmittelbar ward letztere durch diese Neuerung durchaus nicht berührt, sie blieb, was sie war: ein Schutzmittel des Erben. Nicht sie selbst ward ausgedehnt (vom Erben auf den Nichtenberen) sondern der Begriff des Erben (auf den Ussucipienten).

Ebenso verhält es sich, nur nach entgegengesetzter Seite hin, mit der bereits gelegentlich (S. 449) berührten von der alten Jurisprudenz vorgenommenen Beschränkung des *Intestaterbrechts* der Weiber. Dieselbe fand ihren praktischen Ausdruck in der Versagung der Erbschaftsklage, allein ohne daß letztere auch hier durch die Veränderung unmittelbar betroffen worden wäre. Sie ward nicht gewissen Erben entzogen, sondern gewisse Personen hörten auf Erben zu sein.

Ein drittes Beispiel, das uns die *hered. petitio* gewährt, besteht in der gewohnheitsrechtlichen Einführung der *querela inofficiosi testamenti*.^{898a)} Letztere war keine neue Klage, sie kleidete sich in die Form der erst genannten, und doch enthielt sie eine der tiefeingreifendsten Neuerungen auf dem Gebiet des Erbrechts.

898a) Darauf bin ich erst durch Gustav Hartmann; Ueber die *querela inoff. testamenti*. Basel 1864 S. 7 aufmerksam geworden.

In derselben Weise, wie die Jurisprudenz in diesen und andern Fällen (z. B. der Einführung des Mancipationstestaments) mit dem Erbrecht die eingreifendsten Veränderungen vornahm, ich möchte sagen: in der Tiefe, im Innern des Instituts — ohne daß dieselben an der Oberfläche der Klage hervortraten, in derselben Weise könnte sie es bei allen andern Instituten. Die reivindicatio blieb, was sie war, auch wenn die Jurisprudenz die Lehre von den Eigenthumserwerbungsarten, z. B. die Theorie der Usucaption noch so sehr umgestaltete. Die actio confessoria ver- spürte nichts davon, ob man bei den Servituten die Usucaption ausschloß oder zuließ u. s. w. Nur wenn man sie hätte ausdehnen wollen auf Servituten, die das Gesetz nicht kannte (z. B. die Urbanalservituten der späteren Zeit), würde sich ihre Legisactionen-Natur dagegen gesträubt haben; sie könnte nur lauten auf iter, via, actus, aquae ductus.

Ueberblickt man die ganze Summe der Institute und Rechtsfälle, die dem jus civile angehören, man wird eine Reihe der eingreifendsten Maßregeln unter ihnen wahrnehmen,⁸⁹⁹⁾ aber alle zusammen fügen sich der obigen Formel: unter ihnen befindet sich nicht eine einzige Klage.

Die Klage gehört dem Gesetz. Für fast alle Klagen, die dem ältern Recht entstammen, läßt sich diese Quelle nachweisen. So sparsam die Gesetze aus alter Zeit sind, welche Punkte der eben bezeichneten Art, so zahlreich sind diejenigen, welche das Klagrecht und die Form des Verfahrens zum Gegenstand haben. In den wenigen Paragraphen des Gaius über die Legisactionen sind von der zweiten Classe mehr genannt als von der ersten in seinen sämtlichen vier Büchern zusammengeommen,⁹⁰⁰⁾ und

899) Außer den oben genannten hebe ich namentlich hervor die Umgestaltung des Familienrechts (Emancipation, Adoption, coemptio fiduciae causa, in jure cessio tutelae), die Einführung der manumissio vindicta, die in jure cessio der hereditas legitima u. s. w.

900) S. das Verzeichniß der leges in der Lachmann'schen Ausgabe, p. 428. Natürlich sind nur die Gesetze aus der Zeit der Legisactionen gemeint.

es möchte in der ganzen römischen juristischen Literatur kein zweites Stück gefunden werden, das auf so kleinem Raum so oft des Gesetzes gedenkt.⁹⁰¹⁾ Nur ein einziges Mal wird das Gewohnheitsrecht erwähnt, nämlich bei Gelegenheit der gewisser Ansprüche wegen den Soldaten gewohnheitsrechtlich zustehenden pignoris capio.⁹⁰²⁾ Die darin gelegene Abweichung von unserm obigen Grundsatz möchte sich verringern, wenn man bedenkt, daß es sich hier nicht um eine eigentliche *Klage* handelt, sondern nur um die Ausdehnung einer außergerichtlichen *legis actio* und zwar nicht um die Einführung einer neuen, sondern die bloße Ausdehnung einer bereits vorhandenen.⁹⁰³⁾ Von einer durch das Gewohnheitsrecht oder die Jurisprudenz erfolgten Ausdehnung einer *Klage* (*actio utilis*) oder der Einführung einer neuen außergerichtlichen *legis actio* ist kein Beispiel bekannt.

Ging nun zwar alle selbständige Bewegung und Bildung auf dieser Seite des Rechts ausschließlich von der Gesetzgebung aus, so war damit doch der Jurisprudenz nicht aller und jeder Raum zur Einwirkung verschlossen. Aber der Spielraum war ein enger; er fiel zusammen mit dem der alten Interpretation (S. 440 fl.). Das Wort also mußte man stehen lassen,⁹⁰⁴⁾ — darauf war ja die ganze Idee der Legisactionen basirt

901) Des Gesetzes ohne Nennung des Namens: Gaj. IV, 11, 13, 21, 22, 23, 24, 26, 28; mit Nennung: die XII Tafeln IV, 11, 14, 21, 28, lex Pinaria 15, Silia, Calpurnia 19, Publilia, Furia de sponsu 22, Furia testamentaria, Marcia 23, 24, Aebutia und zwei legesJuliae 30, zwei leges, deren Name in der Handschrift nicht erkennbar (praediatoria?) 25, 28. Wie manche mögen noch in den unlesbaren Theilen der Handschrift vorgekommen sein. Jedenfalls ist nicht zu bezweifeln, daß bei Gajus noch manche fehlen, z. B. die lex Hostilia, pr. I. de iis, per quos (4. 10) u. a.

902) Gaj. IV, 26, 27.

903) Die pign. capio war bereits in den XII Tafeln anerkannt, jene Ausdehnung fällt aber mindestens 50 Jahr später, da sie die Einführung des Soldes (S. 262 Note 395) zu ihrer Voraussetzung hatte.

904) Damit waren die Fictions ausgeschlossen, deren Gajus darum auch erst bei Gelegenheit des Formularprocesses (IV, 32 und fl.) gedenkt.

