



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

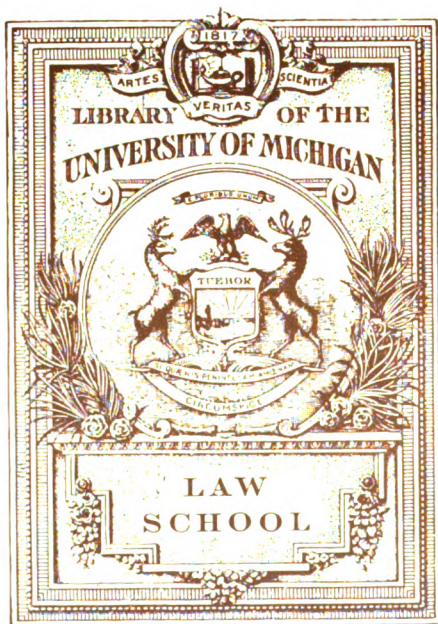
- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.







FL9  
G3.7  
W428  
1840





# Rechtslexikon.

---

Sechster Band.

Hamburg—Ende von L.



# Rechtslexikon

für

Juristen aller deutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

---

Bearbeitet

von

Prof. Dr. **Krudts** in München; Appellationsgerichtspräsident Dr. **Beß** in Leipzig; Adv. **Bopp** in Darmstadt; Reg.-Rath **Buddens** in Leipzig; Adv. **Sans** in Celle; Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Domherr, Ordinarius u. Dr. **Süntner** in Leipzig; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Justizministerialrath Dr. v. **Jagemann** in Karlsruhe; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Prof. Dr. **Luden** in Jena; Reichs- und Staatsrath v. **Maurer** in München; Prof. Dr. v. **Michaelis** in Tübingen; Geheimen Rath Prof. Dr. **Rittermaier** in Heidelberg; Staatsrath Dr. **Otto** in Dorpat; Oberappellationsrath Dr. **Pfeiffer** in Cassel; Geheimen Obertribunalrath Prof. Dr. **Sachta** in Berlin; Prof. Dr. **Kenscher** in Tübingen; Prof. Dr. **Richter** in Marburg; k. k. Appellationsrath Dr. **Fausch** in Klagenfurt; Causler u. Dr. v. **Wächter** in Tübingen; Prof. Dr. **Weiß** in Gießen; Prof. Dr. **Wilda** in Breslau; Prof. Dr. **Witte** in Halle; Oberjustizrath u. v. **Zirkler** in Tübingen, und Andern;

redigirt

von

**Dr. Julius Weiske,**

Professor in Leipzig.

---

**Sechster Band.**

Hamburg—Ende von L.

---

**Leipzig, 1845.**

Druck und Verlag von Otto Wigand.





**Katholische Kirchenverfassung**<sup>1)</sup>. In einem früheren Artikel hatten wir die Verfassung der evangelischen Kirche dargestellt. Dasselbe soll jetzt geschehen rüchfichtlich des Organismus der katholischen Kirche. Da jedoch einzelne Theile desselben in besonderen Artikeln schon besprochen worden sind und andere noch eine selbstständige Behandlung fordern, so wird es hinreichen, wenn wir an dieser Stelle nur die Grundprincipien, durch welche das öffentliche Leben der katholischen Kirche beherrscht wird, in möglichst scharfen Umrissen zeichnen. Wir folgen hierbei den vorhandenen dogmatischen Urkunden, insbesondere den Beschlüssen der Synode von Trident und dem sogen. Tridenter Katechismus, indem wir zugleich, wenn und wo es dessen bedarf, die Geschichte zur Charakterisirung der Kirchenlehre herbeiziehen. Eine vollständige historische Entwicklung konnte schon deshalb von uns nicht versucht werden, weil sie den uns zugemessenen engen Raum um Vieles überschritten haben würde.

I. Die katholische Kirche hat das stolze Selbstbewußtsein, daß die Verheißungen, welche Christus seiner Kirche gegeben hat, nur an sie gerichtet sind, und nur in ihr sich vollenden; sie behauptet, ihre äußere Erscheinung sei der absolute Ausdruck des göttlichen Willens, sie selbst das auf Erden sich sichtbar darstellende Reich Gottes. Sie ist die apostolische<sup>2)</sup>, denn der heilige Geist, welcher den Aposteln verliehen worden, ist bei ihr durch die Bischöfe und den Primat bis an das Ende der Tage; sie ist eben deshalb die unfehlbare und irthumslose, mithin die allein seligmachende, während außer ihr nur Verdammniß und Tod herrschen; endlich ist sie die allgemeine, denn sie ist nicht gebunden an irgend eine nationale Schranke, sondern die Gnaden, welche ihr anvertraut sind, spendet sie allen Völkern, und mit gleicher unauslöschlicher Liebe umfaßt

1) Warheineke, christl. Symbolik Bd. I, Abth. 1—3. System des Katholicismus. Heidelb. 1810 flg. Röbher, die Einheit des Katholicismus oder das Princip des Katholicismus dargestellt im Geiste der Kirchenverf. der drei ersten Jahrh. (Tüb. 1826), 2. Aufl. 1843. Garové, über die allein seligmachende Kirche, 2 Abth. Göttingen 1826 flg. Elvers, das Wesen der älteren und neueren kath. Kirche (Rostock 1832) u. a.

2) Catech. ex decr. conc. Trid. P. I. c. 10. (Ed. Lips. 1840. p. 76 sq.)

sie die Gläubigen aller Orten. Mit diesen, der Kirchenlehre entlehnten Sätzen ist zugleich ein wesentliches Princip des Katholicismus angedeutet: die Verfassung der Kirche ist ein Artikel des Glaubens; sie ist vom Beginn mit der Kirche gesetzt als eine Gewähr und Bürgschaft für die Sendung, welche der letzteren übertragen ist. Es gibt keine Kirche, es sei denn mit dieser Verfassung. Es versteht sich von selbst, daß diese Gleichförmigkeit und Nothwendigkeit nicht für alle Verhältnisse gefordert und behauptet werden kann<sup>3)</sup>, vielmehr gibt es im Einzelnen viele, für welche die Veränderlichkeit und Beweglichkeit in Anspruch genommen wird. Indessen ist doch hier alle Willkür ausgeschlossen, denn auch für diese Seite des kirchlichen Lebens ist in dem Dogma der unveräußerliche Maßstab gegeben, und alle zu jener gehörende Einrichtungen haben auf dieses eine notwendige Beziehung. Unsere Aufgabe wird sich zunächst auf die Darstellung der fundamentalen Sätze zu beschränken haben.

II. Christus selbst hat seiner Kirche, in der seine erlösende That sich täglich erneuert und bis an das Ende der Zeiten fortsetzt<sup>4)</sup>, die Hilfsmittel anvertraut. Er hat den Aposteln den Auftrag gegeben, seine Lehre allen Völkern zu verkünden<sup>5)</sup>. Er hat ihnen endlich auch das Regiment seiner Kirche übertragen<sup>6)</sup>. Alle diese Vollmachten bilden in ihrer Gesamtheit die Kirchengewalt, welche hiernach eine dreifache Richtung hat, a) auf die Vermittlung der Gnade in den Gläubigen (*potestas ordinis*), b) auf die Erhaltung und Verbreitung der Lehre (*potestas magisterii*) und c) auf die äußere Ordnung und Leitung. Die älteren Schriftsteller scheiden sie, schon nach dem Vorgange des h. Thomas von Aquino<sup>7)</sup>, in die *potestas ordinis* und *iurisdictionis*, und diese Eintheilung ist bekanntlich auch in die Bekenntnisse der evangelischen Kirche übergegangen<sup>8)</sup>. Sie ist indessen nicht erschöpfend, weil sie die Lehrgewalt unter der *potestas ordinis* begreift, von der sie doch specifisch verschieden ist. Aus diesem Grunde ist die von uns gewählte Trichotomie bei den neueren katholischen Dogmatikern und Canonisten die übliche<sup>9)</sup>.

a) *Potestas ordinis*<sup>10)</sup>.

Für die Verwaltung der heiligen Handlungen hat Christus als Organ das Priesterthum eingesetzt, welches durch die Ordination seine Beglaubigung und Befähigung empfängt. Dieses ruht nach der Lehre der Kirche primär in dem Episcopate, welcher der Träger aller Heilsvollmachten, und deshalb mit dem heiligen Geiste ausgestattet ist. Von ihm geht

3) C. 11. Dist. XII. (Augustin.), c. 2. Dist. XIV. (Leo I.)

4) Matth. XXVIII. 19, Joh. XX. 21 sq., Luc. XXII. 19.

5) Matth. XXVIII. 19 sq., Marc. XVI. 15.

6) Matth. XVI. 19, XVIII. 18.

7) *Duplex est spiritalis potestas. Una quidem sacramentalis, alia iurisdictionalis*, vgl. die Stelle bei Devoti, instit. canon. T. I. p. 107. (Ed. Gand. 1836.) — Catech. conc. Trid., P. II. c. 7. qu. 6 sq.

8) Apol. Conf. XIV.

9) S. z. B. Klee, Dogmatik Bd. I, S. 162 sq., Walter, Kirchenr. S. 30 der 9. Aufl.

10) Catech. conc. Trid. l. c. qu. 7 sq.

durch das Sacrament der Weihe das Sacerdotium auf die einfachen Priester, jedoch nur in beschränkter Weise, über, indem namentlich das Recht der Ordination zu den höheren Graden (oben unten) unter allen Umständen allein von dem Bischof geübt werden kann. Gemeinsam aber haben Bischöfe und Priester die Darbringung des Opfers im Abendmahle, und weil sich in diesen zunächst der Begriff des Priestertums realisiert, wird von der Kirche die Einheit ihrer Weihe behauptet. Zur Hilfestellung (ministerium) sind den Priestern schon in der apostolischen Zeit die Diaconen<sup>11)</sup> beigegeben, und später sind auch noch andere liturgische Aemter, jene der Subdiaconen, Acoluthen, Exorcisten, Lectoren und Ostiarien<sup>12)</sup> angeordnet worden. Diese sind jetzt nicht mehr in Übung, aber die entsprechenden Ordinationen sind geblieben, und noch immer gilt der absolute Grundsatz, daß die Priesterweihe nur in allmählichem Aufsteigen durch die einzelnen niederen Grade gewonnen werden kann. Zu ihr tritt dann als Ergänzung die Consecration des zu einem Bisthume Erwählten hinzu. Hiernach bestehen in der Kirche die sieben Weihen der Ostiarien, Lectoren, Exorcisten, Acoluthen, Subdiaconen, Diaconen und Priester, einschließlich der Bischöfe, welche in ihrer Gesamtheit die hierarchia ordinis bilden. Die Kirche theilt sie in ordines maiores und minores, von denen jene die Bischöfe, Priester, Diaconen und Subdiaconen, diese die übrigen begreifen. Diese ganze Eintheilung ist indessen disciplinärer Natur, wie schon daraus hervorgeht, daß der Subdiaconat erst im Mittelalter seine Stelle unter den höheren Weihen eingenommen hat<sup>13)</sup>. Ueberhaupt beruht zwar die Einsetzung der Bischöfe, Priester und Diaconen, nicht aber auch durchgängig die Vertheilung der Functionen unter denselben auf göttlicher Anordnung<sup>14)</sup>. In diesem Bezuge hat vielmehr die Kirche mit Freiheit die Abgrenzung getroffen; doch ist es göttlichen Rechts und deshalb unabänderlicher Grundsatz, daß der Bischof ausschließlich die höheren Weihen und wenigstens ordnungsmäßig die Confirmation erteilt, daß nur ein Priester das Opfer darbringt, und daß endlich, abgesehen von der Nothtaufe, nur Priester und Diaconen das Tauf sacrament spenden.

Es ist von großem Interesse, mit diesen der Dogmatik entlehnten Sätzen die geschichtliche Entwicklung zu vergleichen. Die Apostel konnten kein ausschließendes, zwischen den Gläubigen und dem Anfangspunkte der Erlösung vermittelndes Priestertum, denn für sie gab es nur Einen wahren Priester<sup>15)</sup>, den rechten ewigen Hohenpriester der gesammten

11) Apostelgesch. VI. 1 fig.

12) Alle diese werden erwähnt in einem Briefe des Papstes Cornelius bei Euseb. VI. 43.

13) Vgl. c. 4. Dist. LX. (Urban. II.) mit c. 9. X. de act. et qual. (I. 14.) und c. 7. de serv. non ord. (I. 18.) S. Richter, Kirchenr. §. 93, Anm. 6.

14) Eine gute Untersuchung über diesen Punkt, und über das Verhältnis zwischen der potestas ord. und iurisd. bei Devoti, comment. T. I. p. 1 sq.

15) Wir brauchen hier ein Wort von Nothe, die Anfänge der christl. Kirche S. 158 fig.

Menschheit, welcher dem sündigen Geschlechte den Zugang zu Gott wieder geöffnet hat, und denselben fortwährend jedem Einzelnen vermittelt. Unter ihm waren die Christen ein großes Priestergeschlecht, das in der wahrhaftigen, lebendigen Gemeinschaft seiner Glieder unter einander keines besonderen menschlichen Vermittlers zwischen sich und Christo bedarf, dessen Individuen, so weit sie überhaupt ihm realiter angehören, alle wesentlich in dem nämlichen Verhältnisse zu Christo und durch ihn zu Gott stehen. Deshalb gab es auch nicht eine Ordination, durch die ein solches Priestertum hätte fortgepflanzt werden können, und die bei der Uebertragung des Gemeinbedienstes übliche, aus dem Judenthume beibehaltene Handauslegung kann als solche nicht betrachtet werden<sup>16</sup>). Aber früh schon hat die Kirche die alttestamentlichen Ideen auf sich einwirken lassen. Schon bei Tertullian, noch mehr bei Eyprian, ist die Idee eines von den Laien spezifisch verschiedenen Priestertums vollendet, und wenn noch später in einzelnen Schriften der Väter die evangelische Anschauung hervortritt<sup>17</sup>), so wird dieses wenigstens nicht als Beweis für die Fortdauer der Idee eines allgemeinen Priestertums in dem Bewußtsein der Kirche betrachtet werden dürfen, in der schon im dritten Jahrhunderte die Idee des Gesetzes den Sieg errungen hatte. -- Ein weiterer Punkt, in welchem die Kirchenlehre mit der Geschichte im Widerspruche steht, ist die göttliche Stiftung des Episkopates und das Verhältniß der Bischöfe zu den Priestern. Es ist hier nicht der Ort, auf die große Streitfrage von dem Ursprunge des bischöflichen Amtes einzugehen<sup>18</sup>), und zwischen den Ansichten der protestantischen und der katholischen, beziehentlich der der anglicanischen Kirche angehörenden Schriftsteller abzuwägen. Aber so wenig wir uns zu der früher von vielen Protestanten vertheidigten Meinung bekennen mögen, nach welcher der Episkopat dadurch entstanden sein soll, daß sich in den Presbytercollegien überall ein kluger Kopf das Uebergewicht verschafft habe (eine Meinung, die gegenüber der durchaus gleichmäßigen Entwicklung in allen Theilen der Kirche als eine völlig unmögliche erscheint), so wenig wir das protestantische Interesse für gefährdet halten, wenn wir mit Rothe den Episkopat an die apostolische Zeit anknüpfen, — so sehr müssen wir von dem Standpunkte der vorurtheilsfreien Geschichtsbetrachtung eine göttliche Nothwendigkeit des bischöflichen Amtes in seiner Verschiedenheit von den Presbytern leugnen. In ähnlicher Weise hat sich das kirchliche Dogma von der Geschichte abgetrennt rücksichtlich der Ordination. Ursprünglich war diese die mit einer feierlichen Einweihung verbundene Uebertragung des Amtes selbst<sup>19</sup>), und noch im fünften Jahrhunderte wurden beide so

16) Rothe a. a. D. S. 160.

17) Vgl. die Stelle aus dem Ambrosiaster (Hilarius Diac. u. 380.) in Comm. ad Ephes. 11. bei Gieseler, Kirchengesch. Bd. I, S. 108.

18) Literatur bei Gieseler a. a. D. S. 104 flg., und in diesem Werke Bd. II unter dem Art. Bischof, Note 6.

19) Reander, Geschichte der Pflanzung und Leitung der christlichen Kirche durch die Apostel Bd. I, S. 213.

sehr als unzertrennlich angesehen, daß das Concilium von Chalcedon die ohne Anstellung erteilte Ordination als unwirksam bezeichnete<sup>20)</sup>. Gerade diese Weihen, die wir jetzt mit einem auf die dionysische Rechtsammlung zurückführenden Ausdrucke als absolute bezeichnen, sind jetzt die gewöhnlichen. Die Ordination gibt nach der Kirchenlehre nur die allgemeine Befähigung zur Ausübung heiliger Functionen, und wenn der Geistliche eine erlaubte Thätigkeit entwickeln soll, ist die Anweisung eines bestimmten Wirkungskreises oder Amtes noch besonders erforderlich<sup>21)</sup>. Nur rücksichtlich der bischöflichen Consecration hat sich das alte Recht erhalten, indem diese nur dem zu Theil wird, der zu einem Bisthume wirklich erwählt ist.

Endlich findet sich ein Widerspruch zwischen der Geschichte und der Lehre der Kirche auch rücksichtlich des Subdiaconates und der niederen Weihen<sup>22)</sup>. Diese sind ganz unzweifelhaft nicht apostolischen Ursprunges, sie sind vielmehr erst später entstanden, und es ist sehr zufällig, daß nicht noch andere Ämter, z. B. die in den Ignatianischen Briefen erwähnten Laborantes oder die Cantoren u. s. w., sich erhalten haben. Dennoch hat das Tridentinum<sup>23)</sup> diejenigen mit dem Anathema bedroht, welche die göttliche Einsetzung nicht nur der Bischöfe und Priester, sondern auch der Ministri leugnen würden. Es ist schwer, diesen Widerspruch auszugleichen. Die katholischen Schriftsteller helfen sich durch die Annahme<sup>24)</sup>, es seien ursprünglich alle jene niederen Ämter sammt dem Subdiaconat in dem Diaconat begriffen gewesen und dann durch die Kirche von demselben abgetrennt worden. Dieses ist jedoch eben nur eine Schul- und, setzen wir hinzu, eine Nothmeinung.

b) *De potestas iurisdictionis*<sup>25)</sup>

hat zu ihrer Aufgabe das Regiment der Kirche, sie soll den mystischen Leib Christi, wie der römische Katechismus sagt, zu einem Gott wohlgefälligen Opfer bereiten. Sie ist dem Episkopat anvertraut, der selbst wieder in dem Primat seinen Einheits- und Höhenpunkt hat. Zwischen beiden stehen als Mittelstufen die Erzbischöfe (s. in diesem Werke Bd. III den Art.), Primaten, Eparchen und Patriarchen. Alle in ihrer Gesamtheit bilden die Hierarchy der Jurisdiction. Die Institution der Bischöfe und des Papstes ist eine göttliche That, sie ist so sehr *de fide*, daß wer sie leugnet, aller göttlichen Segnungen verlustig geht. Dagegen gehört der Umfang der bischöflichen Rechte der Jurisdiction nicht in das Gebiet des Glaubens, und auch die Zwischenstufen zwischen dem Episkopat und

20) C. 1. Dist. LXX. — Die weitere Ausführung s. im Art. Ordination.

21) Walter, Kirchenrecht S. 32, vergleicht diese absolute Ordination mit der Creirung der Doctoren, welche ebenfalls ernannt würden, ohne daß man schon wisse, ob sie ein Lehr- oder Staatsamt übernehmen würden. Es scheint, dieser Vergleich sei nach der Einen Seite hin nicht ganz glücklich.

22) Vgl. die Literatur bei Devotil. c. p. 130.

23) Sess. XXIII. De sacr. ord. can. 6.

24) Devotil. c.

25) Catech. conc. Trid. P. II. c. 6. qu. 6.



Primat beruhen nur auf menschlicher Anordnung, so daß sie auch wegfallen können, ohne den Bestand der Kirche zu gefährden. Die Bischöfe empfangen die Gewalt der Regierung durch die Bestätigung ihrer Wahl, welche ein Recht des Papstes ist (s. den Art. Bischof, Bd. II, S. 220).

Wir müssen es uns versagen, diesen Resultaten der Lehre hier eine Geschichte des Primates gegenüberzustellen. Doch können wir nicht umhin, wenigstens der besonders von den älteren protestantischen Schriftstellern angenommenen Ansicht entgegenzutreten, welche den Primat erst durch die falschen Decretalen, also im neunten Jahrhunderte, zu seinem Dasein gelangen läßt. Diese verkümpert die laut redenden Zeugnisse der Geschichte, nach denen es nicht bezweifelt werden kann, daß sich damals schon längst in dem Primat ein Gesetz des Lebens der Kirche vollzogen hatte. Wohl aber ist gewiß, daß jene Decretalen viel dazu beigetragen haben, die Selbstständigkeit des Episkopates aufzuheben, und daß durch sie wesentlich die Ausbildung der Anschauungen gefördert worden ist, welche sich in den päpstlichen Decretalen des Mittelalters entfalten<sup>26)</sup>. Nach diesen ist der Primat der Schwerpunkt der Verfassung; in ihn ist von Christus die Fülle der Gewalt gelegt; der Papst ist der in sichtbarer Gestalt wieder erscheinende Christus selbst. Von ihm empfangen alle Träger der Gewalt ihren Auftrag, den er nach dem Bedürfnisse mehren und mindern kann, weil sie nur die von Gott ihm beigeordneten Gehilfen sind. Diese Auffassung, welche jetzt das Papalsystem genannt wird, haben große Päbste des Mittelalters zu verwirklichen gewußt. Aber als die Lebenskraft des Primates im vierzehnten Jahrhunderte gebrochen war, deutete zuerst die Wissenschaft<sup>27)</sup> wiederum auf den Episkopat hin, der, zum Concilium vereinigt, zum Regenten der Kirche gesetzt sei, und dessen Rechte die päpstliche Usurpation nicht aufgehoben habe. Später suchte diese, besonders von den Franzosen<sup>28)</sup> gepflegte und weitergebildete Ansicht in den Concilien von Constanz und Basel sich auch practisch zu behaupten<sup>29)</sup>, ja das letztere versuchte durch die Anordnung regelmäßig wiederkehrender allgemeiner Synoden eine Verfassung herzustellen, welche das Uebergewicht der päpstlichen Gewalt für alle Zeit zu einer Unmöglichkeit gemacht haben würde. Seine Beschlüsse wurden jedoch bekanntlich

26) Hier kann auf Hurter's Geschichte Papst Innocenz III., Bd. III, verwiesen werden, welche S. 60 flg. die Anschauungen dieses Papstes vollständig und mit Vorliebe wiedergibt. — Eine Sammlung der älteren Vertheidiger des Primates ist Rocca berti, bibliotheca maxima pontificia (Rom. 1689.) 2 Bde., Fol. Aus der neueren Zeit gehören hierher die Werke von Le Maistre, Nothenfee, Roskovány und Wd niger.

27) Hier ist besonders Marsilius von Padua zu nennen, dessen Schriften (De translatione imperii und Defensor pacis de re imperatoria et pontificia adversus usurpatam Romani Pontificis iurisdictionem) bei Goldast (Monarchia S. R. Imp.) stehen.

28) Nicolaus de Clamengis, Petrus de Alliaco, Gerson u. A. Vgl. die Anführungen bei Richter, Kirchenr. §. 27.

29) v. Wessenberg, die großen Kirchenversammlungen des 15. und 16. Jahrh. (Constanz 1840), 4 Bde. — Dagegen Hefeler, kritische Beleuchtung. Tüb. 1841.

nicht zur That, vielmehr gewann ihre Gegensatz, den aus dem Buche des Lebens zu vertilgen sie versucht hatten, neue Kraft in der Reaction gegen die evangelische Kirche, welche zur Abwehr eines, das innerste Leben gefährdenden Angriffes alle Kräfte zu Orient vereinigt hatte<sup>30</sup>). Hier consolidirte sich die römisch-katholische Kirche von neuem, indem sie ihr Bewußtsein auf der Grundlage der Scholastik des Mittelalters zu einem enggeschlossenen Systeme entfaltete, das nunmehr das Grundfundament ihres Lebens bildet. Zwar über das Verhältniß der Bischöfe zu dem Papste sprach sich die Synode nicht ausdrücklich aus, sie vermied vielmehr absichtlich auf diese bedenkliche Frage einzugehen. Was jedoch das Wort nicht offenbaren sollte, bezeugte sich durch die That, denn alle Schlüsse der Synode setzen den Papst als den Träger der höchsten Gewalt voraus, und sie anerkannten ihn als den Nerven in Sachen des Glaubens und der Disciplin, als sie sich selbst seiner Bestätigung unterwarfen. Auf dieser Grundlage gelang es denn, besonders mit Hilfe des Jesuitenordens, dem Primat wiederum sein Uebergewicht in der kirchlichen Lebensordnung zu sichern. Erst im achtzehnten Jahrhunderte tritt, genährt durch die Erinnerung an die vier Artikel des gallicanischen Clerus von J. 1682<sup>31</sup>) und gestärkt durch die canonische Wissenschaft<sup>32</sup>), das Episkopalssystem in dem bekannten Werke des Febronius (v. Hontheim) hervor<sup>33</sup>), und dann in den von den geistlichen Kurfürsten zu Ems gefaßten Beschlüssen v. J. 1786<sup>34</sup>). Auch jetzt aber regte es sich vergeblich und zwar verhinderten seinem Sieg nicht allein die politischen Verhältnisse, sondern eben so sehr die Inconsequenz, welche sein wesentlicher Fehler ist. Nach ihm<sup>35</sup>) ist der Papst der Erhalter der Einheit, und für diesen Zweck sind ihm bestimmte wesentliche Rechte gegeben, das Recht der Aufsicht, der höchsten Vollstreckung und der Devolution, das Recht, provisorisch Glaubensstreitigkeiten zu schlichten und neue Disciplinargesetze, vorbehaltlich jedoch der Reception in den einzelnen Landeskirchen, zu er-

30) Ueber die Geschichte der Synode von Trient s. unter dem Art. Kirchenversammlungen, und die literär. Nachweisungen bei Richter, Kirchenrecht §. 32.

31) Aeltere Werke von Bossuet und Dufin, und Köhler, gesch. Darstellung der vom gallican. Clerus abgefaßten Erklärung. Hadamar und Gobt. 1815. Diese Artikel, in denen sich das Episkopalssystem in voller Schärfe ausdrückt, gelten noch jetzt als Grundgesetz und müssen noch jetzt von den Bischöfen unterzeichnet werden. Vgl. die Notizen bei Vaillekroy, traité de l'administration du culte catholique (Paris 1842.) p. 229 sq.

32) Bef. van Espen, ius eccl. univ.

33) De statu ecclesiae et legitima potestate Romani Pontificis. Francof. 1763 sq. — Justinii Febronii Comment. in suam retractationem. Francof. 1781. Interessante Nachträge zu der letzteren Schrift in Gesta Trevir. ed. Müller et Wytttenbaach T. III. p. 52. der Nachtr.

34) Münch, Geschichte des Emser Congresses. Karlsr. 1840. — Werkwürdige Aufschlüsse über die episcopale Richtung in der Erzdiocese Mainz gibt: Kopp, die kath. Kirche im 19. Jahrh. Mainz 1830.

35) Ein Verzeichniß der episcopal. Schriftsteller s. bei Droste-Hätschhoff, Kirchenr. Bd. II, S. 164 flg. Zu diesen ist vor allem noch der Name des Verf. selbst zu fügen.

lassen. Daneben übt er aber auch viele Rechte aus, die nicht in dieser seiner ursprünglichen Bestimmung begründet, sondern, wie das Dispen- sationsrecht, das Recht Bischömer einzurichten, zu theilen und zu unter- drücken, Bischöfe zu bestätigen, zu versetzen und zu removere u. a., von den Erzbischöfen und Provinzialsynoden auf ihn übergegangen sind. Diese sollen ohne Gefahr für den Begriff des Primates wegfallen können, ja ihre Zurückgabe an die letzteren wird eben als das Ziel jeder Reform- bestrebung in der Kirche betrachtet. In der That ist nicht zu leugnen, daß viele Rechte, welche der Pabst jetzt ausübt, früher den Erzbischöfen und Synoden zugestanden haben, denen sie, als *causae maiores*, zum Theil schon früh und zwar eben zum Zwecke der Erhaltung der Einheit entzogen worden sind. Dennoch erscheint jene ganze episkopalistische Theorie bei näherer Betrachtung als unhaltbar, weil sie zwar das Prin- cip will, aber die nothwendigen Konsequenzen desselben in Abrede stellt. Wenn der Pabst der Erhalter der Einheit ist, und dieß gestehen alle Episkopalisten zu, so weit sie nicht schismatisch sind, wo ist das Ende seiner Thätigkeit und das Urtheil über dasselbe? wer sagt ihm das Hier- her und nicht weiter, wenn er erklärt, daß es mit der bischöflichen Ge- walt nicht genug sei, daß vielmehr eine außerordentliche Lebenslage der Kirche ein weiteres Eingreifen erheische? wer will entscheiden, ob das Recht, welches heute ein ganz außerwesentliches ist, nicht morgen ein ganz we- sentliches sein wird, von dem das ganze Heil der Kirche abhängt? Auf diese Fragen müssen die Episkopalisten die Antwort schuldig bleiben, weil es nicht möglich ist, zwischen den wesentlichen und unwesentlichen Rechten befriedigend und erschöpfend abzugrenzen. Sollen wir also sagen, welches System in dem heutigen Zustande der Kirche seinen Ausdruck finde, so werden wir allerdings nur das Papalsystem als solches bezeichnen kön- nen, nur daß es gemildert ist durch die Umstände. Es ist unzweifelhaft, der Episkopat muß auch den Anhängern dieses Systems göttlicher Stif- tung sein; aber eben so sehr ist es der Primat, denn Christus der gött- liche Stifter der Kirche ernannte in der Person des heiligen Petrus den römischen Bischof zu seinem Stellvertreter auf Erden, und übertrug ihm den Primat nicht allein der Ehre, sondern auch der Jurisdiction, kraft dessen er als Oberhaupt die allgemeine Kirche beherrscht und regiert<sup>36)</sup>. Beide Sätze versöhnen neuere Canonisten so, daß sie den Pabst und die Bischöfe zu einander in das Verhältniß wie das Haupt zu den Gliedern stellen, so daß zwar die Fülle der Gewalt in dem Gesamtkörper des Episcopates ruht, jedoch der Pabst den Bischöfen sowohl einzeln als in ihrer Gesamtheit gegenüber immer das Oberhaupt und die höchste Auto- rität ist<sup>37)</sup>.

36) Aus der *Esposizione dei sentimenti*, in welcher der Cardinal Con- salsi auf die Propositionen der zur gemeinsamen Unterhandlung mit dem röm. Stuble verbündeten Staaten antwortete, bei Münch, *Concordate* Bd. II, S. 380. Vgl. in diesem Werke den Art. *Concordate* Bd. II, S. 766.

37) Klee, *Dogmatik* Bd. I, S. 293 flg.

38) Walter, *Kirchenrecht* S. 284. — Von den Rechten, welche der Pabst gegenwärtig ausübt, wird in einem besonderen Artikel gehandelt werden.

c) *Potestas magisterii*<sup>39)</sup>.

Nach dem Dogma der Kirche hat Christus ein mit dem heiligen Geiste ausgestattetes Organ eingesetzt, durch welches seine Lehre in unverfälschter Reinheit verbreitet, erhalten und gegen die Irreligion bezeugt wird. Dieses ist der Episkopat mit seinem Einheitspunkte, dem Pabste. Die Entscheidungen desselben sind unfehlbar und fordern ebendeshalb unbedingte Annahme. Sie erfolgen in doppelter Weise; zunächst so, daß die Bischöfe auf Berufung durch den Pabst zu einem Concilium zusammentreten, und auf diesem ihr Glaubensbewußtsein kund thun. Aber diese feierliche Form ist weder unbedingt nothwendig, noch unter allen Umständen möglich, vielmehr hat in vielen Fällen die zerstreute Kirche durch ihr Zusammenstimmen das mit ihr selbst gesetzte Dogma bezeugt. Eine hier einschlagende höchst wichtige Frage ist freilich diese, ob nicht schon den Lehrentscheidungen des Pabstes allein die Unfehlbarkeit zukomme. Die Kirche hat dieses nicht ausdrücklich ausgesprochen. Die Pabste jedoch haben sehr oft für sich die Infallibilität in Anspruch genommen, und neuere und ältere Theologen haben dieselbe vertheidigt.

III. Nach unserer bisherigen Darstellung ruht die Kirchengewalt in einem abgeschlossenen Stande, in welchem sie sich in ununterbrochener Ordnung erhält und fortpflanzt. Diesen Stand nennt die Kirche mit einem Ausdrucke, der schon bei Eyprian, und zwar in seiner unevangelischen Beziehung, technisch ist, den Klerus<sup>40)</sup>. Die gemeinen Glieder der Kirche, die Laien, verhalten sich zu demselben lediglich als gehorchend und empfangend. Ihnen gebührt an der Leitung der Kirche schlechthin kein Antheil, sondern sie haben die Verpflichtung, sich in Gehorsam unter das von Gott gesetzte Regiment zu beugen. Diese, dem Geiste der Kirche und ausdrücklichen Bestimmungen entsprechenden Sätze sucht eine neuere Theorie durch die Bemerkung zu temperiren<sup>41)</sup>, daß den Laien ein großer Antheil bei den meisten Zweigen der äußeren Kirchenzucht, namentlich bei der Besetzung der Aemter und der Verwaltung des Ver-

39) Vgl. die Ausführung und die Citate bei Klee a. a. D. S. 244. Nach diesem ist die Infallibilität des Pabstes als eine höchst achtungswürdige Meinung in der Kirche und des Beifalls werth. Die vier Artikel des gallicanischen Clerus behaupten gerade das Gegentheil.

40) κληρος ist der Plas, der ursprünglich durch Gottes Fügung oder die von ihm geleitete Wahl Jedem in der Gemeinde angewiesen ist, daher κληρος = Kirchendämter. Ueber die allmälige Bildung des Sprachgebrauches s. Sieffeler a. a. D. und Reander, Kirchengesch. Bb. I, S. 334 flg. der 2. Ausg. Später wurde der Ausdruck bald daher erklärt, daß der Apostel Matthias durch das Loos (Apostelgesch. I. 26) gewählt worden sei, c. 1. Dist. XXI., bald knüpfte man ihn an die Geschichte des Stammes Levi, den Gott sich zum Erbtheile vorbehalten habe, und als dessen Nachfolger der christliche Priesterstand zu betrachten sei, c. 5. C. XII. qu. 1. — Nach Walter, Kirchenr. S. 47, sollen Ansbund und Verhältnis sich auf das Bestimmteste schon bei Clem. Rom. und in dem Briefen des Ignatius finden, wogegen auf Reander, a. a. D. S. 335, und Kothé, a. a. D. S. 733, verwiesen werden darf. Ueber die der römischen Municipalverfassung entlehnte Benennung ordo, welche bei Tertullian vorkommt, s. Kothé a. a. D. S. 154, und Richter, Kirchenr. §. 13.

41) Walter, Kirchenr. S. 48 flg.

mögens, gestattet sei, und daß dieses namentlich hervortrete in dem Verhältnisse der christlichen Obrigkeit zur Kirche, sobald dieses im Sinne des Christenthums geordnet und gehandhabt werde. Gegen diese Theorie mag es vergönnt sein, uns hier lediglich auf die scharfe und treffende Beurtheilung Puchta's<sup>22)</sup> zu beziehen<sup>23)</sup>.

**Kauf und Verkauf, emtio, venditio<sup>1)</sup>. I. Begriff<sup>2)</sup>.**  
Der Kauf (emtio) resp. Verkauf (venum datio, venditio) ist nach römischem Rechte derjenige Consensualcontract, wodurch der eine Contrahent, Käufer (emtor), eine bestimmte Summe Geldes dem anderen Contrahenten, Verkäufer (venditor), gegen Ueberlassung und fortdauernde Sicherung des Besizes einer Sache, die nicht Geld ist, zu geben verspricht<sup>3)</sup>. Dieser Vertrag, unstreitig der älteste der aus dem ius gentium ins römische Civilrecht aufgenommenen Consensualcontracte, hat sich bei dem Wachsen der Bedürfnisse und der damit zusammenhängenden Ausdehnung des Verkehrs aus dem Tauschhandel, dem Hingeben von Sachen gegen Sachen, in der Weise gebildet, daß in dem gemünzten Gelde ein bestimmter und sicherer Werthmesser gefunden und auf der einen Seite als ausschließliche Gegenleistung festgehalten wurde<sup>4)</sup>. Hiernach erscheint also der Kauf als eine species des Tausches, von welchem er jedoch in vielen wesentlichen Punkten abweicht. In der weiteren Entwicklung hat er eine solche Selbstständigkeit erhalten, daß er von den römischen Juristen als Normalcontract für alle onerosen bonae fidei Contracte aufgestellt worden ist.

In Beziehung auf den Abschluß des Kaufes ist folgende Terminologie hervorzuheben: 1) Emtio et venditio perfecta bezeichnet a) ein Kaufgeschäft, wodurch die beiden Contrahenten zwar gebunden, aber noch nicht zur Vortreibung der gegenseitigen Leistungen berechtigt werden, z. B. ein Kauf unter einer Suspensivbedingung. Diesem steht der noch nicht abgeschlossene Kauf (emtio imperfecta) als ein ganz wirkungsloser gegen-

42) Recht der Kirche S. 125 fl.

43) Ueber das Verhältniß des Staates zu der Kirchenverf. s. den Art. Staat und Kirche. Wegen der besonderen Gestaltungen in einzelnen Ländern, welche hier absichtlich übergangen sind, ist auf die speciellen Artikel über einzelne Theile der Verfassung zu verweisen.

1) Literatur: Ernst Chr. Westphal, Lehrbuch des gemeinen Rechtes vom Kauf-, Pacht-, Miet- und Erbkäufcontracte, von der Cession, auch der Gewährung des Eigenthums und der Mängel (Leipzig 1807), 2. Aufl. Georg Karl Treitschke, der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel. Leipzig 1838. — Glück, Commentar der Pandekten Th. 16, 17 n. 20. — Unterholzner, von den Schuldverhältnissen (Leipzig 1840), Bd. 2, S. 216—298.

2) Quellen: J. de emtione et venditione. (3. 23. [24.]) D. de contrahenda emtione et de pactis inter emtores et venditores compositis et quae res venire non possunt. (18. 1.) C. de contrahenda emtione et venditione. (4. 38.)

3) Pr. §. 2. J. h. t. L. 1. L. 2. §. 1. D. eodem.

4) L. 1. §. 1. D. h. t.

5) L. 7. §. 6. D. de pactis. (2. 14.)

über<sup>6)</sup>. b) Ein Kaufgeschäft, welches so vollständig abgeschlossen ist, daß beide Theile nicht nur gebunden, sondern auch die gegenseitigen Leistungen zu fordern berechtigt sind, so daß selbst in dem Falle, wo die verkaufte Sache nachher durch Zufall beim Verkäufer untergegangen ist, der Käufer sich der Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises nicht entziehen kann, z. B. ein pure oder in diem abgeschlossener Kauf<sup>7)</sup>. Diesem steht sodann als *emptio imperfecta* die unter a) angegebene *emptio perfecta* gegenüber.

2) *Emtio et venditio nulla*, das Kaufgeschäft, welches aus Mangel der wesentlichen Erfordernisse ganz wirkungslos ist<sup>8)</sup>. Eine *emptio nulla* ist demnach auch die unter a) angedeutete *emptio imperfecta*.

3) *Emtio impleta*, ein Kaufgeschäft, aus welchem die wechselseitigen Verbindlichkeiten durch die von beiden Seiten erfolgte Leistung aufgehoben sind<sup>9)</sup>.

## II. Erfordernisse.

Der Kauf setzt als wesentliche Erfordernisse voraus:

- I. Die Einwilligung der Contrahenten über die beiden Gegenstände des Vertrages (*consensus*).
- II. Eine Sache, in deren Besitz der Käufer gesetzt und geschützt werden soll (*res*).
- III. Eine bestimmte Summe Geldes, Kaufpreis (*pretium*).

I. Die Grundlage des Kaufgeschäftes ist die wechselseitige Uebereinkunft beider Contrahenten über die zu gewährende Sache und den dafür zu zahlenden Preis<sup>10)</sup>. Regelmäßig erhält das Geschäft durch die bezeichnete Einwilligung seine Vollendung, indem mit dem Momente ihres Eintrittes die Verbindlichkeit zur Erfüllung der wechselseitigen Leistungen gegeben ist<sup>11)</sup>. Nur dann, wenn beide Theile ausdrücklich verabredet haben, den Kaufvertrag schriftlich abzufassen, hängt der vollkommene Abschluß von der schriftlichen Aufzeichnung und Unterschrift beider Theile ab<sup>12)</sup>. Denn in der Regel ist eine Form für die Erklärung der Einwilligung nicht vorgeschrieben. Diese letztere kann nicht nur ausdrücklich, und zwar sowohl schriftlich durch Briefe, als auch mündlich in Person oder Stellvertreter, sondern auch stillschweigend durch Handlungen rechts-

6) L. 9. pr. D. h. t. L. 3. C. de resc. vend. (4. 44.) L. 5. C. de Obl. et Act. (4. 10.) Cf. L. 35. §. 5. D. h. t. Bestphal a. a. D. §. 568.

7) L. 35. §. 5. D. h. t. Cf. L. 6. §. 2. D. eodem. L. 8. pr. D. de per. e. com. r. v. e. t. (18. 6.) L. 1. L. 2. C. eodem. (4. 48.)

8) L. 2. §. 1. L. 9. pr. D. h. t.

9) Glück a. a. D. Th. XXI, §. 14. Bestphal a. a. D. §. 774. Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 2, §. 228, §. 440. Bisweilen findet sich jedoch in den Quellen für den Ausdruck *impleta emptio* die Bezeichnung *perfecta emptio*. L. 5. C. de resc. vend. (4. 44.)

10) L. 1. §. ult. D. h. t.

11) L. 1. §. 2. L. 2. §. 1. D. h. t. L. 8. pr. D. de per. e. com. r. v. e. t. (18. 6.)

12) Pr. J. h. t. L. 17. C. de fide instrumentorum. (4. 21.)



giltig erfolgen, vorausgesetzt jedoch im letzten Falle, daß die einwilligende Handlung dem anderen Theile bekannt geworden ist<sup>13</sup>).

Einer Uebergabe der Sache oder Zahlung des Preises bedarf es regelmäßig, um die Vollendung des Kaufes hervorzubringen, nicht; es sei denn die Uebergabe resp. Zahlung die Handlung, aus welcher die Einwilligung geschlossen werden soll. Als eine besondere Art des Verkaufes ist jedoch der öffentliche Verkauf (auctio bei beweglichen und subhastatio bei unbeweglichen Sachen) hervorzuhelien. Hier versammeln sich nämlich die Kauflustigen, um sich wechselseitig zu überbieten. Der Meistbietende wird sodann als Käufer angenommen<sup>14</sup>).

Wenn nun in formeller Beziehung nichts weiter als die in irgend einer Weise wahrnehmbare Erklärung der Einigung beider Theile erfordert wird, so wird doch vorausgesetzt, daß die materielle Grundlage der erklärten Einwilligung, nämlich die Willensbestimmung bei beiden Theilen keine Einwendungen gestatte. Es muß demnach:

1) jeder Contrahent die Fähigkeit haben, sowohl seinen Willen überhaupt unzweifelhaft zu erklären, als auch über sein Vermögen im allgemeinen zu verfügen. Hiernach sind zum Abschließen des Kaufes unfähig:

- a) Unmündige und Wahnsinnige<sup>15</sup>),
- b) gerichtlich erklärte Verschwender.

Es können jedoch die Vormünder und Curatoren gedachter Personen in deren Namen sowohl bei öffentlichen Versteigerungen als in Privatverkäufen Sachen kaufen und verkaufen. Bei den Privatverkäufen wird jedoch vorausgesetzt, daß sie nicht an sich selbst verkaufen oder von sich selbst kaufen<sup>16</sup>).

2) Es muß jeder Contrahent rücksichtlich seiner persönlichen Verhältnisse das Kaufgeschäft nach den gesetzlichen Bestimmungen abschließen dürfen. Die Gesetze untersagen aber den Kauf:

a) jedem Beamten, welcher einen öffentlichen Verkauf leitet oder überhaupt bei demselben thätig ist. Hiernach kann weder der Auctio commissarius, noch der Subhastationsrichter, noch der Auktor, noch der Protocollführer weder in eigener Person, noch durch einen vorgeschobenen

13) L. 1. §. 2. L. 2. §. 1. L. 9. pr. D. h. t. L. 12. D. de evict. (21. 2.) L. 9. C. si quis alteri. (4. 50.) Westphal a. a. D. §. 14.

14) Diese Verkaufsform ist nach röm. Rechte beim Verkaufe der durch Execution gepfändeten Sachen (L. 3. C. de exc. r. i. [7. 53.]), ferner beim Verkaufe der Sachen der Staatsschuldner (L. 1. L. 2. L. 6. C. de fide et iure hastas ficialis [10. 3.]), ferner beim Verkaufe der Grundstücke der Gemeinden, Kirchen- und milden Stiftungen (Nov. 120. c. 6.), und endlich nach der jetzigen Praxis auch beim Verkaufe der Sachen der Ränkel und der verpfändeten Sachen nothwendig.

15) Wahnsinnige können jedoch in lichten Zwischenräumen, welche der andere Contrahent immer nachzuweisen hat, gültige Verkaufsgeschäfte abschließen.

16) L. 5. §. 2—6. L. 6. L. 7. pr. D. de auct. et cons. tut. et iur. (26. 8.) L. 34. §. 7. D. h. t. L. 5. C. eodem. L. 4. §. 1. D. de evict. (21. 2.)

Käufer Sachen kaufen, bei Vermeidung der Strafe des Vierfachen des Preises<sup>17)</sup>;

b) jeder Person, welche im allgemeinen Interesse vom Betriebe des Kaufhandels ausgeschlossen ist<sup>18)</sup>.

Die von vielen Juristen aufgestellte Behauptung, daß ein Arzt mit seinem Patienten, so lange derselbe sich in Gefahr befinde, keinen Kaufvertrag abschließen dürfe, wird durch die Quellen nicht unterstützt. Denn die L. 3. D. de extraord. cognit. (50. 13.), so wie die L. 9. C. de profess. et medicis (10. 52.), beweisen nichts zur Sache. Die erste Stelle redet nur von einem ungebührlichen Benehmen des Arztes und die letzte Stelle handelt von Schenkungen<sup>19)</sup>.

3) Es muß die Einwilligung beider Theile frei und im Ernste erklärt sein. Alles was demnach die Freiheit des Willens ausschließt oder beschränkt, steht auch der Gültigkeit des Kaufes entgegen. In Betreff des Betruges, des Zwanges, der Furcht und des Irrthums gelten somit auch hier die allgemeinen Vorschriften bei Verträgen überhaupt, welche sich in folgende Regeln zusammenfassen lassen:

a) Der Betrug, welcher die Veranlassung zum Kaufgeschäfte gab (dolus causam dans) ist, wenn sich beide Theile wechselseitig betrogen haben, ohne Einfluß; mag sich nun der Betrug auf die Sache, den Preis oder auf die ausbedungenen Nebenbestimmungen beziehen; hat aber nur ein Theil den anderen betrogen, so hat der Betrogene die Wahl, das Geschäft als nichtig anzusehen, oder dessen Aufrechterhaltung zu verlangen, und dann vollkommenen Schadenersatz zu fordern<sup>20)</sup>. Hat dagegen der dolus nur ungünstigere Bedingungen für einen Theil hervorgebracht (dolus incidens), so kann der Betrogene nur Schadenersatz und nie Aufhebung des Vertrages fordern<sup>21)</sup>.

b) Der Zwang und die daraus hervorgegangene Furcht haben unter den beim dolus angegebenen Voraussetzungen auch dessen Folgen. Es

17) L. 46. D. h. t. L. 18. C. de resc. vend. (4. 44.)