— allein in und mit dem Wort konnte man in der früher charakterisierten Weise mit großem Erfolg operiren. Auf diesem Wege gelang es denn, ohne Veränderung der Worte manchen Klagen einen weitern, vielleicht auch engern Umfang zu geben, als sie dem Gesetz nach in Anspruch nehmen konnten, so z. B. der *actio de tigno juncto*, bei der man das Wort *tignum*, der *actio arborum furtim caesarum*, bei der man das Wort *arbores*, der *actio de glande legenda*, bei der man das Wort *glans* im weitesten Sinn nahm.⁹⁰⁵⁾

Sehr weit aber reichte dieses Mittel allerdings nicht. Mochte man den Sinn des Worts drehen und wenden wie man wollte, dies hatte doch seine Gränze. Aus dem Worte: *in jure* beispielsweise konnte man nicht die pure Negation desselben machen, wie dies doch hätte geschehen müssen, wenn man die früher besprochene Veränderung in der Vornahme des *manum conserere* (S. 556) rein auf dem Wege der Interpretation hätte bewerkstelligen wollen. Hier entschloß man sich denn mit dem Prinzip der *legis actio* geradezu zu brechen und ein Wort in die Formel zu setzen, das mit der Fassung des Gesetzes in offenem Widerspruch stand. Gajus hat noch einen Fall überliefert;⁹⁰⁶⁾ die Art und Weise, wie er sich über ihn äußert, verräth, daß er darin eine große Singularität erblickte.

So setzte also das Legisactionensystem neben dem Spielraum, den es einerseits der freien Rechtsentwicklung gewährte, andererseits doch der Jurisprudenz und dem Prätor eine unübersteigliche Gränze entgegen. Niemand vermochte eine gesetzlich zuständige Klage in ihrem Lauf zu hindern, auch wenn das Resultat im einzelnen Fall mit der wirklichen Intention des Gesetzes

905) S. über diese Beispiele L. 1 *de tign. junct.* (47. 3) L. 3 *arb. furt.* (47. 7) und oben S. 444. Ein anderes Beispiel (das Wort *nocet* in der *act. aquae pluviae arcendae*) S. 445.

906) Gaj. IV, 24 *nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae pro iudicato verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.*

und dem natürlichen Rechtsgefühl in noch so grettem Widerspruch stand, Niemand vermochte umgekehrt in einem Fall, in dem das dringendste Bedürfniß und der gerechteste Anspruch auf Hülfe vorhanden war, eine Klage zu gewähren, wenn das Gesetz sie nicht vorgesehen hatte.

Daß das Drückende dieses Zustandes im Lauf der Zeit vom römischen Leben mehr und mehr empfunden werden mußte und wesentlich dazu beigetragen hat, das Ende des Legisactionenprozesses herbeizuführen, dürfte schwerlich einen Widerspruch hervorufen. Auch England kannte einst ähnliche Zustände — denselben Rigorismus des Gesetzes, denselben eisernen Legalismus — aber auch hier machte das Leben seine Rechte geltend. Dieselbe Erleichterung, die Rom im Formularprozeß, suchte England in den Billigkeitsgerichtshöfen (*courts of equity*),⁹⁰⁷⁾ nur haben letztere sich allerdings nie zu der Höhe des rechtsbildnerischen Einflusses erhoben, der dem römischen Prätor beschieden war.

Eine Nachwirkung hat aber den alten Legisactionenprozeß noch lange überlebt. Es ist dies jene für den spezifischen Charakter der römischen im Gegensatz zu unserer heutigen Jurisprudenz so bestimmende Behandlung und Auffassung der Klage. Es ist schwer diesen Gegensatz, wie es hier doch geschehen muß, im Vorübergehen mit wenig Worten zu entwickeln; mögen folgende Aneutungen genügen.^{907a)}

Wenn man die wissenschaftliche Form der Behandlung des römischen Rechts Seitens der römischen und der heutigen Jurisprudenz mit einander vergleicht, so findet man als dominirenden Gesichtspunkt und zwar sowohl für die Behandlung der einzelnen Institute als für die Anordnung des ganzen Systems dort die

907) S. die Note 874 citirten Werke von de Colme, Kap. 11 und Gneist §. 125, außerdem Nüttmann der engl. Civilprozeß. Leipzig 1851 §. 8—10, 83.

907a) Dazu Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des römischen Rechts. S. 229 fl.

Klage, hier das Recht. Der römische Jurist beginnt regelmäßig mit der Klage und steigt von ihr rückwärts zu dem Recht hinauf, welches ihre Voraussetzung bildet, der heutige schlägt den gerade entgegengesetzten Weg ein. Dem entsprechend ordnet letzterer das gesamme System nach Gesichtspunkten, die vom Recht hergenommen sind; während die Römer sowohl in ihren legislativen (prätorisches Edict) als doctrinellen Darstellungen vielfach den ganzen Stoff an der Hand der Klagen behandeln. Der römische Ausgangspunkt ist der des unmittelbar praktischen, der heutige der des theoretischen, wissenschaftlichen Interesses.

Wäre dies nun bloß eine Differenz der Ausgangspunkte, bei der man, nur in entgegengesetzter Richtung, ganz denselben Weg zurücklegt, so würde das Interesse derselben lediglich das einer systematischen Frage sein. Allein in der That bedeutet sie ungleich mehr, nämlich eine höchst folgenreiche praktische Differenz — eine Verschiedenheit für die Entwicklung des gesamten Rechts sowohl rücksichtlich der Art und Form, in der, als der Seite, auf der, und der Leichtigkeit, mit der diese Entwicklung vor sich geht. Die Klagen bilden in Rom das Reservatrecht der Staatsgewalt: des Volks, Senats, Prätors.. Auch noch in späterer Zeit gehört die Klage, wenn auch nicht wie einst der lex (im römischen Sinn) so doch dem Staat. Das Recht über seine Kinder und sein Haus leitet der Römer nicht vom Staat ab, das hat er von sich selbst (S. 55), aber die Klage, den Anspruch auf Schutz von Seiten des Staats betrachtet er als eine Gabe des letzteren. Die Jurisprudenz kann ihm dieselbe nicht gewähren. Wenn nicht das Volk selbst die Sache in die Hand nimmt, kann und mag die Jurisprudenz als Vertreterin desselben den Prätor zwar zur Einführung der Klage drängen, aber ihn nicht ersezten. Der römischen Jurisprudenz war der Prätor unentbehrlich, unsere heutige ersetzt ihn bis zu einem gewissen Grade durch sich selbst. Denn das, wozu jene ihn nöthig hatte, erreicht sie schon durch sich selbst, und der Grund, daß sie

es kann, liegt eben in ihrer Auffassung der Klage. Hat sie nur erst das Recht gewonnen, ist sie also im Stande, auf dem Wege der Deduction die innere Nothwendigkeit des letzteren zu erweisen, so versteht sich für sie die Klage von selbst — die Klage ist ihr eine bloße Consequenz des Rechts, kein eignes Geschöpf — wo das Recht materiell einen Anspruch gewährt, versteht sich für uns das Formelle seiner Durchführung: Klage und Richter von selbst. Der Rechtsschutz des Staats erscheint unserer heutigen Auffassung so zu sagen als die selbstverständliche, über allen Rechten ausgebreitete Atmosphäre, die Lebensluft des Rechts, eine res communis, die allem, was auf dem Boden des Rechts lebt und webt, von selbst zu Gute kommt. Die Klage ist uns daher nichts als der Rechtsschutz in besonderer Richtung auf den einzelnen Fall — ein *Abstratum*, kein Individuum. Den Römern aber ist die Klage ein *Individuum*. Sie hat ihr bestimmtes Gebiet, ihren bestimmten Begriff, ihren eigenen Namen, ihre eigene Formel und ihre eigenthümliche Geschichte; ihre Entstehung beruht auf einer concreten historischen Thatsache, einem eignen Einführungsaft. Daher auch das Fortleben des Urhebers der Klage in dem Namen derselben. ⁹⁰⁸⁾