18) Nach röm. Rechte war aus diesem Grunde der Kaufhandel untersagt: 1) Den Provinzialbeamten, so lange sie in der Provinz lebten. Nur in Betreff dessen, was zu ihrem täglichen Unterhalte gehörte, war eine billige Ausnahme gestattet. L. 62. D. h. t. L. 6. §. ult. D. de offic. proc. (1. 16.) L. unie. §. 2. 3. C. de contr. iudic. (1. 53.) 2) Soldaten in der Provinz, in welcher sie dienten, mit Ausnahme der väterlichen durch den Fiscus verkauften Güter. L. 9. pr. D. de re milit. (49. 16.) L. pnic. C. negot. no milit. (12. 35.) 3) Bornehmen Standespersonen und reichen Leuten überhaupt. L. 3. C. de commerc. (4. 63.) Nach canon. Rechte sollen auch Geistliche keinen Handel treiben. C. 15. 16. C. de vita et hon. (3. 1.) Alle diese Bestimmungen haben jedoch dort, wo sie nicht ausdrücklich in den Landesgesetzen wiederholt sind, ihre Bedeutung verloren.

19) Gluck a. a. D. Th. XVI, §. 154. Söfchen, Pandektenvorles. §. 495.

20) L. 45. D. h. t. L. 6. §. 4. L. 13. pr. §. 1. 2. D. de act. e. v. (19. 1.) L. 1. C. de aedil. ed. (4. 58.) L. 5. L. 8. C. de resc. vend. (4. 44.)

21) L. 13. L. 3. §. 4. 5. D. de act. e. v. (19. 1.) Cf. L. 32. D. eod.

versteht sich aber von selbst, daß jeder Kauf gültig ist, wozu Jemand rechtlich genöthigt wird, sei es daß Jemand aus einem Vertrage<sup>22)</sup> oder durch Dispositionen eines Erblassers<sup>23)</sup>, oder sei es endlich, daß Jemand aus Gründen des allgemeinen Wohles nach gesetzlicher Vorschrift zum Verkaufe resp. Kaufe verpflichtet ist<sup>24)</sup>.

c) Der Irrthum hat in den unter a) angegebenen Voraussetzungen dieselben Wirkungen, wie der Betrug, also:

α) Haben sich beide Theile in Ansehung der Sache, des Preises oder in den wesentlich ausbedingenen Eigenschaften der Sache geirrt, so ist der Kauf nichtig<sup>25)</sup>.

β) Haben sich die Contrahenten in der Art des Vertrages geirrt, so ist ebenfalls kein Kauf vorhanden<sup>26)</sup>.

γ) Waltet ein Irrthum in den Beweggründen ob, so vernichtet er den Kauf nur dann, wenn der Beweggrund ausdrücklich als Bedingung gestellt ist<sup>27)</sup>.

δ) War der Verkäufer in der falschen Ansicht befangen, er sei zum Verkaufe der Sache rechtlich verpflichtet, so kommt es darauf an, ob diese irrige Ansicht in dem Irrthume über eine Thatsache, bei deren Vorhandensein die Verbindlichkeit zum Verkaufe unzweifelhaft wäre, oder ob sie in einem Rechtsirrtume ihren Grund hat; im ersten Falle ist der Kauf unverbindlich<sup>27)</sup>, im letzten dagegen ist der Kauf gültig und ein Rücktreten von demselben regelmäßig nicht zulässig<sup>28)</sup>.

ε) Ein Irrthum in der Güte oder in der Quantität der Sache ist für die Gültigkeit des Kaufes unerheblich, während ein Irrthum in der Art der Materie den Kauf vernichtet<sup>29)</sup>.

Uebrigens hat jede Undeutlichkeit, welche durch die beim Vertrage gebrauchten Worte hervorgebracht wird, die Auslegung zum Nachtheile des Verkäufers zur Folge<sup>30)</sup>, während die Erklärung nur dann gegen den Käufer ausfällt, wenn der Irrthum von demselben leicht vermieden werden konnte<sup>31)</sup>. Ein Irrthum endlich in der Person des anderen Contrahenten hindert die Gültigkeit des Kaufes nicht, da überhaupt beim Kaufe persönliche Rücksichten ganz gleichgültig sind<sup>32)</sup>.

22) L. 75. D. h. t. L. 21. §. 5. D. de act. e. e. v. (19. 1.) L. 32. §. 3. D. de verb. sign. (50. 16.) L. 2. C. de pactis. int. emt. et vend. (4. 54.)

23) L. 49. §. 8. 9. D. de leg. I. (30.) L. 61. D. eod.

24) L. 2. D. de distract. pign. (20. 5.) L. 14. §. 1. D. quemadm. serv. amitt. (8. 6.) L. 12. pr. D. de relig. (11. 7.) L. 2. C. ut nemiñ liceat in emt. specier. (10. 27.)

25) L. 9. pr. D. h. t. L. 57. D. de Obl. et Act. (44. 7.)

26) L. 58. D. h. t.

27) L. 5. §. 1. D. de act. e. e. v. (19. 1.)

28) L. 9. pr. §. 3. D. de iuris et facti ignor. (22. 6.)

29) L. 10. D. h. t. L. 2. pr. L. 4. §. 1. D. de act. e. e. v. (19. 1.)

30) L. 21. L. 33. L. 34. pr. D. h. t. L. 39. D. de pactis. (2. 14.) L. 172. pr. D. de div. reg. iuris. (50. 17.)

31) L. 15. §. 1. D. h. t.

32) Arg. L. 9. pr. D. de hered. instit. (33. 5.)

Die Einwilligung kann, wenn nach den angegebenen Regeln in materieller Beziehung keine Anstände obwalten, sowohl absolut, pure, als auch unter Modalitäten, erklärt werden. Es kommen deshalb hier noch die Bedingungen mit den bei Verträgen überhaupt eintretenden Wirkungen in Betracht. Sie können beim Kaufe sowohl suspensiv, wie resolutiv gestellt sein. Ist es aber zweifelhaft, ob eine Bedingung für suspensiv oder resolutiv zu erachten ist, so unterscheidet man, ob in Folge des Kaufgeschäftes die verkaufte Sache schon an den Käufer übergeben ist oder nicht; im ersten Falle wird die Bedingung als resolutiv, im letzten dagegen als suspensiv beurtheilt.

Die Contractanten können ihre Einwilligung aber auch noch auf andere Verbindlichkeiten richten, die an sich aus dem Kaufgeschäft nicht hervorgehen. So kann der Käufer sich außer der Sache und der Gewöhnlichkeit derselben, und ebenso der Verkäufer außer dem Preise noch etwas ausbedingen. Diese Nebenverabredungen mußten aber, wenn sie glittig sein, d. h. eine Klage begründen sollten, nach röm. Rechte dem Kaufe in *continenti* hinzugefügt, also bei der Erklärung des Consensus sofort getroffen werden, widrigenfalls sie nur eine Einrede begründeten, welche Unterscheidung jedoch wegen der heutigen Klagbarkeit aller *pacta* jetzt wegfällt<sup>33)</sup>. Solche Nebenbestimmungen unterscheiden sich jedoch von Bedingungen wesentlich dadurch, daß von ihrer Erfüllung oder Nichterfüllung weder die Gültigkeit, noch die Ungültigkeit des Kaufes abhängt, und daß die Erfüllung mit der Kaufklage erzwungen werden kann. Die Bedingungen aber begründen oder vernichten bei ihrem Eintritte oder Nichteintritte die Gültigkeit des Kaufes, und stehen, so weit sie *potestativ* sind, ganz in der Willkür der Parteien. Eine Klage kann selbst auf Erfüllung der *potestativ*bedingung nicht angestellt werden<sup>34)</sup>. Der Käufer muß somit wie jeder Dritte auf die vom Verkäufer angestellte *rei vindicatio* die Sache zurückgeben, wenn in Folge einer Bedingung der Kauf nichtig ist.

II. Die dem Verkäufer obliegende Verbindlichkeit ist die Verschaffung und Sicherung des Besizes an Etwas, was nicht Geld ist. Der nächste und unmittelbarste Gegenstand des Kaufes ist somit eine körperliche Sache; allein auf diese ist der Kauf nicht beschränkt geblieben; er wurde vielmehr ausgebehnt auf die Einräumung von Rechten, insbesondere auch auf die Begründung von dinglichen Rechten durch den Verkäufer, z. B. die Bestellung von Servituten, *Emphyteusis* oder *Superficies*, ferner auf die Uebertragung einer bestehenden *Emphyteusis* oder *Superficies*<sup>35)</sup>, auf die Uebertragung von Forderungen<sup>36)</sup>, wobei der Kauf als Titel zur

33) L. 72. D. h. t.

34) L. 41. pr. D. h. t.

35) L. 8. §. 2. D. de per. et comm. r. v. e. t. (18. 6.) L. 11. §. 2. L. 12. D. de pignor. (20. 1.) L. 10. D. de evict. (21. 2.) Der *usus fructus* als Recht kann übrigens regelmäßig nur vom Eigentümer, und der Gebrauch der *res usufructuaria* vom *usufructuarius* verkauft werden. L. 80. §. 1. D. h. t.

36) L. 9. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.) Cf. D. eodem. (18. 4.)

Cession in Betracht kommt, und endlich auf die Uebertragung eines ganzen Vermögens, namentlich einer Erbschaft<sup>37)</sup>.

Die Sache, welche Gegenstand des Kaufes sein soll, muß folgende Eigenschaften haben:

1) Die Sache muß eine solche sein, welche sich im Vermögen eines Menschen überhaupt befinden und der Veräußerung unterworfen werden kann<sup>38)</sup>.

Es scheiden somit zunächst alle Gegenstände aus dem Kaufverkehre aus, die dem Verkehre entgegen sind; also:

a) Alle freien Menschen<sup>39)</sup>.

b) Öffentliche Sachen, *res publicae* im engeren Sinne, welche zum gemeinen Gebrauche bestimmt sind; denn die zum *patrimonium populi* gehörigen Sachen können gekauft werden<sup>40)</sup>.

c) Die sogen. *res divini iuris*, nämlich die geweihten Gegenstände, *res sacrae*, und die Begräbnisplätze, *res religiosae*<sup>41)</sup>.

d) Die Erbschaft eines Lebenden<sup>42)</sup>.

37) L. 13. §. 8. D. de hered. pet. (5. 3.)

38) L. 8. pr. L. 34. §. 1. D. h. t. L. 7. D. de her. vel act. vend. (18. 4.)

39) L. 4. L. 5. L. 6. pr. L. 34. §. 2. L. 70. D. h. t.

40) L. 6. pr. L. 32. D. h. t.

41) L. 6. pr. L. 22. L. 23. L. 62. §. 1. D. h. t. Nach canon. Rechte ist jedoch jede Veräußerung der Kirchensachen, insofern sie nicht ohne *iusta causa*, d. h. ohne rechtliche Nothwendigkeit oder, mit Ausnahme der Veräußerungen der *res sacrae*, ohne offensbare Nützlichkeit für die Kirche und nicht ohne besondere Solennität vorgenommen ist, giltig. L. 21. C. de sacros. eccl. (1. 2.) c. 5. c. 8. c. 9. H. de reb. eccles. alien. (3. 13.) Als *iustae causae* sind anerkannt: bringende Noth, Bezahlung der Schulden der Kirche, Befreiung der Gefangenen, Unterhalt der Armen während einer Hungersnoth, in welchem Falle selbst geweihte Gegenstände angegriffen werden dürfen. Die erforderliche Solennität besteht darin, daß eine förmliche Verhandlung (*tractatus*) über die Gründe der Veräußerung gepflogen wird, worauf der competente Kirchenobere das *decretum de alienando* erläßt. Außerdem ist aber auch noch die Entscheidung der Staatsgewalt zur giltigen Veräußerung von Kirchensachen erforderlich. Jede Veräußerung von Kirchensachen mit Unterlassung dieser Vorschriften ist nichtig.

42) L. 1. L. 7. L. 8. D. de hered. et act. vend. (18. 4.) Der von Pomponius in dieser Stelle angeführte Grund ist nicht durchgreifend, da Sachen, insofern sie zur Entstehung kommen können, unter Umständen einen Gegenstand des Kaufes bilden. Diese Vorschrift hängt, so weit sie sich auf den Fall bezieht, daß Niemand durch einen Kaufvertrag über seinen eigenen Nachlaß rechtsgiltig verfügen könne, mit der röm. Rechtsansicht zusammen, daß Niemand sich der durch das *ius publicum* beigelegten *testamenti factio* entäußern könne. L. 3. D. qui test. fac. (28. 1.) *Testamenti factio non privati sed publici iuris est.* L. 38. D. de pactis. (2. 12.) *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* Nach dem Rechte der Constitutionen war der über die Erbschaft einer dritten noch lebenden Person dann giltig, wenn die letztere eingewilligt, und diese Einwilligung bis zum Tode, namentlich nicht durch die Errichtung eines Testaments, widerrufen hatte, was ihr jedoch freistand. Denn auch die dritte Person konnte sich durch Einwilligung in den Erbschafts Kauf ihrer *test. factio* nicht begeben. L. 30. C. de pactis. (3. 2.) Ohne die Einwilligung des Dritten betrachtete man es, den *boni mores* zuwi-

e) Gestohlene Sachen, so weit beide Contractanten diesen Fehler der Sache kennen<sup>43</sup>).

f) Gifte, insofern sie nicht wenigstens durch Zusatz einer andern Materie nützlich sein können<sup>44</sup>).

g) Alle Sachen, die dem Kaufverkehre bloß zeitweise oder nur unter gewissen Umständen entzogen sind<sup>45</sup>). Hierher gehören folgende Fälle:

a) Sachen, über welche ein Prozeß schwebt (*res litigiosae*), dürfen, so lange der Prozeß nicht rechtskräftig entschieden oder durch Vergleich beigelegt ist, nicht veräußert werden<sup>46</sup>).

β) Der Getreideverkauf an Ausländer, während polizeilich die Getreideausfuhr verboten ist, begründet keine Verbindlichkeit<sup>47</sup>).

γ) Der Kauf der Früchte auf dem Halme oder des Weines am Stocke, wenn nicht der Marktpreis, wie er zur Zeit der Ernte oder Weinlese steht, oder 14 Tage nach dieser Zeit stehen wird, bedungen worden ist<sup>48</sup>).

δ) In gewisser Beziehung auch der Kauf von Forderungen, in so weit der Kaufpreis nicht den vollen Nominalwerth derselben erreicht. Der Kauf ist zwar nicht ganz nichtig, jedoch insofern theilweise, als der Käufer der Forderung kein Recht auf die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Nennwerthe der Forderung erwirbt<sup>49</sup>).

ε) Gewisse Sachen können nur in so weit gültig verkauft werden, als der Verkauf in einer besonders vorgeschriebenen Art erfolgt, n. B. die Sachen der Pupillen und Minderjährigen, der Kirchen, der Patrimonialgüter des Landesherrn<sup>50</sup>).

In allen Fällen, wo eine dem Verkehre absolut oder unter gewissen Modificationen entzogene Sache den Gegenstand eines Kaufes bildet, ist der beabsichtigte Vertrag ungültig, indem die aus dem Kaufe regelmäßig hervorgehenden Rechte und Pflichten nicht eintreten<sup>51</sup>). Dadurch allein,

der, schon im Voraus auf den Tod eines Dritten Rechnung zu machen. Da sich jetzt Jeder der *teq. factio* gültig entäußern kann, so wird Jeder, der über seinen Nachlaß disponirt, verpflichtet (vgl. Gluck a. a. D. Th. XVI, S. 309 flg.); durch Verträge dritter Personen aber nur dann, wenn er denselben beigetreten ist und zwar mit der Wirkung, daß er nicht willkürlich zurücktreten darf.

43) L. 34. §. 3. D. h. t.

44) L. 35. §. 2. D. h. t. Westphal a. a. D. §. 106.

45) L. 5. C. de legibus. (1. 14.)

46) L. 2. L. ult. C. de litigiosis. (8. 37.)

47) L. 5. C. de legibus. (1. 14.)

48) Reichspolizeiordn. von 1548 Tit. 19, und von 1577 Tit. 19.

49) L. 22. L. 28. C. Mandati v. contra. (4. 35.)

50) Vgl. oben Note 14. Die Bestimmung des L. 41. pr. D. de aed. edict. (21. 1.), wornach Sklaven nicht als Zugabe bei Sachen von geringerem Werthe veräußert werden sollen, ist heute unpractisch.

51) L. 1. §. 9. D. de Obl. et Act. (44. 7.) §. 2. 4. J. de inut. stip. (3. 19.) L. 83. §. 5. D. de verb. obl. (45. 1.) L. 6. pr. L. 34. §. 1. 2. D. h. t. Es versteht sich aber von selbst, daß der Verkäufer dem Käufer wegen Arglist verantwortlich wird, und der Klage auf das Interesse mit der *actio de dolo malo* haftet. L. 62. §. 1. D. h. t.



daß später das der Gültigkeit des Kaufes anfangs entgegenstehende Hinderniß gehoben wird, wird der anfangs ungiltige Kauf nicht giltig, da selbst für den Fall, daß eine zur Zeit des Kaufes dem Verkehre entzogene Sache in der Folge in den Verkehr komme, kein giltiger Kauf eingegangen werden kann<sup>52)</sup>. Ist die gekaufte Sache der Hauptsache nach im Verkehre, so schadet es der Gültigkeit des Kaufgeschäftes nicht, wenn Nebensachen dem Verkehre entzogen sind, wobei natürlich im Betreff der letzteren der Verkäufer zum Erfaxe verpflichtet ist<sup>53)</sup>, im entgegengesetzten Falle aber ist der Kauf ungiltig, es sei denn, daß der Käufer allein diesen Umstand kannte, wo er so beurtheilt wird, als habe er den ganzen Kaufpreis für den Nebenthil der Sache geben wollen<sup>54)</sup>.

2) Die Sache muß regelmäßig in der Wirklichkeit existiren, vorausgesetzt, daß die Contrahenten die Sache als eine vorhandene ansahen. Ist demnach unter dieser Voraussetzung eine Sache zum Gegenstande des Kaufes gemacht, die es überhaupt gar nicht gibt, oder ist die Sache zwar der Existenz nach möglich, aber in der Wirklichkeit zur Zeit des Kaufes nicht vorhanden, so ist der Kauf nichtig, es mag nun a) die Sache existirt haben, aber vor dem Augenblicke des Verkaufsabschlusses untergegangen sein, oder es mag b) die Sache noch gar nicht vorhanden gewesen sein<sup>55)</sup>. Was insbesondre

a) den Fall anbelangt, wenn die Sache vor dem Abschlusse des Kaufes aufgehört hat zu existiren, so ist das Geschäft sowohl wenn beide Theile diesen Umstand kannten, wegen Compensation der wechselseitigen Arglist, als auch wenn beide oder nur einer der Contrahenten ihn nicht kannten<sup>56)</sup>, ganz nichtig<sup>57)</sup>. Ist aber nur ein Theil der Sache vor dem Abschlusse des Vertrages untergegangen, so kommt es, wenn beide Theile diesen Umstand irthümlich nicht kannten, darauf an, ob die Hälfte oder weniger als die Hälfte der Sache untergegangen ist. Im letzten Falle ist der Kauf mit der Maßgabe giltig, daß der Preis der Sache durch Gutachten von Sachverständigen verhältnißmäßig herabgesetzt wird, im ersten Falle ist dagegen der Kauf ganz nichtig<sup>58)</sup>. Kannte aber der Verkäufer die theilweise Vernichtung der Sache, so bleibt der Kauf immer giltig, es mag der größere oder kleinere Theil der Sache untergegangen sein, und der Verkäufer muß zur Strafe seiner Arglist die Sache, wie sie verabredet worden ist, schaffen oder vollständige Entschädigung leisten<sup>59)</sup>. War dagegen nur dem Käufer die theilweise Vernichtung der Sache be-

52) L. 83. §. 5. D. de verb. obl. (45. 1.) L. 34. §. 2. D. h. t.

53) L. 23. 24. D. h. t.

54) Arg. L. 57. §. 2. D. h. t.

55) L. 8. pr. D. h. t. L. 1. 7. 8. D. de her. v. act. vend. (18. 4.)

56) Es versteht sich nach den allgemeinen Regeln über Betrug von selbst, daß der den Untergang der Sache kennende Contrahent dem anderen vollkommene Entschädigung leisten muß. L. 8. D. eod. L. 57. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 9. D. de Obl. et Act. (44. 7.)

57) L. 8. pr. L. 15. pr. D. h. t. L. 7. D. de her. v. act. vend. (18. 4.)

58) L. 57. pr. L. 58. D. h. t.

59a) L. 57. §. 1. D. h. t.

kennt, so muß er gegen Zahlung des vollen Kaufpreises mit dem noch so kleinen Theile der Sache sich begnügen<sup>59)</sup>. — Läßt sich jedoch nicht feststellen, in welchem Verhältnisse der untergegangene Theil zu dem übrig gebliebenen steht, so ist der Kauf in allen Fällen nichtig, wo es nach der eben angegebenen Unterscheidung bei der Aufrechterhaltung des Kaufes auf die Größe des erhaltenen Theiles ankommt<sup>60)</sup>. Endlich ist hier noch der Fall hervorzuheben, wenn Jemand von einer Masse Sachen, deren Größe nicht bestimmt ist, entweder einen durch Theilung abzufordernden aliquoten Theil oder eine durch Zuzählen, Zumessen oder Zuwägen festzusetzende Quantität verkauft, und vor der Theilung oder vor dem Zumessen, Zuzählen oder Zuwägen die ganze Masse untergeht. Da hier die Ermittlung des Kaufobjectes unmöglich geworden ist, der Kaufvertrag somit ohne Kaufgegenstand erscheint, so ist der Kauf ganz unwirksam, in soweit dem Verkäufer bei der Behandlung der Sache kein Vorwurf gemacht werden kann<sup>61)</sup>.

b) Was dagegen den Fall betrifft, daß eine noch nicht existierende ungewisse Sache zum Gegenstande des Kaufes gemacht ist, so ist der Verkauf gültig, wenn die Parteien beim Abschlusse des Geschäftes die Sache in ihrer Auffassung als eine unbestimmte, noch nicht existirende angesehen haben. Dieses ist nun denkbar

a) in der Weise, daß für die zukünftige, ganz ungewisse Sache, sie mag zur Existenz kommen oder nicht, der verabredete Preis vom Käufer bezahlt werden muß (*emptio spei simpliciter*); z. B. Jemand verkauft den Gewinn eines Lotterieloses vor der Ziehung, den Ertrag einer zu veranstaltenden Jagd u. s. w. In diesem Falle ist nicht sowohl die ungewisse Sache, als vielmehr die Hoffnung auf dieselbe der Gegenstand des Kaufes<sup>62)</sup>. Dieser Kauf erscheint dann als ein gewagtes Geschäft.

β) In der Weise, daß die Ueberlassung einer zukünftigen Sache versprochen wird, deren Existenz nach dem natürlichen Laufe der Dinge zwar zu erwarten steht, deren Umfang und Beschaffenheit aber ungewiß ist (*emptio rei speratae*). Hier tritt die vollständige Gültigkeit des Vertrages, wie bei einem bedingten Kaufe, erst mit der Verwirklichung der Sache ein. Bis zu diesem Augenblicke sind die Contrahenten insoweit gebunden, als sie nichts vornehmen dürfen, wodurch die Verwirklichung der Sache verhindert würde, und der Verkäufer sogar gehalten ist, Alles das zu thun, was im concreten Falle zur Begründung der Existenz der Sache nöthig ist<sup>63)</sup>. Tritt nur eine theilweise Verwirklichung der Sache ein, so wird der Kaufpreis verhältnißmäßig entrichtet. Im Zweifel, wenn die Absicht der Contrahenten nicht klar vorliegt, muß eine *emptio rei speratae* angenommen werden, da regelmäßig ein Kauf ohne vorhandenen

59) L. 57. §. 2. L. 58. D. h. t.

60) L. 44. D. h. t.

61) L. 34. §. 5. L. 35. §. 5. D. h. t. L. 40. §. 2. D. de V. obl. (45. 1.)

62) L. 8. §. 1. D. h. t. L. 11. §. 18. in fin. L. 12. D. de act. e. v. (16. 1.) L. 10. 11. D. de hered. v. act. vend. (18. 4.)

63) L. 8. pr. D. h. t.

Kaufgegenstand nicht bestehen kann<sup>64</sup>). Ein Kauf über Kunstserzeugnisse, die noch gefertigt werden sollen, ist nicht unter diese Art Käufe zu bringen, da er in der That ein ganz gewöhnlicher Kauf ist<sup>65</sup>).

3) Die Sache darf sich nicht im Eigenthume des Käufers befinden. Der Kauf einer eigenen Sache ist nichtig und berechtigt den Käufer, wenn er diesen Umstand nicht kannte, zur Rückforderung des Kaufpreises. War ihm dieser Umstand bekannt, so wird das Geschäft als eine Schenkung beurtheilt, und er kann somit den Preis nicht zurückfordern<sup>66</sup>). War endlich die Sache zum Theil Eigenthum des Käufers, so gilt der Kauf nur insoweit die Sache dem Käufer nicht gehört, für welchen Theil aber auch der Kaufpreis verhältnißmäßig herabgesetzt werden muß<sup>67</sup>).

Ist indessen der Kauf über eine dem Käufer gehörige Sache für den Fall abgeschlossen, daß er später nicht mehr Eigentümer der Sache sein werde, so gilt das Geschäft als ein bedingter Kauf, indem hier für den Abschluß des Kaufes auf einen Zeitpunkt Rücksicht genommen ist, wo das ursprüngliche Hinderniß aufgehört hat<sup>68</sup>). Mit dem Kaufe der eigenen Sache ist jedoch nicht der Kauf des Besizes, welcher einem Andern als dem Käufer zusteht, so wie der Kauf eines das Eigenthum des Käufers beschränkenden dinglichen Rechtes zu verwechseln, da hier nicht die Sache, sondern der Besiz, resp. das dingliche Recht, Gegenstand des Kaufes ist, welches der Käufer an sich zu bringen sucht<sup>69</sup>). Dagegen kommt es rücksichtlich der Gültigkeit des Kaufes nicht darauf an, ob die verkaufte Sache dem Verkäufer gehört oder nicht<sup>70</sup>). Der Kauf ist vollkommen verbindlich, und es ist Sache des Verkäufers, den verkauften Gegenstand dem Käufer zu gewähren und ihn in dessen Besiz zu schüzen<sup>71</sup>). Hiernach unterliegt auch der Lieferungskauf keinen begründeten Einwendungen, vorausgesetzt, daß beide Theile wissen, daß die Sache einem Dritten gehört. Ist jedoch die verkaufte Sache eine gestohlene, so ist, wenn beide Theile diesen Fehler kannten, wegen der Compensation des wechselseitigen Betruges, der Verkauf, wie schon oben II. 1. e bemerkt wurde, ganz nichtig. Kannte jedoch nur der Verkäufer diese Eigenschaft der Sache, so ist der Kauf zu seinem Nachtheile vollkommen verbindlich, und er muß gegen Zahlung des Kaufpreises die Sache gewähren, oder

64) L. 8. cit. L. 7. D. de her. et act. vend. (18. 4.)

65) §. 4. J. de locat. (1. 20.) L. 65. D. h. t. L. 2. §. 1. D. locati. (19. 2.) — Westphal a. a. D. §. 7.

66) L. 16. pr. L. 39. pr. D. h. t. L. 4. 10. C. eodem.

67) L. 18. D. h. t. L. 16. 17. D. eodem. Glück a. a. D. Th. 16, S. 40. Unterholzner a. a. D. §. 444, Bd. 2, S. 234.

68) L. 16. pr. L. 34. §. 4. L. 61. D. h. t. — Treitschke a. a. D.

69) L. 16. §. 1. L. 34. §. 4. D. h. t. L. 29. D. de act. e. e. v. (19. 1.) L. 4. C. h. t.

70) Ist mit Einwilligung des Eigenthümers die fremde Sache verkauft, so wird der Eigenthümer auch für seine Person an den Vertrag gebunden, z. B. wenn er den Auftrag zum Verkaufe gegeben, oder wenn er die Sache verpfändet hat, da immer in der Verpfändung jener Auftrag enthalten ist.

71) L. 28. D. h. t. — L. 26. §. 1. D. de act. e. e. v. (19. 1.) L. 10. 13. D. de her. et act. vend. (18. 4.)

volle Entschädigung leisten<sup>72)</sup>. Er kann jedoch nicht auf Zahlung des Kaufpreises klagen<sup>73)</sup>. Ist aber die in Folge des Kaufes tradirte Sache dem Käufer in der Folge abgestritten worden, so ist gegen den Verkäufer eine Klage auf vollständiges Interesse begründet<sup>74)</sup>. Konnte dagegen nur der Käufer diesen Mangel der Sache, so hat das Geschäft für den Verkäufer keine bindende Kraft; es kann aber der Verkäufer, auch ohne die Sache übergeben zu haben, den Kaufpreis nicht fordern<sup>75)</sup>. Ist aber von freien Stücken oder gegen Uebergabe der Sache vom Käufer das Kaufgeld ausgezahlt worden, so kann er es in der Folge behalten<sup>76)</sup>. War endlich beiden Theilen der Mangel der Sache unbekannt, so wird der Kauf als gültig betrachtet<sup>77)</sup>.

Nach diesen durch das römische Recht ausdrücklich begründeten Vorschriften über den Verkauf gestohlener Sachen beurtheilt die Praxis auch den Verkauf einer fremden Sache, wenn nur der eine oder andere Contrahent diesen Umstand kannte und denselben verschwieg<sup>78)</sup>.

III. Das dritte wesentliche Erforderniß des Kaufes bildet der vom Käufer zu entrichtende Kaufpreis<sup>79)</sup>. Der Kaufpreis muß folgende Eigenschaften haben:

1) Er muß in baarem Gelde bestehen; wenigstens muß die Verabredung auf Zahlung baaren Geldes oder Abrechnung desselben gerichtet sein<sup>80)</sup>. Durch dieses Requisite ist das unterscheidende Merkmal vom Tausche gegeben. Ist aber die Gegenleistung des Käufers zum Theil in baarem Gelde, zum Theil in anderen Sachen festgesetzt, so entscheidet zunächst die Absicht der Contrahenten über die Natur des Geschäftes<sup>81)</sup> und im Zweifel ist nur dann das Geschäft als Kauf anzusehen, wenn das ausbedungene Geld die Hauptsache bildet<sup>82)</sup> oder wenn der Werth der ausbedungenen Sachen und des Geldes gleich sind<sup>83)</sup>. Wird in der Folge statt des verabredeten Kaufpreises eine Sache vom Käufer gegeben, so hebt diese *datio in solutum* die Natur des ursprünglichen Kaufgeschäftes nicht auf<sup>84)</sup>.

2) Er muß genau bestimmt sein (*pretium certum*). Der Preis muß so genau bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein, daß ein Zweifel

72) L. 34. §. 3. D. h. t.

73) L. 18. §. 1. D. de per. et com. r. v. e. t. (18. 6.)

74) L. 30. §. 1. D. de act. e. a. v. (19. 1.) Westphal a. a. D.

§. 254.

75) L. 34. §. 3. D. h. t.

76) L. 34. §. 3. D. h. t. Westphal a. a. D. §. 77.

77) L. 34. §. 2. 3. L. 70. D. h. t.

78) Glük a. a. D. Th. 16, S. 33 flg.

79) L. 2. §. 1. D. h. t.

80) §. 2. J. h. t. — *Pretium in numerata pecunia consistere debet.*

Zeitschle a. a. D. §. 18.

81) L. 34. D. de div. reg. iuris. (50. 17.)

82) L. 79. D. h. t. L. 6. §. 1. 2. L. 21. §. 4. D. de act. e. e. v.

(19. 1.)

83) Glük a. a. D. Th. 16, S. 67 flg.

84) L. 9. C. de resc. vend. (4. 44.) L. 40. C. de evict. (8. 45.)

weder über die Höhe der einzelnen Münzstücke, noch über die Zahl derselben möglich ist. Soll die Bestimmung über die Höhe des Preises in der Folge von einem der Contrahenten erfolgen, so ist der Kauf nichtig<sup>85)</sup>. Dagegen ist es zulässig, die Höhe des Preises von irgend einer Bedingung abhängig zu machen; wo dann der Kauf so lange in suspensa bleibt, bis der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung gewiß geworden ist. Hierher gehören folgende Fälle:

a) Die Contrahenten verabreden, daß der Preis durch die Schätzung eines Dritten bestimmt werde. Hier ist der Kauf nur in so fern vollkommen gültig, als die Schätzung durch den Dritten wirklich erfolgt. Bis zu dem Augenblicke, wo sich dieses entschieden hat, sind die Contrahenten nur in so weit gebunden, als sie nicht einseitig vom Vertrage zurücktreten und die Schätzung arglistig hintertreiben dürfen. Ist die Schätzung erfolgt, so erlangt der Kauf nunmehr die Eigenschaft eines vollgültig abgeschlossenen unbedingten Kaufes, vorausgesetzt, daß der Preis sachgemäß festgestellt ist<sup>86)</sup>.

b) Es werden Sachen, die gewöhnlich gezählt, zugemessen oder zugewogen werden, entweder ganz, oder nach einem durch eine aliquote Theilung, oder durch Maß, Zahl oder Gewicht bestimmten Theile unter der Verabredung verkauft, daß der Preis sich nach dem beim Zumessen, Zuzählen oder Zuwägen sich ergebenden Quantum richten soll. In diesem Falle erlangt der Kauf erst durch das Zuzählen, Zumessen oder Zuwägen seine volle Kraft, da von diesem Augenblicke ab durch die Bestimmung des Preises das Geschäft seine Vollendung erhält. Bis zu diesem Augenblicke richten sich die beiderseitigen Verbindlichkeiten nach dem unter a) Bemerkten<sup>87)</sup>.

Waltet ein Irrthum über die Höhe des Preises ob, so kommt es darauf an, ob der Verkäufer einen höheren Preis gemeint hat, als der Käufer ihm anbot, oder ob der vom Käufer gebotene Preis den vom Verkäufer gestellten übersteigt. Im ersten Falle ist der Kauf nichtig, da die Einigung in Betreff des Preises fehlt<sup>88)</sup>. Im letzten Falle dagegen ist der Kauf vollkommen gültig, da die Einigung auf Höhe des geforderten Preises vorhanden ist; nur kann der Käufer nicht angehalten werden, mehr zu zahlen, als der Verkäufer gefordert hat<sup>89)</sup>.

3) Der Kaufpreis muß ein *pretium verum nec simulatum* sein, d. h. die Summe Geldes muß von den Contrahenten als ein wirkliches Aequivalent für die Sache angesehen werden<sup>90)</sup>. Ist nur ein Kaufpreis zum Scheine verabredet, so liegt ein simulirtes Geschäft vor, bei welchem es zunächst behufs Feststellung der Art des Contractes auf die Ab-

85) L. 35. §. 1. D. h. t. L. 13. C. h. t.

86) L. 15. C. h. t. Glück a. a. D. Th. 16, S. 83, Note 50.

87) L. 35. §. 5. L. 34. §. 5. D. h. t. L. 40. §. 2. D. de verb. obl. (45. 1.) L. 1. §. 1. D. de per. et com. r. v. e. t. (18. 6.)

88) L. 9. pr. D. h. t. L. 52. D. locati. (19. 2.) pr. J. eodem.

89) L. 52. D. cit. L. 1. §. 4. D. de verb. sign. (50. 16.) Voet. Comm. ad Pand. lib. XVIII. tit. 1. §. 5.

90) L. 2. §. 1. D. h. t.

sicht der Contrahenten ankommt<sup>91)</sup>. Es wird besonders häufig eine Schenkung unter einem Kaufgeschäfte verborgen<sup>92)</sup>. Wenn der Begriff der Vergeltung bestehen bleibt, so kann der Preis ganz gering bestimmt werden, da dem Verkäufer nicht untersagt ist, den Käufer zu begünstigen; es muß aber immer noch der Preis ernstlich als solcher in Betracht kommen. Das Geschäft wird dann jedenfalls als ein Kauf beurtheilt, wenn auch nicht in Abrede gestellt werden kann, daß dasselbe eine Beimischung von Schenkung enthält (*venditio gratiosa*). Nur darf ein solches Geschäft nicht zur Umgehung des Gesetzes abgeschlossen werden. Demnach ist der sogen. Freundeskauf zwischen Personen ungiltig, unter welchen Schenkungen verboten sind<sup>93)</sup>. Der spätere vollständige oder theilweise Erlaß des Kaufpreises durch den Verkäufer hebt indes den einmal gültig abgeschlossenen Kauf nicht auf<sup>94)</sup>.

4) Einige Juristen nehmen noch als ein viertes nothwendiges Erforderniß Geschmäßigkeit des Preises an. *Pretium debet esse iustum*. Allein dieses Erforderniß ist in den Quellen des gemeinen Rechtes nicht begründet. Es ist nicht nothwendig, daß im allgemeinen der Preis dem Werthe der Sache vollkommen entspreche, da gerade der ganze Kaufhandel auf der Aussicht eines Gewinnes beruht, den der eine Contrahent auf Kosten des anderen zu machen hofft<sup>95)</sup>. Es kann selbst in dem Falle von einem *pretium iustum* keine Rede sein, wenn der Preis einer Sache durch Gesetz nach einem *Minimum* oder *Maximum* (*pretium legale*) bestimmt ist; denn wenn in einem solchen Falle der Käufer mehr oder weniger versprochen hat, so wird dadurch der Kauf nicht ungiltig, sondern der Käufer ist nur gehalten, den Preis bis zur gesetzlichen Höhe zu entrichten. Auch in dem Falle, wo der Preis unter der Hälfte des Werthes der Sache verabredet ist, ist der Kauf gültig und dem Käufer nur eine Klage auf Aufhebung des Kaufes gestattet, wie unten gezeigt werden soll.

### III. Wirkungen<sup>96)</sup>.

Der Kauf erzeugt ein vollkommen gegenseitiges Schuld-, resp. Forderungsrecht zwischen beiden Contrahenten, da sowohl Käufer wie Verkäufer zugleich berechtigt und verpflichtet werden. Die Verbindlichkeiten sind aber

- I. solche, welche dem Käufer und Verkäufer gegenseitig gleichmäßig,
- II. solche, welche dem Verkäufer und
- III. solche, welche dem Käufer allein obliegen.

91) *Magis valet quod agitur, quam quod simulate concipitur.*

92) L. 36. 88. 65. D. h. t. L. 3. 9. C. h. t. L. 6. pro donato.

(41. 6.)

93) L. 88. D. h. t.

94) *Voet. l. c. §. 22. Bespyhal a. a. D. §. 6. L. 2. §. 1. D. h. t.*

95) L. 22. §. 3. D. locati. (19. 2.) L. 16. §. 4. D. de minor. (4. 4.)

L. 4. C. de resc. vend. (4. 44.)

96) Quellen: D. de actione emti et venditi. (19. 1.) C. eodem. (4. 49.)

I. Beide Contrahenten haften sich für alle Schäden, welche in einem unredlichen Benehmen beim Abschlusse des Kaufes ihren Grund haben<sup>97</sup>). Eben so sind sich beide Theile wegen aller Versehen, welche sie sich in den auf den Kauf bezüglichen Verhältnissen zu Schulden kommen lassen, verantwortlich<sup>98</sup>). Hat der eine oder andere Theil mehr erhalten, als ihm nach dem Vertrage gebührt, so muß er dieß herausgeben<sup>99</sup>). Insbesondere ist dieß der Fall, wenn der Kaufpreis für die verkaufte Sache erst durch Zumessen, Zuwägen oder Zuzählen festgestellt und hierbei eine Unrichtigkeit vorgefallen ist<sup>100</sup>). Regelmäßig kann auch kein Theil vom Vertrage willkürlich zurücktreten; ist der Rücktritt aber dennoch in Folge Vorbehaltes oder gesetzlicher Bestimmung der Fall, so muß jeder Theil die von dem anderen erworbenen Urtheile herausgeben oder dafür Ersatz leisten. Der Käufer muß nämlich die Sache mit allen Früchten, und der Verkäufer den Kaufpreis nebst Zinsen erstatten<sup>101</sup>). Ein solches Rückgehen des Kaufes tritt aber nie beim Ausbleiben der Gegenleistung ein; dieses begründet vielmehr nur eine Klage auf Erfüllung<sup>102</sup>).

II. Die Hauptverpflichtung des Verkäufers geht 1) auf Uebertragung des Besizes der verkauften Sache; 2) auf fortdauernde Sicherung desselben für die Zukunft, und 3) auf fehlerfreie Gewährung der Sache.

1) Der Verkäufer muß zunächst den Besiz der verkauften Sache dem Käufer verschaffen<sup>103</sup>). Es ist zwar Zweck bei dem Kaufgeschäfte, daß das Eigenthum an der Sache dem Käufer erworben werde, so daß sogar die Bedingung, es solle das Eigenthum auf den Käufer nicht übergehen, das Kaufgeschäfte vernichtet<sup>104</sup>); allein nichtsdestoweniger fordert das römische Recht vom Verkäufer nur, daß er dem Käufer einen fehlerfreien ungestörten Besiz der Sache übertrage, so daß es durchaus zufällig erscheint, wenn durch die Besizübertragung zugleich Eigenthum auf den Käufer übergeht<sup>105</sup>). Dieses geht indeß immer über, wenn

97) L. 30. §. 1. L. 6. §. 9. D. h. t. (19. 1.) L. 68. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

98) L. 5. §. 2. D. commodati. (13. 6.) L. 31. §. 12. D. de aedil. ed. (21. 1.) L. 13. §. 6. L. 54. pr. D. de act. e. e. v. (19. 1.)

99) L. 2. C. h. t. (4. 49.)

100) L. 18. §. 3. D. de dolo malo. (4. 3.)

101) L. 6. C. de resc. vend. (4. 44.) L. 4. pr. L. 5. L. 6. §. 1. D. de lege comm. (18. 3.) L. 20. D. de in diem ad d. (18. 2.) L. 6. C. de p. i. e. et v. (4. 54.) L. 13. §. 20. D. h. t. (19. 1.) L. 29. §. 2. D. de aed. ed. (21. 1.)

102) L. 8. C. de contr. emt. (4. 38.)

103) L. 35. D. de contr. emt. (18. 1.)

104) L. 18. §. 3. D. eodem.

105) L. 3. pr. L. 11. §. 2. L. 25. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. pr. D. de rer. perm. (19. 4.) Diese Bestimmung hat einen rein historischen Grund. Der Kauf als ein contractus iuris gentium durfte beßhalb nicht auf ein dare gerichtet werden, weil hierdurch der Verkehr mit res mancipi, welche zur Eigenthumsübertragung mancipatio oder in iure cessio verlangten, für die Peregrinen unmöglich geworden wäre. Für die Römer wurde jedoch durch die traditio ex iusta causa meist die conditio usucapiendi begründet. Für das Justinianische Recht war zwar dieser historische Grund weggefal-

der Verkäufer Eigenthümer der verkauften Sache ist, und das Kaufgeld bei der Uebergabe der Sache bezahlt oder creditirt ist. — Es wird aber bei der Besitzübertragung vom Käufer Alles verlangt, was nöthig ist, um die Apprehension für den Käufer hervorzubringen<sup>109)</sup>. Bei der Uebergabe eines Grundstückes muß der Verkäufer die Grenzen desselben nachweisen<sup>107)</sup> und zugleich die über die Sache etwa vorhandenen Schriftstücke herausgeben<sup>108)</sup>. Uebrigens ist sowohl die *brevi manu traditio*, als auch das *constitutum possessorium* zur Besitzübertragung genügend. Die Uebergabe muß ferner zur rechten Zeit und am rechten Orte erfolgen. Ist über die Zeit der Uebergabe eine Verabredung getroffen, so gilt die Frist als im Interesse des Verkäufers hinzugefügt; sonst muß regelmäßig sofort nach dem Abschlusse des Vertrages die Sache übergeben werden. Es kann jedoch ausgemacht werden, daß die Uebergabe mit ihren juristischen Folgen erst mit der vollständigen Tilgung des Kaufpreises eintreten, und bis dahin der Käufer die Sache vorläufig nur *miech*, *pacht* oder *bittweise* inne haben solle<sup>109)</sup>. Der Ort der Uebergabe ist bei unbeweglichen Sachen von selbst bestimmt; bei beweglichen Sachen kommt es zunächst auf die getroffene Verabredung an; in deren Ermangelung muß die speciell bestimmte Sache an dem Orte übergeben werden, wo sie sich befindet, vorausgesetzt, daß dieser ein *locus opportunus* und nicht die Sache in arglistiger Absicht vom Verkäufer dorthin gebracht ist; bei generell bestimmten Sachen muß die Uebergabe am Domicil des Verkäufers vorgenommen werden<sup>110)</sup>. Der *Schadenersatz*, welchen der Verkäufer wegen imputabler, nicht gehobig vollzogener oder ganz unterlassener Uebergabe zu leisten hat, richtet sich nach dem Orte und der Zeit, wo die Uebergabe gefordert werden konnte, weshalb der Kaufpreis in den seltensten Fällen maßgebend erscheinen wird<sup>111)</sup>. In allen Fällen aber, wo der Verkäufer zur Verzögerung der Uebergabe rechtlich befugt ist, muß er Sicherheit für die Zukunft stellen<sup>112)</sup>. Ist jedoch nach dem Abschlusse des Kaufes die Sache durch Zufall beim Verkäufer untergegangen, so ist letzterer von seiner Verbindlichkeit frei. Denn der Käufer trägt vom Augenblicke des

len, und das Verhältnis durch die längeren Erfahrungszeiten für den Käufer noch bedenklicher. Noch mißlicher wurde dieser Zustand durch das canonische Recht, da dieses bei der Erfizung *bona fides continua* vorschrieb. Diese Unsicherheit des Eigenthums für den Käufer hat sobann in den meisten neueren Gesetzgebungen die Folge, daß man beim Verkaufe dem Eigenthümer die Pflicht auferlegte, dem Käufer Eigenthum zu übertragen.

106) L. 2. §. 1. D. h. t. L. 74. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 9. §. 6. D. de acq. rer. dom. (41. 1.) L. 1. §. 21. D. de acq. v. omitt. poss. (41. 2.)

107) L. 48. D. h. t. L. 63. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

108) L. 56. pr. D. h. t. Besißpal a. a. D. §. 171.

109) L. 20. D. de precario. (43. 26.) L. 16. D. de pet. et comm. i. v. et t. (18. 6.)

110) L. 39. D. de solut. (46. 3.) L. 12. §. 1. D. depositi. (16. 1.)

L. 3. §. 4. D. h. t.

111) L. 12. C. h. t.

112) L. 14. C. h. t.



giltigen Verkaufsabschlusses die Gefahr der Sache, *periculum interitus*<sup>113</sup>). Von dieser Regel gelten jedoch folgende Ausnahmen:

- a) Wenn der Verkäufer die Gefahr ausdrücklich übernommen hat<sup>114</sup>).
- b) Wenn eine generell bestimmte Sache verkauft ist<sup>115</sup>), da eine Gattung in der Regel nicht ausgeht.
- c) Wenn er durch seine Schuld den Untergang der Sache veranlaßt hat<sup>116</sup>).
- d) Wenn der Kauf überhaupt noch nicht vollkommen wirksam ist, da sich eben hier die Unvollständigkeit des Contractes darin äußert, daß die Gefahr nicht auf den Käufer übergeht. Dahin rechnet man
  - a) wenn der Kauf unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen ist, wozu auch der Kauf *ad degustationem* gehört<sup>117</sup>);
  - β) wenn zur näheren Bestimmung des Kaufgegenstandes oder des Preises noch ein Zumeessen, Zuzwägen oder Zuzählen erforderlich ist<sup>118</sup>);
  - γ) wenn der Preis durch das *arbitrium* eines Dritten festgesetzt werden soll.

In allen diesen Fällen trägt der Verkäufer die Gefahr, bis der Kauf durch Eintritt der Bedingung u. s. w. seine volle Wirksamkeit erhalten hat.

2) Nach der Uebergabe der Sache muß der Verkäufer den Käufer im Besitze der verkauften Sache schützen, da die Besitzübertragung immer die Wirkung haben muß, daß der Käufer sich gegen jeden Dritten im Besitze der Sache behaupten könne<sup>119</sup>). Die practische Folge aus diesem Satze zeigt sich darin, daß der Käufer selbst dann, wenn er in Erfahrung bringt, daß ihm eine fremde Sache verkauft und tradirt ist, nicht klagen kann, sondern erst abwarten muß, bis ihm die Sache wirklich abgestritten (*evincirt*) wird. Auf diesen letzten Fall ließ sich der Römer den Erfaz wegen der Entwöhrung schon im Voraus beim Abschlusse des Kaufes durch *Stipulation* versprechen, wo er bei bedeutenden Gegenständen regelmäßig auf das Doppelte des Kaufpreises verabredet wurde, um dadurch von dem Beweise des Interesses frei zu bleiben<sup>120</sup>). Im neueren römischen Rechte ist die Verbindlichkeit des Verkäufers bei der eintretenden Entwöhrung als sich von selbst verstehend angenommen worden, und konnte sogar in den Fällen, wo die *duplex stipulatio* üblich war, ohne

113) §. 3. J. de emt. (3. 23.) L. 34. §. 6. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 5. §. 2. D. de resc. vend. (18. 5.) L. 4—6. C. de per. et comm. r. v. (4. 48.) L. 54. D. h. t.

114) L. 1. pr. D. de per. et comm. r. v. (18. 6.)

115) L. 34. §. 6. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 5. C. de peric. et comm. r. v. (4. 48.)

116) §. 3. J. de emt. (3. 23.) L. 14. pr. D. de furtis. (47. 2.)

117) L. 10. §. 5. D. de iure dot. (23. 3.) L. 8. pr. D. de per. et comm. r. v. (18. 6.)

118) L. 35. §. 7. D. de contr. emt. (18. 1.)

119) L. 2. §. 1. L. 3 pr. L. 11. §. 13. L. 30. §. 1. L. 52. §. 1. D. h. t.

120) L. 87. pr. §. 1. L. 56. D. de evict. (21. 2.)

Weiteres das Doppelte des Kaufpreises eingefordert werden<sup>121)</sup>. Hiernach hat jetzt der Verkäufer die Verbindlichkeit, den Käufer vollständig zu entschädigen, wenn ihm die Sache evincirt wurde. Diese Verbindlichkeit ist schon in diesem Werke Bd. IV, S. 811, ausführlich behandelt, weshalb darauf verwiesen wird.

3) Der Verkäufer muß die Sache in quantitativer und qualitativer Beziehung so übergeben, wie es die nähere Verabredung beim Abschlusse des Vertrages oder gesetzliche Vorschriften bestimmen, vorausgesetzt, daß die Sache vom Verkaufsabschlusse bis zur Zeit der Uebergabe nicht durch Zufall verringert oder verschlechtert worden ist. Der Käufer trägt regelmäßig nicht nur das *periculum rei*, die Gefahr des ganzen oder theilweisen Unterganges, sondern auch das *periculum deteriorationis*, die Gefahr der Verschlechterung, sobald der Kauf vollständig abgeschlossen worden ist<sup>122)</sup>. Es treten jedoch hier dieselben Ausnahmefälle ein, welche oben in diesem Abschnitte II. 1. a—d y angegeben worden sind, wenn man davon abieht, daß der Käufer bei dem unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenen Kaufe das *periculum deteriorationis* sofort übernimmt, wenn in der Folge die Bedingung eintritt<sup>123)</sup>. Das letztere muß auch bei einem Kaufe unter dem Vorbehalte der Prüfung angenommen werden, wenn der Käufer die schlechter gewordene Sache nicht verwirft<sup>124)</sup>. Sodann aber trifft auch in dem Falle den Verkäufer die Gefahr der Verschlechterung, wenn mehrere speciell bestimmte Gegenstände alternativ verkauft sind und bis zur Vornahme der dem Käufer gewöhnlich zustehenden Wahl eine von diesen Sachen verschlechtert worden ist, so wie der Käufer sowohl die Gefahr des Unterganges als der Verschlechterung immer dann trägt, wenn alle zur Auswahl gestellten Gegenstände untergegangen oder verschlechtert worden sind<sup>125)</sup>. Es versteht sich jedoch von selbst, daß weder die Verringerung der Sache, noch die Verschlechterung durch Verschuldung des Verkäufers eingetreten ist; ist dieselbe aber durch einen Dritten bewirkt, so muß der Verkäufer wenigstens seine Entschädigungsansprüche gegen diesen Dritten dem Käufer abtreten. Der Verkäufer wird durch den Kaufvertrag zur sorgsamsten Aufmerksamkeit bei der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten verpflichtet; er muß deshalb die Sache nicht nur sorgfältig behandeln, sondern auch gewissenhaft aufbewahren: *venditor... custodiam et diligentiam praestare debet*<sup>126)</sup>. Der Verkäufer muß aber immer dafür einstehen, daß die

121) L. 6. C. de evict. (8. 45.) L. 2. D. eod. (21. 2.) L. 66. pr. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 11. §. 9. D. h. t. Die Forderung des doppelten Kaufpreises hat die Praxis nicht anerkannt.

122) Bgl. oben Note 118.

123) L. 8. pr. D. de per. et comm. r. v. et t. (18. 6.)

124) L. 1. pr. D. eodem. Cf. L. 4. §. 1. D. eodem. L. 34. §. 5. D. de cont. emt. (18. 1.)

125) L. 34. §. 6. D. eodem.

126) L. 36. D. de act. emti et vend. (19. 1.) L. 18. §. 9. D. de damno infecto. (39. 2.) L. 2. §. 1. L. 3. D. de per. et comm. r. v. et t. (18. 6.)

Sache zur Zeit des Verkaufes keine Mängel habe, und hierbei kommt es im allgemeinen nicht darauf an, ob sie dem Verkäufer bekannt waren oder nicht. Sowohl das Civilrecht, als insbesondere das Edict der Aedilen bestimmten dieses. Das letztere enthielt zwei Stellen, von welchen sich die eine auf den für uns unpractisch gewordenen Sklavenhandel, die andere aber auf den Viehhandel bezog<sup>127)</sup>, welche in der Folge durch die auctoritas iureconsultorum auf alle andere Käufe ausgedehnt wurden, so weit durch Verabredungen der Parteien eine Ausnahme von diesen Regeln nicht begründet war<sup>128)</sup>. Hiernach gelten nun folgende Bestimmungen:

a) Hat der Verkäufer eine gewisse Beschaffenheit der Sache ausdrücklich zu gewähren versprochen, so muß er sein Versprechen vollständig erfüllen, wobei jedoch zu bemerken ist, daß eine allgemeine Anpreisung der Sache nur zur Gewähr der gewöhnlichen Eigenschaften verpflichtet<sup>129)</sup>. Sind aber überhaupt Zusicherungen in Betreff der Mangelhaftigkeit gegeben, so kommen die dem Käufer bekannten Fehler der Sache nicht in Betracht<sup>130)</sup>.

b) Hat der Verkäufer den Käufer in Betreff der Eigenschaften der Sache getäuscht, so haftet er zum vollen Interesse selbst in dem Falle, daß das pactum de non praestanda evicione wegen der Mängel abgeschlossen ist, wenn nur dem Käufer die Mängel unbekannt waren<sup>131)</sup>.

c) Nach der Vorschrift des abilitischen Edictes haftet der Verkäufer wegen mangelhafter Beschaffenheit der Sache auch dann, wenn ihm diese unbekannt war<sup>132)</sup>. Diese Verbindlichkeit fällt jedoch weg: a) wenn die Mängel den Gebrauch der Sache nicht hindern<sup>133)</sup>; ß) wenn die Mängel nicht bloß dem Kenner, sondern jedem in die Augen fallen mußten<sup>134)</sup>; γ) wenn der Käufer mit den Mängeln bekannt war<sup>135)</sup>; δ) wenn der

127) L. 1. §. 1. L. 38. pr. D. de aed. ed. (21. 1.)

128) L. 31. D. de pactis. (2. 14.) L. 14. §. 9. 10. D. de aed. ed. L. 39. D. h. t. Nur der Fiscus stand für gar keine Mängel ein. L. 1. §. 3—5. D. de aed. ed.

129) L. 6. §. 4. L. 13. §. 3. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 17. §. 20. L. 18. 19. §. 3. 4. L. 43. pr. D. de aed. ed. L. 43. 45. 59. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 37. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 15. D. de per. et comm. r. v. et t. (18. 6.)

130) L. 13. §. 1. D. h. t.

131) L. 35. §. 8. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 1. L. 4. pr. L. 11. §. 5. L. 21. §. 1. L. 39. 41. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 37. D. de aed. ed. (21. 1.)

132) Das abilitische Edict schrieb vor, daß der Verkäufer die Krankheiten und Gebrechen der Sklaven und des Viehes beim Verkaufe anzeigen müsse (L. 1. 38. D. de aed. ed.), welche Bestimmung in Folge analoger Ausdehnung auch bei anderen Sachen angewendet wurde. L. 6. §. 4. L. 13. pr. D. h. t. L. 1. pr. L. 49. 63. D. de aed. ed. Nach deutschem Rechte ist die Verantwortlichkeit wegen Mängel nur beim Viehhandel beibehalten, und auf gewisse Mängel beschränkt.

133) L. 1. §. 1. L. 4. §. 5. 6. L. 11. 12. §. 1. L. 14. §. 4. L. 15. D. de aed. ed.

134) L. 14. §. 10. D. eod. L. 43. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

135) L. 43. §. 5. L. 51. D. de aed. ed.

Verkäufer, ohne in Arglist zu sein, sich ausbedungen hatte, für Mängel der Sache nicht zu haften<sup>136</sup>); 2) wenn die Mängel in der Folge verschwanden, oder nach dem Abschlusse des Kaufes eintraten<sup>137</sup>).

Der Käufer hat, in so weit kein besonderes Abkommen für den Fall der Anwesenheit von Mängeln oder der Abwesenheit besonderer Vorzüge (*dicta et promissa*) getroffen ist, und dem Verkäufer ein Betrug nicht vorgeworfen werden kann<sup>138</sup>), die Wahl, mit der *actio redhibitoria*, der sogen. Wandelungsklage, auf Aufhebung des Kaufes, oder mit der *actio quanto minoris* oder *quanti minoris*, *actio aestimatoria*, mit der sogen. Minderungsklage, auf verhältnißmäßige Herabsetzung des Kaufpreises zu dringen<sup>139</sup>). Die Wahl der einen Klage schließt aber nach rechtskräftigem Erkenntnisse die der anderen aus<sup>140</sup>). Der Richter kann aber, wenn die Minderungsklage angestellt ist, auf Redhibition erkennen, wenn die gerügten Mängel so bedeutend erscheinen, daß die angemessene Verminderung des Preises diesen ganz erschöpfen würde<sup>141</sup>).

a) Die *actio redhibitoria* setzt voraus, daß beide Theile wieder in den vorigen Stand gesetzt werden können<sup>142</sup>). Der Kläger muß nämlich die Sache mit allem Zubehör und Früchten herausgeben, und haftet für jedes sowohl eigene, als durch seine Leute verursachte Versehen<sup>143</sup>). Er muß die Sache von allen Lasten befreien, mit welchen er dieselbe beschwert hat. Der Verkäufer muß dagegen den Kaufpreis mit den Zinsen zurückgeben, den auf die Sache gemachten nothwendigen und nützlichen Aufwand, so wie die Kosten des Kaufes und die durch den letzteren herbeigeführten Schäden ersetzen, und endlich die Verbindlichkeiten übernehmen, die der Käufer durch den Kauf zu übernehmen genöthigt war<sup>144</sup>). Die Verurtheilung wegen dieser Verbindlichkeiten ging nach römischem Rechte auf das Sechsfache, was jedoch jetzt nicht mehr vorkommt<sup>145</sup>). Die Rückgabe der Sache gegen Rückgabe des Preises muß nach heutigem

136) L. 39. D. h. t. L. 69. §. 5. D. de evict. (21. 2.)

137) L. 16. §. 4. D. de aed. ed. L. 3. C. de aed. act. (4. 58.)

138) Der Betrug des Verkäufers zieht die Klage auf volles Interesse nach sich. L. 13. pr. D. h. t. L. 45. D. de contr. emt. (18. 3.)

139) L. 13. §. 2. D. de acq. v. om. poss. (42. 2.) L. 1. §. 1. L. 23. §. 7. L. 38. 60. D. de aed. ed. (21. 1.) — Die in der gemeinrechtlichen Praxis angenommene Unterscheidung in Haupt- und Nebenmängel und die darauf gegründete Lehre, daß bei ersterer nur die *act. redh.*, bei letzterer nur die *act. aestim.* stattfinden sollte, ist im röm. Rechte nicht begründet. Cf. L. 18. pr. D. de aed. ed. L. 25. §. 1. D. de exc. rei ind. (44. 2.) Vgl. Gluck a. a. D. Th. 20, S. 119. Heise und Cropp, jur. Abhandlungen, Abth. 1 u. 9.

140) L. 25. §. 1. D. cit.

141) L. 43. §. 6. D. de aed. ed. (21. 1.) L. 25. §. 1. cit.

142) L. 23. §. 7. L. 21. pr. L. 60. D. de aed. ed.

143) L. 23. pr. L. 25. §. 2. 4. L. 27. L. 29. L. 30. §. 1. L. 31. §. 15. L. 38. §. 3. L. 43. §. 8. L. 48. D. eodem. L. ult. C. de aed. act. (4. 58.)

144) L. 27. L. 29. §. 1. 2. 3. L. 39. §. 1. L. 23. §. 8. L. 31.

pr. L. 58. pr. D. eodem.

145) L. 45. D. de aed. ed. — Unterholzner a. a. D. §. 468.

Rechte Zug um Zug geschehen, obgleich nach römischem Rechte der Käufer mit der Rückgabe der Sache beginnen mußte, wenn er nicht etwa aus hinreichenden Gründen zur Sicherheitsleistung verstattet wurde, oder die Sache untergegangen oder evincirt war<sup>146)</sup>. Sind mehrere als ein Ganzes in Betracht kommende Sachen verkauft worden, so hat die Redhibition der einen Sache auch die der anderen zur Folge<sup>147)</sup>. Haben mehrere gemeinschaftlich eine Sache für einen Preis gekauft oder sind an die Stelle des Käufers mehrere Erben getreten, so muß die Redhibition aufs Ganze von Allen beantragt werden; es sei denn jedem der einzelnen Käufer sein Theil besonders verkauft<sup>148)</sup>. Hinterläßt der Verkäufer mehrere Erben, so haftet jeder nach Verhältnis seiner Erbportion der Redhibitionsklage<sup>149)</sup>. Sind von Haus aus mehrere Verkäufer, so haften sie nur pro rata, wenn von jedem der betreffende Theil der Sache besonders verkauft ist.

b) Die Minderungsklage geht auf Erstattung dessen, was die Sache zur Zeit des Verkaufes wegen der vorhandenen Mängel weniger werth ist, als das Kaufgelb. Es kommt jedoch nebenbei noch der mittelbare Verlust in Anschlag<sup>150)</sup>. Nur dann, wenn der Preis so geringe gestellt ist, daß er der Mängel ungeachtet immer noch sachgemäß erscheint, fällt die Klage weg; sie kann jedoch nach einer durchgesetzten Werthverminderung beim Auftauchen neuer Mängel von Neuem angestellt werden<sup>151)</sup>. Kommen bei dieser Klage mehrere als Käufer und Verkäufer in Betracht, so sind die Rechte und Pflichten zwischen denselben regelmäßig getheilt, wenn nicht etwa ein besonderer Grund zu einer ungetheilten Verpflichtung vorliegt. —

Die Wandelungsklage kann nur binnen 6 Monaten und die Preisminderungsklage nur binnen 1 Jahre angestellt werden<sup>152)</sup>. Diese Fristen werden vom Tage der Entdeckung der Mängel ab gerechnet<sup>153)</sup>. Hatte der Verkäufer, der ihm nach römischem Rechte obliegenden Pflicht ungeachtet, die ausdrückliche Gewähr der Mängel durch Stipulation zu versprechen verweigert, so konnte der Käufer auf Grund dieser Weigerung, ohne Fehler nachzuweisen, die Wandelungsklage binnen zwei Monaten und die Preisminderungsklage binnen sechs Monaten anstellen<sup>154)</sup>. — Nur das Recht auf die Klage, nicht aber die Einrede verjährt in den

146) L. 15. §. 10. L. 26. D. de aed. ed. (21. 1.)

147) L. 34. L. 35. D. eodem.

148) L. 31. §. 5. 6. 7. 9. 10. D. eodem.

149) L. 31. §. 10. cit.

150) L. 36. L. 38. §. 13. D. eodem.

151) L. 43. §. 6. L. 31. §. 16. D. de aed. ed. L. 32. §. 1. D. de evict. (21. 2.)

152) L. 19. §. 6. L. 28. L. 38. pr. L. 48. §. 2. D. de aed. ed. L. 2. C. eod.

153) L. 55. D. eodem.

154) L. 28. D. h. t.

bezeichneten Fristen; denn diese kann als *exceptio non impleti contractus* jederzeit gegen den Verkäufer vorgeführt werden<sup>155</sup>).

4) Der Verkäufer muß die nach dem vollständig wirksamen Abschlusse des Vertrages aus der Sache gezogenen Früchte, selbst die zur Zeit des Abschlusses des Kaufes mit der Sache noch verbundenen Früchte, mit der Hauptsache herausgeben<sup>156</sup>, und haftet, wenn durch seine Schuld ein geringerer Gewinn, als möglich war, gezogen worden ist, für das geringste Versehen<sup>157</sup>). Dasselbe gilt in Betreff der Nutzungen, welche der Verkäufer aus dem Gebrauche der Sache gezogen hat. Ist jedoch der Verkauf noch nicht ganz wirksam abgeschlossen, so bleiben mit der Befahr der Sache auch diese Vortheile dem Verkäufer.

5) Der Käufer muß endlich mit der Hauptsache alle Pertinenzien herausgeben, in so weit solche beim Abschlusse des Vertrages vorhanden waren oder nach gesetzlicher Vorschrift zur Sache gehörten, oder in Folge einer besonderen Verabredung mit übergeben werden sollten<sup>158</sup>). Bei dem Verkaufe von Pferden und Maulthieren mußten, in Folge des abilitischen Edictes, alle Ausschmückungen, welche bei der Ausstellung zum Verkaufe am Thiere angebracht waren, mit dem letzteren übergeben werden<sup>159</sup>). Wurde der Schmuck nicht mit dem Thiere überliefert, so hatte der Käufer binnen 60 dies utiles das Recht, entweder auf Nachlieferung dieser Ornamente oder mit der *actio ad redhibendum* auf Aufhebung des Contractes zu dringen. Die Zugaben müssen, wo solche gefordert werden können, in brauchbarem Zustande übergeben werden. Auch haftet der Verkäufer wegen etwaiger Eviction dieser Zugaben wie bei der Hauptsache<sup>160</sup>).

III. Die Hauptverbindlichkeit des Käufers besteht in der Entrichtung des Kaufpreises. Diese Verpflichtung des Käufers ist aber eine *obligatio dandi*<sup>161</sup>). Der Käufer muß den Verkäufer durch die Uebergabe des Geldes zum Eigenthümer desselben machen<sup>162</sup>); es genügt nicht, daß er ihm für das *licere habere* einsteht. Denn damit ist dem Verkäufer nichts genügt, wenn er weiß, daß ihm fremdes Geld übergeben worden ist, da er dasselbe, ohne sich der Strafe des Diebstahles auszusetzen, nicht ausgeben darf<sup>163</sup>). Freilich zeigt sich practisch die Zahlung fremden Gel-

155) L. 8. C. de exc. (8. 58.) L. 59. D. de aed. ed. L. 14. D. de exc. (44. 1.)

156) L. 13. §. 10. 13. 18. D. h. t. §. 13. L. 16. C. eodem.

157) L. 31. §. 1. D. h. t. — Ist aber der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug gekommen, so hat der Verkäufer von dieser Zeit an die Nutzungen nicht mehr herauszugeben.

158) L. 13—18. D. h. t. L. 2. C. eod. L. 40. §. 5. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 47—49. D. eod. c. 6. 7. 13. 16. X. de iur. patron. (3. 38.)

159) L. 38. pr. D. de aedil. ed. (21. 1.)

160) L. 32. D. eodem.

161) L. 13. §. 20. D. h. t.

162) L. 11. D. h. t. L. 1. pr. D. de rar. perm. (19. 4.)

163) §. 8. J. de usuc. (2. 6.) Nam qui sciens, ..... alienam rem tradiderit vel ex alia causa tradiderit, factum eius committit.

des an den Verkäufer mit der Zahlung des dem Käufer gehörigen Geldes ganz gleich, wenn der Verkäufer nicht erfährt, daß er fremdes Geld empfangen, und es somit in gutem Glauben als sein eigenes Geld verbraucht hat<sup>164</sup>). Dagegen wird der Käufer von seiner Verbindlichkeit nicht frei, wenn er dem Verkäufer dessen eigenes Geld zur Zahlung hingibt<sup>165</sup>). Der Kaufpreis muß in der bedungenen Höhe entrichtet werden, und es kann somit, wenn der Verkäufer irthümlich eine geringere Summe angenommen hat, der Rest nachgefordert werden<sup>166</sup>). Ist der Ort der Zahlung des Kaufpreises bestimmt, so muß an diesem bezahlt oder bei Veränderung des Zahlungsortes das Interesse in Anrechnung gebracht werden. Wenn nun auch das *pretium* eine bestimmte Summe Geldes, *certa pecunia*, sein muß, so ist doch hier eine Erweiterung der Verbindlichkeit des Käufers möglich. Diese zeigt sich:

1) in den Zinsen, welche der Käufer entweder in Folge besonderer Verabredung oder in Folge der *mora* oder endlich nach den Grundsätzen der Billigkeit, welche beim Kaufe nie außer Acht gelassen werden dürfen, zu entrichten hat. Eine besondere Verabredung zur Zahlung von Zinsen bedarf es immer, wenn der Kaufpreis *creditirt* worden ist. Diese Zinsen können jedenfalls mit einer eigenen Klage aus der Verabredung eingeklagt werden<sup>167</sup>). Ist dagegen eine Verabredung über Zinsen nicht getroffen, so können solche regelmäßig nur als Folge der widerrechtlich verzögerten Zahlung des Kaufpreises (*mora*) gefordert werden<sup>168</sup>). Außerdem liegt es in der Natur der Sache, daß der Käufer selbst in dem Falle, wo ihm keine *mora* zur Last fällt, dennoch zur Zahlung von Zinsen verpflichtet ist, wenn er nämlich vor der Zahlung des Kaufpreises in den Besitz der Sache und in den Genuß der Früchte oder anderer Vortheile aus derselben gesetzt ist; denn es widerstreitet der Billigkeit, daß der Käufer den Genuß der Früchte und zugleich die Vortheile aus der Benutzung des Kaufpreises habe<sup>169</sup>). Diese Verzinsung des Kaufgeldes richtet sich jedoch nicht nothwendig nach dem Tage der Uebergabe; sie kann sogar für einen früheren Zeitpunkt begründet erscheinen; wenn nämlich der Verkäufer in Folge der ihm obliegenden Pflicht mit der Sache zugleich die seit dem Abschlusse des Kaufes gezogenen Nutzungen und Früchte herausgibt, so muß auch die Verzinsung vom Verkaufsabschlusse erfolgen<sup>170</sup>). Die nicht ausdrücklich versprochenen Zinsen mußten jedoch immer mit dem

164) Dasselbe gilt, wenn der Verkäufer später durch *Usucapion* am Gelde Eigenthum erlangt.

165) L. 7. C. h. t.

166) L. 2. C. h. t.

167) L. 5. C. de pactis inter emt. et vend. (4. 54.)

168) L. 5. cit. L. 13. C. h. t. L. ult. D. de per. et comm. r. et trad. (18. 6.)

169) L. 13. §. 20. D. h. t. Nam cum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii solvere. L. 5. C. cit.

170) L. 13. §. 21. D. h. t. L. 2. C. de usuris. (4. 32.) L. 18. §. 1. D. eodem. (22. 1.) L. 5. C. h. t.

Kaufpreise eingeklagt werden<sup>171)</sup>. Die Höhe der Zinsen darf aber in keinem Falle das gesetzliche Maß überschreiten<sup>172)</sup>.

2) In dem Aufwande, welchen der Verkäufer nach der Perfection des Vertrages auf die verkaufte Sache gemacht hat. Der Käufer muß nicht nur die nothwendigen Auslagen, wozu auch die Abtragung öffentlicher Abgaben gehört, sondern auch die nützlichen Verwendungen auf die Sache ersetzen<sup>173)</sup>. Die die Annehmlichkeit der Sache erhöhenden Auslagen ist der Käufer dagegen zu erstatten nicht verpflichtet. Die vor dem Abschlusse des Verkaufes auf die verkaufte Sache gemachten Verwendungen werden nur dann vom Käufer berichtigt, wenn er dies ausdrücklich versprochen hat, da man annehmen muß, daß dieselben bei der Festsetzung des Kaufpreises mit in Erwägung gezogen worden sind. Eben so kommen die von dem Verkäufer nach der Tradition der Sache auf die letztere gemachten Auslagen beim Kaufe nicht weiter in Betracht, und der Verkäufer kann dieselben nur aus anderen Rechtstiteln betreiben.

3) In dem Erfasse der Schäden, welche der Käufer dem Verkäufer absichtlich oder auch nur durch ein geringes Versehen, *culpa levis*, zugefügt hat<sup>174)</sup>.

Ist der Kauf in irgend einer rechtsgiltigen Weise, insbesondere durch Eintritt einer Resolutivbedingung, aufgehoben worden, so muß der Käufer die Sache mit allem Zubehör und gezogenen Früchten und Nutzungen herausgeben und die durch seine Schuld veranlaßte Verminderung oder Verschlechterung der Sache vertreten<sup>175)</sup>. Hat endlich der Käufer außer dem Kaufpreise noch andere Verbindlichkeiten übernommen, so muß er auch diese erfüllen<sup>176)</sup>. —

#### IV. Aufhebung<sup>177)</sup>.

Wie alle Consensualcontracte, so kann auch der Kauf mit den daraus hervorgegangenen Verbindlichkeiten in der Folge durch gegenseitige Einwilligung (*mutuus dissensus*) aufgehoben werden<sup>178)</sup>. Diese Aufhebung

171) L. 49. §. 1. D. h. t. Diese Vorschrift hing mit der Rechtsregel zusammen, daß Zinsen bei *stricti iuris negotia* mittelst Stipulation versprochen werden mußten, wenn darauf geklagt werden sollte. Bei *bonae fidei negotia* behüte man die Contractsklage auf die Zinsen aus. War diese rechtskräftig entschieden, so konnte sie wegen der entgegenstehenden *exc. rei iud.* nicht mehr, also auch nicht mehr wegen der Zinsen angestellt werden. Da jedoch jetzt jedes *pactum* eine Klagbarkeit hervorbringt, so ist auch den Conventionalzinsen eine selbstständige Klage nicht zu versagen. Es muß aber auch dieses von den *usu- rae ex mora u. s. w.* gelten; wie denn auch die Praxis nach der Hauptklage die Klage auf Zinsen zuläßt. *Leys er, spec. CCXI.*

172) L. 13. §. 26. D. h. t.

173) L. 13. §. 22. L. 28. §. 1. D. h. t. L. 13. L. 16. C. h. t.

174) L. 23. D. de reg. iuris. (50. 17.)

175) L. 4. pr. L. 6. §. 1. L. 5. D. de leg. comm. (18. 3.) L. 16. D. de in diem add. (18. 2.) L. 3. C. de pactis int. emt. et vend. (4. 54.)

176) L. 13. §. 24. 30. L. 21. §. 5. 6. L. 53. §. 1. D. h. t.

177) Quellen: D. de rescindenda venditione et quando licet ab emtione decedere. (18. 5.) C. de rescindenda venditione. (4. 44.)

178) L. 58. D. de pactis. (2. 14.) L. 5. §. 1. D. h. t.



kann sich sowohl auf den ganzen Inhalt des Vertrages, als auf einzelne Theile und Nebenbestimmungen erstrecken<sup>179)</sup>. Es wird jedoch zu einer solchen gültigen Aufhebung des Kaufes vorausgesetzt, daß die aufhebende Erklärung beider Theile gültig erfolge<sup>180)</sup>, und nach röm. Rechte insbesondere noch, daß der Vertrag von keiner Seite weder ganz noch theilweise erfüllt ist<sup>181)</sup>. Diese letztere Bestimmung gründete sich darauf, daß formlose Verträge, die nicht unter die Contracte aufgenommen waren, keine Klage erzeugten. Da dieser Grund jedoch in unserem heutigen Rechte weggefallen ist, so muß man annehmen, daß auch dann die wechselseitige Einwilligung den Kauf aufhebt, wenn er von einer Seite schon theilweise oder vollständig erfüllt ist<sup>182)</sup>.

Außerdem kann einseitig in der Regel ein gültig abgeschlossener Kauf nicht aufgehoben werden<sup>183)</sup>. Ist jedoch ein wesentlicher Mangel bei der Eingehung des Kaufes der Gültigkeit desselben entgegen, sei es nun, daß ein Mangel der freien Einwilligung obwaltet, sei es, daß einem Contractanten die persönliche Fähigkeit fehlt, sei es endlich, daß ein gesetzliches Verbot den Kauf verbietet, so bleibt der Kauf auch in der Folge ungültig, und es kann jeder Theil sich der in der Verabredung übernommenen Verbindlichkeiten entziehen, wenn nicht etwa nach der Hebung des ursprünglichen Hindernisses die Parteien durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung den Vertrag ratihabirt haben, wo dann auch eine rückwirkende Kraft desselben eintritt, mit Ausnahme der Fälle, wo der Vertrag durch ein entgegenstehendes Verbot nichtig war; denn hier entsteht ein ganz neuer Kauf. Eine Ausnahme von obiger Regel tritt jedoch dann ein, wenn der eine Contractant in Folge eines Nebenvertrages oder einer Resolutionsbedingung das Rückgängigwerden des Kaufes von seiner ferneren Einwilligung abhängig gemacht hat<sup>184)</sup>. Auch gibt eine übermäßige Uebervorthellung das Recht, die Aufhebung des Contractes zu verlangen. Schon nach den gewöhnlichen Regeln über Treu und Glauben, welche bei dem Kaufe eine Unredlichkeit nicht gestatten, muß angenommen werden, daß derjenige, welcher den anderen Contractanten übertrieben bevorzuehlt, sich unredlich benehme. Diesen Grundsatz kennt das Recht der Pandekten auch in allgemeinen Ausprüchen an<sup>185)</sup>, und es erscheint nicht zu gewagt, anzunehmen, daß allzugroße Mißverhältnisse zwischen Kaufpreis und Werth der Sache durch billiges Ermessen des Richters

179) L. 6. §. 2. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 4. D. h. t.

180) Wie die in irgend einer Weise erklärte Willenseinigung den Kauf hervorbringt, so hebt dieselbe auch den Kauf auf, wenn sie im Ernste und frei von Willenshindernissen abgelegt ist. L. 7. §. 1. D. h. t. L. 35. D. de reg. iuris. (50. 17.)

181) L. 1. C. quando liceat ab emtione. (4. 45.) L. 2. C. codem.

182) Glück a. a. D. Th. 17, §. 18.

183) L. 3. L. 6. C. h. t.

184) C. quando liceat ab emt. discedere. (4. 45.)

185) L. 79. D. pro socio. (17. 2.) L. 3. C. comm. utr. iud. (3. 33.)

ausgeglichen worden sind<sup>186</sup>). In diesem Geiste haben Diokletian und Maximilian in zwei Rescripten folgende Rechtsbelehrung ertbeilt<sup>187</sup>):

Wenn Jemand ein Grundstück unter der Hälfte des Werthes verkauft habe, so könne er auf Aufhebung des Kaufes klagen, wenn der Käufer es nicht etwa vorziehen sollte, zu dem bedungenen Preise so viel zuzulegen, als am wahren Werthe der Sache noch fehle.

Diese Bestimmung, welche als der Ausfluß einer allgemeinen Rechtsansicht zu betrachten ist, und somit auch die Anwendung auf andere, als unbewegliche Sachen fordert, hat denselben Grund, wie die den Wucher verbietenden Gesetze. Der Käufer soll die Noth des durch Armuth zum Verkaufe gezwungenen Mannes nicht mißbrauchen und davon übermäßigen Nutzen ziehen. Diesem auf Ehrlichkeit und Rechtlichkeit gebauten Principe gemäß hat die deutsche Praxis die obige Bestimmung auf den Käufer<sup>188</sup>) ausgedehnt, indem sie demselben ebenfalls eine Klage auf Aufhebung des Kaufes gibt, wenn er für die gekaufte Sache mehr als das Doppelte dessen, was sie werth ist, gegeben hat. Denn der Käufer kann nothwendig eine Sache gebrauchen, und deshalb zu einem übermäßigen Preise genöthigt werden, abgesehen davon, daß er häufig in der Lage sich befinden wird, einestheils die zu kaufende Sache nicht genau zu kennen, und anderentheils sich die nöthige Kenntniß durch Erkundigungen nicht sogleich verschaffen zu können. Die bezeichnete Vorschrift wurde endlich auf alle anderen onerosen Verträge<sup>189</sup>), wobei von einer Verletzung über die Hälfte die Rede sein kann, ausgedehnt, so daß dem heutigen gemeinen Rechte die achtbare Idee zu Grunde liegt, es bringe die Billigkeit bei onerosen Geschäften mit sich, daß das, was die Contrahenten einander wechselseitig geben, von ungefähr gleichem Werthe sein müsse.

Die Bedingungen der Klage auf Aufhebung des Kaufes sind:

1) Die wirkliche Verletzung über die Hälfte, welche für den Käufer darin besteht, daß er mehr als noch einmal so viel, als der wahre Werth der Sache zur Zeit des Kaufes beträgt, gegeben hat<sup>190</sup>), während sie für den Verkäufer darin liegt, daß er weniger als die Hälfte des wahren Werthes der Sache zur Zeit des Verkaufes erhalten hat.

2) Daß kein Grund vorhanden ist, wodurch die Veräußerung gegen einen unverhältnißmäßig niedrigen oder unverhältnißmäßig hohen Preis gerechtfertigt erscheint. Demnach können folgende Kaufgeschäfte nicht angefochten werden:

a) Die gewagten Kaufgeschäfte<sup>191</sup>).

186) Bgl. L. 2. D. depositi. (16. 3.) L. 12. §. 1. D. de iure dot. (23. 3.)

187) L. 2. L. 8. C. h. t.

188) Gl. u. a. a. D. Th. 17, S. 24 flg.

189) Gl. u. a. a. D. S. 120 flg.

190) Die Glossen zur L. 2. C. h. t. nimmt eine Verletzung des Werthes über die Hälfte an, wenn der Käufer außer dem wahren Werthe der Sache noch etwas über die Hälfte dieses Werthes gezahlt habe. Die Praxis hat sich jedoch gegen diese Auslegung erklärt. Gl. u. a. a. D. S. 41.

191) L. 8. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 10. 11. D. de her. vel act. vend. (18. 1.)

b) Der sogen. Freundeskauf, *emptio venditio gratiosa*<sup>192</sup>). Denn hier liegt es ganz klar in der Absicht des Käufers, den Verkäufer zu begünstigen, wenn er einen unverhältnißmäßig hohen Preis gibt, so wie dieselbe Absicht des Verkäufers zu Gunsten des Käufers keinem Zweifel unterliegt, wenn die Sache verhältnißmäßig billig abgelassen wird. Hier kann es nur darauf ankommen, ob der Kauf in Folge der damit verbundenen Schenkung ungiltig ist oder nicht.

c) Wenn dem Erben oder sonst in einem letzten Willen Bedachten die Pflicht auferlegt ist, eine Sache für einen bestimmten hohen Preis anzukaufen oder eine Sache übermäßig billig zu verkaufen<sup>193</sup>).

Außerdem kann jeder Theil dem Rechte, wegen enormer Verletzung zu klagen, giltig entsagen, was nach canonischem Rechte dann stillschweigend angenommen werden muß, wenn der Kauf eidlich bestärkt worden ist<sup>194</sup>). Dagegen bleibt das Recht wegen enormer Verletzung bestehen, wenn Jemand aus Noth wissentlich übermäßig theuer kauft oder übermäßig wohlfeil verkauft, da hier dasselbe Princip der Billigkeit spricht, wie in dem Falle, wo der Uebervortheilte im Irrthume war<sup>195</sup>). — Ebenso muß das Recht auf Rescission des Geschäftes bei jeder enormen Verletzung, welche bei einem öffentlichen Verkaufe sich herausstellt, behauptet werden, da auch hier das Princip der Billigkeit, welches jeden vor einer übermäßigen Uebervortheilung schützen soll, nicht wegfällt. Denn es ist nicht immer der öffentliche Kauf und Verkauf das geeignete Mittel, den wahren Werth der Sache festzustellen und somit gegen jede übermäßige Verletzung zu sichern<sup>196</sup>). Demnach läßt auch die Praxis die Anfechtung einer Subhastation zu<sup>197</sup>). — Daß auch dann die Rescission des Kaufes stattfinden könne, wenn der Kaufpreis von einem Dritten bestimmt ist, leidet um so weniger ein Bedenken, als die Contrahenten vom arbitrator ein *arbitrium diligentis et boni paterfamilias* fordern können und nur durch ein solches an den Vertrag gebunden werden<sup>198</sup>). — Dagegen versteht es sich von selbst, daß eine Anfechtung des Kaufes weder dann gestattet ist, wenn das Gesetz den Preis bestimmt hat<sup>199</sup>), noch auch dann, wenn in der Folge nach dem Vertragsabschlusse

192) L. 49. §. 9. D. de leg. I. (30.) L. 70. D. de leg. II. (31.)

193) L. 29. C. de pactis. (2. 3.)

194) C. 8. 28. X. de iure iur. (2. 24.) c. 2. in VIto eodem. (2. 11.) c. 2. in VIto de pactis. (1. 18.) Glük a. a. D. S. 100 fig.

195) Die L. 12. C. h. t. steht dieser Ansicht nicht entgegen, da hier von keiner *laesio ultra dimidium* die Rede ist. — Vgl. Glük a. a. D. S. 81 fig.

196) Glük a. a. D. S. 87 fig.

197) Glük a. a. D. S. 97, Note 51.

198) L. 76. D. pro socio (17. 2.): *Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus; quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itam est; alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.* — L. 30. D. de operis libertorum (38. 1.): *Et fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut quia sperent eum recte arbitraturum, id faciant; non quia vel immo obligari velint.*

199) Glük a. a. D. Th. 16, S. 73 fig.

Umstände eintreten, wodurch eine Verletzung über die Hälfte herbeigeführt wird, da hier der Käufer *periculum und commodum rei* trägt<sup>200</sup>). —

Die Verletzung über die Hälfte wird so lange durch eine Einrede gerügt, als der Verletzte (*laesus ultra dimidium*) den Vertrag seinerseits noch nicht erfüllt hat. Hat derselbe den nach den Worten des Vertrages übernommenen Verbindlichkeiten genügt, so steht ihm nur noch der Weg der Klage offen. Diese Klage ist aber weder eine *condictio indebiti*, noch eine *restitutio in integrum civilis*, noch eine *Spolienklage*, sondern immer nur die *Contractsklage*, die *actio emti oder venditi*, welche jedoch in der Praxis den Namen *remedium* (ex L. 11. C. de rescindenda venditione) erhalten hat. Sie verjährt in der gewöhnlichen Frist von 30 Jahren und steht sowohl den Erben, als auch den Bürgen und Cessionarien zu. Das *petitum* muß immer auf Rescission des Kaufes gerichtet werden. Die Ansicht einiger Juristen, welche es für nöthig finden, den Klagvertrag alternativ entweder auf Aufhebung des Kaufes oder auf Nachzahlung des Fehlenden, resp. Rückzahlung des Zuvielgezahlten; zu richten, hat den klaren Inhalt der beiden Hauptgesetze in dieser Lehre gegen sich, da diese dem Käufer die Befugniß beilegen, vor der Beurtheilung den Klaggrund durch Nachzahlung des Zuweniggeleisteten zu vernichten und dadurch die Beurtheilung der Rescission abzuwenden. Die Bestimmungen des canonischen Rechtes im cap. 3 u. 4. X. de emtione et venditione (3. 17.) können hier nicht in Betracht kommen, da in diesen Stellen päpstliche Entscheidungen in concreten Fällen enthalten sind, deren Individualität uns nicht bekannt ist. Es ist namentlich darüber nichts bekannt, ob in den gedachten Prozeffen die Beklagten das Fehlende nachzahlen wollten, und nichtsdestoweniger der erste Richter auf Rescission erkannt hatte, oder ob ein solches Anbieten nicht gemacht war<sup>201</sup>). Im ersten Falle stimmen beide Decretalen mit dem römischen Rechte vollkommen überein. Jedenfalls haben die gedachten Entscheidungen die Praxis nicht vermocht, eine alternative Fassung des Klageantrages in der Rescissionsklage für nothwendig anzunehmen. — Der Erfolg der Klage ist die Nichtigkeitserklärung des Kaufes, vorausgesetzt, daß der Beklagte nicht freiwillig das Zuvielerhaltene zurückgibt. Es muß demnach der Käufer die Sache mit Früchten und Accessionen gegen Erstattung des Kaufpreises mit Zinsen herausgeben<sup>202</sup>), in so weit nicht eine ver-

200) L. 8. C. h. t.

201) Cap. 3. cit.: *Habita deliberatione cum fratribus... eandem sententiam (qua decanus, venditorem non tenere pronunciaverat) iuri contrariam intelleximus. Quia vero in arbitrio emtoris est, si velit supplere iustum pretium, aut venditionem rescindere, cum res minus dimidia iusti pretii comparatur, sententiam ipsam tamquam iuri contrariam irritantes, possessionem monachis indicavimus esse reddendam. — Cap. 6. eod.: ...Cum constitisset nobis monasterium in venditione ultra dimidium iusti pretii esse deceptum, sententionando decrevimus, possessiones restituerent memoratas, aut supplerent, quantum constaret legitima venditionis tempore iusto pretio defuisse.*

202) L. 173. §. 1. D. de reg. iuris. (50. 17.) L. 38. §. 4. D. de usuris. (22. 1.)

hältnismäßige Compensation der Früchte und Zinsen eintritt<sup>203</sup>). Der Käufer kann immer die nothwendigen und nützlichen Verwendungen abziehen und behält bei den *impensae voluptuosae* das Recht der Wegnahme, wenn dieses ohne Beschädigung der Sache möglich ist. Dagegen muß er aber auch für alle durch seine Schuld veranlaßten und durch Zufall eingetretenen Verschlechterungen der Sache einstehen und namentlich die während seiner Besitzzeit bestellten Pfand- und Hypothekenrechte tilgen, da diese als gültig bestellt gegen jeden dritten Erwerber wirken. Der Verkäufer kann deshalb auf Höhe dieser an der Sache haftenden Pfandschulden das zu restituirende Kaufgeld zurückbehalten<sup>204</sup>). Ist aber der Käufer nicht mehr im Stande, die gekaufte Sache herauszugeben, so fragt es sich, ob er die Sache veräußert hat, oder ob die Sache untergegangen ist. Im ersten Falle hat der verletzte Verkäufer einen Entschädigungsanspruch aufs volle Interesse, wenn der Käufer in arglistiger Absicht, um der Rescissionsklage zu entgehen, sich des Besitzes der Sache entäußert hat<sup>205</sup>); ist aber die Veräußerung *bona fide* erfolgt, so geht der Anspruch nur auf die Bereicherung des Käufers<sup>206</sup>). Im letzten Falle dagegen findet kein Anspruch gegen den Käufer statt, da die Klage nur auf Rescission des Kaufes und Restitution der Sache geht, von welcher durch den Untergang der Sache eine Befreiung für den Käufer wegen Unmöglichkeit eingetreten ist. Eine Klage auf Ergänzung des Preises findet aber überall nicht statt. Findet sich aber der Käufer in einem solchen Falle verletzt, so kann er, wenn er auch die Sache nicht mehr herauszugeben im Stande ist, Schadenersatz fordern, welchen ihm abzusprechen unbillig sein würde<sup>207</sup>).

#### V. Klagen<sup>208</sup>).

Die aus dem Kaufvertrage hervorgehenden Rechte werden durch die *actio emti* (*ex emto*) und durch die *actio venditi* (*ex vendito*) geltend gemacht<sup>209</sup>).

I. Die *actio emti* ist die dem Käufer zustehende Klage, womit er auf Erfüllung sowohl der nach der Natur des Kaufes dem Verkäufer obliegenden allgemeinen, als auch der in Folge besonderer Nebenverabredungen begründeten Verbindlichkeiten bringt<sup>210</sup>). Ist dieselbe Sache einzeln Mehreren gültig verkauft worden, so kann zwar jeder auf Tradition der Sache dringen, es liegt aber in der Willkür des Verkäufers, wel-

203) L. 23. §. 2. L. 28. §. ult. D. *ex quib. caus. mai.* (4. 6.) L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. L. 40. D. *de minoribus.* (4. 4.)

204) L. 21. §. 1. D. *de aed. ed.* (21. 1.) L. 4. pr. D. *quibus modis pign. solv.* (20. 6.) L. 43. §. 8. D. *de aed. ed.* (21. 1.)

205) L. 131. D. *de reg. iuris.* (50. 17.)

206) L. 14. L. 26. §. 12. L. 65. §. 8. D. *de cond. indeb.* (12.)

207) Unterholzner a. a. D. S. 247.

208) D. XIX. I. C. *de actionibus emti et venditi.* (4. 49.)

209) L. 13. §. 8. 19. D. *h. t.* L. 26. L. 66. §. 2. D. *de evict.* (21. 2.)

210) L. 66. pr. D. *de contr. emt.* (18. 1.) L. 11. D. *h. t.*

dem der Käufer er die Sache geben, und welche er entschädigen will<sup>211</sup>). Die Klage kann, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe in Verzug kommt, auf den höchsten Werth gerichtet werden, welchen die Sache in irgend einem Momente zwischen der Zeit, wo die Uebergabe erfolgen sollte, bis zum Urtheil gehabt hat<sup>212</sup>). Mit eben dieser Klage kann auch der Käufer die Sicherstellung wegen der Uebergabe, wegen der Entwöhrung so wie wegen Mängel fordern<sup>213</sup>). Endlich kann der Käufer auch in den vertragmäßig vorbebedungenen und gesetzlich bestimmten Fällen die Aufhebung des Kaufes und demgemäß die Rückgabe des Kaufpreises verlangen<sup>214</sup>).

II. Die *actio venditi* ist die dem Verkäufer zustehende Klage, mit welcher er zunächst auf die Zahlung des von dem Käufer versprochenen Kaufpreises dringt. Sie geht aber auch auf die Zinsen, wenn solche nach den oben III. 1. angegebenen Grundsätzen gefordert werden können, so wie auf Ersatz der nach dem Verkaufsabschlusse auf die Sache verwendeten nöthigen und nützlichen, so wie der mit Einwilligung des Käufers gemachten, die Annehmlichkeit erhöhenden Auslagen<sup>215</sup>). Ist neben dem Preise noch etwas vom Käufer versprochen worden oder hat der Käufer sich durch Nebenverabredungen besonderen Verbindlichkeiten unterworfen, so concurrirt die *actio venditi* mit der *actio praescriptis verbis*<sup>216</sup>). Die *actio venditi* wird auch auf Rescission des Verkaufes gerichtet, so wie auf Rückgabe der Sache nebst Früchten und Vertretung der durch die Schuld des Käufers begründeten Verschlechterungen. Hat endlich der Käufer sich mehr in Besitz genommen, als ihm nach dem Kaufgeschäfte gebührte, so fordert er auch dieses mit der *actio venditi* zurück<sup>217</sup>).