Aus dem bloßen Stoff und Material allein, durch bloße Deduction und Abstraction gelangt sie noch nicht zur Existenz, es bedarf des belebenden Odems einer mit schöpferischer Kraft ausgerüsteten Macht, um sie ins Dasein zu rufen — kein römischer Jurist hat eine Klage geschaffen. Erst mit dieser ihrer Geburt ist der Zeitpunkt gekommen, wo die bildenden Mächte des Lebens und der Jurisprudenz: das praktische Bedürfniß, die Consequenz, die Analogie u. s. w. sich an der Klage versuchen können. Aber

908) Die Klagen, deren Ursprung sich in die Vorzeit verliert, tragen ihren Namen nach der Sache z. B. rei vindicatio, actio confessoria, hereditatis petitio, die der späteren Zeit vorzugsweise nach ihrem Urheber z. B. actio Publiciana, Pauliana, Serviana, interdictum Salvianum. Ist es zufällig, daß manche Klagen des prätorischen Edicts nach der Person des Prätors genannt sind, andere nicht?

wie weit auch die Ausdehnung und Umgestaltung, die dadurch der Klage zu Theil wird, sich erstrecken möge, immer bleibt sie ein bestimmt abgegrenztes Ding, ein Individuum — sie verflüchtigt sich nie als rein substantielles Atom in dem Aether des abstrakten Staatschutzes.

In gewissem Sinn kann man daher sagen, die Römer kennen nicht die Klage, sondern nur die Klagen, wir umgekehrt keine Klagen, sondern nur die Klage. Die Idee des Rechtsschutzes löst sich im Prismen der römischen Rechtsauffassung in eine Summe einzelner ganz bestimmter Klagen auf, die sich einfach abzählen lassen.

Die bisher geschilderte, für die ganze Signatur des römischen Rechts so bedeutungsvolle Auffassung der Klage hat nun meines Erachtens ihre letzten Wurzeln in dem System der Legisactionen. Denn in ihm hat gerade der Gedanke, auf dem sie beruht: der der juristischen Individualität der Klage seine erste und zur höchsten Schärfe gesteigerte Verkörperung gefunden.^{909a)} Die Legisactionen waren Individuen nach Art der Kristalle: scharfantig, spitz, bis ins Kleinste hinein bestimmt, unabänderlich. Einer Jurisprudenz, die Jahrhunderte lang sie vor Augen und mit ihnen zu operiren hatte, konnte die Idee der Individualität der Klage nie wieder abhanden kommen.

Zu der im bisherigen vorgetragenen Auffassung der Legisactionen steht im Widerspruch die Ansicht eines neuern Schrift-

909a) Für das englische Recht ist auch hier wiederum dieselbe Erscheinung zu constatiren, ja die Individualisirung der Klage artet hier in formliche Zersplitterung aus d. h. auch das vom juristischen Standpunkt individuell Bedeutungslose d. h. die bloße äußere Verschiedenheit des Falls gibt hier den Stoff zu besondern Klagen her. S. z. B. Gundermann a. a. D. S. 348, 363, 377, 384, 391. Im römischen Recht würde in den meisten dieser Fälle ein Anschluß an eine bestehende Klage erfolgt sein. Daher ist die Zahl der Klagen im römischen Recht eine mäßige geblieben, während das englische Recht unter der Sündfluth von Klagen fast untergegangen ist.

stellers,⁹¹⁰⁾ deren Betrachtung ich aus Gründen der Darstellung bis jetzt aufgeschoben habe.

Die Ansicht betrifft zwar zunächst nur den Ursprung der Legisaktionen, allein mittelbar das ganze Wesen derselben. Ihr Kern besteht darin: die Formeln hätten einen heiligen, religiösen Charakter an sich getragen, ein Versehen in dem Gebrauch derselben sei folgeweise unter den Gesichtspunkt einer Sünde gegen die Götter gefallen.

Was den Verfasser zuerst darauf gebracht hat, den letzten Grund der Legisaktionen im Himmel zu suchen, ist seiner eignen Erklärung zufolge die excessive Neugtlichkeit, mit der die Römer bei ihnen das Wort gehandhabt hätten. Es würde ihm, wenn er seinen Blick auf die irdischen Regionen hätte beschränken wollen, an Parallelen auf Erden nicht gefehlt haben. Um von den Formeln des materiellen römischen Rechts zu schweigen, für die er jenen Charakter ebensowenig in Anspruch nehmen wird als für die des spätern Processus, so hätte ihn das von mir im Verlaufe der Darstellung öfters herangezogene Beispiel des isländischen und englischen, des altdeutschen und altfranzösischen Rechts lehren können, daß das Formelwesen auch auf profanem Boden zu einer Blüthe gedeihen kann, die hinter der im alten Rom um nichts zurücksteht.

Auch daß die Diener der Götter, die Pontifices, die Verfasser und Hüter der Legisaktionen waren, findet zu jeder Zeit, in der die Geistlichen die Träger der gelehrten Bildung, oder, um minder anspruchsvoll zu sprechen, die Schreibmeister der Nation waren, kein Seitenstück, und dieser Umstand allein würde den von ihnen verfaßten Formeln ebensowenig eine religiöse Weihe zu verleihen im Stande gewesen sein, als z. B. der Mönch Marculf im siebenten Jahrhundert für seine Formulariensammlung eine solche vindicirt haben wird.

910) A. Schmidt in der oben Note 872 citirten Gelegenheitsschrift. Zur Rechtfertigung des Tonos, den ich gegen diesen Schriftsteller anklage, beziehe ich mich auf die Vorrede.

Daß die Legisationen denselben Geist athmen, wie die Formeln des geistlichen Rechts, was beweise es anders als die von mir mehr als von irgendemanden betonte und nachgewiesene That- sache (S. 381 fl.): daß beide denselben Händen ihren Ursprung ver- danken? Der eigenthümliche Styl der Pontifices geht durch das ganze Recht, das fas wie das *jus*, aber eben diese letztere, uralte Scheidung des Rechts in eine religiöse und profane Seite (B. 1 S. 266) lehrt, daß nicht jedes Institut dadurch, daß ein Pontifex seine Hand daran legte, die religiöse Weihe erhielt.