III. Beide Klagen gehen *activ* und *passiv* auf die Erben über. Zur Begründung beider Klagen wird aber vorausgesetzt, wenn nicht etwa ausbedungen ist, daß der eine Contrahent zuerst erfüllen soll, daß der Kläger nachweist, wie er seinerseits den Vertrag vollständig erfüllt habe oder dazu bereit sei; denn so lange dieß nicht geschehen ist, wäre es unbillig, vom anderen Contrahenten zu verlangen, daß er erfülle und sich der Gefahr aussetze, das zu verlieren, was er vom Gegner erwartet. Deshalb muß der Verkäufer, wenn er auf Zahlung des Kaufpreises dringt, die Uebergabe der Sache nachweisen<sup>218</sup>), während der Käufer bei der Klage auf Uebergabe der Sache die Zahlung des Kaufpreises darthun muß<sup>219</sup>). Wird dieser Beweis nicht geführt, so kann der Beklagte die *exceptio non*

211) L. 15. C. de rei vind. (3. 32.) L. 6. C. de hor. v. act. vend. (4. 39.)

212) L. 3. §. 3. D. h. t.

213) Westphal a. a. D. §. 76.

214) L. 11. §. 3. 5. 6. D. h. t. L. 2. C. de resc. vend. (4. 44.)

215) L. 13. §. 22. L. 38. §. 1. D. h. t. L. 16. C. h. t.

216) L. 2. C. de pact. inter emt. et vend. (4. 54.) L. 6. §. 2. D. h. t.

217) L. 2. in fine C. h. t.

218) L. 11. §. 2. D. h. t. L. 22. de hered. v. act. vend. (18. 4.)

219) L. 13. §. 8. L. 25. D. h. t.

impleti contractus, als die exceptio rei venditae sed non traditae, resp. exceptio pretii nondum soluti entgegenen. Ueber die Beweislast dieser Einrede ist viel gestritten worden. Man behauptete, es trete hier eine Ausnahme von der gewöhnlichen Regel ein, indem der Beklagte den Grund seiner Einrede nicht zu beweisen habe. Diese angebliche Anomalie hat aber darin ihren Grund, daß diese Einrede eigentlich eine negative litis contestatio ist, indem der Beklagte den Klaggrund durch dieselbe leugnet. Man hat jedoch von der exceptio non adimpleti contractus noch die exceptio non rite adimpleti contractus oder, wie sie auch genannt wurde, die exceptio non delecto modo adimpleti contractus, getrennt und behauptet, bei dieser müsse der Beklagte den Beweis durchgängig führen. Allein bei allen Distinctionen und den darauf gebauten Regeln muß vor allem das festgehalten werden, was Paulus<sup>220)</sup> im 16. Buche zum Plautus sagt: ...non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula.... quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium. Deshalb muß auch hier genauer unterschieden werden:

1) Behauptet der Beklagte, der Kläger habe nicht Alles, was schon die Natur des Vertrages mit sich bringe, erfüllt, z. B. er habe den versprochenen Kaufpreis nicht ganz bezahlt, oder die Sache sei erst theilweise übergeben, oder sei mangelhaft, so ist dieß immer nur eine negative litis contestatio, weshalb der Kläger den Grund der Behauptungen des Beklagten nachweisen muß, wobei ihm jedoch die gesetzlichen Vermuthungen zur Seite stehen; er wird also namentlich nicht nachzuweisen haben, daß die vom Beklagten in Besitz genommene Sache nicht fehlerhaft sei, da die Freiheit von Fehlern unter der angeführten Voraussetzung, daß die Sache in Empfang genommen ist, vermuthet wird.

2) Gibt jedoch der Beklagte an, der Kläger habe zwar seine Hauptverbindlichkeiten aus dem Vertrage erfüllt, sei aber noch mit der Erfüllung besonders verabredeter Nebenverbindlichkeiten im Verzuge, so muß zunächst der Beklagte den Beweis der getroffenen Nebenverabredung führen, vorausgesetzt, daß diese Nebenverabredung nicht als Bedingung dem Vertrage einverleibt worden ist, wo die Nachweisung derselben mit dem Klaggrunde zugleich sich ergeben würde. Hat der Beklagte dargethan, daß die behauptete Verabredung wirklich getroffen worden ist, so liegt dem Kläger die Nachweisung der Erfüllung ob<sup>221)</sup>.

#### VI. Besondere Arten des Kaufes<sup>222)</sup>.

Außer dem Kaufe von körperlichen Sachen sind hier noch folgende Verkaufarten anzuführen, bei welchen einzelne besondere Bestimmungen hervorzuheben sind, da regelmäßig die schon vorgetragenen Vorschriften zur Anwendung kommen.

220) L. 1. D. de reg. iuris. (50. 17.)

221) Glück a. a. O. Th. 17, S. 229 flg. Lange, über die Einrede des nicht erfüllten Contractes. Augsburg 1829.

222) D. de hereditate vel actione vendita. (18. 4.) C. eodem. (4. 39.)

I. Der Kauf von Dienstbarkeiten. Hier muß zunächst zwischen Personal- und Prädialservituten unterschieden werden. Von den bestehenden Personalservituten kann nicht nur der *usufructus*, sondern jede Personalservitut dem Eigenthümer der *res serviens* von dem Berechtigten verkauft werden. Die Wirkung des Kaufes besteht dann darin, daß der Verkäufer verpflichtet wird, die Servitut auf den Käufer zu übertragen, wodurch dessen Eigenthum frei wird. Ist dagegen der Käufer nicht der Eigenthümer der *res serviens*, so kann ihm nur der *usufructus* verkauft werden<sup>223</sup>). Der Verkauf hat aber nur die Wirkung, daß der Käufer verlangen kann, in die Ausübung des Nießbrauches gesetzt zu werden. Dieses Recht auf die Ausübung erlischt aber mit dem Tode des Verkäufers, als an dessen Person haftend, geht aber bei dem Tode des Käufers auf dessen Erben über, die die Ausübung bis zum Tode des Verkäufers fordern können<sup>224</sup>). Ist dagegen eine noch zu bestellende Personalservitut verkauft, so kann der Käufer nur fordern, daß ihm der Genuß der Servitut eingeräumt und er fortwährend darin geschützt werde. Das Recht auf den Genuß erlischt mit dem Tode des Käufers, nicht aber durch den Tod des Verkäufers<sup>225</sup>). Im übrigen gelten dieselben Bestimmungen wie beim Kaufe körperlicher Sachen. — Bestehende Prädialservituten können nicht anders, als mit dem Grundstücke, dem sie zustehen, verkauft werden; dieser Verkauf derselben geht von selbst durch den Verkauf der Sache vor sich<sup>226</sup>). Dagegen kann Jemand eine noch zu bestellende Prädialservitut für ein Grundstück kaufen, wenn er nur ein Interesse, sei es als Eigenthümer oder in anderer Weise, dabei hat<sup>227</sup>), daß die Servitut bestellt werde. Der Verkäufer wird verpflichtet, dem Käufer durch ein Rechtsgeschäft die Dienstbarkeit zu übertragen und in deren Ausübung fortwährend zu schützen<sup>228</sup>). Der Verkäufer muß sodann für die *Eviction* einstehen; bevor diese aber nicht eingetreten, ist er auch zu nichts verpflichtet.

II. Der Kauf einer *emphytheusis* oder *superficies* schließt sich sowohl als Kauf einer zu bestellenden, als auch als Kauf einer bestellten *emphytheusis* und *superficies* ganz genau an den Kauf körperlicher Sachen an.

III. Der Forderungskauf besteht darin, daß der Verkäufer dem Käufer die Ausübung des in einer Forderung liegenden Rechtes zu übertragen verspricht. Es widerspricht dem Principe der Gerechtigkeit, dem Gläubiger zu gestatten, willkürlich an seine Stelle einen anderen als Berechtigten zu setzen, da der Schuldner nur ihm, dem ursprünglichen Gläubiger, gegenüber verpflichtet ist. Das obligatorische Verhältniß besteht

223) §. 1. J. de<sup>o</sup> usu et habit. (2. 5.) L. 12. §. 2. L. 38. §. 1. L. 67. D. de usufr. (7. 1.)

224) L. 8. §. 2. D. de per. et comm. r. v. et t. (18. 6.)

225) L. 8. cit.

226) L. 47. 48. D. de contr. emt. (18. 1.)

227) L. 6. §. 5. D. de act. e. et v. (19. 1.)

228) L. 3. §. 2. D. eodem,



wesentlich in der Beziehung zwischen einem bestimmten Gläubiger und Schuldner, und würde durch die Substituierung eines in eigener Person berechtigten anderen Gläubigers aufgehoben werden<sup>229</sup>). Deshalb ist der Verkäufer einer Forderung nur gehalten, die vollständige Ausübung des obligatorischen Rechtes auf den Käufer zu übertragen, d. h. er muß den Käufer in den Stand setzen, die aus der Forderung entspringende Klage anzustellen<sup>230</sup>). Somit bildet der Forderungskauf einen Titel zur Cession. Der Verkäufer muß dafür einstehen, daß der Betrag der Forderung in der versprochenen Höhe vorhanden ist und haftet somit wegen des Fehlens<sup>231</sup>). Dafür aber, daß die Forderung wirklich realisiert werden könne, haftet er nicht, wenn er dies nicht ausdrücklich versprochen hat, oder wenn er nicht betrügerlich beim Verkaufe verfuhr<sup>232</sup>). Er steht demnach nur für die veritas, nicht für die bonitas nominis ein. Er muß ferner alle accessorischen, zur Sicherheit der Forderung dienenden Nebenansprüche, namentlich die Pfandrechte und Ansprüche aus Bürgschaften, dem Käufer gewähren. Er muß endlich Alles dasjenige herausgeben, was er schon aus der Forderung, sei es durch Einziehung oder durch Compensation, erlangt hat<sup>233</sup>). Der Käufer muß den Kaufpreis zahlen, kann jedoch nach der Vorschrift des Anastasischen Gesetzes nur so viel vom Schuldner einklagen, als er wirklich für die Forderung gezahlt hat<sup>234</sup>).

IV. Der Erbschaftskauf. Vgl. dieses Werk Bd. IV, S. 25.

#### VII. Nebenverträge.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß die Contrahenten ihre Einwilligung bei dem Kaufe noch auf etwas anderes, als was aus dem Kaufvertrage nothwendig folgt, richten können. Dieses geschieht durch Nebenverträge, pacta adiecta, welche ihre Klagbarkeit aus dem Kaufe herleiten, und von welchen folgende hier anzuführen sind:

I. Die Artha. Vgl. dieses Werk Bd. I.

II. Der Vorbehalt eines besseren Käufers, in diem addictio. Vgl. dieses Werk Bd. I.

III. Der Vorbehalt der Verwirkung, lex commissoria, pactum commissorium, venditio commissoria<sup>235</sup>), besteht in der Verabredung, daß für den Käufer das Recht aus dem Vertrage verwirkt sein solle, wenn er nicht binnen einer bestimmten Zeit gehörig erfülle<sup>236</sup>). Diese Verabredung begründet ein einseitiges Recht für den Verkäufer, so daß er der Zustimmung des Käufers ungeachtet beim Vertrage stehen bleiben kann<sup>237</sup>), und enthält in der Regel eine auflösende Bedingung, wenn

229) Mühlenbruch, Cession der Forderungen §. 3.

230) L. 23. pr. D. h. t.

231) L. 5. D. h. t.

232) L. 4. D. h. t. L. 74. §. 8. D. de evict. (21. 2.)

233) L. 6. L. 23. pr. §. 1. D. h. t. L. 8. C. h. t. L. 30. D. de pign. (20. 1.)

234) L. 22. C. Mandati. (4. 35.)

235) D. de lege commissoria. (18. 3.)

236) L. 2. 4. pr. L. 8. D. h. t. L. 6. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

237) L. 2. 4. pr. L. 5. 6. pr. L. 8. D. h. t.

nicht etwa verabredet ist, sie solle suspensive Wirkung haben<sup>238</sup>). Die Verwirkung erfolgt ohne Mahnung sofort mit dem Ablaufe der Frist, wenn der Käufer nicht ganz vollständig zahlt oder den ganzen Kaufpreis offerirt, vorausgesetzt, daß der Verkäufer keine Veranlassung zur Retention des Kaufpreises gegeben hat<sup>239</sup>). Ist kein Zahlungstermin verabredet, so bedarf es immer der Mahnung des Käufers<sup>240</sup>). Mit dem Eintritte der Bedingung ist für den Käufer die Befugniß begründet, den Kauf aufzuheben; er muß sich auf Verlangen des Käufers aber darüber erklären, ob er das Kaufgeschäft als gültig anerkenne oder die Vernichtung desselben verlange. Die Erklärung des Käufers bindet denselben jedoch unwiderruflich, so daß er entweder beim Kaufe stehen bleiben muß oder des Rechtes, auf die Erfüllung zu dringen, verlustig wird<sup>241</sup>). Diese Erklärung kann sowohl ausdrücklich, wie stillschweigend durch Rückforderung der Sache, durch Annahme von Abschlagszahlungen u. s. w. erfolgen. Wird nun der Kauf in Folge der Verwirkung nichtig, so verliert der Käufer die *arrha* und muß die Sache mit den gezogenen Früchten herausgeben. Der Verkäufer muß aber auch sofort den schon eingezahlten Theil des Kaufpreises, jedoch ohne Zinsen, zurückzahlen, wenn ihm dieser nicht etwa der Verabredung gemäß verfallen sein soll, wo der Käufer auch keine Früchte zu restituiren hat<sup>242</sup>). Der Verkäufer klagt mit einer persönlichen Klage, mit der *actio venditi* oder der *actio praescriptis verbis*, da er creditirt hat, und hierdurch das Eigenthum durch die Tradition auf den Käufer übergegangen ist<sup>243</sup>), allein die Praxis läßt nicht nur dann, wenn dem *pactum commissorium* eine Suspensivbedingung zu Grunde liegt, sondern auch wenn er die Wirkung einer Resolutivbedingung hat, eine *rei vindicatio* gegen Dritte zu. — Ist eine Entschädigung für den Verkäufer ausbedungen, so kann er natürlich auch diese vom Käufer verlangen.

IV. Der Vorbehalt der Reue, *Reukauf*, *pactum displicentiae* s. *poenitentiae*, besteht in der Verabredung, daß der eine oder andere Contractant willkürlich vom Vertrage abgehen könne, und wirkt im Zweifel als eine potestative Resolutivbedingung, obgleich er auch als Suspensivbedingung in Betracht kommen kann<sup>244</sup>). Ist der Vorbehalt nicht an eine bestimmte Frist gebunden, so muß das Recht binnen 60 Tagen, nach einer Bestimmung der *Rebilen*, geltend gemacht werden<sup>245</sup>). Die

238) L. 1. 2. D. h. t. L. 2. §. 3. D. pro emptore. (41. 4.)

239) L. 4. §. 4. L. 8. D. h. t. L. 80. D. de verb. obl. (45. 1.)  
L. 51. §. 1. D. de act. e. et v. (19. 1.)

240) L. 10. §. 1. L. 4. §. 4. D. h. t.

241) L. 3. 4. §. 2. L. 7. D. h. t. L. 4. C. de pactis inter emt. et vend. (4. 54.)

242) L. 4. §. 1. L. 6. pr. D. h. t. L. 6. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.) Glück a. a. D. Th. 16, S. 289—294.

243) L. 3. 4. C. de pactis int. emt. et vend. L. ult. D. h. t.

244) L. 2. §. 5. D. pro emptore. (41. 1.) L. 3. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 4. C. de aed. act. (4. 58.)

245) L. 31. §. 22. D. de aed. ed. (21. 1.) L. 4. C. de aed. act.

Klagen, welche hier vorkommen, sind die *actio emti, venditi, praescriptis verbis* oder die *actio redhibitoria*<sup>246</sup>).

V. Der Vorbehalt des Wiederverkaufes oder Wiederkaufes, *pactum de retrovendo et retroemendo*. Der erstere begründet das Recht des Verkäufers, vom Käufer den Rückverkauf der Sache, der letztere dagegen das Recht des Käufers, vom Verkäufer den Rückkauf zu verlangen<sup>247</sup>). Durch das Wiederverkaufsrecht wird der Verkäufer berechtigt, mit der *actio emti* oder *praescr. verb.* den Kauf der Sache zu fordern<sup>248</sup>). Der Käufer wird durch die Uebergabe der Sache Eigenthümer, zieht die Früchte, darf aber, so lange das Wiederkaufsrecht nicht erloschen ist, die Sache nicht veräußern. Es begründet jedoch ein solches vertragswidriges Benehmen nur einen persönlichen Anspruch<sup>249</sup>). Auch die in der Zwischenzeit vom Käufer bestellten Realrechte sind gültig. Ist keine Zeit zur Geltendmachung des Rückkaufes bestimmt, so verjährt das Recht, denselben zu fordern, in der gewöhnlichen Verjährungsfrist, also regelmäßig in 30 Jahren seit dem Abschlusse des ersten Vertrages. Der Wiederkaufspreis richtet sich zunächst nach den etwa beim ersten Kaufe für den zweiten Kauf getroffenen Festsetzungen, wobei es dann selbst beim Fallen und Steigen des Preises der Sache sein Bewenden behält<sup>250</sup>). Ist dagegen ein Preis für den Wiederkauf nicht verabredet, so muß derselbe durch das Gutachten von Sachverständigen nach dem wahren Werthe der Sache zur Zeit des Wiederkaufes festgesetzt werden, wenn sich die Parteien über denselben nicht einigen können. Ähnliche Bestimmungen kommen auch bei dem Vorbehalte des Rückverkaufes zur Anwendung. Der Käufer trägt in beiden Fällen während der Zwischenzeit die Gefahr. Beide Verkaufsarten sind jedoch nur in so weit erlaubt, als sie nicht zum Deckmantel des *pactum commissorium* beim Pfandvertrage oder des Zinswuchers dienen.

VI. Der Vorbehalt des Vorverkaufes (das *pactum protimiseos, προτιμησης*)<sup>251</sup>) besteht in der Verabredung beim Kaufe, wodurch sich der Verkäufer das Recht vorbehält, falls der Käufer die Sache in der Folge wieder verkaufen sollte, den Rückverkauf zu fordern. Der erste Verkäufer erlangt somit nur ein bedingtes persönliches Recht auf den Rückverkauf, muß aber, wenn er es ausüben will, dieselben Bedingungen erfüllen, die ein anderer Käufer bietet<sup>252</sup>). Verkauft der Käufer dennoch vertragswidrig die Sache an einen Dritten, ohne dem Verkäufer die Sache vorher zum Rückkaufe angeboten zu haben, so ist der Kauf nichtsdesto-

246) L. 6. D. de resc. venditione. (18. 6.) L. 4. C. cit.

247) L. 12. D. de praescr. verb. (19. 5.) L. 2. C. de pactis inter emt. et vend. (4. 54.)

248) L. 2. C. cit. L. 12. D. cit.

249) L. 12. D. de praescr. verb. (19. 5.)

250) Pal. Glück a. a. O. S. 218—224. — Leyser, specim. 191. med. 9—16.

251) L. 75. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 21. §. 5. D. de act. emt. et vend. (19. 1.) L. 122. §. 3. D. de verb. obl. (45. 1.)

252) L. 4. C. de iure emphyt. (4. 66.) L. 122, §. 3, cit.

weniger giltig, wenn nicht etwa der erste Verkäufer sich an der Sache selbst eine dingliche Sicherheit seines Anspruches hat bestellen lassen. In allen übrigen Fällen begründet das Vorkaufsrecht nur einen persönlichen Anspruch gegen den ersten Verkäufer. Hierdurch unterscheidet sich in einer Beziehung das *ius protimiseos* vom teutschen Retractrechte, welches immer einen dinglichen Anspruch begründet<sup>253</sup>).

VII. Der Vorbehalt der Prüfung ist der Nebenvertrag, wodurch sich der Käufer die Reue auf den Fall vorbehält, daß die Sache ihm nicht gefallen sollte. Er kann sowohl die Wirkung einer aufschiebenden, als auflösenden Bedingung haben. In der Regel wird der Vertrag die Wirkung einer aufschiebenden Bedingung haben, da gewöhnlich die Verabredung so getroffen wird, daß die Sache dem Käufer bei einer noch vorzunehmenden Besichtigung, Probstung u. s. w. gefallen müsse<sup>254</sup>). Der Käufer kann in einem solchen Falle die Annahme der Sache verweigern, weil sie ihm bei der vorgenommenen Prüfung nicht gefallen habe. Der Käufer ist hier nicht gehalten, die Gründe der Verwerfung der Sache anzugeben. Es läßt sich demnach auch die Behauptung nicht rechtfertigen, daß der Käufer nur dann seine Billigung versagen könne, wenn die Sache objectiv schlecht sei<sup>255</sup>) oder wenn Ausbedungen worden sei, daß sie ihm subjectiv gefallen müsse. *Paulus* spricht dem Käufer unbedingt die Befugniß zu, die Sache zu verwerfen, indem er sagt<sup>256</sup>): *Alia est causa degustandi, alia metiendi. Gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat. Mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veniat, sed ut appareat quantum ematur.*

Es kann dieser Vertrag aber auch mit der Wirkung einer Resolutivbedingung geschlossen sein, wenn nämlich ausgemacht ist, daß der Verkauf unverbindlich sein solle, falls sich ein Fehler an der Sache zeigen sollte. Hat der Käufer die Sache auf Probe genommen, so liegt es in der Billigkeit, daß er dann nicht ohne Nachweisung eines Grundes zurücktreten darf. — Der Verkäufer ist in allen Fällen an den Kauf gebunden. Die volle Wirksamkeit erlangt der Kauf für beide Theile erst von dem Augenblicke ab, da der Käufer seine Zufriedenheit mit der behandelten Sache ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat. Für eine stillschweigende Genehmigung ist es zu betrachten, wenn der Käufer das Kaufgeld ohne Vorbehalt zahlt oder in der etwa ausbedungenen Frist, ohne die Sache zurückzugeben, sich nicht erklärt. Eine Fristbestimmung ist nach römischem Rechte zwar gewöhnlich, aber nicht gerade wesentlich<sup>257</sup>). Die Erklärung der Unzufriedenheit mit der Sache bewirkt bei dem mit suspensiver Wirkung geschlossenen Vorbehalt, daß der Kauf als gar nicht zu Stande gekommen angesehen wird, während bei dem mit resolutiver Wirkung versehenen Kaufe auf Probe, der anfangs gültige Vertrag auf-

253) *Glück a. a. D. Th. 16, S. 167 flg.*

254) *L. 4. §. 1. L. 15. D. de per. et comm. r. v. et tr. (18. 6.)*

255) *Freitschke a. a. D. §. 53.*

256) *L. 34. §. 5. D. de contr. emt.*

257) *L. 1. 4. pr. §. 1. D. de peric. et comm. (18. 6.)*

gehoben wird. Hiernach ergeben sich die wechselseitigen Ansprüche bei der nicht genehmigenden Erklärung des Käufers von selbst, und ist nur noch zu bemerken, daß der Käufer die Sache nur in so weit gebrauchen darf, als dieses zum Zwecke der Probe erforderlich ist. Mit dem Kaufe auf Probe ist aber nicht der Kauf nach Probe zu verwechseln. Letzterer wird sofort giltig und beiderseits verbindlich mit dem Erfolge, daß, wenn die Sache den vorgelegten Mustern nicht entspricht, der Käufer die Lieferung probemäßiger Waaren fordern oder auf das Interesse klagen kann.

VIII. Der Vorbehalt des Eigenthums und einer Hypothek, *pactum reservati dominii et hypothecae*, besteht in der Verabredung des auf Credit verkaufenden Verkäufers, daß er sich das Eigenthum an der verkauften Sache oder eine Hypothek an derselben bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises ausbedinge. Dieser Vorbehalt bedingt nur die Tradition der Sache mit ihren Wirkungen, nicht das Kaufgeschäft selbst. Das *pactum reservati dominii* kann sowohl als *Suspensiv*, wie als *Resolutivbedingung* in Betracht kommen. Im ersten Falle hängt die Erwerbung des Eigenthums nebst ihren Wirkungen vom Eintritte der Bedingung, der Zahlung des vollen Kaufpreises, ab, z. B. es wird dem Käufer der Genuß der Sache nur *precario* oder *pachtweise* übertragen<sup>258</sup>). Im zweiten Falle wird das Eigenthum sofort auf den Käufer übertragen, und der Rückfall desselben vorbehalten<sup>259</sup>). Das *pactum reservatae hypothecae* gibt nach der Annahme der Praxis einen Vorzug vor allen anderen Pfandgläubigern an der Sache<sup>260</sup>).

IX. Das *pactum de non praestanda evictione*, der Vorbehalt des Verkäufers, für die Freiheit der Sache gegen Ansprüche Dritter oder wegen Fehler nicht einsehen zu wollen, ist nur in so weit giltig, als der Verkäufer nicht betrüglich verfährt<sup>261</sup>).

Grath.

**Kauf in Beziehung auf Waarenhandel<sup>1)</sup>.** Der Kaufvertrag bildet gewissermaßen die Grundlage des ganzen Handelsrechtes. Der Handel ist der gewerbmäßige Verkehr durch Einkauf und Verkauf von solchen Gegenständen, bei denen eine factische Concurrenz von Käufern der Regel nach stattfindet. Der Handel besteht also in einer Reihe von Käufen und Verkäufen, daher der Handeltreibende auch Kaufmann

258) L. 1. §. 4. L. 2. D. de reb. eor. qui sub. tut. (27. 9.) L. 16. D. de per. et comm. r. v. et t. (18. 6.) L. 20. D. de precario. (43. 26.)

259) Unterholzner a. a. D. S. 256, §. 456, Note a. v. Wangerow, Leitfaden S. 500 flg.

260) Glü c. a. a. D. S. 230 flg.

261) L. 11. §. 18. D. de act. e. et v. (19. 1.)

1) Literatur: Rittermaier, deutsches Privatrecht, 6. Aufl., §. 563—565. Bendor's Handelsrecht Bd. 1. W. Pöhl's, Handelsrecht Bd. 1, S. 162—201. Ehdl's Handelsrecht Bd. 1, S. 195—273. G. G. Treitschke, der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel und die wichtigsten neuen Gesetzgebungen. Leipzig 1838. — Pardessus, cours du droit de commerce T. II. p. 239—331. J. da Silva, principios de direito mercantil T. V. c. 3, 24. Kent, commentaries on american law Vol. II. sect. 39.

genannt wird. Alle übrigen Handelsgeschäfte, durch welche eine große Menge ausgebildeter und verwickelter Rechtsverhältnisse, die den größten Theil des Inhaltes des Handelsrechtes ausmachen, hervorgerufen worden sind, sind, wie groß auch jetzt ihre Bedeutung sein mag, doch nur Hilfs-geschäfte für den eigentlichen, besonders ins Große getriebenen, über Länder und Meere sich ausdehnenden Kaufhandel. Die Gegenstände des Handels heißen Waare, und Kaufen und Verkaufen im Handelsverkehr heißt einen Vertrag abschließen, wodurch ein Theil sich verbindlich macht, den Besiß einer Waare dem anderen zu verschaffen und der andere sich verpflichtet, eine Summe Geldes dafür zu zahlen. Aber das Geld selbst wird im kaufmännischen Verkehr zur Waare; besonders machen auch Wechsel und andere Creditpapiere, namentlich die Staatspapiere, Gegenstände des Handelsverkehrs aus. Dem Wechselrechte aber werden besondere Artikel gewidmet werden, worin der Verkehr mit Wechseln zu erörtern ist. Eben so erfordert der Verkehr mit Staatspapieren eine besondere Darstellung. Auch dem Buchhandel ist bereits in diesem Werke ein eigener Artikel gewidmet worden. Wir haben es hier daher nur mit dem Kaufe im Handelsverkehr ohne Rücksicht der beim Verkehr mit Creditpapieren und bei Buchhandel vorkommenden eigenthümlichen Verhältnissen oder mit dem Kauf in Beziehung auf Waarenhandel im engeren Sinne zu thun.

Die preussischen, österreichischen, französischen, bairischen, holländischen sowohl Civil- als Handelsgesetzbücher haben das Kaufgeschäft für Kaufleute nicht besonders dargestellt. Es ist dieses aber in den neueren spanischen<sup>2)</sup> und portugiesischen<sup>3)</sup> Handelsgesetzbüchern und in dem württembergischen Entwurf<sup>4)</sup> zu einem solchen geschehen.

Wesentlich gehört zum Kauf nach der Begriffsbestimmung, wie sie zuvor gegeben ist, Waare und Preis und daß der Preis in Geld bestimmt werde, denn dadurch unterscheidet sich der Kauf von Tausch; nicht nothwendig ist aber, daß auch die Zahlung in Geld geleistet werde<sup>5)</sup>. Der Abschluß eines Kaufes geschieht entweder unter Gegenwärtigen (Handel auf dem Platz<sup>6)</sup>) oder unter Abwesenden, und dann in der Regel schriftlich. Nur wenn bei einem schriftlichen Anerbieten Gattung der Waare, Qualität, Preis und Quantität angegeben ist, kann dasselbe in der Art für vollständig und verbindlich angesehen werden, daß es nur das Ja von Seiten des Anderen bedarf, den Kauf perfect zu machen, und daher der Offerent seinem Angebot gemäß die Waare zu liefern oder das Interesse zu leisten verpflichtet ist. Durch das Einsenden von

2) *Codigo di Comercio* art. 361—381.

3) *Codigo Comercial* art. 453—514. 909—921.

4) §. 329. *Motive* S. 298.

5) *Vgl. Treitschke, Kaufcontract* S. 23.

6) Es wird dieser Ausdruck auch zur Bezeichnung des Kaufes in Tausch und Bogen gebraucht; so *Bender, Handelsrecht* Bd. 1, S. 204. *Vöhlis, Handelsrecht* Bd. 1, S. 171. In der obigen Bedeutung bedienen sich desselben: *Fischer, österr. Handelsrecht* S. 153; *Heise und Erpp, Abhandlungen; Ehbl's Handelsrecht* Bd. 1, S. 209.

Proben nebst Angabe der Preise oder eines ausgefüllten Preiscurantes wird eine solche Verbindlichkeit nicht begründet, weil hiebei noch die Quantität nicht angegeben, welche man zu liefern bereit ist<sup>7)</sup>. In der Regel werden die Kaufgeschäfte an Handelsplätzen durch besonders dazu bestellte Personen — Makler — vermittelt; diese müssen über jedes abgeschlossene Geschäft zwei gleichlautende Schlusszettel ausfertigen, deren Annahme von Seiten der Contrahenten eine verbindliche Erklärung der Einwilligung enthält, wenn diese nicht schon vorher erfolgt sein sollte<sup>8)</sup>.

Wenn bedungen wird, daß die Ablieferung der Waare (die Tradition) erst einige Zeit nach Abschluß des Kaufes — der dann schon perfect ist — geschehen soll, so ist ein Lieferungskauf vorhanden; einen Tageskauf nennt man es dagegen, wenn ein solches Hinausschieben der Tradition nicht stattgefunden hat, diese vielmehr sofort geschehen soll<sup>9)</sup>. Ein Lieferungskauf pflegt allerdings geschlossen zu werden, wenn die verkaufte Waare noch nicht bereit liegt, wenn sie erst angefertigt werden soll, sie für Rechnung des Verkäufers noch unterwegs ist, oder dieser sie erst anschaffen will, doch gehört dieses Alles, was gewöhnlich die Veranlassung zu einem Hinausschieben der Ablieferung giebt, nicht, wie gewöhnlich angenommen wird, zum Begriffe des Lieferungskaufes<sup>10)</sup>. Das preussische Recht hat das Lieferungskaufgeschäft: wenn Jemand übernimmt einem Anderen eine Sache zu einem bestimmten Preise zu verschaffen — wobei allerdings auch eine locatio conductio operarum zu Grunde liegen kann<sup>11)</sup> —, von dem Kaufe, der erforderlich soll, daß die Sache dem Verkäufer schon gehört habe, oder doch als ihm gehörig gedacht wurde, — als eine besondere Vertragsart ausgeschrieben<sup>12)</sup>, dessen hervorstechendste Eigenthümlichkeit es hier ist, daß es dem Besteller, wenn die Lieferung wegen veränderter Umstände unnütz oder unbrauchbar geworden, freisteht unter Ersatz der bereits verwendeten Bemühungen und Kosten von dem Vertrage abzugehen. — Der Lieferungskauf kommt indeß auch in modificirter Weise vor, besonders so, daß dem einen Contrahenten ein Wahlrecht zusteht, und zwar hinsichtlich der Erfüllung selbst, der Zeit, der Art der Erfüllung oder des Objectes derselben<sup>13)</sup>. Lieferungskäufe der Art sind durch den Verkehr mit Staats- und anderen Creditpapieren mit veränderlichem Cours hervorgerufen worden und pflegen auch nur über dergleichen geschlossen

7) Thöl, Handelsrecht Bd. 1, S. 209, vgl. mit S. 174. Mittermaier, Privat. §. 563. IV. Treitschke, Kaufcontract S. 58.

8) S. in diesem Werke den Art. Makler. Vgl. auch Treitschke a. a. D. S. 62.

9) Darüber bes. Thöl a. a. D. S. 218 fg.

10) So Bender, Handelsrecht I. S. 196. Pöhl, Handelsrecht I. S. 171. Treitschke, Kaufcontract S. 11.

11) Mittermaier, Privat. §. 292. VI.

12) Preuß. Landr. I. 11. §. 982—987. Vgl. darüber Bornemann, preuß. Civilrecht §. 205, Bd. 3, S. 189 (2. Aufl.).

13) S. Thöl's Handelsrecht Bd. 1, S. 291.

zu werden; es wird daher bei Verlehrs mit Staatspapieren davon die Rede sein müssen; hier dürfte nur noch des (einfachen) Prämien-geschäftes, welches wohl auch beim eigentlichen Waarenhandel vorkommt, zu erwähnen sein und darin besteht, daß Käufer oder Verkäufer sich vorbehält, gegen eine bestimmte Vergütung von dem Handel wieder abzugehen<sup>14)</sup>. Es kann sich unter einem solchen Prämienhandel oder Kauf auf Lieferung überhaupt ein sogen. Differenzgeschäft verbergen, welches, wenn die Simulation offenbar ist, auch als Differenzgeschäft, nicht als Kauf behandelt werden muß<sup>15)</sup>.

Der Verkäufer ist nach allgemeinen Grundsätzen, wenn über die Beschaffenheit der Waare nichts besonderes beredet ist, verpflichtet, eine fehlerfreie, gute, unverdorbene Waare mittlerer Qualität, sogen. Kaufmannsgut (*d'un qualité loyale et marchande*) zu liefern<sup>16)</sup>.

Der Kauf nach Probe ist ein Verkauf mit dem Versprechen, daß die verkaufte Waare der vorgelegten und dem Käufer zu dem Zwecke der Vergleichung eingehändigten Probe entsprechen soll<sup>17)</sup>. Der Kauf ist ein unbedingter mit einem *dictum promissum*. Der Verkäufer ist verpflichtet, die der Probe entsprechende Waare zu liefern und wenn er dieses nicht leistet, die Waare nicht probehaltig ist, dem Käufer den Schaden, welchen dieser dadurch erlitten, zu ersetzen<sup>18)</sup>. Ist die Waare aber probehaltig, so ist der Käufer sie anzunehmen verpflichtet. Unbegründet ist es, daß beim Handel nach Probe, wie Bender behauptet, der Käufer durch eine rechtzeitige Erklärung vor Ankunft der bestellten Waare vom Handel zurücktreten kann<sup>19)</sup>. Der Käufer muß die ihm übergebene Probe zum Zwecke der künftigen Prüfung der Waare mit größter Sorgfalt bewahren, wodurch er aber in der Regel nicht verhindert ist, sie anzubringen und über einen Theil derselben zu verfügen, namentlich wenn eine Untersuchung der Probe nicht ohne einen Verbrauch eines Theiles derselben möglich ist; nur muß er so viel übrig lassen, daß ein Vergleich möglich bleibt. Anders ist dieses freilich, wo die Probe dem Käufer, wie es Particularrechte vorschreiben, versiegelt übergeben wird, in welchem Falle sie als ein depositum zu betrachten ist<sup>20)</sup>. Hat der Käufer die Probe so verringert, daß eine Vergleichung nicht mehr möglich ist oder hat er sie ganz abhandeln kommen lassen, so trifft ihn nun die Beweislast, wenn er die Probemäßigkeit der Waare

14) Wittermaier a. a. D. §. 363. d.

15) Thdl a. a. D. S. 220.

16) Groy in Heise und Groy, Abhandlungen S. 210.

17) Groy in Heise und Groy, Abhandlungen S. 206. Bender a. a. D. S. 260. Pdhls a. a. D. S. 164. Thdl a. a. D. S. 228. Treitschke a. a. D. S. 86 fig. In Beziehung der Bemertung des letzteren gegen Groy s. aber Thdl a. a. D. Note 2.

18) Hierüber besonders Groy a. a. D. S. 216.

19) S. Bender a. a. D. vgl. mit Pdhls a. a. D. S. 166.

20) Nach preussischem Landrechte II. 8. §. 1356 soll der Käufer allemal zwei Proben nehmen, davon eine selbst aufbewahren, die andere mit seinem Siegel versiegelt in Händen des Käufers lassen.



bestreitet, und er muß die Waare als probemäßig annehmen, wenn er diesen Beweis nicht erbringen kann. Bestreitet der Verkäufer die Echtheit der Probe, d. h. die Identität der vom Käufer vorgelegten mit der ihm übergebenen, so muß er sich mit dem Eide des Käufers, dem er durch Uebergeben der Probe Vertrauen schenkte, daß die Probe dieselbe und unverfälscht sei, begnügen, und will er dieses nicht, so muß er den Beweis übernehmen, daß die Probe vertauscht, verfälscht oder sonst verändert worden sei<sup>21)</sup>. Der Käufer muß, wenn die Probe nicht von geringer Quantität und werthlos war, dieselbe zurück geben oder erstatten, es mag die Waare probemäßig oder unprobemäßig befunden worden sein; doch pflegt dies im ersten Falle nicht zu geschehen<sup>22)</sup>.

Verschieden von diesem Kaufe nach Probe ist der Kauf zur Probe, d. h. ein Kauf mit einer, aber keine rechtliche Verbindlichkeit begründenden Verheißung im Falle der Zufriedenheit einen Kauf größerer Quantität folgen zu lassen<sup>23)</sup>, und der Kauf auf Probe<sup>24)</sup>, wofür besonders auch nach Verschiedenheit der Waare die Bezeichnungen Handel auf Besicht, auf Nachsicht, Nachsicht, Nachziehen üblich sind. Man begreift darunter die Fälle, in welchen es der Käufer noch von einer Untersuchung der Waare abhängig macht, ob der Kauf überhaupt zu Stande kommen oder der geschlossene Kauf wieder rückgängig werden soll. Es liegt hier also entweder — und dieses pflegt gewöhnlich der Fall zu sein — eine Suspensiv- oder auch eine Resolutivbedingung vor. Bei der allgemeinen Wortfassung, wie sie beim Abschlusse kaufmännischer Geschäfte stattzufinden pflegt, kann es Zweifel werden, ob in einem vorliegenden Falle das Eine oder das Andere anzunehmen ist; für das Erstere streitet indeß die Vermuthung, wenn nicht etwa die Waare vor Eintritt der Bedingung dem Käufer übergeben worden ist oder übergeben werden sollte, und nicht etwa diese Uebergabe der Waare blos zum Zwecke der Besichtigung geschehen ist<sup>25)</sup>. Der Verkäufer ist hier immer an den Handel gebunden, während der Käufer, wenn ihm die Waare nicht gefällt, also nach rein subjectiver Beurtheilung, den Kauf nicht braucht zu Stande kommen zu lassen oder ihn wieder aufheben kann. Aus dem bloßen Besicht und nachherigem Stillschweigen kann so wenig Billigung als Mißbilligung gefolgert werden<sup>26)</sup>, vielmehr muß der Käufer sich darüber erklären, ob er den Kauf nun als abgeschlossen oder doch stetig betrachten will<sup>27)</sup>. Es kann eine solche Erklärung aber auch

21) Groppe a. a. D. S. 218.

22) Pöhlis a. a. D. S. 164. Thöl a. a. D. S. 229.

23) Thöl a. a. D. S. 230.

24) Darüber bes. Groppe a. a. D. S. 187 fig. Archiv für das Handelsrecht Bb. 1. Bender a. a. D. S. 202. Pöhlis a. a. D. S. 166. Thöl a. a. D. S. 222. Treitschke a. a. D. S. 109 fig.

25) Groppe a. a. D. S. 191 fig. Thöl a. a. D. S. 227.

26) Groppe a. a. D. S. 202.

27) Das französische Recht fordert eine solche bestimmte Genehmigung, Cod. civil art. 1587.: A l'égard du vin, huile et des autres choses, que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées.

stillschweigend erfolgen<sup>28)</sup>; wenn eine solche aber vorliegt, läßt sich gar nicht allgemein bestimmen; so z. B. würde eine solche aus einem bloßen Mitnehmen einer Probe nicht zu folgern sein, weil dieses in der Absicht geschehen sein kann, dieselbe noch genauer zu untersuchen, wogegen die Sache anders zu beurtheilen ist, wenn die Probe mitgenommen wird, um nach derselben die Waare weiter zum Verkaufe anzubieten<sup>29)</sup>. Der Käufer muß aber innerhalb der durch Ortgebrauch eingeführten oder ihm bestimmten Zeit den Besicht vornehmen und seine Erklärung abgeben<sup>30)</sup>; und zögert er, so kann er dazu angehalten werden, wie ihn denn auch die Nachteile der mora treffen<sup>31)</sup>. Wenn, wie es zuweilen geschieht, bei Abschluß eines Handels unter Vorlage einer Probe die beiden Clauseln nach Probe und auf Besicht verbunden werden, so hat die letztere nicht die hier erörterte Natur einer Potestativbedingung von Seiten des Käufers, sondern es liegt ein Handel nach Probe vor, mit der Nebenbedingung, die Waare sofort zu besehen, damit die Probemäßigkeit ohne Verzug außer Zweifel komme<sup>32)</sup>. Die Clausel: wie zu besehen, hat zuweilen dieselbe Bedeutung und Wirkung, wie die Worte: auf Besicht<sup>33)</sup>, indeß wird sie oftmals gebraucht, um auszudrücken, daß eine Waare so, wie sie vorliegt, verkauft werden soll, und der Käufer für keine, auch nur dem Kennerauge etwa sichtbaren, Mängel haften wolle<sup>34)</sup>. Es kommt dieses besonders häufig bei Auctionen vor.

Dem Abschlusse des Kaufes hat die Vollziehung desselben, welche oftmals auch der Zeit nach auseinander liegende Acte sind, zu folgen. Die Vollziehung besteht, wie bei einem jeden Kaufe, in der Uebertragung des Besizes von der einen Seite, der Zahlung des Kaufpreises, soweit nicht Credit gegeben, von der anderen Seite. Die Uebertragung des Besizes geschieht durch die Uebergabe der Waaren von Seiten des Verkäufers, und den Empfang derselben von Seiten des Käufers. Empfangen bedeutet unter Kaufleuten nicht bloß das Entgegennehmen des Besizes, sondern es bezeichnet zugleich a) die Untersuchung, welche der Käufer oftmals erst angestellt, um sich von der gehörigen Beschaffenheit der Waaren, der Empfangbarkeit, zu überzeugen und b) die damit verbundene Genehmigung, wenn die Waare empfangbar gefunden<sup>35)</sup>. Daß beim Kaufe auf Besicht die bloße Untersuchung der

28) C r o p p a. a. D. S. 205. P ö h l s a. a. D. S. 169.

29) Nach Hamburgischem Rechte wird eine solche Billigung namentlich anzunehmen sein, wenn der Käufer nach Besicht einer Waare angefangen hat, sie an seine Ware zu nehmen. C. C r o p p a. a. D. S. 175 flg.

30) Das preuß. Landrecht I. 11. §. 336 gestattet keinen Rücktritt mehr, wenn der Käufer bei einer auf Probe verkauften und ihm hingebenen Sache, die ihm zur Erklärung, ob er sie behalten wolle, gesetzte Zeit ohne eine solche Erklärung hat verstreichen lassen.

31) C r o p p a. a. D. S. 199. E h d l a. a. D. S. 225. R i t t e r m a i e r a. a. D. §. 564, Note 18, 19.

32) C r o p p a. a. D. S. 220 flg.

33) E h d l a. a. D. S. 261.

34) P ö h l s a. a. D. S. 170, vgl. mit E h d l a. a. D.

35) E h d l a. a. D. S. 247. P ö h l s a. a. D. S. 178.

Waare nicht auch schon als eine Genehmigung und ein Empfang in obigem Sinne angesehen werden kann, ist bereits bemerkt worden. Es hat sich unter Kaufleuten schon früh die Sitte gebildet, gekaufte Waaren mit einem (beliebig gewählten) Kaufmännischen Zeichen zu merken<sup>36)</sup>, und sich so eine eigene Art der symbolischen Tradition gebildet; da indeß ein Auszeichnen der Waaren auch in anderer Absicht geschehen kann, so ist es sehr streitig geworden, welche juristische Bedeutung man überhaupt dem Aufsetzen kaufmännischer Zeichen beizulegen hat<sup>37)</sup>. Daß auch durch Uebersendung oder Uebertragung von *Connossementen* der Besitz und unter Umständen das Eigenthum der darin verzeichneten Waaren übertragen wird, ist bereits in einem früheren diesen Gegenstand betreffenden Artikel erörtert worden<sup>38)</sup>. Ein ganz ähnlicher Gebrauch wird oftmals auch von den *Facturen* gemacht; man versteht darunter Verkaufsnoten, welche die Qualität und Quantität der verkauften Waaren nach Maß und Gewicht nebst dem Kaufpreise angeben, die selbst zuwellen auf Ordre und selbst au porteur gestellt werden, so daß mittelst derselben auch die Uebertragung des Besitzes der darin verzeichneten Waaren um so leichter bewirkt werden kann<sup>39)</sup>. — Wenn über den Ort, wo die Uebergabe der Waare geschehen soll, nichts bestimmt, so hat diese an dem Orte zu erfolgen, wo die Waare sich beim Abschlusse des Kaufes befindet, sofern dieser Ort beiden Theilen bekannt ist, sonst ist aber wohl anzunehmen, daß die Uebergabe da geschehen muß, wo der Verkäufer derartige Waarenniederlage hat, oder es ist der Ort, wo der Vertrag geschlossen worden, als Erfüllungsort anzusehen<sup>40)</sup>. Die Kosten der Tradition, namentlich also die des Transportes der Waaren an den Ort hin, wo die Tradition erfolgen soll, trägt der Verkäufer, als Erfüllung der ihm obliegenden Leistung<sup>41)</sup>. Mit der Tradition hat der Verkäufer seine Verpflichtung erfüllt, und der Käufer ist nun schuldig, die Abnahme der Waaren und zwar auf seine Kosten zu beschaffen. Oftmals bleibt indeß die Waare noch einige Zeit bei dem Verkäufer liegen; es ist dann aber wohl zu unterscheiden, ob der Verkäufer ein solches Liegenbleiben nur gestattet, etwa weil der Käufer erst Veranstaltung zum Abholenlassen treffen muß oder ob er eine Verbindlichkeit, sie noch in Gewahrsam zu halten, übernimmt. In

36) Sommi, Diss. de notis mercatorum. Altorf 1781. Kaestner, de signis mercatorum mercibus imponi solitis. Lips. 1735. Marquard, de iure mercatorum Lib. III. c. 9.

37) S. bes. Rittermaier, Privatr. §. 565, und Thöl a. a. D. S. 250. Treitschke a. a. D. S. 138.

38) Dieses Werk Bd. 3, S. 31 fig. Thöl, a. a. D. S. 255, stellt die Allgemeinheit eines solchen Handelsgebrauches in Abrede unter Berufung auf Erkenntnisse des Hamburger Obergerichtes und des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck, mitgetheilt in den Rechtsfällen aus dem Gebiete des Handelsrechtes Bd. 1, S. 233 fig. S. aber auch Rittermaier a. a. D. §. 565. II.

39) Darüber bes. Rittermaier a. a. D. §. 565. III.

40) Treitschke a. a. D. S. 182. Thöl a. a. D. S. 248.

41) Pöhlis a. a. D. S. 192. Thöl a. a. D. S. 248.

diesem Falle wird er in der Regel als Depositär haften<sup>42)</sup>, wiewohl auch ein anderes Geschäft, z. B. eine Miethe, zu Grunde liegen kann<sup>43)</sup>.

Durch die Tradition geht zwar, wenn auch nicht schon das Eigenthum, doch jedesmal die Gefahr auf den Käufer über, so daß er, wenn die Waare durch Zufall verschlechtert wird oder untergeht, dennoch den Kaufpreis derselben zu bezahlen schuldig ist. Particularrechte machen diesen Uebergang der Gefahr auch lediglich von der Tradition abhängig<sup>44)</sup>, allein nach gemeinem Rechte ist diese keinesweges das entscheidende Moment<sup>45)</sup>, vielmehr geht die Gefahr schon dann auf den Käufer über, wenn der Kauf in der Weise perfect ist, daß die Contractanten nicht nur überhaupt über Waare nach Qualität und Quantität und über den Preis, sowie die etwaigen Nebenbestimmungen eintig sind, sondern a) auch die bestimmte Species, welche den Gegenstand dieses Kaufes ausmachen soll, festgestellt, und b) der dem Gegenstande des Kaufes entsprechende Preis seinem ganzen Verlaufe nach vollkommen bestimmt ist<sup>46)</sup>. Es findet also eine Verschiedenheit der Perfection des Kaufes rücksichtlich der Verbindlichkeit des Vertrages und des Ueberganges der Gefahr statt. Es entsteht dieses besonders aber a) dadurch, daß oftmals ein Kauf über Waaren abgeschlossen wird, die zur Zeit des Abschlusses des Kaufes noch in einer größeren Menge enthalten sind und also rücksichtlich der gekauften Quantität<sup>47)</sup> und wohl zugleich auch der bedungenen Qualität erst ausgesondert werden müssen, ehe es zu einer Vollziehung des Kaufcontractes kommen kann; oder b), daß eine Partie Waaren, deren Quantität noch ungewiß ist, in der Weise gekauft ist, daß der Gesamtbelauf des Preises sich nach jener Quantität bestimmen soll, und somit erst feststehen kann, wenn diese durch Ausmessung, Auswiegen u. s. w. ermittelt worden ist<sup>48)</sup>. Was die Aus-

42) Darüber insbes. Archiv für das Handelsrecht Bd. 1, S. 299—320, vgl. mit S. 517 ff. Es wird besonders erörtert, welchen Grad des Fieles der Verkäufer aufzuwenden hat, insbesondrer auch die Frage, ob er verpflichtet ist, die liegengebliebene Waare gegen Feuergefahr zu versichern. Vgl. Thöl a. a. D. S. 257, Note 7.

43) Thöl a. a. D. S. 257.

44) Nach preuß. Landrechte Th. 1, L. 11, §. 95, 105, geht Gefahr und Nutzung erst durch Uebergabe auf den Käufer über, außer bei Verkäufen in Bausch und Bogen und bei nothwendigen gerichtlichen Verkäufungen (§. 342). In dem Hauptprincipe stimmt damit auch das österreichische Gesetzbuch, §. 1064 vgl. mit §. 1049, 1051, überein; wenn aber die Hälfte des Werthes der Waare vor der Uebergabe zu Grunde geht, so ist der Handel für nicht geschlossen zu achten, §. 1048.

45) Bächter, im Archive für civil. Praxis Bd. 15, S. 189 ff.

46) Darüber besonders ausführlich Thöl a. a. D. S. 231 ff. Pöhlis will die Tradition zwar als das entscheidende Moment ansehen, S. 190, 192, hebt dieses aber S. 194 eigentlich wieder auf. Vgl. auch Treitschke a. a. D. S. 189 ff.

47) Der Scheffel und die Waage muß darüber gegangen sein; die Waare muß die Schale passiert haben.

48) Eine Unbestimmtheit des Preises kann auch noch stattfinden — was aber beim Waarenhandel wohl seltener vorkommt — wenn ein Dritter den

sonderung betrifft, so muß sie, wenn sie auch nicht mit der Tradition zusammenfällt, und nicht von beiden Theilen vorgenommen wird<sup>49)</sup>, doch, wie Thöl auszuführen sucht<sup>50)</sup>, insoweit eine zweiseitige sein, als dem Käufer von der ohne ihn vorgenommenen Aussonderung in der Art Kenntniß gegeben sein muß, daß der Beweis der Identität der durch Zufall beschädigten oder untergegangenen Waare mit der für ihn angeblich ausgesonderten geführt werden kann. Man nimmt gewöhnlich an, daß nach Absendung gekaufter Waaren die Gefahr derselben auf den Käufer übergehe, welchen Satz man in verschiedener Weise zu begründen sucht<sup>51)</sup>; nach der oben angeführten Ansicht von Thöl müßte freilich, wenn der Kauf nur auf ein genus geschlossen war, der Käufer Nachricht von der für ihn geschehenen Aussonderung und Absendung, also bei einer Versendung zu Schiffe das Conossement, empfangen haben<sup>52)</sup>. — Geht ein ganzes genus unter, so daß der Verkäufer außer Stande ist, die verkaufte Waare zu liefern, so wird er dadurch von seiner Verbindlichkeit frei, kann aber den Kaufpreis, wie sich schon aus Obigem ergibt, nicht fordern<sup>53)</sup>. Ist ein bedingter Kauf geschlossen und ereignet sich das auf die Beschaffenheit der Waare schädlich oder vernichtend einwirkende Ereigniß, nachdem die Bedingung schon eingetreten, also der Handel purificirt war, so trägt der Käufer allein Gefahr; geschieht es aber, während die Bedingung noch schwebt, so trifft der Untergang den Verkäufer, die Verschlechterung den Verkäufer; tritt die Bedingung gar nicht ein, so bleibt alle Gefahr beim Verkäufer, weil gar kein Kauf vorhanden ist<sup>54)</sup>. Es kommt dieses namentlich beim Handel auf Beficht zur Anwendung, wenn die Waare noch nicht genehmigt worden ist<sup>55)</sup>. Die obigen Regeln leiden aber Ausnahme durch culpa, besonders durch mora, so wie vermöge besonderer Verabredungen<sup>56)</sup>.

Preis bestimmen soll; so lange ein Preis aber noch gar nicht bestimmt ist, ist der Kauf noch gar nicht vorhanden, und es kommt daher zu keiner Perfection, wenn der Untergang der Waare oder auch nur die Verschlechterung die Herstellung des Preises zur Zeit, als der Vertrag geschlossen war, unmöglich macht. S. Thöl a. a. D. S. 242.

49) In diesem Falle pflegt wohl der Käufer sein Zeichen auf die ausgesonderten Stücke zu setzen; daher hat man denn behauptet, das Aufsetzen des Zeichens sei es, wodurch die Gefahr auf den Käufer übergeht, so Pöhlis a. a. D. S. 191; Treitschke a. a. D. S. 138, 192. S. aber Thöl a. a. D. S. 237, Note 8; auch Mittermaier, Privatrecht §. 565, Note 6.

50) Thöl a. a. D. S. 240.

51) Carpzov, opus decisionum dec. 131. Hommel, rhapsodia quaestionum Vol. V. obs. 608. 689. Struben, rechtl. Bedenken Bd. 2, Nr. 384 (Ausg. von Spangenberg). Treitschke a. a. D. S. 192.

52) Thöl a. a. D. S. 238, Nr. 13.

53) Wächter a. a. D. S. 199. Thöl a. a. D. S. 233.

54) Die Stellen des römischen Rechtes, aus welchen dieses folgt, bei Thöl a. a. D. S. 244. Vgl. Pöhlis a. a. D. S. 195. Treitschke a. a. D. S. 191.

55) Der Codo civil 1587 bestimmt: daß bei Gegenständen, die gewöhnlich gekostet werden, die Gefahr erst übergeht, wenn sie gekostet und gut geprüßt sind.

56) Ausführlich darüber Treitschke a. a. D. S. 193 fig.

Erfolgt die Uebergabe der Waaren, so ist der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet; der Preis ist aber natürlich nur für die Waare, nicht auch für die Verpackung, die Emballage zu entrichten, daher muß bei Waaren, die nach dem Gewicht verkauft werden, dieselbe netto verwogen oder doch von dem Bruttogewichte das Gewicht der Verpackung abgezogen und so die Tara, d. h. der für die Verpackung zu machende Abzug ermittelt werden. Es ist dieses möglich, weil die aus einer Gegend kommenden Waaren derselben Gattung immer in derselben Weise verpackt zu werden pflegen und daher die ungefähre Schwere erfahrungsmäßig feststeht. Es hat sich daher eine usancemäßige Tara gebildet, die oft procentweise berechnet wird. Zuweilen wird aber auch etwas vom Nettogewicht dem Käufer zu gute gerechnet und dafür etwa am Belaufe des Kaufpreises für Gutgewicht gekürzt; es pflegt dieses gewöhnlich den Kleinhändlern von den Großhändlern gewährt zu werden<sup>57</sup>). Die Zahlung des bedungenen Kaufpreises muß sofort geleistet werden, so daß die Erfüllung des Geschäftes beiderseitig Zug um Zug erfolgen muß. Ein solcher Kauf wird Kauf gegen baare Zahlung, Baar-, Contantkauf genannt. Vermöge besonderer Verabredung kann die Zahlung aber auch gestrichet werden, so daß sie erst nach Uebergabe der Waare zu erfolgen hat; dann ist ein Kauf an Credit, auf Ziel, auf Borg, auf Zeit vorhanden<sup>58</sup>). Eine solche Fristung kann auch stillschweigend gewährt werden, und es ist aus den Umständen zu entnehmen, ob dieses hat geschehen sollen. Aus der Uebergabe der Waare allein kann dieses aber nicht gefolgert werden, wenn sich nicht zugleich ergibt, daß der Verkäufer sofortige Zahlung nicht erwartet hat. In manchen Orten ist für gewisse Waaren eine Zahlungsfrist von 4 bis 6 Wochen durch Gesetz oder Mance bestimmt. Dieses hindert aber den Verkäufer nicht, sich baare Zahlung zu bedingen, und es muß daher überall, wo dieses nicht geschehen ist, angenommen werden, daß er dem Käufer Vertrauen geschenkt hat<sup>59</sup>). Ein gleiches ist auch der Fall, wenn er, um sich bezahlt zu machen, Uswechsel auf den Käufer gezogen hat. — Ganz ohne Grund hat man wohl den Kaufleuten das Recht, Verzugszinsen bei ausbleibender Zahlung zu fordern, freitig machen wollen<sup>60</sup>); wenn es gleich der kaufmännischen Sitte nicht zu entsprechen scheint, diese vom Augenblicke der Uebergabe der Waaren, wie es das römische Recht thut, auch dann zu rechnen, wenn eine Zahlungsfrist nicht verabredet und nicht inne gehalten worden oder eine Mahnung nicht erfolgt ist<sup>61</sup>). Particularrechte haben hier aber manche abweichende Bestimmungen. Im Königreiche Sachsen

57) Thöl a. a. D. S. 204. Pöhl a. a. D. S. 194.

58) Pöhl a. a. D. S. 175. Treitschke a. a. D. S. 175. Thöl a. a. D. S. 211. Rittermaier a. a. D. S. 563.

59) Cropp, in den Abhandlungen Ab. 1, S. 425.

60) Treitschke a. a. D. S. 175, Anm. 1.

61) Treitschke a. a. D. S. 175. Thöl a. a. D. S. 205, vgl. mit Rittermaier, Privatrecht S. 562. II. Pöhl a. a. D. S. 176, leugnet das dies interpellat p. h. bei Kaufleuten.

gilt die gesetzliche Präsomtion, daß der Verkäufer 6 Monate habe Credit geben wollen, wenn er nicht früher klagt, und wenn er dieses thut, daß er Frist bis zur erhobenen Klage habe gewähren wollen<sup>62</sup>); in Preußen hat ein Käufer, der nicht durch Mahnung oder Bestimmung der Verfallzeit im Verzuge ist, erst nach Ablauf eines Jahres Zinsen zu entrichten, auch wenn früher geklagt wird, und es beginnt auch bei geschehener Mahnung der Zinslauf erst 14 Tage nach derselben<sup>63</sup>); nach französischem Rechte muß auch bei bedingener Zahlungsfrist Mahnung hinzukommen, und es laufen die Zinsen erst von dieser an<sup>64</sup>); im badi-schen Landrechte ist dieses dahin geändert, daß es solcher Mahnung nicht bedarf. — Ob die Zufendung der Rechnung als Mahnung zu betrachten sei, müssen die Umstände entscheiden. Das Weitere über die Zinsen unter Kaufleuten gehört nicht in die Lehre vom Kaufe, sondern muß in dem Art. Zinsen erörtert werden. Zuweilen wird aber auch bei der Zahlung ein Abzug gemacht: Rabatt, Decort, Discout. Alle drei Worte sind zwar gleichbedeutend, werden aber oft noch in einem besonderen Sinne gebraucht<sup>65</sup>). Disconto ist fast nur für den Abzug bei früherer Zahlung im Papierhandel üblich. Besonders findet ein solcher Abzug statt, wenn der Käufer früher Zahlung leistet, als er dazu verpflichtet ist, also wenn ihm unverzinslich ein besonders bedingener oder usueller Credit gewährt worden ist. Der Verkäufer braucht sich einen solchen Abzug für erfrühte Zahlung nicht gefallen zu lassen, und kann daher auch die Größe bestimmen, wenn nicht, wie es zuweilen der Fall ist, ein solcher Rabatt bei gewissen Waaren durch Particularusancen eingeführt ist<sup>66</sup>). Ein Decort kann aber auch stattfinden, wenn eine Waare geliefert worden, die nicht empfangbar ist, d. i. die entweder kein sogen. Kaufmannsgut ist oder nicht die versprochene Beschaffenheit hat oder an welcher sich Mängel finden, insofern der Käufer nicht die Wandelung vorziehen sollte, den Handel in diesem Falle wieder rückgängig zu machen und Schadensersatz zu fordern. Refactie ist ein Abzug, welcher bei gewissen Waaren wegen Mängel gemacht wird, welche nicht zur Aufhebung des Handels berechtigen würden, namentlich wegen ungewöhnlicher Unreinigkeit derselben<sup>67</sup>). Man hat zwar die Unanwendbarkeit der actio aestimatoria beim Waarenhandel behaupten wollen<sup>68</sup>), allein in Beziehung auf die Gewährung von Mängeln und die deshalb dem Käufer zustehenden Rechte gelten auch beim Waaren-

62) Decis. 15. v. J. 1746, und Treitschke a. a. D. S. 176.

63) Preuß. Landrecht II. 8. §. 684 flg.

64) Code civil art. 1652.

65) Thöl a. a. D. S. 207.

66) Thöl a. a. D. S. 176. Treitschke a. a. D. S. 177. Thöl a. a. D.

67) Archiv für das Handelsrecht Bd. 2, S. 574.

68) Gegen diese Ansicht älterer Juristen: Lüderson, quaest. num mercator mercibus venditis actione quanti minoris adversus venditorem exerciri possit. Helmst. 1801. und Berg, Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. 2, S. 128—147.

handel die im römischen Rechte vorkommenden Grundsätze<sup>69)</sup>; nur particularrechtliche Abweichungen, die aber zum Theil Reste verdrängter älterer deutscher Rechtsgrundsätze sind, kommen vor. Dahin gehört, daß nach Hamburgischem Rechte bei Verkäufen auf dem Plage alle Haftung für Mängel wegfällt, sobald der Käufer die Waare zur Genüge besehen und seine Waare genommen hat, oder, wie man jetzt auch wohl sagt, sobald sie die Wage des Verkäufers passiert hat<sup>70)</sup>. Die Rechtsparmiern: Augen für Geld; wer die Augen mit aufthut, thue den Beutel auf. Können hier aber auch auf das Uebersehen von Fehlern, die ohne grobe Nachlässigkeit nicht unbemerkt bleiben konnten, und welches auch nach römischem Rechte der Käufer sich selbst zugurechnen hat, bezogen werden<sup>71)</sup>. Mit jenen Abweichungen vom gemeinen Rechte hängt auch der Satz zusammen, daß der auswärtige Empfänger eines bestellten Waare sie gleich nach ihrem Empfange zurücksenden oder doch zur Disposition des Absenders stellen muß, wenn er sie fehlerhaft findet, und dieses gegen den Absender geltend machen will<sup>72)</sup>. — Eine gleiche Verwandtniß hat es auch mit den aus dem römischen Rechte hervorgegangenen und gemeinrechtlich gewordenen Grundsätzen über die *laesio enormis*<sup>73)</sup>, deren Unanwendbarkeit für den kaufmännischen Verkehr ebenfalls<sup>74)</sup>, doch aus nicht zureichenden Gründen<sup>75)</sup>, behauptet worden ist. Neuere Handelsgesetze sind indeß jener Ansicht gefolgt<sup>76)</sup>. Wibla.

**Kinderabtreibung** (Abtreibung der Leibesfrucht, *procuratio abortus*). Unter dem Ausdrucke: *abortus* (Fehlgeburt) versteht man die vor dem Ablaufe der Zeit der Schwangerschaft, welche die Natur festsetzt, eintretende Geburt, unter Kinderabtreibung die Handlung, wodurch bewirkt wird, daß eine Schwangere vor dem Ablaufe dieser Periode die Leibesfrucht zur Welt bringt<sup>1)</sup>.

69) S. Treitschke a. a. D. S. 222—247. *Ihdi* a. a. D. S. 258—273. — S. auch Rittermaier, *Privatr.* §. 281.

70) S. darüber bes. Croy in Heise und Croy, *Abhandlungen* Bd. 1, S. 163. Treitschke, a. a. D. S. 225, tabelt mit Recht, daß *Pöhl's*, a. a. D. S. 180, daraus einen gemeinrechtlichen Satz macht. *Ihdi* a. a. D. S. 268.

71) *Ihdi* a. a. D. S. 260.

72) Croy a. a. D. S. 164, vgl. mit S. 184.

73) Ueber dieselbe bes. Treitschke a. a. D. S. 247—262.

74) Wibla, de *laesione enormi in negotiis mercatorii*. Jenae 1794. — *Pöhl's*, *Handelsrecht* Bd. 1, S. 163.

75) Rittermaier, *Privatrecht* §. 563. *Ihdi* a. a. D. S. 202. Treitschke, a. a. D. S. 260, beruft sich besonders auf den Gerichtsgebrauch.

76) *Codigo di commercio* art. 378. *Codigo comercial* art. 494. 570.

1) Ploucquet, *Abhandlung über die gewaltsamen Todesarten*. Als ein Beitrag zur medicinischen Rechtsgelahrtheit. Zweite aus dem Lateinischen übersetzte und sehr vermehrte Auflage (Lüb. 1788), Abschn. III: Von der Embryotomie oder dem geflissentlichen Mißgebühren S. 383—415. Büttner, *Anweisung, wie ein verübter Kindermord auszumitteln sei*. Neu herausgegeben und mit Anmerkungen begleitet von Regger (Ebnigsh. 1804), S. 206—242, §. 90—109: Vom Aborticidio oder Abgange unzeitiger Früchte. Peter



Die Arzneikunde lehrt, daß es Fälle gibt, in denen, um das Leben der Schwangeren zu retten, kein Mittel sich darbietet, als Kindesabtreibung, daß dieses Mittel besonders dann angewendet werden müsse, wenn die Enge des Beckens erwarten läßt, daß sie kein reifes Kind zur Welt bringen könne<sup>2</sup>). Ueber das Nähere sind die Lehrer der Medicin verschiedener Meinung, und überhaupt ist die Frage noch nicht festgestellt, ob die Operation nur dann zulässig sei, wenn anzunehmen ist, daß die Leibesfrucht bereits lebensfähig und so zu hoffen sei, sie am Leben zu erhalten, oder auch, aus unbedingter Rücksicht auf die Mutter, dann, wenn davon ausgegangen werden müsse, daß dieser Grad von Reife noch nicht erreicht sei<sup>3</sup>). So viel ist aber gewiß, daß es Fälle gibt, in denen aus guten Absichten und weil größeres Uebel vermieden werden muß, wie sich Mittermaier S. 547 der von ihm besorgten neuesten (dreizehnten) Ausgabe von Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechtes (Stief. 1840), Note 6, ausdrückt, die Kindesabtreibung gestattet ist. Im allgemeinen aber ist die Kinderabtreibung in die Reihe der Verbrechen aufgenommen<sup>4</sup>),

Frank, System einer vollständigen medicinischen Polizei Bd. 4, Abth. 1, Abschnitt 2: Vom geflissentlichen Mißgebären u. s. w. Rost, ausführliche Encyclopädie der gesammten Staatsarzneikunde Bd. 1 (Leipzig 1838), s. v. Abortus. Niemann, Taschenbuch der Staatsarzneiwissenschaft Th. 1: Gerichtliche Arzneiwissenschaft (Leipzig 1827), S. 83, §. 31. Muth, diss. de abortu violenti modis et signis. Hal. 1730. De Mosburg, de causis abortum procurantibus. Francof. ad Viad. 1780. 1782.

2) Reisinger, die künstliche Frühgeburt, als ein wichtiges Mittel in der Entbindungskunst und vorzüglich als Beitrag zur Charakteristik der englischen Geburtshilfe historisch und kritisch dargestellt. Augsburg und Leipzig 1820. Betschler, Beiträge zur Lehre über die künstliche Erregung der Frühgeburt. Mit einer Abbildung (S. 26—50 der Zeitschrift von Wende, Beobachtungen und Bemerkungen aus der Geburtshilfe und gerichtlichen Medicin Bd. 3. Götting. 1826). Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft (Breslau 1830), S. 118 fig.

3) S. Reisinger und Betschler a. a. D. Teltling, disput. de iuribus nondum natorum. Gron. 1826. Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechtes mit Rücksicht auf die nicht exclusiven Landrechte (Halle 1833), §. 262, S. 286.

4) Literatur hauptsächlich: Damhoder, Praxis rerum criminalium. (Col. Agripp. 1591.) Cap. LXXIII. p. 228—233. Pöckel, diss. de crimine partus aborti. Hal. 1682. 1740. Slevoigt, diss. de crim. abortus. Jen. 1705. J. H. Boehmer, dissert. de caede infantum in utero. Hal. 1732. 1740 (in Exercit. ad Pand. T. VI. Exercit. 99. und in Jus eccles. protest. L. V. tit. 10. §. 6—43). Spangenberg, über das Verbrechen der Abtreibung der Leibesfrucht (S. 1—43, 173—193, des zweiten Bandes des neuen Archives des Criminalrechtes. Halle 1818). Schröder, von der Abtreibung der Kinder (S. 431 fig. des zweiten Theiles seiner Schrift: Vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privats, Kirchen- und peinlichen Rechtes. Halle 1786). Lamoignon, dissert. de crimine partus abacti. Lugd. 1819. Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechtes Th. 2 (Stuttg. 1826), §. 173, S. 172—181. Van den Broeke, dissert. de crimine partus abacti. Gandav. 1830. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechtes. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagrafen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechtes durch die neuen Gesetzgebungen herausgegeben von Mittermaier. Dreizehnte

obgleich es Völker und Zeiten gab, bei denen und in denen sie nicht dafür angesehen ward <sup>5)</sup>).

Die mosaische Gesetzgebung beschränkt sich darauf, nur in dem Falle Strafe anzudrohen, wenn Jemand durch äußere Gewalt der Schwangeren Abort verursacht, und schweigt darüber, ob Strafe und welche Strafe eintrete, wenn die Mutter selbst ihn herbeiführte oder dynamische Mittel angewendet wurden; diese Gesetzgebung hielt bloß dem Gesichtspunkt der Körperverletzung fest und bedrohte hiernach mit Selbstbuße und, bei Verletzung von Gliedern, mit Talion <sup>6)</sup>. Die griechischen Völker betrachteten die Leibesfrucht, welche erst mit der Geburt besetzt werde, als Theil der Schwangeren, als die Frucht, welche, noch nicht reif und noch mit dem Baume in Verbindung, zu diesem gehöre. Daher war dem Baume, dem Erzeuger, die Abschüttelung der Frucht gestattet, und selbst Plato (von den Gesetzen Buch 5) und Aristoteles (Polit. Buch 7) lehrten, daß dieses dann erlaubt sein müsse, wenn der Baum nicht Kräfte genug besitze, um diese seine Frucht zu ernähren. Aristoteles erteilte den Eheleuten, welche nicht vermögend seien, mehr Kinder zu ernähren, den Rath, sich durch Abtreibung der Leibesfrucht zu entledigen <sup>7)</sup>. Auch den Römern <sup>8)</sup> galt die Leibesfrucht nicht als ein selbstständiges Wesen, sondern nur als Theil des mütterlichen Körpers; daher heißt es §. B. L. 1. §. 1. Dig. de ventre in sp.: Partus, antequam editur, mulieris portio est, vel viscerum, und L. 9. §. 1. Dig. ad Leg. Falc.: Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est, nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. Daher war dem römischen Rechte bis in die Kaiserzeit der Begriff eines Verbrechens der Abtreibung der Leibesfrucht fremd; es konnte durch diese Handlung nur ein anderes Verbrechen begangen werden, entweder an der Schwangeren vermöge der Mittel, wodurch ihre Gesundheit oder ihr Leben gefährdet ward, oder an dem ehelichen Vater des zu erwartenden Kindes, durch Abschneidung der Hoffnung der Nachkommenschaft und der Vortheile der Vaterschaft. Eines Falles der letzteren Art gedenkt die Geschichte, erzählend, daß eine Frau, welche aus Haß gegen den Vater ihres Kindes, von dem sie geschieden war, in der Absicht, um ihm die Vortheile zu rauben, welche ihm durch die Geburt eines Sohnes zugeflossen wären, ihre Leibesfrucht abtrieb, auf dessen Anklage mit Verbannung bestraft worden sei; auch geht aus einer Rede Cicero's (pro Cluentio

Originalausgabe (Stett. 1840), §. 392—396, S. 543—550. Marezzoli, das gemeine teutsche Criminalrecht als Grundlage der neuen teutschen Strafgesetze (Leipzig 1841), §. 103, S. 307—311. S. im allgemeinen Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes und dessen philosophischen und medicinischen Hilfswissenschaften (Stuttg. 1838), S. 847—850, 1212.

5) Frank a. a. D. §. 3: Begriffe verschiedener Völker von dem Kinderabtreiben.

6) Spangenberg a. a. D. S. 17. Michaelis, mosaisches Recht Th. 6, §. 281: Leibesverletzungen S. 49.

7) Spangenberg a. a. D. S. 22.

8) Spangenberg a. a. D. S. 20. Marezzoli a. a. D.

avito) hervor, daß ein Weib mit dem Tode bestraft worden sei, weil sie, durch Verwandte ihres Gatten gewonnen, um ihnen dessen Vermögen zuzuwenden, ihre Leibesfrucht abtrieb. Fälle dieser Art wurden als crimen extraordinarium seit Antonin peinlich bestraft<sup>9)</sup>. Außerdem suchte der Gesetzgeber indirect dem Uebel entgegenzuwirken. Die Geschichte lehrt, daß der Sittenverfall die Abtreibung der Leibesfrucht zur Gewohnheit werden ließ. Wir kennen die Satyren Martial's und Juvenal's, David's Klagen, das Lob, welches Seneca seiner Mutter ertheilt: Nie hast du dich deiner Fruchtbarkeit geschämt, als wäre sie zu tabeln, und nie hast du, wie Andere, deinen gesegneten Leib als eine unanständige Last verhehlt, nie die hoffnungsvolle Frucht in deinen Eingeweiden selbst erstickt<sup>10)</sup>. So verbot der Gesetzgeber die Bereitung, das Verkaufen und die Anwendung abtreibender Mittel (Tränke) L. 38. §. 5. Dig. de poen.: Qui abortionis — poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum, relegantur; quodsi eo mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.

Erst die mehr und mehr Eingang findenden und in die Gemüther eindringenden Lehren des Christenthumes, welche den Kampf mit der Selbstsucht und der von ihr gendürten Unsitlichkeit, mit der Sünde bestanden, brachten ihre Früchte<sup>11)</sup>. Die Kirchenväter erhoben sich zum Schutze des noch Ungeborenen, dem, indem er bereits vierzig Tage nach dem Empfängnisse Leben und Seele erhalte, die Wohlthat der Taufe nicht entzogen werden dürfe<sup>12)</sup>. Ihr Einfluß auf die päpstliche Gesetzgebung bewirkte, daß diese die Abtreibung der Leibesfrucht als solche mit Strafe bedrohte und zwar mit der Todesstrafe, wenn sie schon belebt war, sonst mit Geldbuße<sup>13)</sup>. Diese in die teutsche Rechtspflege übergegangene Unterscheidung adeptierte die Reichsgesetzgebung der Carolina in ihrem Art. 133: So jemand einem Weibsbild durch Beywang, Essen oder Trinken ein lebendig Kind abtreibt — so solch Uebel vorzüglichler und boshafter Weise beschicht, soll der Mann mit dem Schwert als ein Todtschläger und die Frau, so sie es auch an ihr selbst<sup>14)</sup> thäte, ertränkt oder sonst zum Tod

9) Platner, quaestiones de iure criminum romano, praesertim de criminibus extraordinariis. (Marb. et Lips. 1842.) p. 208—213.

10) Tertullian gedenkt eines zur Ertdbdtung der Leibesfrucht eigends erfundenen Instrumentes: Embryosphactes. Die Römerinnen griffen zu dem verächtigten Pessarium der Griechinnen, das ihre Nachfolgerinnen, die Italienerinnen, in eine Nadel verwandelten. Vgl. bes. Ploucquet a. a. D. S. 388—391.

11) Spangenberg a. a. D. S. 31.

12) Feuerbach, Lehrb. Note 2 des Herausgebers zu §. 392.

13) Ueber die Lehren der Leibwache des Papstes, der Jesuiten, s. E. Lendorf, die Moral und Politik der Jesuiten, nach den Schriften der vorzüglichsten theologischen Autoren dieses Ordens (Darmst. 1840), S. 88.

14) Die Mutter der Carolina, die Bambergerin, sagt: thäte es aber ein Weibsbild an ihr selbst oder einer andern, und dient so zur Erläuterung. S. Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3. Aufl. (Stf. 1818), §. 282, Note a.

bestrafft werden. So aber ein Kind, das noch nicht lebendig wäre, von einem Weisbilde getrieben würde, sollen die Urtheiler der Straff halber bei den Rechtsverständigen oder sonst — Rathes pflegen<sup>15</sup>). Die Praxis verwandelte die Strafe des Ertränkens in die des Schwertes und verbannte, zuletzt milder werdend, die Todesstrafe überhaupt<sup>16</sup>), bewirkte auch in ihrem Einflusse auf die neueren Gesetzgebungen die Ausschließung dieser extremsten Strafe. Die jetzt herrschenden deutschen Gesetzbücher<sup>17</sup>) dictiren zeitige, höchstens lebenswichtige Freiheitsstrafe: Preussisches Landrecht Th. 2, Tit. 20, §. 985—991<sup>18</sup>); österreichisches Strafgesetzbuch §. 128—132<sup>19</sup>); bayer'sches Strafgesetzbuch Art. 172, 173<sup>20</sup>); Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen Art. 128, 129<sup>21</sup>); für das Königreich Württemberg Art. 253—255<sup>22</sup>); für das Königreich Hannover Art. 236 fig.; für das Großherzogthum Hessen Tit. 33: Von der Abtreibung der Leibesfrucht Art. 281—285. (Ueber die Gesetzgeb. von Toskana, Frankreich, Griechenland, England u. s. w. f. Spangenberg a. a. D. S. 180—186. Merlin, Repertoire s. v. Avortement. Maurer, das griechische Volk Bd. 3, S. 417, 418. Staatslexikon Bd. 9 [Alt. 1840], S. 266, 267. Feuerbach, Lehrb. Note 5 des

15) Lieberkühn, dissert. de crimine procurati abortus occas. 133. art. C. C. C. Hal. 1772. Hellbach, super art. 133. C. C. C. Lips. 1779. Walch, disquisitio quarta de genuino fonte distinctionis inter foetum animatum et inanimatum in nemesi Carolinae art. CXXXIII. Jen. 1783. Cross, comment. ad C. C. C. (Hannov. 1760.) p. 429—433. Boehmer, medit. in C. C. C. (Hal. 1770.) p. 617—628. Ueber die deutschen Rechtsbücher u. s. w. f. Spangenberg a. a. D. S. 8 fig. Walch l. c. p. 4.

16) In Schleswig-Holstein ist die Strafe kurze zuchtliche Haft. S. Hitzig, Annalen der Criminalrechtspflege Bd. 13 (Berl. 1832), S. 28.

17) Spangenberg a. a. D. S. 178 fig. Marejoll a. a. D. S. 310, 311.

18) Spangenberg a. a. D. S. 178—180. Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechtes (Halle 1796), §. 358—361, S. 257—259. Meyer, Prüfung der Lehre vom Thatbestande und der Thaterschaft der Verbrechen im allgemeinen und das Verbrechen der Tödtung insbesondere nach den Grundsätzen des preussischen Rechtes (Berlin 1836), S. 72. Hitzig, Zeitschrift für die Criminalrechtspflege in den preussischen Staaten Bd. 1 (Berlin 1825), S. 133 fig. Kappler a. a. D. S. 849. Ueber den Entwurf des beabsichtigten neuen Strafgesetzbuches s. Arch. des Criminalrechtes Jahrg. 1843, S. 127 des Beilageheftes.

19) Spangenberg a. a. D. S. 186—188. Feuerbach, Lehrb. Note 5 des Herausgebers zu §. 392, Note 4 dess. zu §. 393.

20) Spangenberg a. a. D. S. 188—190. Feuerbach, Lehrb. a. a. D.

21) Das neue Criminalgesetzbuch Sachsens und die damit in Verbindung stehenden Gesetze und Verordnungen u. s. w. Bearbeitet von einem practischen Rechtsgelahrten. Zweite Aufl. (Leipzig 1840), S. 96, 97. Feuerbach, Lehrb. a. a. D.

22) Feuerbach, Lehrb. a. a. D. Ueber die frühere Gesetzgebung und Praxis s. Knapp, das württemberg'sche Criminalrecht Abth. 2 (Stuttg. 1829), S. 393, 394. (Die Todesstrafe wird wegen dieses Verbrechen niemals erkannt, vielmehr tritt nach der Praxis nur eine arbiträre Freiheitsstrafe ein u. s. w.)

Herausgeb. zu J. 392. Ueber den Entwurf des Strafgesetzbuches für das Großherz. Baden s. Feuerbach, Lehrb. a. a. D. Demme, Annalen der Criminalrechtspflege Bd. 4 [Altenb. 1838], S. 245—248, 406; über den für das Königreich der Niederlande Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung geprüft u. s. w., zweiter Beitrag [Heidelb. 1843], S. 287; über das bernische Particulargesetz vom 18. Febr. 1823 den 7. Bd. des neuen Archives des Criminalrechtes S. 45 fig. und Kappler a. a. D. S. 848.)

Das Strafverfahren wegen Anschulldigung der Kinderabtreibung pflegt mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft zu sein, namentlich in Bezug auf die Herstellung des Thatbestandes. Hierbei ist die Beihilfe der Sachverständigen, des Gerichtsarztes, erforderlich; allein gerade die ausgezeichnetsten und erfahrungsreichsten Lehrer der gerichtlichen Medicin bekennen warnend, die Entdeckung der Wahrheit sei eine sehr schwere Aufgabe<sup>23</sup>). Einer der berühmtesten Lehrer dieser Hilfswissenschaft der Jurisprudenz, Thomson, sagt an einer Stelle seines Werkes: Vorlesungen über gerichtliche Arzneiwissenschaft, oder über die möglichen Beziehungen der amtlichen und nicht-amtlichen practischen Aerzte zu den Gerichtshöfen, ins Deutsche übertragen unter Redaction des Dr. F. J. Behrend (Leipzig 1840), S. 201: Ich theile mit Dr. Hunter die Ansicht, daß ein Abortus selten vorsätzlich veranlaßt wird, und viele unschuldige Frauen dieses Verbrechen angeklagt worden und die Opfer eines höchst unbestimmten und ungegründeten Beweises geworden sind, theils in Folge der Unwissenheit der gerichtlichen Aerzte, theils wegen der Vorurtheile der Jury und des natürlichen Abscheues, welchen dieses Verbrechen in dem menschlichen Gemüthe erregt, und fügt an einer anderen Stelle (S. 211) hinzu: Hat man ein Frauenzimmer in Verdacht, mit Vorsatz die Frucht getödtet zu haben, und man findet die Fehlgeburt nicht, aber die Mutter am Leben, so ist es hier, namentlich wenn die Schwangerschaft noch nicht über die früheren Stadien hinaus war, weit schwieriger, als man gewöhnlich glaubt, zu einem richtigen Urtheile zu gelangen. Die Spuren, welche das Verbrechen zurükläßt, sind sehr unbestimmt; die Blutung ist selten profus, zuweilen sogar kaum merklich, und nach der Beschaffenheit, in welcher man den Uterus findet, läßt sich kein bestimmtes Urtheil fällen. Ebenso drückt sich Dr. Schröder in dem oben genannten Artikel der Most'schen Encyclopädie (S. 11, 12) dahin aus: Jede auf vorsätzliche Weise herbeigeführte Fehlgeburt ist Gegenstand der gerichtsarztlichen Untersuchung. Diese ist mit mancherlei Schwierigkeiten verbunden, indem das Verbrechen der Fruchtabtreibung unter allen übrigen am schwersten zu constatiren ist. Diese Schwierigkeit hat wiederum ihren Grund in jener, das corpus delicti aufzustellen. Aber auch dann, wenn man bei einer Per-

23) Ueber die Art der Lösung dieser Aufgabe s. bes. Henke, Lehrbuch der gerichtlichen Medicin S. 603—605. Levisseur, practische Erörterung der Aufgabe des Gerichtsarztes in Untersuchungen wegen Verheimlichung der Schwangerschaft und Kiebertunft, Abtreibung der Frucht u. s. w. (Posen 1837), S. 30—38.

son das Dasein verschiedener auf Abortus hinweisender Zeichen bemerkt und sogar den ausgetriebenen Fötus findet, folgt noch nicht, daß der Abortus die Wirkung eines Verbrechens ist, da unzählige unschuldige Ursachen ihn bewirken können. Man kann demnach in der Regel mehr durch Zeugenbeweis, als durch medicinisch legalen Ausspruch dathun, daß ein Abortus absichtlich hervorgerufen ist. Vergl. noch: Jörg, die Zurechnungsfähigkeit der Schwangeren (Leipzig 1837), S. 150—167.

Unerwähnt darf nicht bleiben, daß Aerzte so weit gegangen sind, zu leugnen oder wenigstens zu bezweifeln, daß der Abortus bewirkt oder doch ermittelt werden könne, also das ganze Fundament der Lehre von der Kinderabtreibung und von dem Verbrechen derselben abzugraben oder zu erschüttern. Vergl. insb. Buchner, dissertatio, qua quaestio, an dentur remedia, abortum simpliciter promoventia etc. Halae, 1764. und Fabricius, Kritik der Lehre von der Abtreibung (abortio), den Aerzten zur Beurtheilung vorgelegt (S. 101—111 des 32. Bandes der Henke'schen Zeitschrift für die Staatsarzneikunde. Erl. 1836). Letzterer zeigt am Schlusse seiner Untersuchung auf alle Dunkelheiten hin, die den Gerichtsarzt bei der Frage vom Abortus in der Aussprechung eines decisiven Urtheiles fesseln, und fügt hinzu: Die Theorie so gut, als Beobachtung führen uns hier in ein Labyrinth von Geheimnissen, aus welchem der Fleiß der Physiologen so wenig, als der Reichthum der Beobachtungen uns retten. Die gerichtsarztlichen Schriftsteller nehmen bis auf den heutigen Tag die Lehre vom abortus procreatus noch an<sup>24</sup>), sie gestehen aber alle zugleich ein, daß wir weder etwas von den Bedingungen des gewaltsamen Abortus wissen, noch darüber Erfahrungen besitzen, die als Gesetz gelten können. Wenn ich nun hinzusetze, daß die Mittel, in einem concreten Falle von Abortus den Thatbestand der Gewalt zu construiren, uns fehlen, so bleibt mir nur übrig, als Grundsatz aufzustellen, daß bei Abortivuntersuchungen das Gericht von Seiten des Arztes diejenige Aufrichtigkeit zu erwarten habe, die aus obiger Darstellung sich ergeben möchte, die Aufklärung nämlich, daß die Existenz des gewaltsamen Abortus überhaupt zweifelhaft sei, mindestens der Gerichtsarzt nichts thun könne, um der Rechtspflege zur Enthüllung des Verbrechens behilflich zu sein. Die Zeiten, scheint mir, sind nicht mehr, wo die Medicin nach der Rolle geizte, über Alles Auskunft zu geben. Die Kritik hat die Grenzen unserer Bekanntschaft mit der Natur festgesetzt; es wird der ärztlichen Wissenschaft also nicht zur Schande angerechnet werden können, wenn sie auf theoretischem und auf empirischem Wege der Justiz erklärt, warum die Untersuchungen der Abortion illusorisch sind und warum der Arzt nichts dabei thun kann,

24) Megger, kurzgefaßtes System der gerichtlichen Arzneiwissenschaft. Vierte Ausg. bes. von Gruner (Königsb. 1814), S. 286—293. (Der Verf. gibt S. 289 zu, die Erfahrung bezeuge, daß die Abortiva öfters den Absichten der Diener nicht entsprechen und den Fötus abzutreiben nicht vermocht haben.) Nicolai, Handbuch der gerichtlichen Medicin nach dem gegenwärtigen Standpunkte dieser Wissenschaft für Aerzte und Criminalisten (Berlin 1841), S. 28—30: Ueber Abortus und absichtliches Mißgebären.

wenn das in die Welt der Erscheinungen gebracht werden soll, was dem Gewissen angehört. Mit wegen dieses bedeutsamen Fragezeichens, auf welches auch Friedreich in seinem Beitrage zum Jahrg. 1843 des Archives des Criminalrechtes: Gerichtsarztliche Bemerkungen aus dem Gebiete des Criminalrechtes, unter III., überschrieben: Von der Abtreibung der Leibesfrucht (S. 494—500), hindeutet, machen sich die Schriften, Werke, Zeitschriften u. s. w. geltend, welche Fälle angeblichen Aborts vorführten. Carpzov, practica rerum crimin. P. I. quaest. XI.: De poenis procurantium abortus etc. (Aufführung von vier Fällen aus den Jahren 1598, 1604<sup>25</sup>), 1613 und 1620, in denen die Strafe des Schwertes zuerkannt ward). Consilia Tubingensia. Vol. IV. consil. 62 (besonders wegen des Zweifels, ob das Kind schon lebendig, Strafe der Relegation), 75 (gleiches Urtheil aus gleichem Grund), 212. Hitzig, Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege Bd. 5, S. 15 fig. Königreich Hannover. Criminalrechtsprüche der Justizkanzlei zu Zelle aus den Jahren 1815—1827. Bearbeitet von Justizrath v. Bothmer in Zelle, Nr. IV.: Abortus procuratio, S. 89—96 (Verurthaltungen in zeitige bis lebenswichtige Freiheitsstrafe), Bd. 12, S. 45, 46 (Fall aus dem Großherzogthume Hessen, in dem der Schwängerer wegen Versuches der Abtreibung in eine Zuchthausstrafe von sechs Monaten condemnirt ward). Bischoff, merkwürdige Criminalrechtsfälle Bd. 4 (Hann. 1840), S. 351 fig.: Untersuchungsprozess gegen Juliane Werner und Balthasar Zierdt in F—hausen wegen versuchter Abtreibung der Leibesfrucht. (Letzterer ward in Betracht, daß das gebrauchte Mittel zur Erreichung der damit verbundenen Absicht nicht dienlich, die beabsichtigte Handlung durchaus unschädlich, er selbst noch minderjährig war, mit sechs Monaten Zuchthaus bestraft, während Erstere in Betracht, daß nicht erwiesen ist, daß sie den ihr gereichten Thee einnahm, freigesprochen.) Mende, gutachtlicher Bericht über eine angeschuldigte Verheimlichung der Schwangerschaft und Geburt, intendirte Abtreibung der Frucht und Kindesmord (in dessen oben angeführten Beobachtungen Th. 3, S. 234—251). Pauli, über die Abtreibung einer Leibesfrucht, ein Verbrechen, welches vor den Assisen der Pfalz in Zweibrücken im December 1838 verhandelt wurde (S. 654—668 der Annalen der Staatsarzneikunde, herausgegeben von Schneider u. s. w. Jahrg. 1841). Hitzig, Zeitschrift für die Criminalrechtspflege in den preussischen Staaten Bd. 14, S. 96 fig. Henke, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde, zwanzigstes Ergänzungsheft, S. 276 fig. Berk, Gutachten über eine angeschuldigte procuratio abortus. Dieselbe Zeitschrift 21. Ergänzungsheft, S. 165 fig. Schlegel, gerichtlich-medizinische

25) Hat B. bekannt, daß sie wol geföhlet, daß eine lebendige Leibesfrucht bey ihr vorhanden, und nichts desto weniger sich im Grabe hin und wieder gewöhlet, auch den Leib mit beyden Händen hart zusammengedrückt und geküppet, daß das Kind des Todes davon sein müssen u. s. w., so wird sie nach Gelegenheit dtsfalls mit dem Schwerte vom Leben zum Tode billig gestraft und hingerichtet. B. N. B. M. Aug. Ao. 1604.

und rechtliche Verhandlungen über zweifelhafte Schwangerschaft und Frucht-  
abtreibung bei einer einfältigen und schwach sinnigen Bauerndienerne. Die  
gleiche Zeitschrift Bd. 29, S. 57 fig.: Abductionsbericht und Gutachten  
über ein im Wasser todt gefundenes unweises Kind, nebst Entscheidung  
der Frage, ob die Mutter desselben vorsätzlich oder unvorsätzlich abor-  
tirte<sup>26)</sup>?