Ein Versehen in der Formel, heißtt es weiter, sachte den Zorn der Götter an, denn die Formel war entnommen dem Gesetz, das Gesetz selbst aber vermöge der Auspicien unter göttlicher Mit- wirkung erlassen. Einen Beweis der Richtigkeit dieser Auffassung soll die *legis actio sacramento* liefern: das sacramentum hatte den Zweck, die Götter zu versöhnen.

Der Verfasser ist die Antwort schuldig geblieben, warum sie die Sühne bloß bei jener *legis actio*, nicht aber auch bei den vier übrigen erhielten, namentlich der *pignoris capio*, die ja in gewissen Fällen eine ausgesprochene religiöse Beziehung hatte. Waren die Gesetze, in denen diese übrigen *legis actiones* ihren Ursprung hatten, weniger unter göttlichen Schutz gestellt? Schrie das Unrechtemandes, der mit *manus injectio* oder *pignoris capio* vorgegangen war, weniger zum Himmel, als dessen, der mittelst der *leg. act. sacramento* in ganz zahmer Weise den Weg Rechtens eingeschlagen und dabei einen Formfehler begangen hatte?

Ein Gebot gab es im alten Proceß, dessen religiöse Natur außer allem Zweifel steht: das Gebot der Beachtung der dies nefasti (§. 47^d). Welche Folge hatte die Verlezung desselben? Die unbewußte konnte und mußte mittelst eines *Piaculum* gefühnt werden, die absichtliche konnte es nicht. Den religiösen Charakter der *legis actio sacramento* angenommen, so hätte also ein Mißgriff in der Benutzung ihrer Formel ebenfalls durch ein *Piaculum* gefühnt werden müssen. Daß bei den wirklich reli-

giösen Formeln das Versehen diese Folge nach sich zog, wird uns ausdrücklich bezeugt. ⁹¹¹⁾

Doch unser Gegner gibt uns selbst die Waffen zu seiner Widerlegung in die Hand. Seiner Ansicht zufolge sollen nämlich die Proceßformeln bereits vor den XII Tafeln vorhanden gewesen, ja zum Theil in sie übergegangen sein. Damit hat er selbst den der religiösen Weihe des Gesetzes entlehnten Grund beseitigt. Worauf stützten diese uranfänglichen Formeln denn damals ihren „heiligen“ Charakter? In der That, wenn nicht die Götter Roms dem Volk statt Religionsbücher eine Sammlung von Proceßformeln in die Wiege gelegt haben, ich wüßte nicht, woher ihnen diese Weihe in der vorgeschichtlichen Periode hätte zukommen sollen.

Aber auch als sich in ihnen in den unter göttlichem Beistand erlassenen Gesetzen eine denkbare Quelle dieser Weihe erschloß, wie weit hätte sich letztere bei einiger Consequenz erstrecken müssen — sie hätte das ganze alte Rom wie mit einem elektrischen Licht übergießen müssen. Jede Verletzung eines Gesetzes hätte dann zugleich eine Verletzung der Götter enthalten müssen. Fühlte die überaus sensible und empfindliche Gottheit sich als Schutzpatronin des Gesetzes schon durch ein fehlendes Wort in der bloßen Legisactio verletzt, um wie viel mehr sollte man erwarten, durch eine Uebertretung des Gesetzes selber, durch eine absichtliche, durch eine schamlose Missachtung desselben. Der Gott, dem der Bestohlene, der bei der actio furti sich verspricht, schon ein Aergerniß ist, wie wird er erst den Dieb die Wucht seines Zorns fühlen lassen. Aber der Dieb geht ungeschoren davon; — dieselben Götter, die für das Wort ein so scharfes Ohr haben, besitzen für die Handlung kein Auge!

So lange nun der Beweis nicht erbracht wird — und er wird ewig auf sich warten lassen — daß die Uebertretung eines

911) Arnob. adv. gentes IV, 31 Piaculi dicitur contracta esse commissio, si per imprudentiae lapsum aut in verbo quisquam . . . deerraverit. Cic. de har. resp. c. 23.

jeden Gesetzes in Rom als ein Vergehen gegen die Götter angesehen worden sei, so lange werden wir auch den Versuch, den göttlichen Zorn zur Erklärung des Wesens der Legisactionen zu verwenden, für einen mißlungenen erklären dürfen.

4. Raum und Zeit als Element der Rechtsformen.

XLVII^a. Das Verhalten des Rechts zu diesen beiden Kategorien seinem ganzen Umfang nach historisch zu verfolgen, würde eine der interessantesten und dankbarsten Aufgaben der vergleichenden Rechtsgeschichte sein. Als Resultat würden wir wahrscheinlich überall dasselbe finden, welches uns die römische Rechtsgeschichte aufweist: den fortgesetzten Kampf des Rechts gegen den beschränkenden und beengenden Einfluß jener beiden Momente, den Fortschritt von der Unfreiheit zur Freiheit, von der Abhängigkeit zur vollständigsten Herrschaft über Zeit und Raum.

An der gegenwärtigen Stelle müssen wir uns auf ein Stück dieser Geschichte beschränken: die Bedeutung beider Momente für die Form der Rechtsgeschäfte im alten Recht; an der rechten Stelle wird das Fehlende nachfolgen (B. 3 S. 143 fl.)

Ich beginne mit dem Raum.

Welche Bedeutung das Problem der Ueberwindung des Raums für die Geschichte der Erfindungen, des Handels und die Culturgeschichte hat, und was der menschliche Erfindungsgeist auf diesem Gebiet geleistet hat, ist allgemein bekannt. Weniger bekannt dürfte es sein, daß und wie auch das Recht sich mit demselben Problem hat abmühen müssen. Die Schwierigkeiten, mit denen das Recht zu ringen hatte, lagen nicht in der Außenwelt, der Natur, sondern im Menschen selbst, aber sie waren darum nicht minder gering; und es hat nicht weniger Zeit und Anstrengung gekostet, sie zu bewältigen, als diejenigen, welche die Mechanik und die Naturwissenschaft zu überwinden haben. Der Abstand zwischen dem Einst und Jetzt, dessen letztere sich rühmen können, wiederholt sich auch für das Recht — wer das heutige mit dem altrömischen vergleicht, wird ihn kaum weniger erheblich nennen,

als den zwischen dem Eisenbahn- und Telegraphenwesen der heutigen Zeit und dem Schneckenang der Transportmittel der Vergangenheit.

Was ist für unser heutiges Recht die Entfernung, und was war sie einst! Einst ein absolutes Hinderniß für die Vornahme eines jeden Rechtsgeschäfts, ist sie heutzutage für den Verkehr rechtlich⁹²²⁾ ohne den geringsten Einfluß. Contracte schließen, Besitz und Eigenthum erwerben und übertragen, Processe führen u. s. w., alles das kann man von jeder beliebigen Entfernung aus — Stellvertreter und Briefe ersparen dem Handelnden die Mühe des eignen Erscheinens. Ein alter Römer würde sich vielleicht nicht weniger darüber wundern, was man heutzutage mit Papier und Dinte, als was man mit Dampf und Electricität ausrichtet. Papier und Dinte vertreten bei uns nicht bloß die Person, sondern auch die Sache, wenigstens die wichtigste derselben: das Geld. Wechsel, Anweisungen, Banknoten, Papiergeld machen es unserm heutigen Verkehr möglich, das Gewicht einer Million auf wenige Vothe zu reduciren; gegenüber den Summen, die täglich in dieser luftigen Gestalt den Raum durchheilen, verschwindet die Masse des versandten Metallgeldes fast in nichts. Das Gemeinsame unseres gesammten heutigen Systems der Raumüberwindung im Gegensatz zu dem früheren historischen Epochen besteht in der Substitution tochter Mittel an die Stelle der lebendigen. Die Locomotive hat das Lastthier, der Telegraph den Boten, die Feder den Menschen ersetzt — Dampf, Electricität und Dinte sind die Hebel des heutigen Verkehrswesens.

Die Bedeutung des Raums im Recht der Gegenwart beschränkt sich im wesentlichen bloß darauf, daß der Raum die Rechtsterritorien und bis zu einem gewissen Grade das

922) Nur das Familienrecht kennt noch das Requisit der Anwesenheit — die Reise zur Hochzeit ist auch heutzutage eine rechtlich nothwendige Reise; das Privatsfürstenrecht hat selbst sie erlassen (Stellvertretung).

Domizil der Rechtsverhältnisse bestimmt (Frage von der Collision fremder und einheimischer Gesetze).

Diese Gestalt nun, die unser heutiges Recht der Raumfrage gegeben hat, macht uns, eben weil sie den Ausdruck unserer modernen Anschauungsweise enthält, den Eindruck der höchsten Natürlichkeit und Nothwendigkeit. Dem alten Römer würde sie, wie bereits bemerkt, als das gerade Gegentheil erschienen sein — ein abermaliger Beleg dafür, welche Bewandniß es mit dem Begriff des „Natürlichen“ hat! Das Natürliche ist das, was der Anschauungsweise einer bestimmten Zeit entspricht — was dieser Zeit als natürlich, erscheint jener als völlig unnatürlich. Der Gegensatz der Anschauungsweise, welcher der Behandlungsweise des heutigen und altrömischen Rechts zu Grunde liegt, läßt sich mit einem Wort bezeichnen — es ist der uns wohlbekannte der abstracten und sinnlichen (S. 406). Die Gestalt, die das Verhältniß im altrömischen Recht an sich trägt, ist nichts als ein abermaliger und höchst schlagender Beleg für die Macht des sinnlichen Elements. Sie war eine im hohen Grade unbequeme — eine Fessel für den Verkehr, die man sich selbst geschmiedet hatte, ein Joch, das man trug, weil und so lange man daran glaubte. Aber um sich von dem Glauben daran und damit von ihm selbst loszureißen, dazu gehörte erst ein Umschwung in der ganzen Anschauung, wie er sich nur im Lauf der Jahrhunderte und unter dem drängenden und zwingenden Einfluß bedeutender äußerer Veränderungen vollziehen konnte.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts unter Abwesenden besteht darin, daß die handelnden Personen sich an zwei verschiedenen Orten befinden. Diese Doppelheit des Orts bei einem und demselben Rechtsgeschäft widerstrebt dem einfachen Sinn. Denn wenn es ein Geschäft sein soll, so ist auch Einheit der Handlung erforderlich (B. 3 S. 143 fl.); wie wäre aber letztere möglich, wenn die Personen nicht an demselben Ort gegenwärtig sind? Offerte und Accept, Frage und Antwort, Absenden und Eintreffen der Erklärung fallen hier in ganz verschiedene

Zeitmomente. Einheit der Zeit erfordert nothwendigerweise Einheit des Orts, Aufgeben der letzteren ist Aufgeben der ersteren. Wollen zwei juristisch überein- oder zusammenkommen (*convenire, conventio*) so mögen sie es auch im natürlichen Sinn thun; da sieht man, daß sie etwas Gemeinsames vorhaben — ihre Vereinigung im Raum ist die sinnlich=natürliche Voraussetzung ihrer Vereinigung im Willen. Ebenso, wenn es eine unmittelbare Disposition über eine Sache gilt. Wie könnte man dieselbe treffen aus der Entfernung? Das ist dem naiven Sinn zu hoch. Er verlangt nicht bloß, daß man den Gegenstand, um den es sich handelt, sehe, sondern daß das rechtliche Verhältniß, in das man sich zu ihm setzen, oder das man an ihm geltend machen will, kurz daß die Beziehung und Richtung des Willens zu ihm sich in einer äußern Einwirkung auf ihn kund thue, verkörperne, — das Erforderniß der Einheit des Orts besteht auch für die Sachen: wo die Sache unmittelbarer Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist (Besitz- und Eigenthumsübertragung, *Bindication, operis novi nuntiatio*, ⁹²³⁾ muß sie den handelnden Personen zur Hand sein.

So hat also das Rechtsgeschäft seinen räumlichen Kreis, innerhalb dessen Personen und Sachen gegenwärtig sein müssen. Für die Personen ist er bestimmt durch das Requisit der mündlichen Rede (S. 575), durch Sprechen und Hören, er reicht so weit, als die Stimme und das Ohr trägt. Darum müssen bei allen formellen Rechtsgeschäften und bei allen Handlungen des Proesses, bei denen die Rede sich gegen den Gegner richtet, beide Theile gegenwärtig sein. ⁹²⁴⁾ Für die Sachen ist

923) L. 5 §. 2 und 3 de O. N. N. (39. 1). *Nunciationem autem in re praesenti faciendam i. e. eo loci, ubi opus fiat . . sufficit in re praesenti nunciari ei, qui in re praesenti fuerit.*

924) Für die *Stipulation, Mancipation, Abtretung vor Gericht* und die *Legisactionen* (mit Ausnahme der *pignoris capio*, Gaj. IV, 29) ist dies bereits früher bemerkt; ich hebe außerdem noch die in L. 6 §. 2 de conf. (42. 2) genannte *confessio in jure und jurata operarum promissio* her vor, sowie die *sententia arbitri*, L. 27 §. 4 de rec. (4. 8).

jener Kreis bestimmt durch das Requisit des Greifens (Mancipation, Abtretung vor Gericht, Vindication S. 551); er reicht so weit als die Hand. Für die Tradition ist er im neuern Recht (S. 413) ungleich weiter gezogen; hier reicht er so weit, als das Auge (traditio longa manu). Die Tragweite des Willens im Raum stuft sich demnach ab nach dem der Organe: der Hand, der Sprachwerkzeuge, des Ohrs, des Auges — darüber hinaus kann der Wille keine Wirkungen ausüben. Um ihm diese zu ermöglichen, hätte man an die Stelle der mündlichen Rede das Schreiben oder an die der eignen Rede die des Stellvertreters setzen und rücksichtlich der Sachen das Requisit der actuellen oder (beim Besitz) potentiellen Einwirkung auf dieselbe erlassen müssen.