Ueber Gesetzgebungspolitik s. Smelin, Grundsätze der Gesetzgebung  
über Verbrechen und Strafen (Lüb. 1785), S. 171—173: Vom Ab-  
treiben der Kinder. Ser vin, über die peinliche Gesetzgebung; aus dem  
Französischen übersetzt und mit Anmerkungen begleitet von J. E. Gru-  
ner (Nürnberg 1786), S. 176 fig. (Der Verf. schlägt vor, als Strafe  
der Mutter die Verstümmelungen, die dazu da sind, die Gestalt zu ent-  
stellen, anzuwenden, z. B. der bösen Mutter die Nase oder die Ober-  
lippe abzuschneiden und ihr mit einem glühenden Eisen auf die Stirne  
die zwei Anfangsbuchstaben von diesem Worte drücken zu lassen, weil  
diese Strafe, die einen Kampf zwischen der Furcht, ein schrecklicher Ge-  
genstand, und der Furcht entehrt zu werden, erhöhe, so viel gute Wir-  
kung als der Tod habe.) Rathlef, vom Geiste der Criminalgesetze  
(Barmen 1790), S. 163, 164 (der Verfasser arbitriert die Strafe des  
Kindesmordes). Filangieri, System der Gesetzgebung; aus dem Ita-  
lienischen, Bd. 4, dritte verbesserte Auflage (Ansbach 1808), S. 561 fig.  
(Der berühmte Italiener gibt den Rath: Man strafe die Abtreibung der  
Leibesfrucht streng, aber man strafe sie erst, nachdem das Verbrechen  
vollständig bewiesen ist und nachdem alle Mittel angewandt worden,  
dasselbe zu verhüten; man errichte Freistätten für Mädchen, die das Un-  
glück gehabt haben, der vereinten Macht der Sinnlichkeit und der Liebe  
zu unterliegen<sup>27)</sup>; man errichte Gebäranstalten für ihre heimliche Nieder-  
kunft; das Gesetz beschütze die Mütter und lasse die Kinder erziehen, es  
verberge ihre Schwachheit, statt sie der Schande auszusetzen, suche ihre  
Ehre herzustellen<sup>28)</sup>; alsdann werde die Abtreibung der Leibesfrucht sel-

26) S. noch die mit Berührung einzelner Fälle verwebten, oben allegirten  
Schriften von Plouquet und Thomson. Letzterer berichtet z. B. S. 209:  
häufig werden, wie bei Miss Burns, mechanische Mittel zur Herbeiführung  
einer Fehlgeburt benugt. Instrumente verschiedener Art, wie Troikars, Sonden,  
werden in den Uterus gebracht, damit sie die Membranen zerreißen und eine zu  
frühzeitige Geburt bewirken und die Frucht abgetrieben wird. Einen Fall die-  
ser Art, welcher vor den Durham-Assisen im Jahre 1781 vorkam, führt Dr. Ber-  
ke an. Man fand bei Mr. Angus ein Instrument, welches aus einer silbernen  
Röhre mit einem Schieber, an dessen Ende sich ein Stilet mit drei Spitzen  
befand, bestand. Da nun Mr. Angus sich häufig seiner anatomischen Kenntnisse  
gerühmt hatte und daß er alle die Mittel, wodurch man einen Abortus herbei-  
zuführen im Stande sei, genau kenne, so bediente er sich wahrscheinlich dieses  
Instrumentes zu einem solchen Behufe.

27) Vgl. damit Riemann, Taschenbuch der Staatsarzneiwissenschaft  
Bd. 2, Abth. 1: Civilmedicinalpolizei (Leipzig 1828), S. 241 fig. Wohl,  
System der Präventivjustiz oder Rechtspolizei (Lüb. 1834), S. 277, 278.

28) Vgl. damit das allgemeine Votum eines anderen Italieners, Ro-  
magnosi's. Euben, Genesis des Strafrechtes von J. D. Romagnosi,  
aus dem Italienischen, Bd. 2 (Gen. 1833), Th. 5: Von den Mitteln, die  
Ursachen der Verbrechen zu verhüten, S. 103 fig.



tener werden und die Bestrafung sich mehr rechtfertigen.) Feuerbach, Kritik des Kleinschrod'schen Entwurfes zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Kurpfalz-bayer'schen Staaten Th. 3 (Sießen 1804), S. 190 fig. (Der Verf. erklärt sich gegen den Vorschlag, die Kinderabtreibung wie den Kindesmord zu bestrafen, und meint, der Gesetzgeber dürfe auch nicht übersehen, wie schwer oder vielmehr wie unmöglich es ist, den Thatbestand dieses Verbrechens in irgend einem Falle mit voller Gewissheit vollständig auszumitteln; die rechtswidrige Handlung an sich, der absichtliche Gebrauch eines abtreibenden Mittels könne vollständig erwiesen werden; aber der Causalzusammenhang dieses Mittels mit dem Erfolge, der Umstand, daß der Tod des Kindes und die zu frühe Absonderung desselben ohne Wirkung des gebrauchten Mittels, nicht anderer Ursachen gewesen, lasse sich nicht mit Gewissheit darthun<sup>29)</sup>, zumal die Aerzte nicht ein einziges Abtreibungsmittel, das nothwendig abortiv wäre, bezeichnen könnten.) Außerdem sind noch die zahlreichen Schriften und Beiträge zu Zeitschriften über die Entwürfe der modernen Strafgesetzbücher, welche in ihren kritischen Erörterungen sich über Gesetzgebungspolitik verbreiten, in Betracht zu ziehen; — s. auch noch: F indling, S. 295 des vierten Bandes dieses Werkes.

Dopp.

**Kinder aussetzung** (*expositio infantium*)<sup>1)</sup>. So weit die Kenntniß der Gesetzgebung der Völker des Alterthumes reicht, war diese Gesetzgebung nicht geneigt, die Eltern darum zu bestrafen, weil sie ihr Kind

29) Im zweiten Bande der Anmerkungen zum bayer'schen Strafgesetzbuche finden wir S. 44 die Bemerkung: Da niemals mit Gewissheit behauptet werden kann, daß eben die zur Abtreibung des Kindes gebrauchten Mittel die frühzeitige todtte Geburt wirklich hervorgerufen haben, so steht dieses Verbrechen mehr in der Linie des Versuches, als der Vollendung, daher im Grade der Strafbarkeit minder, als der Kindermord.

1) Literatur bes. (außer den unbedeutenden Dissertationen von Carp-zov, Zange, Heinze und Cappaun, welche Bächter, S. 195 des zweiten Theiles seines Lehrbuches des römisch-deutschen Strafrechtes [Stuttgart 1826], kurz charakterisirt hat): J. P. Neodt, sive de partus expositione et necne apud veteres, Liber singularis. Lugd. Batav. 1704. auct. 1710. Bynkershoeck, tractatus de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud veteres Romanos (auch in dessen Opuscula var. Argum. ed. Conradi. Hal. 1729). Fraendorff, de iniqua liberorum expositione. Lips. 1692. M. Müller, de expos. infant. Aldt. 1717. Seisser, tract. de lib. expos. Quedlinb. 1718. Henne, diss. de expos. infant. ex idea iur. nat. Rom. et German. Erf. 1756. Leyser, medit. ad Pand. Vol. IX. p. 733—740. Spec. 613. De expos. infant. Spangenberg, über das Verbrechen des Kindesmordes und der Aussetzung der Kinder (im neuen Archive des Criminalrechtes Bd. 3 [Halle 1820], S. 1—30, 359—382). Thomas, de infantium expositione. Lovan. 1826. Feuerbach, Lehrb. des peini. Rechtes, dreizehnte Originalausgabe (Sieß. 1840), §. 389—391, S. 536—542. Marejoll, das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen (Leipzig 1841), §. 105: Von dem Verbrechen der Kinder aussetzung und einigen anderen daran grenzenden Verbrechen, S. 312—317. Staatslexikon von Rottted und Welcker Bd. 9, S. 267—269.

aussetzen. Der Gesetzgeber der Israeliten, der selbst ein ausgelegtes Kind war, das durch die Königstochter gerettet wurde; schweigt. Unter den griechischen Völkern heben sich die Thebaner hervor, welche, wie Helian bezeugt, das Aussetzen mit der Strafe des Todes, mit dem Tode bestrafen; damit die Eltern sich nicht mit Armuth entschuldigen könnten, so solle der Vater das neugeborene Kind sogleich vor die Obrigkeit bringen, damit diese es einem Mitbürger zur Verpflegung und Erziehung überlasse, der durch die Knechtsdienste des Auferzogenen belohnt erscheinen solle<sup>2)</sup>. Die Geschichte lehrt, daß bei den Römern<sup>3)</sup> das Aussetzen der Kinder häufig war. Die frühere Gesetzgebung beschränkte die Befugniß des Vaters sein Kind auszusetzen. Viele meinen nun, daß diese Beschränkung später weggefallen sei, und überhaupt die Aussetzung neugeborener Kinder, die sehr häufig und straflos stattgefunden habe, nicht mehr als Verbrechen angesehen worden sei; erst die Kaiser Valentinian, Valens und Gratian hätten sie in der L. 2. Cod. de infant. expos. (8. 52.) als Verbrechen mit Strafe bedroht: Unusquisque sobolem suam nutriat; quodsi exponendum putaverit, animadversioni, quae constituta est, subiacebit etc. Dagegen haben Andere darzuthun sich bemüht, daß schon im Zeitalter Trajan's und des Antoninus Pius die Kinderaussetzung als Verbrechen gegolten habe; man dürfe das factisch häufige nicht mit dem gesetzlich Erlaubten verwechseln<sup>4)</sup>. So viel scheint gewiß, daß die angeführte Gesetzesstelle auf ein älteres Strafgesetz zurückdeutet. Das kanonische Recht verpönt im Geiste des Christenthumes, der Religion der Liebe, das Aussetzen der Kinder, wenn es sich auch nicht als lebensgefährlich erkennbar macht, als Verletzung der heiligsten Pflicht<sup>5)</sup>. Bei den germanischen Völkern<sup>6)</sup> war dem Vater das Aussetzen des

2) Frank, System einer vollständigen medicinischen Polizei Bd. 4 (1791), Abth. 1, Abschn. 2: Vom geistlichen Mißgebären, Aussetzen und Töbten der Leibesfrucht, §. 10 flg., S. 98 flg., 108.

3) Matthäus, Comment. ad Lib. XLVII et XLVIII. Dig. de criminibus. (Dusseldorp. 1730.) p. 253—255.: De expositione infantis.

4) Vgl. überh. die sich bestrittenden Ausführungen von Roodt und Winklerhoed. Spangenberg a. a. D. S. 10 flg. Wächter a. a. D. S. 195, 196. Feuerbach a. a. D. §. 389, Note 1. Rarezoll a. a. D. S. 313, 314.

5) Frank a. a. D. §. 13, S. 113 flg. Spangenberg a. a. D. S. 18 flg.

6) Spangenberg a. a. D. S. 2 flg. Wilda, Geschichte des deutschen Strafrechtes (auch unter dem Titel: das Strafrecht der Germanen) Bd. 1 (Halle 1842), S. 725, wo der Verf. lehrt: Dem Vater stand nach germanischer Sitte das Recht zu, ein neugeborenes Kind dem Tode durch Aussetzung zu weihen. Wenn in der Regel wohl nur Mißbilligung und Noth die Veranlassung dazu gaben, so wurde dieses Recht zuweilen auch ohne dergleichen Grund. Es erlosch jedoch mit der Exultation, durch welche das Kind gleichsam auch in die Familien- und Rechtsgemeinschaft aufgenommen wurde. Die Fordsage (c. 7.) erzählt, es würde bei den heidnischen Germanen Nord genannt, ein Kind aussetzen, nachdem es mit Wasser besprengt worden. Bei einigen Stämmen scheint indeß die Befugniß noch enger begrenzt gewesen zu sein, indem kein Kind mehr ausgelegt werden sollte, welches die erste Nahrung zu sich genommen hatte.

neugeborenen Kindes gestattet, eine Befugniß, welche, in der Regel nur bei mißgebildeten Kindern oder aus Noth geübt, mißbräuchlich auch sonst sich Raum machte. Die Ausbreitung des Christenthumes besiegte auch bei diesen Völkern solche Sitte<sup>7)</sup>. Das Rechtsbuch der Westgothen verpönt das Aussetzen; so heißt es z. B. Lib. 4. tit. 4.: Hoc facinus (expositio) cum fuerit ubicunque commissum, iudicibus et accusare liceat, et damnare. In solchem Boden wurzelte die Gesetzgebung Karls des Fünften; der Art. 132 die Straff der Weiber, so ihre Kinder, um daß sie der abkommen, in Gefährlichkeit von ihnen legen, die also gefunden und ernehret werden, bestimmend, spricht sich dahin aus: So ein Weib ihr Kind, um daß sie des abkomme, von ihr legt, und das Kind wird gefunden und ernehret, dieselbig Mutter soll, wo sie des überwunden und betreten wird, nach Gelegenheit der Sach und Rath der Verständigen gestrafft werden. Stürbe aber das Kind von solchem Hinlegen, so soll man die Mutter, nach Gelegenheit des gefährlichen Hinlegens, am Leib oder Leben strafen. Um diesen Artikel des Reichsgesetzes bewegt sich die Doctrin und Praxis<sup>8)</sup>. Obgleich die Mutter desselben, die Bambergensis, nur die uneheliche Mutter ins Auge zu fassen scheint, indem sie, wenn die Aussetzung den Tod herbeiführt, die Grundsätze des Kindesmordes herangezogen haben will<sup>9)</sup>, so hat sich doch die Ansicht Geltung verschafft, daß die Carolina auch von der ehelichen Mutter rede; auch wird das Gesetz auf alle ehelichen oder unehelichen Ascendenten bezogen. Unter Kindern werden so hilflose Descendenten verstanden, welche, um sich der Pflicht der Pflege zu entziehen, aber nicht in der Absicht der Tödtung, so verlassen werden, daß ihnen Lebensgefahr droht. Was die Strafe betrifft, so richtet sich diese zunächst nach dem Erfolge. Für den Fall der Erhaltung des Kindes wollten die älteren Criminalisten Gefängnißstrafe bis Landesverweisung, die neueren Strafrechtslehrer geringe Freiheitsstrafe, bis zu einem Jahre Zuchthaus hinansteigend. Grolman<sup>10)</sup> begnügt sich sogar mit dem Minimum eines ernstlichen Verweises, während er

7) Frank a. a. D. Spangenberg a. a. D. S. 8. Wiba a. a. D., wo der Verf. hinzufügt: Das Christenthum machte jenem heidnischen Gebrauche ein Ende. Es sollte jedes Kind aufgezogen und nicht ausgesetzt werden. In dem alten Gulathingsgesetze wird berichtet, daß Olaf der Heilige die Aussetzung der Kinder bei einer Brüche von drei Mark verboten, König Magnus aber verordnet habe, daß, wer ein Kind, auch bevor es getauft worden, aussetzen würde, Gut und Frieden verwickelt habe, und die That ein großer Mord genannt werden sollte. Als ein Friedloser sollte nach dem friesischen Volksrechte, wie es scheint, getödtet werden können, wer ein neugeborenes Kind umbringen würde u. s. w.

8) Cress, commentatio in C. C. C. (Hannov. 1760.) p. 424—429. Boehmer, medit. in C. C. C. (Hal. 1770.) p. 611—617. Quistorp, Grundsätze des teutschen peinlichen Rechtes, 5. Aufl., Th. 1 (Rost. 1794), §. 280. Wächter a. a. D. S. 19 b fig. Marejoll a. a. D. S. 314 fig. Spangenberg a. a. D. S. 22 fig.

9) Caroli Quinti Constitutiones criminales. Accessit Mater Carolinae, Ordinatio crim. Bamberg. (Hal. 1716.) p. 174.

10) Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 3. Aufl. (Stief. 1818), §. 287, S. 325, 326.

besonders wenn Gesundheitsbeschädigung die Folge war, die Grenze einjähriger Zuchthaus überstritten haben will.) Ist der Tod des Kindes die Folge der Aussetzung, so verbindet sich diese Strafe mit der Strafe der culposen Tödtung, die sich besonders nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit dieses extremen Erfolges richtet<sup>11)</sup>. Beurkundungen der neueren Praxis finden wir besonders in Sammlungen von Strafrechtssällen<sup>12)</sup>.

Die neueren Criminalgesetzgebungen stimmen darth überein, daß sie die Kinderaussetzung verpönen und zwelt bald unter dem Gesichtspunkte als Verbrechen gegen das Leben, bald unter dem der Körper- und Gesundheitsverletzung, bald ohne Festhaltung eines solchen bestimmten Gesichtspunktes. Das preussische Landrecht steigt bis zur Todesstrafe hinan,

11) *Strube*, rechtliche Bedenken Th. 5, Bd. 50: Von der Strafe einer Mutter, die ihr Kind von sich gelegt und dadurch dessen Tod veranlaßt hat. *Effter*, Lehrbuch des gemeinen teutschen Criminalrechtes (Halle 1833), §. 273, S. 292. Vgl. noch die Mittheilung aus dem Königreiche Hannover im 15. Bande der *Demme'schen* Fortsetzung von *Higig's* Annalen (Altenb. 1841), S. 33 flg. v. *Bothmer*, die Grenze zwischen Kindermord (Attentat) und Aussetzung. Aus der Untersuchungsfache wider *Marja Keit* u. s. w.

12) *S. Higig*, Annalen der teutschen und ausländ. Criminalrechtspflege Bd. 5, S. 15 flg. Königreich Hannover. Criminalrechtsprache der Justizcanclei zu Jelle aus den Jahren 1815 bis 1827, bearbeitet vom Justizrath v. *Bothmer* in Jelle, S. 87, 88: III. Kinderaussetzung. (Verurtheilung der *Inquissita* zu fünfjährigem Zuchthaus, weil sie ihr Kind ausgelegt und dadurch dessen Tod veranlaßt habe.) Bd. 12, S. 50—56 (Fälle aus der Rechtsprechung der Gerichte des Großherzogth. Hessen — Verurtheilung in Correctionshaus von vier Wochen, weil das leicht aufzufindende Kind gerettet wurde — in solches von acht Wochen, weil bei gleichen Umständen die Jahreszeit sehr ungünstig war). Fortsetzung von *Demme* Bd. 5, S. 118—125 (Fälle derselben Gerichte — Verurtheilung in sechsmonatliches Zuchthaus wegen Wiederholung des Verbrechens — in dreimonatliches Correctionshaus wegen gefährlicher Aussetzung). Neues Archiv des Criminalrechtes Bd. 2, S. 632—634: Merkwürdiger Fall einer Kindesaussetzung (zugleich Kritik des, sechsmonatliche Gefängnißstrafe aussprechenden, Urtheiles). *Pfister*, merkwürdige Criminalfälle Bd. 3 (Heidelb. 1817), S. 546—573: Untersuchung gegen *Eusanne S.* wegen Aussetzung ihres Kindes. (Die Angeeschuldigte wurde im Jahre 17.. wegen der bei später Abendzeit, gegangener scharfer Luft und empfindlicher Kälte bewirkten Aussetzung des kaum acht Tage alten Kindes und des dadurch veranlaßten Todes, zum Pranger, Ruthenstreichen und ewiger Landesverweisung verurtheilt.) *Schäpfer*, actenmäßige Darstellung verschiedener Strafrechtssälle aus der neuesten Zeit, nebst den Entscheidungsmotiven der kurhessischen Obergerichte, so wie des kurhessischen Oberappellationsger. Bd. 2 (Cassel 1838), S. 56—59. (Verurtheilung der Angeeschuldigten in dreimonatliche Zuchthausstrafe, weil das gerettete und wohlverwahrte Kind hinsichtlich des Ortes der Aussetzung und der Zeit — Dunkelheit — in Gefahr geschweht habe.) *Wischoff*, merkwürdige Criminalrechtssälle Bd. 4 (Hann. 1840), S. 247—260: Untersuchungsprozeß gegen *Margarethe Leuthold* u. s. w. wegen Kindaussetzung. (Zuerkennung achtjähriger Zuchthaus, weil das Kind umkam.) Nach einer Mittheilung im 13. Bande von *Higig's* Annalen, S. 28, wird von der Praxis in *Schleswig-Holstein* die Kinderaussetzung in der Regel mit kurzer zuchtlicher Haft geschweht, wenn die Aussetzung nicht unter besonders gefährlichen Umständen und mit der Absicht der Tödtung erfolgte, und der Tod des Kindes die Folge war, in welchem Falle die Handlung unter dem Begriffe der Tödtung steht.

mit welcher es droht, wenn die Mutter ein lebendiges Kind an einem Orte, wo es nicht leicht gefunden werden kann, aussetzt oder aussetzen läßt und der Tod dadurch verursacht worden. Bleibt das Kind am Leben, so folgt sechs- bis zehnjährige Zuchthausstrafe. Ist dagegen die Aussetzung an einem von Menschen gewöhnlich besuchten Orte und mit solchen Anstalten geschehen, woraus der Vorsatz, das Leben des Kindes erhalten zu wollen, erhellt, so soll, je nachdem dasselbe erhalten wird oder untkommt, die Strafe in sechsmonatlichem bis dreijährigem Zuchthause bestehen<sup>13)</sup>. Das österreichische Gesetzbuch steigt von sechs Monaten Kerker bis zu zehnjährigem schweren Kerker<sup>14)</sup>, das bayer'sche Strafgesetzbuch, das den Begriff des Verbrechens nicht auf Kinder beschränkt, von sechs Monaten bis zu acht Jahren Arbeitshaus<sup>15)</sup>, das sächsische von drei Monaten Gefängniß (wenn nach der Art der Aussetzung gar keine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit zu befürchten war) bis zu zehnjährigem Zuchthause<sup>16)</sup>. Das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg bedroht die Eltern, welche ihr Kind, das wegen jugendlichen Alters, Krankheit oder Gebrechlichkeit sich selbst zu helfen unvermögend ist, von sich entfernen und im hilflosen Zustande verlassen, wenn die Aussetzung auf eine solche Art, an einem solchen Orte und unter solchen Umständen geschehen, daß eine Gefahr für das Leben des Ausgesetzten von dem Thäter nicht befürchtet werden konnte, mit Rücksicht darauf, ob das Kind ganz unverfehrt geblieben oder beschädigt worden

13) Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechtes (Halle 1796), §. 364, S. 260, 261. Dessen Annalen Bd. 14 (Berlin 1796), S. 154 flg.: Ein merkwürdiger Fall der Kinderaussetzung. Spangenberg a. a. D. S. 363. Feuerbach a. a. D. §. 389, Note 4 des Herausg., S. 537, §. 391a, Note 2 des Herausg. Ueber den Entwurf des neuen Strafgesetzbuches s. das Beilageheft zum Jahrg. 1843 des Archives des Criminalrechtes S. 127, 128.

14) Spangenberg a. a. D. S. 364. Feuerbach a. a. D. Tausch, Rechtsfälle aus dem Civil- und Criminalrechte Bd. 1 (Wien 1837), S. 528 flg. Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrsamkeit Jahrg. 1836, Bd. 1, S. 219 flg.

15) Spangenberg a. a. D. S. 870. Feuerbach a. a. D. Dessen Schrift: Gaspar Hauser (Ans. 1832), S. 54, 55, wo es heißt: Die an der Person Gaspar's begangenen Verbrechen sind, nach bayer'schem Strafgesetzbuche beurtheilt, 1) das Verbrechen widerrechtlicher Gefangenhaltung. Es trifft damit 2) objectiv zusammen das Verbrechen der Aussetzung, welches, nach dem St. G. B. Th. 1 nicht bloß an Kindern, sondern auch an erwachsenen Personen begangen werden kann, wenn sie wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit sich selbst zu helfen unvermögend sind, unter welchen Personen der damals noch thierisch-dumme, sehend-blinde, kaum noch aufrechtgehende Gaspar gewiß gehörte. Die Aussetzung Gaspar's war zugleich eine durch ihre Lebensgefährlichkeit ausgezeichnete Aussetzung. Dieser Mensch war, bei seinem damaligen gestrigen und leiblichen Zustande, in Gefahr, entweder in die dem Orte der Aussetzung nahe Peggis zu stürzen, oder übertreten oder überfahren zu werden.

16) Das neue Criminalgesetzbuch Sachsens und die damit in Verbindung stehenden Gesetze und Verordnungen u. s. w., bearbeitet von einem practischen Rechtsgelehrten, 2. Aufl. (Eripzig 1840), S. 98. Ueber den Erhard'schen und Littman'schen Entwurf eines Strafgesetzbuches für Sachsen s. Spangenberg a. a. D. S. 371—375.

oder umgekommen, mit Gefängniß bis zu vier Jahren. Geschah die Aussetzung auf eine dem Leben zwar nicht ungefährliche Art, jedoch so, daß Rettung als wahrscheinlich vorauszusehen war, so soll, wenn diese nicht erfolgte, Arbeitshaus nicht unter drei Jahren, wenn diese erfolgte, jedoch Schaden zurückblieb, Kreisgefängniß nicht unter acht Monaten bis zu Arbeitshaus von vier Jahren, zuerkannt werden, während sonst Kreisgefängniß bis zu sechs Monaten eintreten soll. War dagegen Rettung unwahrscheinlich, so soll auf acht- bis zwanzigjähriges Zuchthaus, vierjähriges Arbeitshaus bis zehnjähriges Zuchthaus, oder Arbeitshaus nicht unter zwei Jahren erkannt werden, je nachdem der Tod die Folge war, oder Schaden zugefügt wurde, oder dieser fern blieb<sup>17)</sup>. In verwandtem Geiste dictirt das Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen mindestens sechs Monate Correctionshaus, höchstens sechzehn Jahre Zuchthaus (Art. 286—289)<sup>18)</sup>. Der Entwurf des badischen Criminalgesetzbuches<sup>19)</sup> schlägt (§. 223—230) vor, Eltern, welche ihr hilfloses Kind aussetzen, mit Kreisgefängniß oder Arbeitshaus bis zu zwei Jahren zu bestrafen, wenn es unverletzt erhalten wird. Ist der Tod die Folge der Aussetzung, so soll der Schuldige, insofern in Bezug auf diesen Erfolg die Bedingungen der strafbaren Fahrlässigkeit erkennbar sind, als schuldig der fahrlässigen, durch das vorsätzliche Verbrechen der Aussetzung verursachten Tödtung, mit der Strafe belegt werden, womit die fahrlässige, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachte Tödtung bedroht ist. Ist Beschädigung die Folge der Aussetzung, so soll, beim Dasein der Bedingungen der strafbaren Fahrlässigkeit, in Bezug auf diesen Erfolg, die Strafe der fahrlässigen Körperverletzung eintreten<sup>20)</sup>. Ist das ausge setzte Kind nicht wieder zum Vorschein gekommen, so soll der Thäter mit

17) Feuerbach a. a. D. Ueber die früher geltenden Grundsätze s. Knapp, des württemberg'sche Criminalrecht Abth. 2 (Stuttg. 1829), S. 391, 392.

18) Der Art. 290 fügt noch hinzu: Die Gerichte haben das Maß der in den Art. 287—289 angebrohten Strafen um die Hälfte herabzusetzen, wenn die Aussetzung von der Mutter an ihrem neugeborenen unehelichen Kinde verübt worden ist, während der Art. 291, Rahstehendes festhaltend, verordnet: Eltern, welche ihr noch unerzogenes oder gebrechliches Kind Bettlern, Landstreichern oder umherziehenden Gauklern in gewinnsüchtiger Absicht, oder um sich der Pflicht für die Ernährung und Pflege desselben zu entziehen, überlassen oder übergeben, sollen zur Correctionsstrafe bis zu drei oder Zuchthausstrafe bis zu vier Jahren verurtheilt werden u. s. w. Vgl. den Bericht der zur Begutachtung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen gewählten Ausschüsse I. und II. Kammer, erstattet von dem Abgeordneten Paffe (Darmst. 1840), S. 419, 420.

19) Ueber ein Gesetz für den Kanton Bern, das in den §. 28—32 von der Aussetzung der Kinder handelt, s. den 7. Band des neuen Archives des Criminalrechtes S. 50—52. Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes (Stuttg. 1838), S. 841.

20) Feuerbach a. a. D. Demme, Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege Bd. 4 (Aitnb. 1838), S. 407, 408, wo der Titel 15 des Entwurfes: Von der Aussetzung hilfloser Kinder oder anderer hilfloser Personen, sich mitgetheilt findet, und S. 248—252, wo sich darüber Abegg kritisch verbreitet.

Arbeitshaus nicht unter einem Jahre, oder Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft werden, während, wenn die Aussetzung in der bestimmten oder unbestimmten Absicht der Tödtung geschah, die Strafe des versuchten oder, wenn der Tod erfolgte, die des vollendeten Mordes zuerkannt werden soll. (Die Mutter eines unehelichen Kindes soll in einem solchen Falle, bei den übrigen Voraussetzungen des Kindesmordes, die geringere Strafe des Kindesmordes, oder des Versuches desselben treffen)<sup>21</sup>). Ueber Gesetzgebungspolitik vergl. bes. Smelin, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen (Tüb. 1785), S. 83, S. 173, 174: Vom Aussetzen der Kinder. Serwin, über die peinliche Gesetzgebung, aus dem Französl. v. Gruner (Münch. 1786), S. 176 fig. (Der Verfasser schlägt vor, die schuldige Mutter ebenso zu bestrafen, wie die, welche sich der Abtreibung des Kindes schuldig macht, s. oben Kinderabtreibung.) v. Dalberg (Großherzog von Frankfurt), Entwurf eines Gesetzbuches in Criminalsachen (Frank. 1792), S. 160. (Der Verf. drückt sich sehr kurz aus, vorschlagend: Aussetzung der Kinder wird mit zehn Jahren Zuchthaus bestraft.) Globig, System einer vollständigen Gesetzgebung, zweite Auflage, Th. 1, Criminalcodex (Dressd. 1815), S. 110—112. (Der Verfasser will im extremsten Falle die Strafe des Kindesmordes.) Rathlef, vom Geiste der Criminalgesetze (Bremen, 1790), S. 164. Von besonderer Wichtigkeit sind die zahlreichen Kritiken der Entwürfe der Strafgesetzbücher für einzelne Staaten, besonders für die Staaten des deutschen Bundes, und dieser Gesetzbücher selbst. Diese Legislationen haben auch das, wie schon oben angedeutet, zunächst dem bayer'schen Strafgesetzbuche zu vindicirende<sup>22</sup>) Verdienst, daß sie eine Lücke des gemeinen deutschen Criminalrechtes, die darin besteht, daß es des Aussetzens und Verlassens hilfloser Personen jeden Alters, von Seiten derer, denen sie anvertraut sind, nicht gedenkt<sup>23</sup>), ausgefüllt haben und eine solche Mißthat gleich der Kindesaussetzung bestraft. Warezoll a. a. D. S. 316, 317. — Ueber Beziehungen der gerichtlichen Medicin s. bes. Büttner, vollständige Anweisung, wie durch anzustellende Besichtigungen ein verübter Kindermord auszumitteln sei, mit beigelegten eigenen Abductionszeugnissen, neu herausgegeben von Mezger (Königsb. 1804), S. 257 fig.: Von ausgelegten Kindern. Der Verfasser trägt, unter Beziehung auf von ihm mitgetheilte Abductionsberichte,

21) Nach dem Vorschlage des hinzugefügten §. 231 soll die Unterlassung der Auffindungsanzeige bei der Obrigkeit oder sonstiger Thätigkeit zur Rettung, wenn das Umkommen die Folge ist, mit Gefängniß, wenn Beschädigung, mit diesem oder Geldbuße bestraft werden. S. Rittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung geprüft u. s. w., erster Beitrag (Heidelb. 1841), S. 81.

22) Staatslexikon a. a. D. S. 268. Feuerbach a. a. D. S. 389, Note 4 des Herausg.

23) Bopp, Einiges über das Verbrechen der gefährlichen Verlassung und Aussetzung eines Menschen nach deutschem gemeinen Criminalrechte (S. 442—251 des 13. Bandes des Archives des Criminalrechtes). Feuerbach a. a. D. S. 390, Note 2 des Herausg.

u. a. vor: Außer den, den Kindermord und frühzeitige Abtreibung der Frucht betreffenden Besichtigungsfällen ereignen sich auch andere Untersuchungen, die ein Arzt beurtheilen muß, wenn etwa auf dem Landwege, auf dem Acker, im Graben und anderen Orten ausgelegte Kinder gefunden und, auf Verlangen der Obrigkeit, legal besichtigt werden, um zu erfahren, ob ein solches Kind natürlicher oder gewaltsamer Weise um das Leben gekommen, dergleichen Vorfall Nr. 43<sup>24)</sup> vor Augen legt, da das Kind keine Verletzungen erlitten, sondern, natürlicher Weise gestorben, von einer zwar unbekanntem, doch zu vermuthenden ehelichen Mutter, an den Weg gelegt worden. Ein ähnliches Beispiel eines im Feldgraben ausgelegten Mädchens zeigt Nr. 65<sup>25)</sup>, welches ohne Verletzung, gut gewickelt, nur mit einem Stück Erde auf dem Gesicht belegt gefunden worden, daraus der Verdacht entstanden, als wenn dasselbe wäre erstickt worden; deßhalb durch die Besichtigung ausgemittelt werden mußte, ob die Vermuthung Statt fände? die aber nach den befundenen Umständen für gänzlich ungegründet erkannt, vielmehr bewiesen werden konnte, daß das Kind natürlicher, nicht aber gewaltsamer Weise ums Leben gekommen sei u. s. w. S. auch noch: Henke, Zeitschrift für die Staatsarzneikunde Bd. 1 (Erl. 1821), S. 404 fig. Marc, Gutachten über ein ausgelegtes Kind.

Bopp.

**Kirchenämter** 1). Uebersicht. Die Ämter, in welche die Kirchengewalt nach ihren verschiedenen Richtungen getheilt ist, werden im canonischen Rechte im allgemeinen mit dem Namen *officia* oder *beneficia ecclesiastica* bezeichnet. Beziehen sie sich auf die Leitung und Förderung des inneren religiösen Lebens durch Seelenpflege, Spendung der Sacramente und Verrichtung der übrigen kirchlichen Handlungen, so heißen sie *officia sacra*, und zwar werden in diesem Gebiete, in welches die Ämter der Bischöfe, der Pfarren und Pfarrgehilfen, und der Canoniker gehören, die mit der Seelsorge betrauten Ämter, die *officia onerata*<sup>2)</sup>, von den übrigen, den sogen. einfachen Ämtern (*officia simplicia*<sup>3)</sup>) unterschieden. Die Ämter, welche die Träger der *potestas iurisdictionis* sind (*officia maiora*<sup>4)</sup>) im Gegensatz zu allen übrigen, den *minoribus*, werden *dignitates* oder *praelaturae* genannt. Zu diesen gehören eigentlich nur die Ämter des Papstes, der Patriarchen, der Erzbischöfe und

24) S. 338, 339.

25) S. 363, 364.

1) In Beziehung auf die geschichtliche Seite ist auf Thomassini *vetus et nova discipl.* zu verweisen. Außerdem s. Rebuffies, *praxis beneficiorum*, Lugd. 1579 sq. u. d.; Duarenus, *de beneficiis*, Paris 1585.; Corradus, *praxis beneficiaria*, Neap. 1656., Col. 1679. fol.; Garcias, *de beneficiis*, Mog. 1614. fol. u. d.; Leurenus, *forum beneficium*, Col. 1703. fol. u. a.

2) Im can. Rechte *beneficium curam animarum habens annexum*, §. B. c. 28. X. de praeb. (3. 5.), oder *curam habens* c. 8. h. t. in Vito. (3. 4.)

3) §. B. c. 38. X. h. t.

4) §. B. c. 8. 28. X. h. t.



Bischöfe; doch pflegen auch die Cardinale, die Legaten und Nuncien, die Präpöste und Dechanten der Stifter und die Klosteroberen durch den Namen *praelati* ausgezeichnet zu werden (s. in diesem Werke den Art. *Dignitäten*). Das canonische Recht braucht die Namen *praelatura*, *dignitas* und *personatus* identisch, während die neuere Sprachweise unter dem letzteren nur die nicht mit realen Functionen verbundenen Ehrenämter in den Stiftern versteht. Endlich diejenigen Ämter, welche, wie jene der *Generalvicare*, *Officiale*, *Landdecane* u. s. w., von den Trägern der Jurisdiction ihre Rechte ableiten, heißen jetzt *officia* schlechthin. — Die evangelische Kirche hat als einziges Amt, in welches die Bevollmächtigung zur Predigt des göttlichen Wortes und zur Seelsorge gelegt ist, das Pfarramt (s. den Art. *evangelische Kirchenverfassung*). Inmitten desselben finden sich allerdings auch verschiedene Abstufungen und Namen. Diese sind jedoch lediglich ein Werk der äußeren Ordnung und deuten niemals auf eine innere Verschiedenheit des Berufes. Von dem geistlichen Amte im engeren Sinne werden die Ämter der kirchlichen Verwaltung auch hier unterschieden.

Von einzelnen dieser Ämter ist bereits früher gehandelt worden (s. die Art. *Archidiacon*, *Archipresbyter*, *Bischof*, *Canonikus*, *Decan*, *Erzbischof*), und andere (s. die Art. *Papst*, *Pfarrer* und *Pfarrgehilfen*, *Superintendenten*) werden noch eine besondere Darstellung empfangen. Es sind deshalb hier nur die Lehren von der Errichtung und Veränderung, der Verleihung und dem Verluste der Kirchenämter und von den allgemeinen Rechten und Pflichten der Kirchenbeamteten zu erörtern.

### I. Die Errichtung der Kirchenämter<sup>5)</sup> (*erectio s. institutio beneficii*).

Das Recht, Kirchenämter zu errichten, ist ein Ausfluß der Kirchengewalt und wird für die Diocese von dem Bischof, rücksichtlich der Bisthümer von dem Papste, ausgeübt. In der früheren Zeit wurden in letzterem Bezuge die Provinzialconcilien thätig<sup>6)</sup>; seit sich aber die Idee des päpstlichen Primates entwickelt hat, ist es anerkannt, daß die Errichtung der Bisthümer in den Kreis der päpstlichen Reservatrechte gehöre<sup>7)</sup>. Der *Erection* aller Kirchenämter geht eine *causae cognitio* voraus, deren Bestimmung es ist, dem Kirchenoberen von dem Bedürfnisse und dem Dasein einer genügenden Ausstattung oder *dotatio*<sup>8)</sup> Kunde zu verschaffen und etwaige Collisionen mit entgegenstehenden, wohlverordneten Rechten<sup>9)</sup> zu beseitigen. Ganz dieselben Voraussetzungen bestehen für die *erectio vi restitutionis* und *vi mutationis*, von denen die erste die Wiederherstellung einer unterdrückten Pfründe, die andere die Verwandlung eines bestehenden Amtes in ein höheres ist, z. B. die Erhebung

5) Dolliner, von der Errichtung und Veränderung der Beneficien. Wien 1822.

6) Vgl. c. 50. C. 10. 17. qu. 1. (conc. Carth. II.)

7) C. 1. X. de transl. (1. 7.)

8) C. 8. X. de cons. eccl. (3. 40.), c. 3. X. de eccl. aedif. (3. 48.) vgl. mit c. 9. Dist. I. de cons. (Nov. Justin.)

9) C. 36. X. de praeb. (3. 5.)

einer Pfarrkirche zu einer Collegiatkirche. Nach den jetzigen Verhältnissen fassen indessen der Pabst und die Bischöfe hier nicht mehr allein Entscheidung, sondern es ist die Mitwirkung der Staatsregierung erforderlich, welche mit den kirchlichen Autoritäten die erforderliche Untersuchung anstellt, und dann zur Errichtung des Amtes ihre Zustimmung ertheilt. Dieses ist zuweilen in den Gesetzen, welche die Beziehungen zwischen der Kirche und dem Staate ordnen, ausdrücklich ausgesprochen<sup>10)</sup>.

In der evangelischen Kirche gehört das Recht Kirchendämter zu errichten, überall zu den sogen. vorbehaltenen Rechten der Regenten, welche dasselbe bald selbst, bald durch die ihnen unmittelbar vortragenden Behörden ausüben.

## II. Aufhebung und Veränderung der Kirchendämter.

Nach einem allgemeinen Grundsatz sind bestehende Kirchendämter in ihrer Integrität zu erhalten. Wo jedoch dringende Veranlassung vorliegt, kann sowohl die Aufhebung, als die Veränderung verfügt werden. Ueber beide faßt der Bischof, rücksichtlich der Bisthümer der Pabst, Entscheidung, nachdem auch die Staatsgewalt ihre Zustimmung ertheilt hat. Die erstere soll nach dem Tridentinum insbesondere dann geschehen, wenn verfallene Parochialkirchen weder aus eigenem Fonds, noch aus den Beiträgen der Parochianen oder sonst verpflichteter Personen wieder hergestellt werden können, oder wenn in Hoch- oder Collegiatstiftern viele gering dotirte Pfründen bestehen, welche ihren Inhabern nicht den nöthigen Lebensunterhalt liefern<sup>11)</sup>. Nothwendig ist der Consens des Capitels (s. den Art. Canonikus) und des Laienpatrons<sup>12)</sup>, nicht dagegen nach dem ganzen Geiste der Verfassung auch der Gemeinden, wenn schon diese gehört zu werden pflegen<sup>13)</sup>. Die Veränderung ist in verschiedener Weise möglich, zunächst a) als Vereinigung (unio), bald so, daß beide Ämter in ihren Rechtsverhältnissen ganz selbstständig bleiben<sup>14)</sup>, und die Verbindung nur in der Person des jedesmaligen Inhabers sichtbar wird (sogen. unio per aequalitatem oder aequo principalis), bald so, daß die eine völlig in die andere übergeht (sogen. unio per confusionem), bald dergestalt, daß zwischen beiden ein Verhältniß der Unterordnung hergestellt wird (sogen. unio per subiectionem). Keine dieser Vereinigungen soll aber nur auf Lebenszeit des betreffenden Geistlichen verfügt werden<sup>15)</sup>. Die zweite kommt dann vor, wenn eine Gemeinde,

10) Vgl. das bayer. Edict vom 26. Mai 1818 §. 76, und Art. XII. des Concordats. — Vgl. auch preuß. Ministerialrescr. vom 5. Febr. 1824 in v. Kampff, Annalen Bd. VIII, S. 152 fg. — In Oesterreich ist die Errichtung der Pfarreien nach Hofkanzleidecr. vom 5. Febr. 1806 iure supremi patronatus, protectionis et advocatae dem Kaiser vorbehalten.

11) Sess. XXI. c. 7. Sess. XXIV. c. 15. de ref.

12) Vgl. die Decl. der Congr. conc. bei Zamboni, collectio declar. T. VI. (Bud. 1814.) p. 65. mit conc. Trid. Sess. XXIV. c. 15. de ref.

13) Darüber sind eigene Resolutionen der Congreg. conc. ergangen, Ferraris, prompta bibl. iur. can. s. v. Parochia n. 39.

14) In dieser Weise sind z. B. die Bisthümer Gnesen und Posen unirt.

15) Conc. Trid. Sess. VII. c. 4., Sess. XXIV. c. 17. de ref.

in welcher bisher ein eigenes geistliches Amt bestand, einer anderen einbezogen wird. Endlich, die dritte ist dann vorhanden, wenn eine bisher selbstständige Gemeinde zu einer anderen in das Verhältniß einer Filialgemeinde gestellt wird. Ueber die Verhältnisse im einzelnen entscheidet hier zunächst die Unionsurkunde. Wo aber diese keine näheren Bestimmungen enthält, ist die Regel diese, daß der Geistliche der *ecclesia mater* das Pfarrrecht über die *ecclesia filia* als solcher und zu eigenem Rechte ausübt, während der letzteren ihr Vermögen, aber auch ihre Parochiallasten bleiben, nur so, daß zu diesen noch die Theilnahme an den Kosten für die Pfarrhausbauten nach einem durch Observanz, Gesetz oder Vertrag bestimmten Maßstabe hinzutreten. Jede Union soll nach dem canonischen Rechte durch eine genügende Ursache, also entweder durch dringende Nothwendigkeit oder augenscheinlichen Vortheil für das kirchliche Leben, bedingt sein<sup>16</sup>). Die Entscheidung setzt hier ebenfalls (abgesehen von der auch hier nothwendigen Staatsgenehmigung) rücksichtlich aller niederen Pfründen der Diocese den Consens des Capitels<sup>17</sup>) und Laienpatrons voraus. Höhere Ämter zu uniren ist ein Recht des Papstes. Die Vereinigung von Kirchenämtern verschiedener Diocesen<sup>18</sup>) ist durch das Tridentinum verboten, und nach demselben sollen auch Regulare mit Säkularpfründen, Pfarrämter mit Klöstern, Dignitäten oder Präbenden in Hoch- oder Collegiatstiftern, endlich Pfründen, welche der freien Collation unterliegen, mit Patronatämtern nicht unirt werden<sup>19</sup>). Die erstere dieser Vereinigungen kommt unter dem Namen der Incorporation im Mittelalter sehr häufig und in verschiedener Weise vor, bald so, daß dem Kloster oder Stift nur die Temporalien, bald so, daß ihm auch die Spiritualien übertragen waren. Im ersten Falle war es die Regel, daß das Stift dem Bischof einen Vicar präsentirte, dem es eine Congrua zu leisten hatte; im zweiten dagegen wurde der Vicar von dem Stifte unter bischöflicher Approbation ernannt und in seiner Amtsführung beaufsichtigt. Die Canonisten nennen, je nachdem das eine oder andere dieser Verhältnisse eintrat, das Stift selbst *parochus primitivus* oder *habitualis*<sup>20</sup>). Seit der erwähnten Verfügung des Conciliums von Trient kamen aber diese Vereinigungen nur noch selten und zwar nur mit päpstlicher Zulassung vor, und selbst die schon früher zu Recht bestehenden wurden dadurch wesentlich modificirt, daß die Anstellung zeitiger Vicarien, welche früher die Incorporationsurkunden oft gestatteten, von der bischöflichen Genehmigung abhängig gemacht wurde<sup>21</sup>). Jetzt erinnert, seit der Säkularisation der

16) C. 33. X. de praeb. (3. 5.), conc. Trid. Sess. VII. c. 6. de ref. vgl. mit den Resolutionen der Congr. conc. bei Zamboni l. c. T. VI. p. 67.

17) C. 8. 9. X. de his quae fiunt (3. 10.), Clem. 2. de reb. eccl. non al. (3. 4.)

18) Conc. Trid. Sess. XIV. c. 9. de ref.

19) Sess. XXIV. c. 13., XXV. c. 9. de ref.

20) Neller, de genuina idea et signis parochialitatis primitivae eiusque principio incorporatione, und Ejurd, de iuribus parochi primitivi in Schmidt, thes. iur. eccl. T. VI.

21) Sess. VII. c. 7. de ref.

Stifter, zuweilen noch der Name Pfarradministrator, welchen die Geistlichen auf früher incorporirt gewesenen Pfründen führen, an das alte Verhältniß<sup>22)</sup>. — Eine andere Art der Veränderung ist b) die Theilung, welche nach erfolgter Vernehmung der Berechtigten und mit Zustimmung des Capitels und des Laienpatrons aus dringenden Gründen von dem Bischöfe verfügt werden kann<sup>23)</sup>. Hierher gehört namentlich der Fall, wenn Theile einer Pfarochie von der Kirche sehr entfernt sind, und die Einwohner wegen örtlicher Verhältnisse nicht ohne große Schwierigkeit zu der letzteren gelangen können<sup>24)</sup>. Wo Gründe dieser Art vorhanden sind, ist ein etwaiger Widerspruch des Pfarrers ohne Wirkung<sup>25)</sup>. Die Regel ist, daß den Pfarrern der Stammkirche über das abgetrennte Amt gewisse Ehrenrechte vorbehalten werden sollen. Dieses ist aber zuweilen durch die Staatsgesetzgebung verboten<sup>26)</sup>.

In evangelischen Ländern kann die Veränderung der Ämter unter den angegebenen Modificationen ebenfalls vorkommen<sup>27)</sup>. Die Entscheidung gebührt hier dem Regenten. Doch ist sie zuweilen der unmittelbar vortragenden Behörde und, wenn kein Widerspruch vorliegt, der Mittelbehörde überlassen<sup>28)</sup>. Die Frage, ob die Gemeinde gehört werden müsse, ist schlechthin zu bejahen. Ueber den etwa erhobenen Widerspruch ist aber, falls sich derselbe nur auf Gründe der Zweckmäßigkeit stützt, der Kirchenobere zu urtheilen berechtigt, während über eine von Rechtsgründen entlehnte Einsprache nur durch das Gericht entschieden werden kann<sup>29)</sup>.

### III. Die Besetzung (provisio) der Kirchendämter.

#### A. Katholisches Kirchenrecht.

I. Allgemeine Bedingungen. 1) Kein Kirchenamt soll vergeben werden, bevor es nicht allein factisch, sondern auch de iure erledigt ist<sup>30)</sup>. Dieser Grundsatz wurde im Mittelalter mittelbar durch die Anwartschaften umgangen, welche die Stifter, in denen statutenmäßig eine geschlossene Präbendenzahl bestand (s. den Art. Anwartschaften), und die Päbste namentlich auf Capitelspfründen ertheilten. Das letztere war im 13. Jahrhunderte schon so häufig, daß allgemein verordnet werden mußte, es solle kein Stift von den einzelnen Päbsten mit mehr als vier

22) Helfert, von den Rechten der Pfarrer Bd. II, S. 11.

23) C. 8. 10. 20. 26. 36. X. de praeb. (3. 5.)

24) S. die Resolutionen der Congr. conc. bei Zamboni l. c. T. VII. (Rom. 1816.) p. 19 sq.

25) C. 3. X. de eccl. aedif. (3. 48.) vgl. mit conc. Trid. Sess. XXII. c. 4. de ref.

26) Desterr. Postanzlei deer. vom 20. Juli 1783.

27) Ein Beispiel aequo principaliter vereinigtger Ämter geben die in Kurhessen vorkommenden Vicariate, s. Ledderhose, kurb. Kirchenr. S. 279 fig.

28) In Preußen den Regierungen nach der Instr. von 1817.

29) S. z. B. preuß. Ministerialrescr. vom 29. Juni 1829, in Fürstenthal's Sammlung der Kirchengesetze Bd. III, S. 139.

30) C. 5. 6. 10. C. VII. qu. 1., tit. X. de conc. praeb. et eccl. non vac. (3. 8.)

Mandaten beschwert werden<sup>31)</sup>. Seit dem Concilium von Trident kommen aber solche Expectativen überhaupt nicht mehr vor<sup>32)</sup>. Ein ähnliches Recht, welches zur Zeit des Reiches der Kaiser in den unmittelbaren, die Landesherren in den mittelbaren Stiftern unter dem Namen des *ius primae precis* ausübten, ist gegenwärtig ebenfalls nicht mehr in Uebung<sup>33)</sup>. 2) Die Frist der Provisio ist nach den verschiedenen Aemtern verschieden bestimmt. Die der freien Verleihung unterliegenden Aemter sollen längstens in sechs Monaten besetzt werden<sup>34)</sup>. Für die Wahl der Bischöfe besteht eine drei-, für die Präsentation des Laienpatrons eine vier-, für die Ausübung des geistlichen Patronats eine sechsmonatliche Frist (s. u.). Nach dem Ablaufe aller dieser Termine geht das Recht für dieses Mal verloren, worüber der Art. Devolutionsrecht zu vergleichen ist. 3) Das zum Erwerbe erforderliche Alter richtete sich ursprünglich nach der Ordination, weil diese mit der Uebertragung des Amtes selbst zusammenfiel. Noch jetzt fordern alle mit Seelsorge oder Jurisdiction verbundenen Aemter, weil sie die Priesterweihe voraussetzen, das angetretene fünfundzwanzigste Jahr. Der Bischof soll das dreißigste Lebensjahr vollendet haben. Endlich Dignitäten in Hoch- und Collegiatstiftern fordern das vollendete zweiundzwanzigste, alle anderen Aemter das angetretene vierzehnte Jahr<sup>35)</sup>. Außer dem erforderlichen Alter muß der Provisierte wenigstens den Clericat besitzen<sup>36)</sup>, indem es genügt, wenn er nur den mit dem Amte verbundenen Ordo binnen Jahresfrist erwirbt<sup>37)</sup>. Diese ist aber für Pfarrämter von selbst peremptorisch<sup>38)</sup>, es geht also mit dem Ablaufe der Frist das Amt ohne Weiteres verloren (s. rücksichtlich der Canoniker den Art.). Ein weiteres Erforderniß ist eine genügende wissenschaftliche Qualification, weshalb der Bischof und die Mehrzahl der Canoniker in jedem Stifte Doctoren der Theologie oder des canonischen Rechtes sein sollen. In Beziehung auf die Pfarrämter, welche der freien Collation oder dem geistlichen Patronate unterliegen, hat das Tridentinum<sup>39)</sup> eine eigene Prüfung angeordnet. Diese beruht auf dem Principe, daß alle Aemter nur dem Würdigsten verliehen werden sollen. Es wird mithin eine freie Bewerbung um das erledigte Amt eröffnet; durch die von dem Bischöfe mit

31) Vgl. die Synod. Colon. von 1260 bei Hartzheim T. III. p. 593. — Ueber die Indulte, welche einzelnen Stiftern in dieser Beziehung ertheilt wurden, s. Richter, Kirchenr. §. 148, Anm. 7.

32) Sess. XXIV. c. 19. de ref.

33) Senckenberg, de iure prim. prec. Francof. 1786.

34) C. 2. X. de conc. praeb. (3. 8.)

35) C. 7. X. de elect. (1. 6.), c. 3. X. de aet. et qual. ord. (1. 14.), conc. Trid. Sess. XXIII. c. 6., Sess. XXIV. c. 12. de ref. — Ferraris l. c. s. v. Aetas.

36) C. 6. X. de transact. (1. 36.), c. 2. X. de instit. (3. 7.)

37) C. 14. de elect. in Vito (1. 6.), Clom. 2. de aetate (1. 6.), conc. Trid. Sess. XXII. c. 4.

38) C. 14. 15. de elect. in Vito. (1. 6.)

39) Sess. XXIV. c. 18. de ref. — Ferraris l. c. s. v. Concursus.

der Synode gewählten Examinatoren wird eine Prüfung aller Competenzen veranstaltet, und der Preis des Sleges ist das erledigte Amt. Diese zweckmäßige Einrichtung haben oft die Staatsgesetze eingeschränkt<sup>40)</sup> und auch auf die Laienpatronate erweitert. Schließlich ist ein von allen Landesgesetzen aufgestelltes Erforderniß der Indigenat. 4) Jede Verleihung muß unentgeltlich geschehen, ein Grundsatz, den das neuere Recht so streng festhält, daß es den Synodalexaminatoren bei der Concursprüfung sogar die Annahme freiwilliger Gaben untersagt (s. den Art. geistliche Gerichtsbarkeit). 5) Nach einem altcanonischen Grundsatz soll jedem Geistlichen nur Ein Amt verliehen werden<sup>41)</sup>. Dieser ist auch in dem späteren Rechte und zwar mit dem Zusatze bestätigt, daß durch die Annahme eines zweiten Amtes das erste als erledigt gelten solle<sup>42)</sup>. Dem Papste ist indessen das Dispensationsrecht vorbehalten, das seit der Reformation rücksichtlich der teutschen Bisthümer oft ausgeübt wurde, weil man durch die Vereinigung großer geistlicher und weltlicher Macht in den Händen der Prätaten einen um so stärkeren Schutz gegen das Einbringen des evangelischen Bekenntnisses schaffen zu können glaubte<sup>43)</sup>. Außerdem war in dem Tridentinum zugleich der Grundsatz anerkannt, daß einfache Aemter, weil diese nicht den Aufenthalt am Orte der Verwaltung forderten (s. u.), mit einem Seelsorgeramte dann combinirt werden konnten, wenn dieses nicht einen genügenden Ertrag gewährte<sup>44)</sup>, und ganz allgemein wurden unter das Verbot nicht die sogen. beneficia sub uno tecto forma gestellt, d. i. Aemter an derselben Kirche mit verschiedenen nicht collidirenden Dienstleistungen<sup>45)</sup>. Jetzt ist die ganze Unterscheidung zwischen verträglichen (ben. compatible) und unverträglichen Aemtern (ben. incompatible) nicht mehr sonderlich practisch, da die Cumulation der Kirchendämter, abgesehen von der Union, schon nach den Staatsgesetzen nicht wohl mehr vorkommen kann<sup>46)</sup>.

II. Die Verleihung. Die Verleihung der Kirchendämter ist nach der Natur der Sache ein Recht der kirchlichen Gewalt. Niedere Aemter werden also durch den Bischof vergeben. Indessen ist gewöhnlich der Wille des Bischofs nicht unbeschränkt, mithin die collatio keine libera,

40) S. z. B. das östereich. Recht bei Barth-Barthenheim, Oesterreichs geistliche Angelegenheiten S. 57 flg., und die in den Staaten der oberrhein. Kirchenprovinz publicirte Verordn. v. J. 1830 §. 29.

41) C. 2. C. XXI. qu. 1. (conc. Chal. 451.), c. 1. Dist. LXXXIX. (Joann. Diac. in vita Greg.), c. 3. C. X. qu. 5. (conc. Tol. XVI. 693.), c. 1. C. XXI. qu. 1. (conc. Nic. II. 787.)

42) C. 28. X. de praeb. (3. 5.) — Früher war dem Belieben die Wahl freigelassen, c. 4. X. de act. et qual. (1. 14.), c. 7. 14. 15. X. de praeb. (3. 5.)

43) Dieses sagt Benedict XIV., de synod. dioec. L. XIII. c. 8., ausdrücklich; doch erwähnt er zugleich die beschränkenden Verfügungen Clemens XII. (1731.)

44) Sess. VII. c. 2. 4., Sess. XXIV. c. 17. de ref.

45) Zamboni l. c. T. VI. p. 53.

46) S. z. B. die angef., in den Staaten der oberrhein. Kirchenprovinz geltende Verordnung v. J. 1830 §. 32.

sondern sehr häufig ist das Recht, ein bestimmtes Subject zu präsentiren, durch dritte Personen erworben worden, so daß mithin von dem Bischöfe nur die Einsetzung des Präsentirten in das Amt geschieht (institutionis). Höhere Ämter werden regelmäßig durch die Wahl vergeben, welche dann, um volle Wirkung zu äußern, die Bestätigung durch den Kirchenoberen voraussetzt. Aber auch hier kann ein Analogon der Präsentation, nämlich die Nomination durch den Regenten, begründet sein, in welchem Falle dann der Kirchenoberer das Amt mittelst der Institution ertheilt. Gegenüber diesen Verhältnissen steht die sogen. *provisio extraordinaria* in Folge der Devolution (s. den Art.) und der päpstlichen Vorbehalte.

a) Ordentliche Besetzung der höheren Ämter. Die Wahl der Bischöfe<sup>47)</sup> wurde in der ältesten Zeit durch den Clerus und das Volk vollzogen. Später, nach der Entstehung der Metropolitanverfassung, geschah sie aber oft durch den Metropolitan mit den Bischöfen der Provinz, so daß der Clerus und das Volk nur ihre Beistimmung erklärten. Endlich ordnete sich das Verhältniß dahin daß der Clerus wählte, für das Volk die *primores civitatum* bestimmten und der Metropolitan mit den Provinzialbischöfen die Wahl prüfte und dann dem Gewählten die Weihe ertheilte<sup>48)</sup>. In den germanischen Reichen<sup>49)</sup> blieb aber diese Einrichtung nicht in dauernder Übung. In dem westgothischen Reiche behaupteten die weltlichen Herrscher, nachdem sie den Arianismus verlassen, einen wesentlichen Einfluß, der im 12. und 13. Concil von Toledo<sup>50)</sup> dahin gesetzlich geregelt wurde, daß der König die Bischofsstühle mit dem Beirathe des Erzbischofs von Toledo vergeben sollte, eine Beschränkung, welche gegen das Ende des westgothischen Reiches nicht mehr practisch gewesen zu sein scheint. Ähnlich entschied der Wille des Fürsten in dem ostgothischen, longobardischen, angelsächsischen und fränkischen Reiche. Für das letzte<sup>51)</sup> wurde zwar im J. 614 das alte Recht aufs neue bestätigt; die immer enger und enger sich vollziehende Verschwisterung des Staates und der Kirche ließ indessen diese Vorschrift niemals practisch werden, sondern, wo nicht das freie Wahlrecht den Mönchen besonders gestattet war<sup>52)</sup>, behaupteten sich, ungeachtet einer der Kirche günstigen Verfügung Ludwig's des Fr.<sup>53)</sup>, die weltlichen Herrscher fortwährend in einem Rechte, für welches sie in den die ger-

47) Staudenmaier, Geschichte der Bischofswahlen. Tübingen 1831.

48) S. c. 13. Dist. LXI., c. 26. Dist. LXIII. (Coelstat. I. 428.), c. 1. Dist. LXII. (Leo I. 459.), c. 19. (id. 446.), c. 27. (id. 445.) Dist. LXIII. — Ueber die älteren Gestaltungen s. Staudenmaier a. a. D. S. 17 flg.

49) Eugenheim, Staatsleben des Clerus im Mittelalter S. 86 flg.

50) C. 25. Dist. LXIII. (conc. Tol. XII. 681.)

51) Darüber s. besonders den angef. Eugenheim S. 89 flg. — S. auch Burckhardt, quaestiones aliquot Caroli Martelli hist. illustr. (Basil. 1843.) p. 599. Dieser macht insbesondere auf die Forterbung der Bisthümer in den Magnaten- und Senatorenfamilien aufmerksam.

52) Beispiele bei Richter, Lehrbuch §. 137, Anm. 6.

53) Conc. Aquigr. (817.) c. 2.

manische Staatsverfassung beherrschenden Ideen die Anhaltspunkte fanden. Erst im zwölften Jahrhunderte gelang es der Kirche, die Investitur mit Ring und Stab aus den weltlichen Händen zu winden und die Wahlfreiheit zu retten (s. den Art. Concordate). An die Stelle des Dicesanismus traten aber die Capitel, auf welche unter Bestimmung des canonischen Rechtes, und zwar mit Ausschluß des Volkes, die Wahl nunmehr überging. Dieses blieb fortan eine, freilich durch die päpstlichen Reservate und den Einfluß der Regenten oft modificirte, Regel des gemeinen Rechtes<sup>54</sup>). Aber im 16. Jahrhunderte fand es Leo X. nicht mehr gefährlich, dem Könige von Frankreich in dem Concordate von Bologna das Nominationsrecht einzuräumen<sup>55</sup>); dasselbe Befugniß wurde in Ungarn gegen die päpstlichen Reservate immer aufrecht erhalten und nicht minder wurde es in den österreichischen Erblanden begründet<sup>56</sup>). Gegenwärtig ist das Recht der Nomination in Teutschland, Oesterreich und Bayern<sup>57</sup>) practisch. Dagegen ist durch die Vereinbarungen zwischen dem Pabste und den Staatsregierungen von Preußen, Hannover und der oberrheinischen Kirchenprovinz das Wahlrecht ausdrücklich bestätigt worden.

An der Wahl<sup>58</sup>) selbst nehmen die Mitglieder des bischöflichen Capitels, und zwar in Preußen nach der Bulle de salute animarum auch die Ehrencanoniker, Antheil, nicht mehr dagegen die Provinzialbischöfe oder Aebte, deren Zuziehung schon im canonischen Rechte von besonderem Herkommen abhängig gemacht ist<sup>59</sup>). Ausgeschlossen sind die Suspendirten<sup>60</sup>), so wie diejenigen, welche im größeren Banne liegen<sup>61</sup>), oder die Subdiaconatsweihe noch nicht erlangt haben<sup>62</sup>), nicht dagegen die Abwesenden; vielmehr sind auch diese einzuladen, falls sie nicht allzuweit entfernt sind<sup>63</sup>), und wenn sie genügende Gründe der Verhinderung beschreiben, können sie ihr Recht auch durch einen Procurator ausüben lassen<sup>64</sup>). Die Wahlhandlung selbst, bei welcher nach der besondern Stiftsverfassung der Dechant oder der Propst die Direction führt, wird vollzogen entweder durch Scrutinium, d. i. durch geheimes Stimmgaben an die von dem Capitel erwählten Scrutatores, oder durch Uebertragung des Wahl-

54) Sehr gut handelt von diesen Entwicklungen Eugenheim a. a. D. S. 109 flg.

55) S. den Text dieses Concordates bei Münch, Concordate Bd. I, S. 224.

56) Staudenmaier a. a. D. S. 374 flg.

57) Vgl. das Concordat Art. IX.

58) Hallier, de sacris electionibus. (Paris 1636. Rom. 1799.) S. T. fol. Neller, de sacrae electionis processus in Schmidt, thesaur. iur. eccl. T. II.

59) C. 4. X. de postul. (1. 5.), c. 50. X. de elect. (1. 6.), c. 3. X. de caus. possess. (2. 12.)

60) C. 8. X. de consuet. (1. 4.), c. 16. X. de elect. (1. 6.)

61) C. 59. X. de elect. (1. 6.)

62) Clem. 2. de aet. et qual. (1. 6.), conc. Trid. Sess. XXII. c. 4.

63) C. 18. X. de elect. (1. 6.)

64) C. 42. §. 1. 2. X. h. t.



aller Stimmen erforderlich. Die Krönung geschieht durch den Decan des Collegiums, nachdem der Gewählte, wenn er noch nicht Priester ist, die erforderliche Weihe empfangen hat.

b) Rücksichtlich der Besetzung der Stiftspfunden ist das Recht sehr verschieden entwickelt. Nach dem Princip der Verfassung müßte das Verleihungsrecht dem Bischöfe zustehen. Die eigenthümliche Entwicklung der Stiftsverhältnisse hat indessen zur Folge gehabt, daß die Capitel ein, freilich überall verschieden abgegrenztes, Wahlrecht, oft sogar mit völliger Ausschließung des Bischofs, erlangt haben<sup>78)</sup>. Gegenwärtig geben die neueren Verfassungsurkunden der Stifte die Norm, welche unten dargestellt werden sollen, nachdem der päpstlichen Reserve gedacht worden ist, die hier vielfach modificirend eingewirkt haben. Daß alle neu aufgenommene Canoniker binnen zwei Monaten das Tridenter Glaubensbekenntniß ablegen müssen, wurde schon in dem Art. Canonikus angeführt. Diese Verpflichtung geht aber nicht auf die Mitglieder der Collegiatstifter<sup>79)</sup>. Die neueren Staatsgesetzgebungen fordern überall auch die Leistung des Eides der Treue gegen den Landesherrn.

c) Alle übrige Ämter werden nach der canonischen Regel von dem Bischöfe frei vergeben. Indessen hat die Rechtsentwicklung auch hier vielerlei Ausnahmen anerkannt; namentlich konnte das Collationsrecht durch Privilegium oder Verjährung auch von einem dritten erworben werden, zumal durch die Archidiaconen oder Dignitäre der Capitel oder auch durch die letzteren selbst, in welchem Falle dann, sobald mit dem betreffenden Amte die Seelsorge verbunden war, nur noch die Zulassung zu dieser bei dem Bischöfe ausgewirkt werden mußte<sup>80)</sup>. Gegenwärtig ist dieses indessen überall außer Übung. Dagegen besteht noch die Beschränkung des bischöflichen Collationsrechtes durch das Patronatrecht<sup>81)</sup>. Dieses ist im allgemeinen der Inbegriff der Rechte, welche durch Foundation über eine Kirche oder ein Beneficium erworben werden. Gewöhnlich wird dasselbe als eine durch die Dankbarkeit der Kirche gewährte Vergünstigung dargestellt und durch die Bezugnahme auf Justinianisches Recht und die Bestimmungen spanischer Synoden begründet<sup>82)</sup>. Dieses ist indessen eine einseitige Weise der Betrachtung, welche in der neueren Zeit mit Recht verlassen worden ist, weil sie den innigen Zusammenhang des Patronates mit den das ganze Mittelalter beherrschenden Ideen des Lehens und der Vogtei<sup>83)</sup> völlig ignorirt. Aus beiden sind, wie schon die Namen patronus und senior andeuten, die Patronate her-

78) Vgl. Richter, Lehrbuch §. 140.

79) Zamboni l. c. T. VI. p. 119.

80) C. 11. C. XVI. qu. 2. (conc. Lat. I. 1023.) — Diese Uebertragung der Seelsorge nennt ein neuerer Sprachgebrauch die institutio autorisabilis, Richter, Lehrbuch §. 146.

81) Eippert, Versuch einer hist.-dogm. Entwicklung der Lehre vom Patronate. Gießen 1829. — Die ältere Literatur bei Richter a. a. D. §. 141.

82) Nov. 57. c. 2., Nov. 123. c. 8. — c. 31. 32. C. XVI. qu. 7. (conc. Tolet. IX. 655.)

83) Walter, Lehrbuch §. 234. Richter, Lehrbuch §. 141.

vorgegangen, während freilich auf der anderen Seite nicht geleugnet werden mag, daß die Kirche, als sie sich des Einflusses des weltlichen Elementes im elften und zwölften Jahrhunderte zu erwehren suchte, wiederum den Standpunkt einer von ihr aus freiem Willen gewährten Vergünstigung in den Vordergrund zu stellen, zum Theil mit Erfolg, bemüht gewesen ist<sup>84</sup>). — Das Patronatrecht ist entweder dingliches oder persönliches, je nachdem es entweder ein Annerum eines Gutes bildet oder nicht; ferner entweder geistliches oder Laienpatronat, von denen das erste einer Kirche oder geistlichen Anstalt, das zweite irgend einer Person als Theil ihres Vermögens zusteht. Erworben wird es vom Standpunkte des canonischen Rechtes aus durch Foundation, also, wenn es über ein Beneficium erworben werden soll, durch Anweisung der nöthigen Fonds, über eine Kirche durch Anweisung des Grundes und Bodens (Foundation im engeren Sinne), durch Erbauung und Dotation<sup>85</sup>). Ein Vorbehalt bei der Stiftung ist nicht nöthig, sondern der Erwerb geschieht ipso iure<sup>86</sup>). Werden die verschiedenen concurrirenden Handlungen durch mehrere Personen vorgenommen, so erwerben diese das Patronat als einheitliches Recht<sup>87</sup>). Den Beweis der Stiftung ersetzt der unvorzuentliche Besitz<sup>88</sup>). Ein bereits begründetes Patronat geht, wenn es nicht durch die Foundation an die Familie geknüpft ist, auf die gewöhnlichen Erben des Stifters über<sup>89</sup>). Die Uebertragung durch Schenkung ist statthaft, wenn sie, sobald der Donatar ein Laie ist, durch den Bischof bekräftigt wird<sup>90</sup>). Dagegen ist der Verkauf unzulässig<sup>91</sup>), weil das Patronatrecht nach canonischem Rechte ein spirituelles Recht ist, und nur dingliche Patronate gehen mit dem berechtigigten Gute auf den Käufer über<sup>92</sup>), jedoch unter der Voraussetzung, daß nicht um des Patronates willen ein höherer Preis angefeht wird. Nach denselben Grundsätzen richtet sich der Tausch. Wird das Eigenthum eines Gutes getheilt, an welchem das Patronat haftet, so folgt das letztere dem sogen. *dominium utile*<sup>93</sup>). Die Erfizung eines Patronatrechtes wird in dreißig, beziehentlich in vierzig Jahren vollendet. Vorausgesetzt wird aber nach canonischem Rechte überhaupt, daß der Erwerber der Kirche angehöre, ein Grundsatz, der, so viel die Evangelischen anlangt, in Deutschland nicht mehr practisch ist. Nur

84) C. 3. X. de iure patr. (3. 38.) (conc. Lat. III. 1179.)

85) Diese Frage ist indessen sehr streitig (f. c. 25. X. h. t., Sess. XIV. c. 12. conc. Trid. de ref.); vgl. Eypert a. a. D. S. 53, der selbst der entgegengesetzten Ansicht folgt. Diese halten auch die Rota und die Congr. conc. fest, wenn schon sie dem Geiste des alten Rechtes offenbar widerspricht, wie van Espen, *ius eccl. univ. P. II. Sect. III. tit. 8. c. 3.*, zeigt.

86) C. 25. X. h. t.

87) C. 1. X. h. t., c. 2. h. t. in Clem. (3. 12.)

88) C. 1. de praescr. in Vito. (2. 13.) vgl. mit conc. Trid. Sess. XXV. c. 9.

89) S. schon die Glosse zu c. 31. 35. C. XVI. qu. 7.

90) Arg. c. un. h. t. in Vito. (3. 19.), Gl. zu c. 8. 11. 14. 17. X. h. t.

91) C. 6. X. h. t.

92) C. 12. X. h. t.

93) C. 7. 13. X. h. t.

Juden sind ganz allgemein für des Erwerbes unfähig zu halten<sup>94</sup>). Wenn diese also patronatberechtigte Güter erwerben, so ruht das Recht während der Dauer ihres Besizes. Das Patronatrecht geht verloren durch eine mit Zustimmung des Patrons geschehene Union, ferner durch Aufhebung des Amtes (s. oben), so wie in gewissen Fällen zur Strafe, namentlich wenn der Patron sein Recht uncanonisch veräußert, in das Kirchenvermögen eingreift oder den Geistlichen mißhandelt<sup>95</sup>). Die Frage, ob der Patron auf sein Recht Verzicht leisten könne, ist bejahend überall da zu beantworten, wo nicht durch Gesetz oder Observanz eine directe Hauptpflicht des Patrons besteht<sup>96</sup>). Durch Nichtgebrauch geht aber das Patronat nicht unter, sondern hier tritt als gesetzliche Folge die Devolution ein. Anders verhält es sich aber, wenn dem Patronatrechte widersprochen ist, und der Patron dabei sich beruhigt, in welchem Falle nach Ablauf der Verjährungsfrist das Recht untergeht<sup>97</sup>). — Die in dem Patronate enthaltenen Rechte sind folgende. Der Patron hat die cura beneficii, welche das Recht enthält, über die Verwaltung des Kirchenvermögens eine Mitaufsicht zu führen, bei der Rechnungsablegung zugegen zu sein und den ungetreuen Verwalter dem Bischöfe zu denunciren<sup>98</sup>). Es ist nur particularrechtlich, wenn diese Befugnisse hier und da erweitert sind<sup>99</sup>). Dem ohne Schuld verarmten Patrone gewährt das sufficiente Kirchenvermögen Alimente<sup>100</sup>), was jedoch häufig die Particularrechte nicht anerkennen<sup>101</sup>). Das Hauptrecht aber ist das Recht, zur Institution in das erledigte Amt dem Bischöfe ein befähigtes Subject innerhalb der gesetzlichen Frist (s. oben) in Vorschlag zu bringen oder zu präsentiren. Hierbei ist der geistliche Patron an die Regel gebunden, daß er immer den würdigsten vorzuschlagen hat; außerdem geht ihm sein Recht für dieses Mal verloren<sup>102</sup>). Dieses kann nach der Natur der Sache nicht auf den Laienpatron angewandt werden. Wenn mithin dieser einen Untüchtigen in Vorschlag bringt, so bleibt ihm das Recht der Nachrepräsentation, so lange die Frist noch offen steht. Ein weiterer Unterschied ist noch der, daß der Laienpatron in der Frist mehrere Subjecte nach einander dem Bischöfe zur Auswahl präsentiren darf, während der

94) S. z. B. Kurhess. Ges. v. 29. Oct. 1833, preuß. Cabinetsordre v. 30. Aug. 1816. Fürstenthal a. a. D. Bd. III, S. 149.

95) Conc. Trid. Sess. XXII. c. 11. Sess. XXV. c. 9. de ref., c. 12. X. de poen. (5. 37.)

96) Richter, Lehrbuch §. 144.

97) Richter a. a. D. — Die Particularrechte haben zuweilen einen anderen Grundsatz, österr. N. B. G. §. 1471 flg.

98) C. 60. C. XVI. qu. 1., c. 31. C. cit. qu. 7., conc. Trid. Sess. XXIV. c. 3., Sess. XXV. c. 9. de ref.

99) Wie im preuß. Landr. II. 11. §. 585.

100) C. 30. C. XVI. qu. 7., c. 25. X. h. t., Eppert, in seinen Annalen Bd. III, S. 82. Dieser gibt dem Patron mit Unrecht den Anspruch auf Alimente auch im Falle verschuldeter Armuth.

101) J. B. in Baden, Verorbn. v. 24. März 1808.

102) c. 4. X. de off. iud. ord. (1. 31.) Eppert in Weiß, Archiv Bd. I, S. 95 flg.

geistliche Patron mit einer Präsentation sein Recht erschöpft hat<sup>103</sup>). Für den Fall, daß das Patronatrecht mehreren Personen zusteht, entscheidet, sobald nicht ein Turnus festgesetzt ist, oder daß nicht jede dem Ordinarius ein Subject zur Auswahl vorschlägt, die relative Stimmenmehrheit<sup>104</sup>). Corporationen üben das Präsentationsrecht in der durch ihre besondere Verfassung festgesetzten Form, außerdem nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes über die Gemeindebeschlüsse. Im einzelnen gibt es hier aber vielerlei Modificationen, namentlich kann von dem Präsentationsrechte noch das Nominationsrecht unterschieden sein, so, daß z. B. ein präsentationsberechtigter Magistrat das von der Gemeinde ihm nominirte Subject zu präsentiren hat. Durch die Präsentation erlangt der Vorgeschlagene, wenn er fähig ist, das Recht auf die Institution<sup>105</sup>), welche jetzt von dem Bischöfe oder seinem Generalvicare ertheilt wird<sup>106</sup>), und das Recht auf das Amt selbst gewährt. Endlich der körperliche Besitz des Amtes wird durch die Investitur erworben. Diese wird jetzt durch die Landdecane<sup>107</sup>), gewöhnlich unter Mitwirkung der weltlichen Verwaltungsbeamten, nachdem die Verpflichtung, beziehentlich die Ablegung des Glaubensbekenntnisses, vor dem Bischöfe geschehen ist. Daß die Gemeinde an sich, und abgesehen vom Falle des Präsentationsrechtes, jetzt keinen Antheil habe, ist eine Folge der die Verfassung beherrschenden Principien, während früher die Gemeinden allerdings bei der Wahl der Geistlichen an den Laufkirchen mitwirkten<sup>108</sup>).

d) Außerordentliche Verleihung<sup>109</sup>). An die Stelle des zur Verleihung, beziehentlich zur Wahl, Berechtigten tritt unter bestimmter Voraussetzung der höhere Kirchenobere vermöge des Devolutionrechtes (s. den Art.). Ein zweites Beispiel der provisio extraordinaria geben die päpstlichen Reservate, deren Geschichte bis in das dreizehnte Jahrhundert zurückgeht, in welchem das von dem Papste herkömmlich ausgeübte Recht, die sogen. beneficia in curia vacantia zu vergeben, gesetzlich fixirt wurde. Als solche galten aber diejenigen, deren Inhaber entweder am Sitze der Curie oder innerhalb einer Entfernung von zwei Tagereisen von derselben verstorben waren<sup>110</sup>). Ihre Wiederbesetzung mußte binnen Monatsfrist erfolgen, wenn nicht das freie Verleihungsrecht eintreten sollte, und ausgenommen blieben alle Pfarrämter und die Laienpatronate. Auch

103) C. 24. X. h. t. Ueber diesen Punkt ist im Archiv von Weiz zwischen Eppert und Bermehren viel gestritten worden. Die Ansicht des ersteren ist jedoch nicht haltbar. S. auch Richter, Lehrbuch §. 143.

104) C. 3. X. de his quas sunt. (3. 10.)

105) C. 1. de reg. iur. in Vltio. (5. 12.)

106) C. 3. X. de instlt. (3. 7.), Conc. Trid. Sess. XIV. c. 12. 13.

Im Mittelalter hatten oft die Archidiaconen das Institutionsrecht, c. 6. X. h. t.

107) Auch dieses Recht wurde im Mittelalter regelmäßig von den Archidiaconen geübt, c. 7. X. de off. archidiacon. (1. 23.)

108) Ein Beispiel in einer Urkunde von 746 bei Muratori, antiqu. T. VI. p. 411.

109) Die Literatur s. bei Richter, Lehrbuch §. 148.

110) C. 2. 8. 84. 85. de praeb. in Vltio. (3. 4.)

das Concilium von Basel<sup>111)</sup> anerkannte diesen Vorbehalt, für welchen in der Rücksicht auf die möglichst schnelle Wiederbesetzung erledigter Aemter das Motiv gefunden wurde; dagegen hob dasselbe eine Anzahl weiterer Reservationen auf, welche in dem vierzehnten Jahrhunderte sich gebildet hatten. Hierher gehören 1) der Vorbehalt der Extravagante Exsecrabilis von Johann XIII.<sup>112)</sup>, nach welcher der Pabst die durch Annahme eines von ihm verliehenen beneficium incompatible zur Erledigung kommenden Aemter vergibt. 2) Die Reservate der Extravagante Ad regimen von Benedict XII.<sup>113)</sup>. Diese erstrecken sich auf alle Pfründen, welche durch die von dem Pabste ausgesprochene Absetzung oder Versetzung ihres Inhabers oder durch eine von dem Pabste angenommene Resignation, cassirte Wahl oder verworfene Postulation, so wie dadurch erledigt werden, daß ihre Inhaber vom Pabste zu Bischöfen, Erzbischöfen oder Patriarchen befördert worden sind. Endlich 3) der in dem Costnizer Concordate von 1418 anerkannte Vorbehalt, nach welchem alle nicht schon besonders reservirte Aemter, jedoch mit Ausnahme der Dignitäten in den Stiftern, von dem Pabste abwechselnd mit den ordentlichen Verleihern vergeben werden sollten. Wie schon früher bemerkt wurde, gingen aber jene derogatorischen Verfügungen des Conciliums von Basel, wiewohl sie in der pragmatischen Sanction bestätigt waren, nicht in das Leben über, sondern das Wiener Concordat bestätigte wiederum nicht allein die Extravaganten Exsecrabilis und Ad regimen, sondern auch den Costnizer Vorbehalt, dessen Ausübung es nur dahin weiter regelte, daß der Wechsel zwischen dem Pabste und dem ordentlichen Verleiher nach den Monaten stattfinden sollte (s. den Art. Concordate). In der Praxis haben indessen doch diese Verhältnisse sich sehr verschieden gestaltet, auf der einen Seite dadurch, daß die Pabste auf ihr Recht zu Gunsten der Bischöfe, der Capitel oder auch der Regenten verzichteten, auf der andern dadurch, daß sie auch die Propsteien, und zwar oft mit Erfolg, in Anspruch nahmen, wobei ihnen anscheinend der in der Confirmationssbulle Nicolaus V. enthaltene Text des Wiener Concordats (s. den Art.) selbst zu Hilfe kam. Gegenwärtig entscheidet überall die besondere Verfassung. Das österreichische Recht hat alle Reservate abgeschafft. In Bayern wird der Propst durch den Pabst, der Decan durch den König ernannt, welcher letztere auch die einfachen Canonicate in den päpstlichen Monaten verleiht, während in den übrigen Bischof und Capitel alterniren. In Beziehung auf die Bisthümer cessiren alle Reservate, weil im Concordate dem Könige das Nominationsrecht ohne Unterschied zugestanden ist. Dagegen muß angenommen werden, daß für Preußen der Vorbehalt der in curia vacant werdenden Bisthümer fortbauere, weil in der Bulle De salute animarum das Wahlrecht der Capitel nur für den Fall der Erledigung extra curiam zugestanden ist. Die Propsteien sind hier ebenfalls reservirt

111) Decr. de electionibus Sess. XII., de reservationibus Sess. XXIII.

112) C. 4. de praeb. in Extr. comm. (3. 2.)

113) C. 13. h. t. Dieses Gesetz ruht auf der Extravagante Ex debito von Johann XXII. in c. 4. de elect. in Extr. comm. (1. 2.)

und die *alternativa mensium* ist bestätigt, nur so, daß mit dem Pabste der Bischof abwechselt. Dagegen gibt es in Hannover und der oberheinischen Kirchenprovinz keine Reserve, sondern hier werden das Decanat und die *Canonicate* abwechselnd vom Bischofe und dem Capitel verliehen.

Schließlich ist an dieser Stelle noch des Einflusses der Landesherren auf die Besetzung der Kirchendämter zu gedenken. Dieser äußert sich bald direct, bald in mittelbarer Weise. In ersterem Bezuge verweisen wir zurück auf das, was oben über das Nominationsrecht gesagt worden ist, indem wir nur noch hinzufügen, daß der Nominirte nicht gleich dem Gewählten vor dem Empfange der Institution Verwaltungsrechte ausüben darf<sup>114)</sup>. Ein ähnliches Recht üben die größeren katholischen Regenten in der Nomination der Cardinale (s. den Art.), in welcher Beziehung früher die freilich nicht immer festgehaltene Regel galt, daß die Ernennungen *proprio motu* mit den Kronpromotionen abwechselten<sup>115)</sup>. Endlich gehören in dieses Gebiet die landesherrlichen Patronate. Diese sind zum Theil schon von Alters her begründet, zum Theil<sup>116)</sup> sind sie, als in Oesterreich im vorigen, in dem übrigen Teutschland in diesem Jahrhunderte die Klöster und Stifter säcularisirt wurden, von diesen auf die Landesherren übergegangen. Ob ein solcher Uebergang in allen Fällen ein berechtigter gewesen sei, kann in Zweifel gestellt werden; dagegen war es ganz sicher nicht richtig, wenn sogar eine Uebertragung der bischöflichen Collationsrechte auf die Regenten als die Nachfolger in der Landeshoheit behauptet wurde, weil nach bekannten Grundsätzen der Bischof als solcher und nicht kraft seiner weltlichen Herrschaft das freie Collationsrecht hat. Indessen ist in der neueren Zeit den Bischöfen das ihnen nach dem canonischen Rechte gebührende Verleihungsrecht in manchen Ländern wieder eingeräumt worden<sup>117)</sup>. — Einen mittelbaren Einfluß üben die Landesherren kraft des *ius circa sacra*, indem sie jede Wahl oder Verleihung an ihre Genehmigung binden. In ersterem Bezuge verordnen die Circumscriptionen für die oberheinische Kirchenprovinz und Hannover, daß das Capitel vor der Wahl eines Bischofs ein Verzeichniß der eligiblen Personen dem Landesherren überreichen soll, welcher die ihm minder angenehmen<sup>118)</sup> zu streichen berechtigt ist. In ähnlicher Weise ist das Verhältniß rücksichtlich der *Canonicate* geordnet<sup>119)</sup>. Endlich kann hier noch angeführt werden,

114) S. das bayer. Concordat Art. IX.

115) Interessante Mittheilungen über die Promotionen der Kroncardinale s. bei Vailliefroy, *administration du culte catholique* p. 95.

116) Greger, über das landesherrl. Patronatrecht. Würzb. und Bamberg. 1805. Reibel, *Dioecesanverhältnisse kathol. Bischöfe*. um 1806. (Eugen Montag), *Abb. über das alte und neue Patronatrecht*. Bamberg. 1810.

117) Beispiele bei Richter, *Lehrbuch* s. 145.

118) Es verdient bemerkt zu werden, daß Gregor IX. den englischen Domcapiteln ausdrücklich die Wahl solcher Männer verbot, die dem Könige nicht genehm wären, Eugenheim a. a. D. S. 236.

119) Für Preußen vgl. die Ministerialverordn. v. 23. Febr. 1837 bei Rheinwald, *acta hist. eccl.* T. III. p. 672.

daß einen ähnlichen Einfluß die größeren katholischen Monarchen mittelst des ius exclusivam dandi auch auf die Besetzung des päpstlichen Stuhles ausüben.

### B. Evangelisches Kirchenrecht.

In der evangelischen Kirche ist überall, wo die Consistorialverfassung besteht, zugleich auch der Grundsatz entwickelt, daß die Verleihung der Kirchenämter in das Gebiet der vorbehaltenen Rechte des Landesherrn gehöre. Ursprünglich hatte Luther selbst in den bekannten Schriften: *De instituendis ministris ecclesiae ad senatum Pragensem*, und: *Grund und Ursach aus der Schrift u. s. w.* (1523) die Wahl durch die Gemeinde als die entsprechende Form anerkannt. Denselben Grundsatz finden wir in den Beschlüssen der Homberger Synode (1526) ausgesprochen. Seine practische Bethätigung haben aber, wie es scheint, insbesondre politische Gründe gehindert. Es ist bekannt, daß Luther selbst gegen die zwölf Artikel, in denen in dem Bauernkriege die Wahl und Absetzung der Geistlichen gefordert wurde<sup>120</sup>), in der Widerlegung der XII Artikel lebendige Einsprache erhob, und daß er auch gegen die Einführung der auf der Homberger Synode entworfenen Kirchenordnung sich ausdrücklich erklärte. In der That können wir auch nachweisen, daß schon früh in Sachsen das Verhältnis so sich gestaltete, daß die Vocation durch das Kirchenregiment erfolgte, die Gemeinden aber auf das Recht der Zustimmung beschränkt wurden. Das erste wurde fortan die allgemeine Regel, während eben so allgemein die Particularrechte die Mitwirkung der Gemeinden auf das Befugniß beschränken, ihre Erinnerungen gegen den Wandel, die Person und die Lehre des designirten Geistlichen dem Kirchenoberen vorzutragen<sup>121</sup>). Indessen hat sich doch oft, namentlich in den Städten, ein eigentliches Wahlrecht erhalten; zuweilen ist auch ein solches durch die Verträge hergestellt<sup>122</sup>), durch welche sich im siebzehnten Jahrhunderte die gegenseitigen Beziehungen der beiden evangelischen Confectionen regelten; endlich ist überall, wo die reine Synodal- und Presbyterialverfassung besteht, auch das Wahlrecht als ein Hauptrecht der Gemeinden mit gutem Grunde betrachtet worden<sup>123</sup>). In Beziehung auf die Qualification zu geistlichen Aemtern hat das evangelische Kirchenrecht meistens Grundsätze aufgestellt, welche denen des canonischen Rechtes über die Fähigkeit zum Erwerbe geistlicher Aemter und der Ordination (s. den Art.) analog sind. Das zum Erwerbe erforderliche Alter ist, wo nicht das Particularrecht

120) Vgl. Förstemann, Urkundenbuch zur Gesch. der Ref. Bd. I, S. 266, 271, 281.

121) S. das Sendschreiben der Wittenberger Theologen in dem Corp. Ref. T. III. p. 965., und Melanthon, de abus. emend. ib. T. IV. p. 542. — Württemberg. Kirchenordn. v. 1559. Sächs. Kirchenordn. v. 1580 u. a.

122) So z. B. in der hessischen Herrschaft Schmalkalden und dem hess. Oberfürstenthum durch den Decret v. 14. April 1648. Meyern, acta pacis Westphal. T. V. p. 684. — Vgl. überhaupt J. P. O. art. VII. §. 1. 2.

123) Darüber gibt Jacobson, Geschichte der Quellen des evang. Kirchenr. der Provinz Rheinland und Westphalen (Königsberg 1844), sehr belehrende Aufschlüsse.

eine andere Verfügung hat, das der Großjährigkeit. Die wissenschaftliche Befähigung wird regelmäßig in zwei Prüfungen dargethan, von denen die eine die Zulassung zur Kanzel und die Aufnahme in die Reihe der Candidaten des Predigamtcs, die andere die Zulassung zu einem bestimmten Amte bedingt. Allgemein wird von den Bewerbern auszeichnende körperliche Gesundheit, Freiheit von störenden Leibesgebrechen und Unbescholtenheit des Rufes gefordert. Endlich eine wesentliche Bedingung ist überall die Unentgeltlichkeit der Verleihung<sup>124</sup>), und regelmäßig ist auch vorgeschrieben, daß bald die geistlichen Aemter überhaupt, bald wenigstens die der landesherrlichen freien Collatur unterliegenden nur an Inländer vergeben werden sollen<sup>125</sup>). Das Patronatrecht ist unverändert beibehalten und richtet sich, sobald nicht besondere Vorschriften eine Abänderung verfügt haben, nach den Grundsätzen des canonischen Rechtes. Doch ist gewöhnlich der Unterschied zwischen geistlichem und weltlichem Patronat ausgeglichen, und die Präsentationsfrist verkürzt worden. Das Devolutionsrecht wird von dem Landesherrn ausgeübt. Die Ordnung der Verleihung ist diese, daß der Patron die Präsentation dem Consistorium bald unmittelbar, bald durch den Superintendenten überreicht. Hierauf wird, wo es deren bedarf, die Prüfung vor dieser Behörde angestellt, und dann die Anordnung zu einer Probepredigt erlassen. Hat die Gemeinde auf die von dem Superintendenten an sie ergangene Aufforderung keinen Widerspruch erhoben, so wird die von dem Patrone ausgestellte Vocationsurkunde bestätigt, und der Superintendent mit der Ordination, sobald diese noch nöthig ist (s. den Art. Ordination), mit der Verpflichtung und der Einführung beauftragt. Nach der besondern Verfassung finden sich aber oft auch abweichende Uebungen; namentlich kommt es zuweilen vor, daß bei der Besetzung von Patronatämtern ein landesherrliches Bestätigungsrescript erlassen wird. Aemter, für welche ein Präsentationsrecht nicht besteht, werden regelmäßig auf den Vorschlag der Consistorien vergeben. Das Wahlrecht wird von den Gemeinden meist unter der Direction des Superintendenten oder Decans ausgeübt. Seine Analogie hat es in dem Präsentationsrechte. Sobald indessen die Wahl auf einen Unfähigen gefallen ist, kann nicht das Devolutionsrecht eintreten, welches eine dem Patronate eigenthümliche Beschränkung ist, sondern es ist die Anordnung einer neuen Wahl erforderlich. Eine allgemeine Einrichtung ist, daß die Geistlichen vor der Uebernahme des Amtes sich eidlich verpflichten müssen. Der Inhalt des Eides ist aber verschieden bestimmt, und in der neueren Zeit hat eine unkirchliche Richtung jede eidliche Verpflichtung auf die Bekenntnisse als

124) In einzelnen Ländern (z. B. Hessen, Hannover) ist vor der Confirmation der von einem Privatcollator ausgestellten Vocation die Ablegung eines sogen. iuramentum simoniae durch den Präsentirten erforderlich. Diese Einrichtung findet sich zuweilen auch in katholischen Diöcesen (Constanz. Statuten v. 1501 bei Hartzheim T. VII. p. 562). Ähnliches kann schon in viel früherer Zeit nachgewiesen werden, z. B. in einem Briefe des Petrus Damiani bei Muratori, script. T. IV. p. 28.

125) Beispiele bei Richter, Lehrbuch §. 165.



unzulässig darzustellen gesucht. Von dieser wichtigen Frage kann jedoch nicht hier gehandelt werden, sondern sie ist im Zusammenhange mit der Lehre vom Symbol zu erörtern.

#### IV. Allgemeine Rechte und Pflichten der Kirchenbeamteten.

1) Jeder Geistliche hat das Recht, sein Amt innerhalb des ihm angewiesenen Bezirkes und über die demselben angehörenden Kirchenglieder ausschließlich zu verwalten, weshalb es in der Regel, und wo nicht höhere Rücksichten den Kirchenobern zur Anordnung einer Ausnahme veranlassen, seiner Zustimmung bedarf, sobald ein anderer Geistlicher thätig werden soll (s. den Art. Dimissorialien). In wie weit insbesondere dieser Grundsatz in dem sogen. Pfarrrechte sich bethätigt, wird in dem Art. Pfarrer dargestellt werden. 2) Dem Geistlichen wird als Gegenleistung für seine Dienste ein bestimmtes Maß von Einkünften gewährt, die in ihrer Gesamtheit das *beneficium* bilden. 3) Der Staat schützt die Beamteten der Kirche in der zur Aufrechthaltung ihrer Stellung erforderlichen äußeren Würde (s. den Art. Geistliche), und gewährt ihnen einen entsprechenden Rang in der Ordnung der bürgerlichen Gesellschaft. Die Verpflichtungen der Inhaber geistlicher Ämter werden zunächst durch die besondere Bestimmung der letzteren bedingt. Im allgemeinen aber sind alle Kirchenbeamtete zur persönlichen Abwärtung des ihnen übertragenen Amtes verbunden, woraus von selbst ihre Verpflichtung zu fortwährendem Aufenthalte an dem Orte der Verwaltung hervorgeht<sup>126)</sup>. Das letztere war indessen im Mittelalter nicht allgemein practisch, weder rücksichtlich der Präläten, welche durch ihre Theilnahme an den Bewegungen auf dem Gebiete des bürgerlichen Lebens und durch andere Gründe oft von der persönlichen Amtsführung abgezogen wurden, noch rücksichtlich der Canoniker und Pfarrer. Das Concilium von Trident<sup>127)</sup> hat aber den allgemeinen Grundsatz durch sehr bestimmte Verfügungen den Geistlichen wiederum in das Gedächtniß zurückgerufen<sup>128)</sup>, indem es die schon im canonischen Rechte angeordneten Strafen bestätigte und in besonderer Beziehung auf die Canoniker die Einrichtung der sogen. Distributionen<sup>129)</sup> an die wirklich Gegenwärtigen erneuerte (s. den Art. Canonicus). Zugleich hat es jedoch für die Canoniker eine bestimmte Ferienzeit nachgelassen und anerkannt, daß Krankheit, auswärtige Studien, Abwesenheit im bischöflichen Dienste u. s. w. eine Ausnahme von der Residenzpflicht begründen<sup>130)</sup>. In diesem Falle sprechen die Canonisten von einer resi-

126) C. 19—25. C. VII. qu. 1., tit. X. de cleric. non residentibus in eccl. (3. 4.)