Hat das ältere Recht sich dazu verstanden? Die Frage ist entschieden zu verneinen. Nur rücksichtlich des Princips der Präsenz der Sache ließ man im Vindicationssprozeß nicht sowohl eine Ausnahme, als eine Erleichterung zu: Repräsentation des Streitobjects (S. 491),⁹²⁵ die auf die Mancipation unbeweglicher Sachen nicht ohne Rückwirkung bleiben konnte und für sie die völlige Aufgabe jenes Princips nach sich zog (S. 557).

Das bisher betrachtete Requisit bestand für sämtliche Rechtsgeschäfte. Für gewisse Arten derselben gesellte sich noch ein anderes hinzu, welches den Ort nicht wie jenes bloß relativ, sondern absolut bestimmte. Alle an die Mitwirkung des Volks, der weltlichen und der geistlichen Behörden geknüpften Rechtsgeschäfte (S. 552: 1, 2, 3) waren nur am Sitz dieser Gewalten, in Rom⁹²⁶ möglich. Gruppieren wir dieselben nach

925) Nicht bloß bei unbeweglichen Sachen, sondern auch bei beweglichen, die sich ohne Unbequemlichkeit nicht vor Gericht bringen ließen, Gaj. IV, 17.

926) An welchen Orten innerhalb Roms, ist damit schon gesagt. Es wäre vielleicht nicht uninteressant, die Topographie Roms einmal mit Rücksicht auf das Recht und den Verkehr in seinem weitesten Umfange zu verfolgen. Als Beiträge dazu folgende Notizen. Eidliche Versprechungen wurden

den Rechtsgebieten, denen sie angehörten, so mussten in Rom vorgenommen werden

aus dem *Familienrecht*:

die Arrogation, Adoption, Emancipation, Eingehung und Trennung einer confarreirten Ehe, Abtretung der Tutel;

aus dem *Sachenrecht*:

die Manumission, Bestellung von Urbanal- und persönlichen Servituten;

aus dem *Erbrecht*:

die Errichtung des *testamentum in comitiis calatis* — das hieß aber, da letzwillige Verfügungen nur in Form des Testaments möglich waren: jede letzwillige Disposition — und die Abtretung der Erbschaft; ⁹²⁷⁾

aus dem *Prozeß*:

sämmtliche gerichtliche Akte des Legisactionenprozesses; im Formularprozeß waren nur die *judicia legitima* auf Rom beschränkt, nicht die *judicia imperio continentia*. ^{927a)}

Diese Regel erlitt jedoch zwei Modificationen. Die erste: die freiwillige Gerichtsbarkeit der römischen Magistrate (*legis actio* in diesem Sinn) war nicht auf Rom beschränkt, sie begleitete

in alter Zeit an dem Altar des Herkules (*ara maxima*) abgelegt, Vergleichsverhandlungen im Tempel der Concordia gepflogen (Plin. Epist. V, 1), die Kriegsbeute ward zum Zweck der Recognition von Seiten der früheren Eigenthümer auf dem Marsfeld aufgestellt (Liv. III, 10. XXXV, 1) — man beachte die Allegorie des Orts in den beiden Fällen — die Verkündigung der Concurre durch öffentlichen Anschlag erfolgte an der *columna Maenia* auf dem Puteal (Schol. Bob. Orelli II, 295) nahe beim Carrer (Plin. H. N. VII, 60), das *sacramentum* ward am *pons publicius* deponirt.

927) Ob nicht auch die Abtretung? Es fehlt uns leider an allen Nachrichten über die ursprüngliche Form der Erbschaftsabtretung. Die dem späteren Recht angehörige *bonorum possessio* mußte vor dem Prätor (wenn auch nicht immer vor dem Tribunal desselben), also regelmäßig in Rom nachgesucht oder angemeldet werden.

927a) Gaj. IV, 104, 105.

dieselben auch auf ihren Reisen z. B. in die Provinzen.⁹²⁸⁾ Die zweite: zu Gunsten des Heeres war an die Stelle des testamentum in comitiis calatis das testamentum in procinctu gesetzt, und über die Soldaten übte der Feldherr wie die Straf- so auch die Civilgerichtsbarkeit.⁹²⁹⁾ Darin lag zugleich die freiwillige Gerichtsbarkeit, und sämtliche durch in jure cessio zu vollziehenden Akte z. B. die Freilassung konnten mithin auch im Felde vorgenommen werden, so daß also nur die Eingehung oder Trennung der consarreirten Ehe für die Rückfahrt nach Rom aufgespart werden mußten — eine Beschränkung ohne alles praktische Interesse.^{929a)}

Abgesehen von diesen beiden Modificationen mußte Jeder, der eins der obigen Geschäfte vollziehen wollte, sich nach Rom verfügen. So lange das römische Gebiet sich auf einen kleinen Umkreis beschränkte, lag in dieser Einrichtung keine nennenswerthe Unbequemlichkeit. Wer kam nicht von Zeit zu Zeit in die Stadt?

928) Keller Röm. Civilproc. §. 3. Ob von jeher? Sie stammte ja zum Theil erst aus späterer Zeit, s. Note 737. Wie man im römischen Leben die dargebotene Gelegenheit benutzte, darüber s. z. B. Plin. Epist. IV, 16, 32.

929) Gell. VII, 1. Val. Max. III, 7, 1. Liv. epit. lib. 86. In welcher Proceßform? Die legis actio sacramento war, so wie sie uns geschildert wird, an Rom (B. I Note 214) und die Mitwirkung der Pontifices gebunden. Bewegte sich der Proceß im Lager, wo es an Juristen von Fach fehlte, etwa in freieren Formen? Das möchte das Wahrscheinlichere sein. Der Proceß vor dem Feldherrn gehörte zur Classe der judicia imperio continentia, d. h. derer welche mit dem imperium zusammenhängen (in diesem Sinn kommt continens sehr häufig vor, z. B. aedificia continentia, woran man mit Unrecht Anstoß genommen hat, s. z. B. L. 4 §. 2 quib. c. pig. (20. 2) L. 6 de proc. (3. 3)). Die judicia imperio continentia werden aber dem „lege aut judicio legitimo agere“ entgegengesetzt. Ulp. XI, 27.

929a) Wenn ich in der ersten Auflage auch die arrogatio ausgenommen hatte, so hat mich inzwischen Sueton. Galba c. 17 . . pro concione adoptavit eines bessern belehrt; das Heer galt wie für das Testament so auch für diesen Akt als Volk.

Der Marktverkehr, der Gottesdienst, die Spiele, Feste, die Volksversammlungen u. s. w. gaben Anlässe genug dazu. Es war kaum ein anderes Verhältniß, als es auch heutzutage bei größeren Amtsbezirken Statt findet.

Ganz anders aber stellte sich die Sache, als die Gränze des Gebiets sich weiter und weiter von Rom entfernte. Die Verfassung sowohl wie das Privatrecht waren im wesentlichen berechnet auf eine Stadt; konnte man sie beibehalten für ein Reich? Die Frage, die damit an die Gesetzgebung herantrat: Beibehaltung des Bisherigen d. h. äußerste Centralisation oder angemessene Decentralisation war eine der gewichtigsten, die ihr je zur Entscheidung vorgelegen hat, und an der unvollkommenen Lösung derselben, an dem Mißverhältniß zwischen Stadt und Reich ist die Republik mit zu Grunde gegangen. Für das Privatrecht hatte zwar die Frage bei weitem nicht die Bedeutung wie für das öffentliche Recht, und die Hindernisse, die sich ihrer befriedigenden Lösung in den Weg stellten, waren nach dieser Seite hin ungleich geringer. Allein um so bezeichnender ist die Lässigkeit, das Widerstreben, das selbst nach dieser Richtung hin an den Tag tritt. Vor allem trifft diese Bemerkung alle diejenigen Akte und Verhältnisse des Privatrechts, welche eine unmittelbare oder mittelbare religiöse Beziehung hatten und als zur Competenz des Pontificalcollegiums gehörige eben damit an Rom gewiesen waren. Welches Mißverhältniß war es z. B., daß man noch zu Gajus Zeit eine Arrogation nur in Rom vornehmen konnte,⁹³⁰⁾ also aus den entferntesten Provinzen zu diesem Zweck nach Rom reisen mußte! oder daß ein Provinzialstatthalter von Bithynien wie Plinius sich die Autorisation zur Verstattung der Verlegung eines Grabmahls erst vom Pontifex Maximus in Rom (Trajan) erwirken mußte!⁹³¹⁾ Seine minder scrupulösen Vorgänger hatten

930) Gaj. I, 100.

931) Plin. Epist. X, 73 (69), das Antwortschreiben von Trajan ibid. 74.

sich freilich nach seinem eignen Bericht öfter darüber hinweg-
gesetzt.

Thaten sie so Unrecht daran? Wenn die Gesetzgebung es unterläßt, unmöglich gewordene Einrichtungen zu beseitigen, so kann und muß die Praxis sich selber helfen; so geschah es überall, so geschah es auch in Rom. Der Prätor sollte sich zum Manum conserere mit den Partheien aufs Grundstück verfügen — wie war das durchführbar, als es zu dem Zweck statt eines bloßen Ganges, den das Gesetz im Auge hatte, einer förmlichen Reise bedurfte? Die Prätoren hätten, um dieser Bestimmung zu genügen, ihre sonstigen Pflichten vernachlässigen müssen. Wie wir wissen, waren sie verständig genug, sich über jene Vorschrift hinwegzusetzen.⁹³²⁾ Ebenso machten es die übrigen Beamten. Der Feldherr reiste nicht mehr eigens nach Rom zurück, um dort die Auspicien zu erneuern,⁹³³⁾ die Fetialen nicht mehr in Feindes Land, um den Speer hinüber zu werfen. Sie halfen sich in ehr- römischer Weise durch repräsentative Nachbildung des erforderlichen Grund und Bodens, wenigstens ist dies in drei Fällen ausdrücklich bezeugt.⁹³⁴⁾

932) Was Gell XX, 10 von diesem Fall bemerkt, paßt für alle folgende: *Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis jurisdictionibus negotiis occupati proficisci vindicarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est contra XII tabulas tacito consensu etc.*

933) In früherer Zeit ward er von dem Senat zu diesem Zweck nach Rom berufen Liv VII, 19. XXIII, 22, späterhin ward ihm bloß aufgegeben ut dictatorem in agro Romano diceret (s. folg. Note) Liv. XXVII, 29. Warum mußte der Dictator in der Stadt ernannt werden? Weil er für die Stadt ernannt ward (Princip der Präsenz). Im Felde hatte er vor dem Consul nichts voraus, hier war das imperium beider gleich, dagegen war das der Consuln innerhalb der Stadt durch das Interventionsrecht der Tribunen und die Provocation an die Volksversammlung beschränkt, und diese Beschränkungen hinwegzuräumen war der Zweck und Vorzug der Dictatur. Seit Ausdehnung des Provocationsrechts über die Bannmeile hinaus erhielt eben damit die (dasselbe ausschließende) Dictatur dieselbe Ausdehnung.

934) B. 1 S. 326 Note 250, 251. Für den in der vorigen Note beprochenen Fall fehlt es an einem Zeugniß. Liegt vielleicht in dem „in agro

Dem Verkehr ward es weniger leicht, sich von dem lästigen Requisit der Anwesenheit in Rom zu befreien. Vollständig gelang es ihm nur rücksichtlich der Testamentsform; das von ihm erfundene Mancipationstestament, welches neben andern Vorzügen auch den der Ortsentbindung von Rom enthielt, trat ganz an die Stelle der ältern Form. Rücksichtlich der andern Geschäfte vermochte er sich, so lange der Prätor sich nicht ins Mittel legte, nur in unvollkommener Weise zu helfen, nämlich durch *factische* Vornahme der Geschäfte außerhalb Roms und den Schutz, den die Sitte ihnen gewährte. Das Hauptbeispiel bieten die Freilassungen. Man erklärte den Sklaven vor Zeugen für frei (*manumisso inter amicos*) und behandelte ihn fortan als solchen, bis sich Zeit und Gelegenheit fand, in Rom vor dem Censor oder Prätor den Aft in aller Form Rechtes zu wiederholen.⁹³⁵⁾ Ein anderes Beispiel liefert die obrigkeitliche Bestellung eines Vormundes nach der *lex Atilia* (*tutor Atilianus*). Sie mußte in Rom geschehen.⁹³⁶⁾ Bis man zur Reise nach Rom Zeit fand, verwaltete, wie es bis zum Erscheinen des Gesetzes immer der Fall gewesen, irgend eine dem Pupillen nahe stehende Person *factisch* das Amt des *Tu-*

Romano" der Formel eine Aufforderung zu einer künstlichen Herstellung des *ager Romanus*, oder ist der Begriff ähnlich wie der des Grundeigenthums von vornherein ein elastischer gewesen, d. h. bezeichnete er das der römischen Herrschaft zur Zeit unterworffene Land, so daß er mithin mit letzterer gleichen Schritt hielt? Für beide Begriffe bildete Italien die Gränze, nur daß der Begriff des Grundeigenthums (*praedium in italicō solo*) sich durch Verleihung des *jus italicum* auch auf die Provinzen übertragen ließ, während dies für den *ager Romanus* ausgeschlossen war. *Liv. XXVII, 5: agrum Romanum . . Italia terminari.*

935) Das geschah auch noch in späterer Zeit, nachdem die *lex Junia Norbana* die unvollkommenen Freilassungen gesetzlich anerkannt hatte s. z. *B. Plin. Ep. VII, 16. Si voles vindicta liberare, quos proxime inter amicos manumisisti.* *Virg. Buc. I, 28. Caussa Romam videndi fuit libertas.*

936) Gegen die Meinung, daß sie sich auf stadtlose Pupillen beschränkt habe (*Rudorff* Recht der Vormundschaft B. 1 §. 47) s. *Th. Mommen* die Stadtrechte der lat. Gemeinden *Salpensa* und *Malaca* S. 438.

tors. Auch hier gab später der Prätor dem Factischen rechtliche Gestalt, nämlich mittelst der Bestimmungen des Edicts über factische Tutoren (Protutoren).⁹³⁷⁾

Für den Civilprozeß gab es, um sich der Reise nach Rom zu entziehen, keinen andern Ausweg als Vereinigung beider Partheien über schiedsrichterliche Entscheidung. Es gehörte zum Begriff des „lege agere“ und des judicium legitimum, daß der Prozeß in Rom spielte; Prozesse unter römischen Bürgern außerhalb Roms, ein Anwendungsfall der judicia imperio continentia⁹³⁸⁾ kamen, von dem Note 929 erwähnten Fall abgesehen, erst in späterer Zeit auf. Aber der alte Prozeß vermochte sich dem Einfluß der Gebietserweiterung doch nicht ganz zu entziehen, und es sind bereits früher (S. 556 und S. 623) zwei Spuren nachhaltig gemacht, in denen dieser Einfluß unverkennbar hervortritt, ich meine die Selbstdispensation des Prätors vom Erscheinen beim Vindicationsaft an unbeweglichen Sachen und die den Partheien durch die lex Silia und Calpurnia gewährte Dispensation vom Erscheinen im ersten Termin. Einen ähnlichen Zweck, das nutzlose Reisen möglichst zu ersparen, hatte auch die lex Hortensia aus dem Jahr 465, welche bestimmte, daß die Nundinen, welche früher dies nefasti gewesen,⁹³⁹⁾ dies fasti sein sollten, was m. a. W. so viel hieß: das Landvolk könne, wenn es doch einmal des Marktes wegen zur Stadt komme, zugleich seine Rechtshändel abmachen.⁹⁴⁰⁾

Dem bisherigen nach dürfte sich die Behauptung rechtfertigen, daß die Form der privatrechtlichen Geschäfte und die Organisation des Prozesses noch Jahrhunderte lang den Charakter

937) Dig. XXVII, 5 und 6.

938) Gaj. IV, 105. extra primum urbis Romae miliarium.

939) Fest. Nundinae.

940) Macrob. Sat. I, 16. Lege Hortensia effectum est, ut (nundinae) fastae essent, uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent.

athmeten, den das römische Recht ursprünglich an sich trug — den eines Stadtrechtes. Denselben Gesichtspunkt für das öffentliche und geistliche Recht und die Religion⁹⁴¹⁾ zu verfolgen, liegt außerhalb der Gränzen unserer Aufgabe.

Die Beschränkungen, denen die Form⁹⁴²⁾ der Rechtsgeschäfte rücksichtlich der Zeit unterlag, lassen sich ebenfalls auf zwei Classen zurückführen: relative und absolute.

Die relative Beschränkung hat in der Idee der Einheit des Rechtsgeschäfts ihren Grund und äußert sich daran, daß die einzelnen Handlungen, welche zur Begründung des Rechtsgeschäfts erforderlich sind, in denselben Zeitmoment fallen müssen. Da wir diesem Punkt an späterer Stelle (B. 3 §. 53) eine eingehendere Erörterung widmen müssen, so können wir ihn hier völlig übergehen.

Die absoluten Beschränkungen waren doppelter Art. Zunächst positiver Art. Für gewisse Geschäfte gab es wie nur einen bestimmten Ort, so auch nur einen ganz bestimmten Zeitpunkt zu ihrer Vornahme, nämlich für die Testamente (zweimal im Jahr⁹⁴⁷⁾ und die Freilassungen (alle fünf Jahr einmal, bei Gelegenheit des Census)⁹⁴⁸⁾ — beides höchst lästig und auf die Dauer unhaltbar und darum durch den Verkehr schon früh beseitigt.⁹⁴⁹⁾ Eine andere Beschränkung war negativer Art: die gerichtlichen Legisactionen sollen nicht an dies nefasti vorgenommen werden. Diese Vorschrift hatte wie die ganze Zeiteintheilung einen religiösen Charakter und bestand nicht für die Partheien (denen ursprünglich die Reihenfolge der dies fasti und nefasti

941) Die klassische Stelle dafür ist Liv. V, 52.

942) Die höchst wichtige Beziehung der Zeit zu dem Inhalt des Rechtsgeschäfts wird in der Theorie des subjectiven Willens erörtert werden.

947) Gaj. II, 101. Calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.

948) Das ergibt sich schon aus der Controverse im *Fragmenta de manum.* (Dosithe.) §. 19.

949) Ueber die Freilassungen s. Note 737.

sogar ein Geheimniß gewesen sein soll), sondern für den Magistrat,⁹⁵⁰⁾ und auch für ihn enthielt sie nur ein bloßes Sollen, d. h. wenn er sie übertreten, so hatte er dies zwar durch ein Piaculum zu büßen, allein die Handlung war und blieb in ähnlicher Weise gültig wie so manche außerprocessualische in Übertretung einer bestehenden Verbindlichkeit vorgenommene Handlungen, m. a. W. die Vorschrift hatte nur die Natur einer lex minus quam perfecta.⁹⁵¹⁾ Aus diesem Grunde waren also die außergerichtlichen Akte des Legisactionenprozesses (S. 619) durch jene Vorschrift ebensowenig gehindert,⁹⁵²⁾ wie die Rechtsgeschäfte, so weit sie nicht der Mitwirkung der Obrigkeit in Form der legis actionio bedurften.⁹⁵³⁾

950) Varro de L. L. VI, 29 praetoribus licet dicere. 30 nefas praetorem dicere. Ebenso Macrob. Sat. I, 16.

951) Varro §. 30 cit. Ulp. Prooem. §. 2. Ähnlich wie bei uns Übertretung der Sonntagsordnung durch Ladengeschäfte während der Kirchzeit, oder, um eine Parallele von unsrern heutigen Beamten zu geben, Copulirung ohne vorheriges Aufgebot.

952) Was Gaj. IV, 29 von der pign. capio bemerkt, ist also keine Irregularität oder utilitarische Bestimmung (Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilproc. I S. 223 „die pign. cap. litt keinen Verzug.“ wobei ihm mehr die deutsche Pfändung als die römische pignor. capio vorgeschwebt haben mag), sondern ein nothwendiger Ausfluß des Princips und galt von allen außergerichtlichen Legisactionen.

953) Ueber die letztere Frage sind freilich die Ansichten getheilt. s. v. Bethmann-Hollweg Röm. Civilg. Prozeß I. S. 86.