127) Sess. VI. c. 1. Sess. XXIII. c. 1. Sess. XXIV. c. 12. de ref. — Einfache Beneficien fordern regelmäßig die Residenz nicht, Bernardus, comm. T. II. p. 208.

128) C. 2. 6. 8. 10. 11. 17. X. h. t., c. 13. 14. 18. 30. 35. X. de praeb. (3. 5.)

129) Sess. XXII. c. 3., Sess. XXIV. c. 12. de ref.

130) C. 1. X. de cler. aegr. (3. 6.), c. 4. 12. X. h. t. (3. 4.), c. 5. de magistr. (5. 5.), conc. Trid. Sess. V. c. 1., Sess. XXIV. c. 8. de ref.

dentia ficta, weil den Geistlichen die ordentlichen Amtseinkünfte ebenso zufallen, als wenn sie gegenwärtig gewesen wären<sup>131</sup>). Nach der gegenwärtigen Einrichtung haben alle Geistliche den Urlaub auf kürzere Zeit gewöhnlich bei dem Decan, auf längere Zeit bei dem Bischof nachzusuchen, der sich dann zuweilen mit der weltlichen Aufsichtsbehörde zu benehmen hat. In der evangelischen Kirche ertheilen den Urlaub meist in denselben Verhältnissen die Superintendenten oder Decane und die Consistorien.

#### V. Verlust der Kirchendämter.

1) Von dem Verluste durch Remotion und Privation s. Bd. IV den Art. geistliche Gerichtsbarkeit. 2) Die Verbindung eines Geistlichen mit seinem Amte wird im canonischen Rechte als so eng betrachtet, daß sie niemals von ihm nach freiem Willen gelöst werden kann. Ueberall ist vielmehr, sobald der Geistliche sein Amt aufgeben will, dazu die höhere Genehmigung erforderlich, welche Bischöfen, und zwar diesen nur aus sehr wichtigen Gründen, von dem Pabste<sup>132</sup>), niederen Geistlichen von ihrem Ordinarius ertheilt wird. Jede Verzichtleistung soll regelmäßig eine unbedingte sein<sup>133</sup>). In den teutschen Stiftern kamen aber auch bedingte Renunciationen, bald cum reservatione pensionis, bald salvo regressu, bald in favorem tertii vor<sup>134</sup>). Von diesen sind die beiden letzteren jetzt gänzlich unpractisch, weshalb die Angabe der über sie von den Pabsten in den Canoneisregeln und durch eigene Constitutionen erlassenen Verfügungen hier unterlassen werden darf, und auch der Rücktritt mit dem Vorbehalte einer Pension kann jetzt überhaupt nur dann vorkommen, wenn ein Geistlicher dienstunfähig geworden ist, und ein besonderer Pensionsfonds nicht vorhanden ist. In der evangelischen Kirche setzt die Verzichtleistung ebenfalls die Genehmigung der geistlichen Behörde voraus. Der Weg, auf welchem dann dem dienstunfähigen Geistlichen der Lebensunterhalt beschafft wird, ist der eben angedeutete. Die Rechte des geistlichen Standes bleiben Pfarrern dieser Art unverkummert. Wenn dagegen ein Geistlicher, welcher noch dienstfähig ist, auf sein Amt verzichtet, so ist damit zugleich auch der Verlust der allgemeinen Rechte des geistlichen Standes verbunden. In dieser Beziehung weicht also das evangelische Kirchenrecht von dem canonischen ab, nach welchem die iura clericalia nicht von dem Amte, sondern von der Weihe abhängen. 3) Wenn ein Geistlicher in ein mit seinem Amte unverträgliches Verhältniß eintritt, geht ihm das letztere von Rechtswegen verloren. Dieses geschieht also z. B. dann, wenn er in einem Kloster Profeß leistet<sup>135</sup>), oder ein

131) Wenn, was in Teutschland nicht vorkommt, die ganze Pfründe nur aus Distributionen besteht, sollen die wegen auswärtiger Studien oder im bischöflichen Dienste abwesenden Canoniker ein Dritteltheil verlieren, Zamboni l. c. T. VI. p. 212.

132) C. 2. X. de translat. (1. 7.), c. 1. 9. X. de renunc. (1. 9.) vgl. mit c. 10. h. t.

133) C. 1. de renunc. in Vito. (1. 7.)

134) Diese Art der Verzichtleistung ist im Tridentinum verboten, Sess. XV. c. 7. de ref. Vgl. überhaupt: Neller, de statu resignationum in favorem apud Germanos, in Schmidt, thesaur. iur. oeccl. T. VI.

135) C. 4. de regul. in Vito. (3. 3.)

unverträgliches Amt annimmt (s. oben), oder die Confession wechselt, in welchem Falle zur Zeit des Reiches der geistliche Vorbehalt Platz griff, oder wenn er die für das ihm verliehene Pfarramid erforderliche Priesterweihe binnen Jahresfrist nicht erwirbt (s. oben), oder wenn ein clericus minor sich verheurathet (s. den Art. Eölibat). 4) Die Versetzung der Bischöfe<sup>136)</sup> geschah nach der Entwicklung der Metropolitanverfassung durch den Metropolitanen mit dem Provinzialconcilium. Später bildete sich hier ein päpstliches Reservat<sup>137)</sup>, und zwar behaupteten die Päbste oft das Recht, Bischöfe auch wider ihren Willen zu versetzen, womit zugleich in jedem einzelnen Falle eine Verletzung des Wahlrechtes des betreffenden Capitels verbunden war. Gegenwärtig ist aber von der Curie der Grundsatz anerkannt, daß die Zustimmung des Bischofs, so wie in der Regel die Postulation des Capitels nothwendig sei<sup>138)</sup>, und nach dem, was oben über die Anwendung des ius circa sacra auf die Besetzung der geistlichen Aemter bemerkt ist, würde es auch der Genehmigung des Staates bedürfen. Niedere Geistliche zu versetzen ist ein Recht des Bischofs, das (vorbehältlich der Zustimmung der bürgerlichen Regierung) ausgeübt werden kann, ohne daß der Geistliche einstimmt. Nur wird hier vorausgesetzt, daß der letztere nicht auf ein geringeres Amt gesetzt werde, weil in diesem Falle die Translation unter die Kategorie einer Strafe fällt (translocatio), mithin die Bedingungen derselben vorhanden sein müssen. In der evangelischen Kirche, in welcher die Versetzung gewöhnlich durch den Landesherrn verfügt wird, war früher die Translocation auf eine sogen. Pönitenzpfarre ebenfalls üblich. Davon ist man indessen fast überall abgekommen, weil ein Strafmittel, welches so wesentlich das kirchliche Leben der Gemeinden theilhaftig, sich schon auf den ersten Anblick als ungeeignet erweist. Zweckmäßig ist es, an seine Stelle die Strafemeritirung treten zu lassen, welche den Geistlichen mit einer geringeren Pensionsquote, als der sonst üblichen oder gesetzlichen, außer Activität setzt. sr.

**Kirchenbücher** sind im weiteren Sinne alle diejenigen, welche in mannichfacher Weise dem religiösen Zwecke dienen, insbesondere sich auf die heiligen Handlungen beziehen und bei denselben gebraucht werden<sup>1)</sup>, im engeren Sinne versteht man darunter die Bücher, deren man zur kirchlichen Statistik der einzelnen Gemeinden, namentlich zur Sicherstellung der Administration der Sacramente und sacramentalischen Ritus, bedarf<sup>2)</sup>. Die Führung solcher Register ist aber zugleich für die bür-

136) Neller, de translatione episcopi, bei Schmidt l. c. T. III.

137) C. 4. X. de elect. (1. 6.), c. 1. 2. X. de transl. (1. 7.)

138) Bgl. Benedict XIV. L. XIII. c. 16.

1) Bgl. Binterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christlich-katholischen Kirche Bb. IV, Th. I, S. 221 flg. Augusti, Denkwürdigkeiten aus der christlichen Archäologie Bb. XII, S. 280 flg.

2) Die Literatur über die älteren Diptychen findet sich bei Binterim und Augusti a. a. D. Ueber die jetzt üblichen Kirchenbücher vgl. man Augustin de Balthasar, tractatus de libris seu matriculis ecclesiasticis. Gryphiswald. 1748. 4. (editio auctior). Binterim, de libris bapti-

gehilichen Verhältnisse von hoher Wichtigkeit, und daher auch von Seiten des Staates als nothwendig anerkannt und gesetzlich geregelt<sup>3)</sup>.

Das Halten besonderer Populationslisten zum Behufe der Ent- richtung von öffentlichen Abgaben, der Uebnahme von Dienstleistungen, insbesondere der Militärpflicht u. s. w. findet sich wohl schon früh bei allen Völkern<sup>4)</sup>. In der Kirche führte man sicher seit dem dritten Jahr- hundert Verzeichnisse der lebenden und verstorbenen Gemeindeglieder (liber vitae, confessionis, memorialis, diptycha). Bei der Taufe, die anfangs erst nach genossenem Unterrichte erfolgte, schrieb der neue Christ eigen- händig seinen Namen in das dazu bestimmte Buch und verpflichtete sich dadurch zugleich zur Befolgung der Vorschriften des Evangeliums. Fiel er vom Glauben ab, so ward er aus der Liste gestrichen<sup>5)</sup>. Verzeichnisse der Verstorbenen, besonders der Wohlthäter, brauchte man, um am Todestage für sie zu beten<sup>6)</sup>. Beim Abschlusse der Ehe wurden In- strumente (tabulae, chartae nuptiales) aufgenommen<sup>7)</sup>, später ebenfalls Register der Verheuratheten angelegt.

Lange beruhten die Bestimmungen über die Führung der verschie- denen kirchlichen Verzeichnisse meistens auf localer Observanz, welche aber bis zum sechzehnten Jahrhundert nicht zu allgemeinerer Anerkennung gelangte<sup>8)</sup>. In einzelnen Bisthümern ergingen nun Schlässe darüber, deren Befolgung auch von der bürgerlichen Gesetzgebung eingeschärft wurde<sup>9)</sup>. Erst das Tridentinische Concill gab aber für die katholische

zatorum, conjugatorum et defunetorum antiquis et novis, de eorum fatis ac hodierno usu. Dusseldorp. 1816. 8. verb. mit desselben Denkwürdig- keiten Bd. I, Th. 1, S. 182 fg. Karl Christian Becker, wissenschaft- liche Darstellung der Lehre von den Kirchenbüchern. Mit Beilagen landesherr- licher Verordnungen. Frankfurt a. M. 1831. 8. Uihlein, über den Ursprung und die Beweiskraft der Pfarrbücher, im Archive für die civilistische Praxis Bd. XV, Heft I, S. 26—50. Grändler, über die Beweiskraft der Kir- chenbücher, in der allgemeinen Kirchenzeitung 1842, Nr. 177 u. 178.

3) Gesetze der einzelnen Länder s. m. bei Becker a. a. D., Andr. Mül- ler, System des Kirchenrechtes Bd. IV, S. 21 fg. S. Note 18.

4) Nach einer Verordnung von Marcus Aurelius Antonius mußten die Römer die Geburt der Kinder binnen 30 Tagen den Beamten anzeigen. Die darüber aufgenommenen Acten dienten zum Beweise des Alters und hauptsächlich der freien Geburt (Uihlein a. a. D. S. 32, Anm. 1).

5) Dodwell, dissertationes Cyprianicae, diss. V. §. 18 sq. §. 27. Besonders wichtig waren die Verzeichnisse der Bischöfe (*diadoyal iuxtae* — catalogi sacerdotum), zugleich zum Beweise der Tradition (Pearson, diss. de serie et successione primorum Romanorum episcoporum I. cap. 5).

6) Daher die späteren Calendarien, Necrologien u. s. w. S. Bedekind, Notizen zu einigen Geschichtschreibern des teutschen Mittelalters (Hamburg 1822), B. I, Heft III, Nr. XXX.

7) Binterim a. a. D. Bd. VI, Th. 2, S. 122 fg.

8) Ordentliche Kirchenbücher finden sich daher auch nicht leicht vor dem 16. Jahrhunderte. Gines alten seit 1500 geführten Kirchenbuchs gedenkt z. B. die Allgemeine Kirchenzeitung 1830 Nr. 140, Sp. 1150.

9) In Frankreich wurden seit 1515 von den Geistlichen Todtenregister ge- halten. Die Diöcesansynode zu Seez von 1524 verordnete, daß Taufregister geführt würden, und König Franz I. gab 1539 eine Ordonnance, welche dies

Kirche eine generelle Vorschrift<sup>10)</sup>, wonach rücksichtlich der Ehe der Pfarrer ein Buch haben solle, worin er die Namen der Gatten, der Zeugen, den Tag und Ort der eingegangenen Verbindung eintrage, mit dem Befehle, das Buch sorgfältig aufzubewahren; bei der Taufe ist die Eintragung der Paten, welche das Kind aus der Taufe heben, vorgeschrieben<sup>11)</sup>. Das Motiv der Festsetzung ist bei der Ehe die Sicherheit der Publicität derselben<sup>12)</sup>, bei der Taufe die Constatirung der geistlichen Verwandtschaft<sup>13)</sup>. Deshalb und weil das Concil unmittelbar nach der Taufe auch der Firmung gedenkt folgerte man, es sei dadurch auch die Nothwendigkeit eigener Firmungsregister vorgeschrieben, welche die Namen der Gefirmten und deren Paten enthalten müßten<sup>14)</sup>.

Das Decret des Concils von Trident wegen der geheimen Ehen sollte nach ausdrücklicher Bestimmung in jeder Pfarochie besonders publicirt werden, und so folgte von selbst die Nothwendigkeit der Einführung der Kirchenbücher in jedem Pfarrsprengel. Auf den zur Vollziehung des Tridentinum gehaltenen Synoden wurde daher auch insbesondere die Anlegung dieser Bücher verordnet, und über deren Form, Aufbewahrung, jährliche Einsendung an das bischöfliche Vicariat Specieelleres bestimmt<sup>15)</sup>.

Dem Beispiele der katholischen Kirche folgte man auch in evangelischen Ländern, in welchen schon die älteren Kirchenordnungen die nöthigen Vorschriften erließen und insbesondere die Visitatoren veranlaßten, darauf zu halten, daß die Kirchenbücher sich in gehöriger Ordnung befänden<sup>16)</sup>. Zum Theil wurde aber erst gegen Ende des sechzehnten Jahrhunderts Näheres bestimmt<sup>17)</sup>, und überhaupt dem Bedürfnisse vollständiger entsprochen, seit der Staat seine Sorgfalt diesem Gegenstande zuwendete<sup>18)</sup>.

allgemein befaßt (s. Berriat-Saint-Prix, recherches sur la législation et la tenue des actes de l'état civile. Paris 1831).

10) Den Vorschlag dazu machte der Bischof von Braga, Bartholomäus de Martyribus (Le Plat, monumenta ad Conc. Tridentinum Tom. IV. p. 761).

11) Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 1 u. 2. de reform. matrimonii.

12) Man erklärte demgemäß, daß die Eintragung ins Kirchenbuch zur So- lennität des Ehesacramentes gehöre. Vgl. die Remissionen zu der cit. Stelle des Conc. Tridentin.

13) Darauf deutet der Text: in libro eorum nomina describat doceatque eos, quam cognationem contraxerint, ne ignorantia ulla excusari valeant.

14) Vgl. Tübinger theologische Quartalschrift 1829 Heft I, S. 52 fig.

15) Die Belege dafür finden sich in Hartzheim's Conciliensammlung (m. s. auch Niblein a. a. D. S. 35, Anm. 3 fig., S. 39, Anm. 1 fig., S. 41, Anm. 2 fig.).

16) Die Kirchenordnung der evangelisch-lutherischen Kirche Deutschlands in ihrem ersten Jahrhunderte (Berlin 1824), S. 310.

17) So in der Galenberger Kirchenordnung von 1569 S. 146, nebst der dazu gehörigen Superintendentenzordnung S. 247. Preussische Visitations- und Conscriptoralordnung von 1573 (Corpus Constit. Marchicarum I. 1. fol. 316).

18) Wegen des Particularrechtes s. m. oben Note 3, und insbesondere über Bayern: Müller, Anleitung zum geistlichen Geschäftstyle §. 260 fig. 3 Hannover: Knauer, die Hebammen und Todtenfrauen (Hannover 1841. 8.),

Hiernach werden jetzt gewöhnlich eigene Listen der Geborenen (Geburts- und Taufregister), der Vermählten (Copulationsregister), der Verstorbenen (Todtenbücher), der Eingeweihten (Confirmationregister), der jährlichen Communicanten, bisweilen auch der Proclamirten<sup>19)</sup> u. s. w. geführt, und zwar, um den durch Verlust solcher Bücher eintretenden Schaden zu verhüten, ein Duplicat angefertigt. Das eine Exemplar wird in dem Pfarrarchive aufbewahrt, das andere geht bald an die geistlichen Oberen (Vicariat, resp. Superintendentur) oder an die nächste Justizbehörde.

Ueber die Art und Weise, wie die Bücher zu führen sind, enthalten die Particularrechte besondere Instructionen, welche zugleich mit Formularen versehen zu sein pflegen, deren Ausfüllung in chronologischer Ordnung erfolgt<sup>20)</sup>. Das Hauptbuch führt in der Regel der Pfarrer<sup>21)</sup>, das Duplicat ein niederer Kirchenbeamter, gewöhnlich der Küster<sup>22)</sup>. Am Schlusse des Jahres wird das letztere vor der Absendung mit dem ersten verglichen und die Uebereinstimmung vom Pfarrer attestirt. Wenn ein niederer Beamter das Kirchenbuch führt, vertritt die Stelle des Duplicates ein Journal, worin die Handlung sogleich eingetragen und aus welchem sie ins Kirchenbuch übertragen wird. Die Richtigkeit ist hier gleichfalls vom Pfarrer zu bescheinigen. Während der Pfarrvacanz führt der vicarirende Prediger die Register oder es wird der benachbarte Pfarrer damit beauftragt, und diesem sind von den den Kir-

S. 18 flg.; Kurhessen: Ledderhose, Kurhessisches Kirchenrecht, neu bearbeitet von Pfeiffer, §. 357 flg., wozu noch das Gesetz vom 28. December 1829 kommt (in der allgem. Kirchenzeit. 1830 Nr. 115); Großherzogthum Hessen: Schumann, Sammlung der das Kirchen- und Schulwesen betreffenden landesherrlichen und bischöfl. Verordnungen S. 285 flg. (s. die ausführl. Verordn. v. 24. Sept. 1807 bei Scotti, Sammlung der Gesetze im vormaligen Kurfürstenthum Gdn. Abth. II, S. 268 flg.); Oesterreich: Helfert, Darstellung der Rechte, welche in Ansehung der heil. Handlungen.. stattfinden §. 11, 12, 22, 23, 126, 127; Pfleger, K. v. Wertenau, Compendium oder gebrängte Uebersicht aller in der österr. Monarchie geltenden Vorschriften, welche unmittelbar die Führung des Geburts-, der Tauf-, der Trauungs- und der Sterbeprotocolle... betreffen. Wien 1830. 8.; Preußen: Haupt, Handbuch über die Religionsangelegenheiten Bd. II, S. 98 flg.; Bielik, preussisches Kirchenrecht (2. Ausgabe), §. 97 flg.; Fürstenth. Sammlung aller das Kirchen- und Schulwesen betr. Gesetze Bd. II, S. 236 flg.; Sachsen: Weber, systematische Darstellung des Kirchenrechtes, 2. Auflage, B. I, S. 196, und der daselbst citirte Godev des sächsischen Kirchenrechtes, verb. 1. Auflage, Bd. II, Abth. 1, S. 127 flg.; Necklenburg: Schwerin: (Deiter's), Sammlung aller gittigen Landesgesetze Bd. IV, S. 464, 511, 558, 580, 594.

19) Ledderhose a. a. D. §. 362, Anm. a.

20) Vgl. auch über die Einrichtung der Kirchenbücher Overbeck, Medicationen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. VII, S. 292.

21) Wenn bei einer Kirche mehrere Pfarrer bestellt sind, so entscheidet das Verkommen darüber, wie es mit der Buchführung zu halten sei (s. z. B. von Warburg Ledderhose a. a. D. §. 360, Anm. f.).

22) Bei französischen Gemeinden ist die Führung mitunter den Aeltesten übertragen, wie z. B. in Cassel (Ledderhose a. a. D. §. 360, Anm. d.).

chendienst während des Nachjahres versehenen Geistlichen die erforderlichen Nachrichten zur Eintragung schriftlich mitzutheilen<sup>23</sup>).

In Frankreich war ursprünglich, wie in anderen Ländern, den Geistlichen die Führung der Kirchenbücher übertragen<sup>24</sup>). Daneben findet sich bereits im Jahre 1736 die Aufnahme eines Civilactes vor der bürgerlichen Behörde. Eine allgemeinere Bestimmung erließ Ludwig XVI. unterm 28. November 1787, indem er den nichtkatholischen Unterthanen freistellte, die bei ihnen vorkommenden Geburten, Eingehungen von Ehen, Begräbnisse entweder durch die katholischen Geistlichen oder durch die Gerichte auf eine civilrechtlich gültige Weise sichern zu lassen<sup>25</sup>). Nachdem in Folge der Revolution die katholische Kirche ihre Alleinherrschaft verloren hatte, überwies die Assemblée législative nach einem königlichen Decret vom 20. September 1792 den Municipalbeamten die Constatirung der Geburten, Heurathen und Todesfälle und verbot zugleich allen anderen Personen, dergleichen Acte aufzunehmen<sup>26</sup>). An die Stelle der Municipalitäten traten nach dem Gesetze vom 28. Pluviöse An. VIII (17. Februar 1800) die Maires und Adjuncten (Bürgermeister und beigeordnete Bürgermeister) als Civilstaatsbeamte, worauf der Code civil von 1803—1804 die ganze Einrichtung fortbestehen ließ. Dieselbe wurde während der Fremdherrschaft auch weiter verbreitet<sup>27</sup>), wie namentlich in Bayern<sup>28</sup>), Frankfurt<sup>29</sup>) u. a. und hat sich in den deutschen Rheinlanden bis jetzt erhalten.

Ordnungsmäßig geführte Kirchenbücher, somit auch die daraus ent-

23) S. z. B. rheinisch-westphälische Kirchenordnung v. 5. März 1835 §. 56.

24) S. Note 9. Ordonnance von 1667 u. a., insbesondere Declaration v. 9. April 1736.

25) Rabat le Jeune, *Annuaire ou répertoire ecclésiastique à l'usage des églises Réformées et Protestantes de l'empire Français.* (A Paris 1807. 8.) p. 456 sq. Vgl. Philippi, die Civilstandsgesetze in der königl. preuß. Rheinprovinz (Gresfeld 1837. 8.), Einleitung S. XI. Die Aufnahme eines bloßen Civilactes beim Abschlusse einer Ehe war übrigens in Holland bereits am Anfange des 18. Jahrhunderts üblich. Vgl. J. H. Bömer, *ius eccl. Protestantium* lib. IV. tit. III. §. XLII. und v. Dalwigk, über die *actes de l'état civil* bei der Aufnahme des Napoleonischen Gesetzbuches in den rheinischen Bundesstaaten, in *Winkopp*, der rheinische Bund Bd. VII, Heft 21, S. 431 flg.

26) Vgl. Hermens, *Handbuch der Staatsgesetzgebung über den christlichen Cultus* Bd. I, S. 291, 292, 348, Bd. III, S. 7, 8.

27) Bemerkenswerth ist, daß im Königreiche Westphalen die Geistlichen als Civilstandsbeamte anerkannt blieben. Zur Kenntniß der hier zu berücksichtigenden Punkte dient besonders folgende Schrift: Friedr. Karl Koloff, *vollständiges Handbuch bei Verhandlung der Civilstandsacte und bei Führung der Civilstandsregister.* Magdeburg 1809. 8. Auch im Großherzogthume Baden blieben die Pfarrer Civilstandsbeamte. S. Gesetz v. 28. März 1810 (*Winkopp*, der rheinische Bund B. XV, Heft 45, S. 450 flg.) Edict v. 29. Mai 1811.

28) Edict v. 8. Sept. 1808 §. 18. Vgl. Edict v. 18. Mai 1818 §. 64.

29) Ministerialinstruction für die Beamten im Großherzogthume v. 1810 (*Winkopp* a. a. D. B. XVIII, Heft 52, S. 132 flg.).

lehnten Zeugnisse haben den Charakter öffentlicher Urkunden und beweisen wie diese<sup>30</sup>). Die älteren Juristen gründeten die Beweiskraft der Kirchenbücher auf ihr Alter und die Aufbewahrung im Pfarrarchive<sup>31</sup>). Dieser Gesichtspunkt kann aber nicht allein entscheiden, um so weniger als für ganz neue Data das Fundament der Anerkennung fehlen würde. Uihlein ist der Ansicht, daß die Pfarrbücher die Beweiskraft öffentlicher Urkunden lediglich durch Gebrauch und Gewohnheit erhalten haben, indem die Autorität der Bischöfe und der geistlichen Gerichte, welche die Führung dieser Bücher verordneten und sie unter Aufsicht hatten, für die weltlichen Gerichte als entscheidend angesehen wurde<sup>32</sup>). Allerdings konnte so lange, als es an bestimmten gesetzlichen Vorschriften über die Bedeutung der Kirchenzeugnisse fehlte, diese Rücksicht entscheiden; doch mußte die Stellung des Pfarrers überhaupt, welcher im Pfarrsprengel als *persona publica* und Kirchenbeamter fungirte, für die Wahrheit und Kraft seines Zeugnisses von hoher Bedeutung sein, um so mehr als die Eintragung nach genauer Ermittlung der Umstände und Zuziehung von Zeugen, wo es nöthig schien, erfolgen mußte<sup>33</sup>). Daß jetzt dieser Gesichtspunkt der entscheidende sei, ist auch wohl allgemein anerkannt<sup>34</sup>) und die Gesetze legen daher den Kirchenzeugnissen einen vollen Beweis bei<sup>35</sup>). Wie bei öffentlichen Urkunden überhaupt, kann indessen derselbe durch einen Gegenbeweis entkräftet werden.

30) J. H. Böhm er, *ius eccl. Prot. lib. II. tit. XXII. §. II.* und die daselbst citirten Schriftsteller, *verb. desselben ius parochiale Sect. IV. cap. I. §. XXX.* Balthasar, *de libris eccl. cap. III. p. 225 sq.* Gottschalk, *selecta disceptationum forensium capita Tom. III. (Dresdae 1838.) nr. XXIV.: De auctoritate matriculis ecclesiasticis iure Saxonico tribuenda.* — Paimerl, über die Beweisführung durch Taufschaine, in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelchrbarkeit, October 1836. Uihlein a. a. D. S. 44 fig.

31) So bemerkt auch J. H. Böhm er a. a. D.: *Regulariter libri tales ecclesiastici propter antiquitatem probant, maxime si reperti et semper custoditi fuerint in archivo ipsius ecclesiae.* In der Praxis achtete man darauf und stützte sich zugleich auf das Argument des cap. 13. X. de probationibus. (2. 19.) S. Ledberghofe a. a. D. §. 357, Note a.

32) X. a. D. S. 42, 43.

33) Das französische Recht ist hierbei besonders sorgsam: denn dem Civilstandsbeamten muß das neugeborene Kind vorgezeigt werden (Code Napoleon art. 55.), die Brautleute müssen sich demselben in dem Gemeindehause stellen (art. 63.), und im Falle eines Todes muß der Beamte sich persönlich von dem Ableben des Verstorbenen überzeugen (art. 77.).

34) S. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes B. II, S. 571, Anm. Einde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses §. 274. Die Zuziehung der Beteiligigten, welche das Eingetragene selbst mit unterschreiben müssen, wird nach dem großherz. hessischen Gesetze v. 1807 Pars gener. S. 3. gefordert.

35) So bereits die hannoversche Verordnung vom 7. März 1749. Vgl. Verordn. des Consistoriums von 28. Januar 1841 (s. Knauer a. a. D.). Die preussische allgemeine Gerichtsordnung Th. I, Tit. X, §. 128, stellt den gerichtlichen Akten denjenigen gleich, welche aus gebüßig geführten Kirchenbüchern.. unter dem Kircheniegel ertheilt sind und bestimmt, daß, wenn die Eigenschaft des Ausstellers dem Gerichte, bei welchem das Zeugniß vorgelegt wird, nicht ohnehin schon bekannt ist, darunter von den Gerichten des Ortes



Die Bedingungen der Beweiskraft sind hier aber im allgemeinen die Anwendung der gesetzlichen Form sowohl für die Führung des Kirchenbuches überhaupt, als das ausgestellte Zeugniß insbesondere. Dazu gehört auch, daß der Pfarrer oder der sonstige competente Beamte die Eintragung bewirkt habe. Auch wird nicht ohne Grund gefordert, daß der Führer des Kirchenbuches aus der Eintragung keinen Vortheil ziehe oder Schaden von sich abwende, daß also nicht ein testimonium in re propria gegeben werde. Die Beweiskraft ist aber eine beschränkte, entsprechend dem eigentlichen Zwecke der Führung der Kirchenbücher. Daher wird im ganzen voller Beweis gegeben über die erfolgte Taufe und Confirmation, den Empfang des heiligen Abendmahles, den Abschluß der Ehe, die geschehene Beerbigung, mit Rücksicht auf die Zeit, den Ort, die theilhaftigen Personen. Dagegen können andere civilrechtlich bedeutsame Punkte nicht unmittelbar aus dem Kirchenzeugnisse erwiesen werden, insofern nicht die Umstände und die besondere, vom Pfarrer bezeugte Kenntnißnahme gewisser Thatfachen auch dafür den Ausschlag geben. Daher kann auch das Alter, selbst die Stunde der Geburt, das Geschlecht des Kindes, die Abstammung u. s. w. bewiesen werden, wenn der Pfarrer der Entbindung bewohnte<sup>36</sup>).

Die Kosten zur Anschaffung der Kirchenbücher werden regelmäßig aus dem Kirchenarararium bestritten, im Nothfalle von der Gemeinde besonders aufgebracht<sup>37</sup>).

H. F. Jacobson.

**Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude** gehören eigentlich, wenigstens die beiden ersteren, zu den Kirchensachen überhaupt, die Wichtigkeit derselben, insbesondere die Grundsätze über ihre Errichtung und Erhaltung veranlassen aber die Darstellung in einem eigenen Artikel.

In den Quellen des gemeinen Rechtes finden sich einzelne hier zu berücksichtigende Bestimmungen in verschiedenen Titeln zerstreut, specieller beziehen sich aber auf diesen Gegenstand im Decret Pars III. dist. 1. de consecratione, in den Decretalen Tit. X. de consecratione ecclesiae vel altaris (S. 40.) in VIto (S. 21.), und X. de ecclesiis aedificandis vel reparandis (S. 48.), und ganz vorzüglich das Concilium Tridentinum sessio XXI. cap. 7. de reformatione.

Daran schließen sich die Particularrechte, die jedoch im ein-

---

attestirt sein müsse: daß derselbe zur Ertheilung von Extracten aus den Kirchenbüchern legitimirt sei. — Die Beglaubigung durch das Kircheniegel wird allgemein auch in anderen teutschen Ländern gefordert (s. z. B. Ledderhose a. a. D. S. 368).

<sup>36</sup>) Uebrigens pflegt Behufs richtiger Führung der Kirchenbücher den Pfarrern auferlegt zu sein, sich von der Identität der theilhaftigen Personen noch besonders zu vergewissern. Dazu genügt nach einer Verordnung des Brandenburgischen Consistoriums v. 12. Sept. 1816 (Amtsblatt der Regierung zu Potsdam 1816 S. 331 u. a.), daß eine dem Geistlichen bekannte Person eine von den verschiedenen Personen kennt und diese wieder die Eltern oder sonstigen Theilhaftigen recognoscirt.

<sup>37</sup>) Ledderhose a. a. D. S. 365.

zeln in wesentlichen Punkten vom gemeinen Rechte und von einander selbst abweichen, indem bald frühere Observanzen erhalten wurden, bald die Doctrin und Praxis eigenthümliche Grundsätze entwickelte.

Die Literatur über das Kirchen- und Schulbaurecht ist sehr weitläufig, so daß eine Anführung der wichtigeren Schriften genügt, in denen zugleich anderweite Literatur nachgewiesen ist. N. s. deshalb besonders v. Sainte-Marie-Eglise, die Pflicht der baulichen Unterhaltung und Wiederbauung der Cultusgebäude, nach Rechtsprincipien, bayer'schen Gesetzen und Verordnungen. Augsburg 1832. 8. Helfert, von der Erbauung, Erhaltung und Herstellung der kirchlichen Gebäude, nach gemeinem und österreichischem Kirchenrechte. Prag 1823 und 2. Ausg. 1834. 8. v. Reinhardt, über kirchliche Baulast, nach den Grundsätzen der Katholiken und Protestanten. Stuttgart 1836. 8. Permaneder, die kirchliche Baulast .. aus den Quellen des gemeinen canonischen und bayer'schen Particularrechtes dargestellt. München 1838. 4. Gröndler, über die Verbindlichkeit zum Beitrag der Reparaturkosten geistlicher Gebäude, in Weiß, Archiv des Kirchenrechtes Bd. V, Nr. XII, S. 203 fg., und die weitere Ausführung dieser Abhandlung: Ueber die Verbindlichkeit zum Beitrag der Kosten zur Erhaltung und Wiederherstellung der Cultusgebäude, nach den in teutschen Bundesstaaten geltenden Gesetzen, mit Rücksicht auf einige Particulargesetze. Nürnberg 1839. 8. Seis, Recht des Pfarramtes der katholischen Kirche (Regensburg 1840), B. I, §. 21 fg., S. 80 fg. Lang, Beiträge zur Lehre von der Kirchenbaulast, im Archive für die christliche Praxis, 1843, Bd. XXVI, Heft 1, S. 12 fg. und Heft 2, S. 296 fg. Andere Literatur s. m. bei Permaneder a. a. O. S. 1—8, 60 fg. Auszüge aus den neueren Gesetzen finden sich in Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes B. I, S. 126 fg., B. III, S. 397 fg.

Die Versammlungsorte<sup>1)</sup> der ersten Christen zum gemeinsamen Gottesdienste waren Privatwohnungen und verborgene Nische (Katakomben u. a.) und allgemeiner erst seit dem vierten Jahrhundert auch förmliche Kirchen und Tempel. Die heidnischen Tempel wurden insbesondere zu dem Behufe den Christen überwiesen<sup>2)</sup>. Beim Baue der Gotteshäuser schloß man sich an das Muster der Synagogen an; daher bestanden die Kirchen aus zwei Haupttheilen. Die östliche Abtheilung (τὸ βήμα, sanctuarium, sacrarium, locus intra cancellos) betrat nur

1) Vgl. die literarischen Nachweisungen und die Ausführung bei Binterim, die vorzüglichsten Denkwürdigkeiten der christkatholischen Kirche Bd. IV, Th. I, S. 1 fg. Augusti, Denkwürdigkeiten aus der christlichen Archäologie Bd. XI, S. 317 fg.

2) S. Jac. Gothofredus zur c. 25. Cod. Theod. de paganis, sacrificiis et templis (16. 10.) (ed. Ritter. Tom. VI. P. I. fol. 332). Auch später verwandelte man gern die Tempel in Kirchen oder erbaute dieselben an Stellen, wo früher Götzenbilder verehrt worden waren (m. s. z. B. Beda Venerabilis, hist. eccl. Anglicae lib. I. cap. 30, Sell, Geschichte Pommerns B. I, S. 45, Anm. 7.).

der Clerus, und der Bischof hatte hier einen Thron, um welchen herum sich die Sitze der Geistlichen reiheten (*θρόνος καὶ συμπέλλια*, *cathedra et subsellia*). Auch später sonderte man daher das hohe Chor von dem Vorplatze (*προναός, νάρθηξ*, *ferula*) für die Katechumenen und Nichtchristen und dem Schiffe (*ναός*), wo die getauften Laien saßen und der Predigtstuhl angebracht war. Vor der Kirche war noch ein Vorhof und in dessen Mitte ein Wasserbehältniß, wo man sich wusch und besprengte, ehe man das Gotteshaus betrat<sup>3)</sup>. Dazu kamen Nebengebäude, theils zu Wohnungen für die Geistlichen, zur Aufbewahrung der Bibliothek und Geräthe, zu Taufsälen (Baptisterien), Schulen u. a. m. Die Form war und blieb aber bald die des Schiffes, bald des Kreuzes<sup>4)</sup>. Mit den Kirchen verband man auch Thürme zur Aufnahme der Glocken, und in dem Gotteshause selbst brachte man diejenigen Einrichtungen an, deren man zur vollständigen Verrichtung des Cultus und für die Gemeinde bedurfte, in jener Hinsicht also besonders die Altäre<sup>5)</sup>, die Orgeln u. s. w., in dieser die Kirchenstühle.

Zu den Kirchen — oder geistlichen Gebäuden gehören übrigens außer den eigentlichen Kirchen und Capellen<sup>6)</sup> nebst Zudehör die Pfarr-, Wittwen-, Schul-, Küster- und Organistengebäude, die Befriedungen der Höfe und Gärten, die Gottesäcker, die Wirthschaftsgebäude u. a.<sup>7)</sup>; doch weichen die Rechtsgrundsätze für alle diese in mannichfacher Weise von einander ab, wenn gleich es auf der anderen Seite auch nicht an besonderer Uebereinstimmung fehlt.

Die Errichtung einer Kirche, als eines Gebäudes zur öffentlichen Gottesverehrung für eine bestimmte Gemeinde, ist zunächst Sache der Gemeinde selbst. Diese ist aber ein Theil der ganzen Kirche, insbesondere einer bestimmten Diocese und eines bestimmten Landes. Das Interesse der geistlichen und weltlichen Obrigkeit trifft daher hierbei zusammen, und ohne die Beschlußnahme beider darf ein Bau nicht erfolgen. Schon frühzeitig ward dieß auch anerkannt und demgemäß durch die Gesetzgebung das Erforderliche bestimmt<sup>8)</sup>. In der katholischen Kirche entscheidet bei der Errichtung einer Dom- oder Collegiatkirche der Pabst, bei gewöhnlichen Kirchen der Bischof, und der Staat erteilt dazu seine

3) Daher später die Weihwasserkeffel s. Winterim a. a. D. S. 47.

4) *Constitutiones Apostolicae* lib. II. cap. 57. Tertullian *de baptismo* c. 8. 12. Augustin *de civitate Dei* lib. XV. cap. 6. — Evagrius *hist. eccl.* lib. I. cap. 14.

5) S. dieses Werk Bb. I, S. 191.

6) S. dieses Werk Bb. II, S. 565.

7) Vgl. die cit. Schriftsteller bei Grändler, über die Verbindlichkeit u. s. w. §. 8.

8) C. 4. Conc. Chalcedon. a. 451. (c. 10. Cau. XVIII. qu. II.) c. 10. dist. I. de consecr. (Conc. Bracar. II. a. 572.) c. 22. C. de operibus publicis. (8. 12.) (Leo a. 469.) Vgl. Jac. Gothofredus *ad Cod. Theod. h. t.* (15. 1.) (ed. Ritter. Tom. V. p. 307 sq. 313.) — Novella 67. cap. 1. 2. (Justinian. a. 538.) Nov. 131. cap. 7. a. 541. (daraus c. 9. dist. I. de consecr.) — *Capitularium* lib. V. c. 382. *Additio* lib. III. c. 72. u. a. m.

Genehmigung<sup>9)</sup>; in der evangelischen Kirche tritt das *Consistorium* in die Stelle des *Bischofs*<sup>10)</sup>. Bedingungen sind dabei: ein besonderes Bedürfnis ober der Nutzen der Kirche<sup>11)</sup>, daß die nöthigen Mittel vorhanden seien<sup>12)</sup>, und die Rechte einer anderen Kirche oder irgend eines Dritten nicht verletzt werden<sup>13)</sup>. Unter diesen Voraussetzungen, und wenn der Ort ein geeigneter ist<sup>14)</sup>, erfolgt die Grundsteinlegung und Weihe in der katholischen Kirche durch *Consecration*, bei den Evangelischen durch *Dedication*. Ist dem approbirten Bauplane gemäß die Kirche erbaut, so erfolgt der erste Gottesdienst unter gewissen Solennitäten<sup>15)</sup>. Dem Gotteshause wird der Name eines Heiligen beigelegt und das Stiftungsfest jährlich als ein Fest begangen (*patrocinia, encasnia, anniversaria, Kirchmessen, Kirme*)<sup>16)</sup>.

9) S. z. B. preuß. allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 176. (Staat ist hier durch geistliches Ministerium zu erklären: denn nur mit dessen Genehmigung kann auch eine neue Pfarochie begründet werden [Rescript v. 5. Februar 1824 in v. Kampff, Annalen VIII. S. 152. Vgl. allg. Landrecht §. 258.]) In Sachen haben die Kreisdirectoren die Entscheidung des Cultusministeriums einzuholen, nach Anordnung des Ministeriums vom 20. Juni 1835 Nr. c (Codex des Kirchenrechtes S. 398).

10) Vgl. allg. Landrecht a. a. D. §. 143. Von Kirchmessen Ledderhose, Kirchenrecht §. 460.

11) C. 3. X. de ecclesiis aedificandis. (S. 48.) (Alexander III. a. 1170.) c. 6. eod. (Coelestin. III. a. 1195.) Conc. Trident. Sess. XXI. cap. 4. de reform. nebst den Declarationen dazu. Hier werden besonders anerkannt zu große Entfernung eines Filialortes von der Mutterkirche, Beschwerlichkeit der Wege, Zunahme der Bevölkerung.

12) Novella 67. cap. 2. (vgl. Nov. 123. cap. 18. Nov. 131. cap. 7.) — c. 26. Can. XVI. qu. VII. (Gelasius temp. inc.) c. 1. Can. I. qu. I. (Conc. Bracar. II. a. 572.) c. 8. X. de consecratione ecclesiae. (S. 40.) (Honorius III. a. 1222.)

13) Capit. ad Saitz a. 804. c. 3. (c. 44. Can. XVI. qu. 1.) Concil. Arelat. VI. a. 813. can. 20. Mogunt. a. 813. can. 41. (c. 45. eod.) Capitular. I a. 813. cap. 19. — c. 2. X. de ecclesiis aedificandis. (S. 48.) (Alexander III. a. 1179.) Vgl. c. 1. 2. X. de operis novi nunc. (S. 32.)

14) C. 13. dist. I. de consecr. (Clemens. ad Jac.)

15) Wegen der Consecration überhaupt s. m. dieses Werk Bd. III, S. 38. Bei der einer Kirche ist bestimmt, es soll der Bischof, der die Handlung verrichtet, nebst der Gemeinde den Tag vorher mit Buße und Fasten begehen, und am Vorabende sollen die für den Hochaltar bestimmten Reliquien ausgestellt werden. Die vier Wände der Kirche werden mit zwölf Kreuzen bezeichnet, Prozessionen, Gebete und Gesänge nach vorgeschriebener Weise angewendet. Den Schluß bildet die erste Messe. (Die Vorschriften des Pontificale Romanum im Titel de ecclesiae dedicationis seu consecrationis beruhen meistens auf älteren Normen. M. s. überhaupt Andr. Müller, Urfison des Kirchenrechtes B. III, S. 371 flg.) In der evangelischen Kirche haben die Agenden und Kirchenordnungen der einzelnen Länder besondere Solennitäten bezeichnet. M. s. z. B. die neue preuß. Agende mit besonderen Bestimmungen für die einzelnen Provinzen von 1829 flg., Cabinetsordre v. 26. August 1837 (v. Kampff, Annalen d. Z. S. 666) und Circulare v. 2. Januar 1838 (a. a. D. d. Z. S. 89).

16) (de Kannegiesser) de iure concedendi et determinandi encasnia, in den decisiones Hasso-Cassell. T. XI. nr. 286. p. 64. Ledderhose, Kirchrech. §. 123, Note f. und verschiedene particulare Vorschriften, welche besonders gegen dabei übliche Excesse gerichtet sind.

Die Kirchen sind durch die Weihe und ihre ganze Bestimmung profanem Gebrauche entzogen. Sie sollen daher nicht zur Aufbewahrung von Sachen dienen, die keine religiöse Beziehung haben<sup>17)</sup>, nicht zur Vollziehung unkirchlicher Handlungen benutzt werden<sup>18)</sup>. Die Ausführung geistlicher Musik, regelmäßig aber nur zu milden Zwecken, ist verstatet<sup>19)</sup>. Durch Profanationen kann eine Kirche besetzt (pollutio) oder förmlich entweiht werden (execratio). Gründe der Besetzung sind Mord oder absichtliches gewaltsames Blutvergießen<sup>20)</sup>, verübte Unzucht<sup>21)</sup>, Begräbniß eines Ungetauften oder öffentlich Excommunicirten<sup>22)</sup>, und gehoben werden dieselben durch eine Reconciliation des Bischofs<sup>23)</sup>, vor deren Vollziehung kein Cultus in dem Gebäude stattfinden darf; auch darf der angrenzende Kirchhof nicht vor wiederholter Benediction zum Begräbniße benutzt werden<sup>24)</sup>. Eine Excreation tritt ein, wenn die Haupttheile der Kirche einstürzten, die Wände oder die geweihte Decke

17) Vgl. preuß. Circ. v. 5. Juni 1810 (Jacobson, Gesch. des preuß. Kirchenrechtes Th. I, B. II, Anhang S. 224), wegen Aufbewahrung von Kienäpfeln auf den Kirchenböden. Kurhess. Verordn. v. 12. April 1793 (Sammlung der Landesverordnungen B. VII, S. 553) u. c. Früher war besonders in Zeiten der Unsicherheit die Aufbewahrung von Privatgütern in den Kirchen üblich (Wigand, Provinzialrecht von Paderborn und Corvey [Leipzig 1832], B. II, S. 203 flg.).

18) Besonders gehört dahin die Rechtspflege (Grimm, deutsche Rechtsalterthümer S. 805). Gerichtliche Freilassungen waren aber gestattet und selbst begünstigt (Lex Ripuariorum tit. LVIII. Leges Longobard. lib. II. c. 3. Capitularia lib. V. c. 32. u. a.).

19) Das Verbot in Preußen v. 22. März und 26. April 1803 ist durch Cabinetsordre v. 18. März 1806 aufgehoben.

20) C. 19. dist. I. de consecr. C. 4. X. de consecratione ecclesiae. (3. 40.) (Innocent. III. a. 1207.) c. 10. eod. (Gregor. IX. a. 1234.) cap. un. eod. in Vito. (3. 21.) (Bonifacius VIII.) War durch Blutvergießen eine Kirche entheiligt, so sollten außer besonderer Buße nicht nur die Kosten der neuen Weihe ersetzt, sondern auch der Schade, den die Kirche bis zum Wiedergebrauche an Opfern und sonst erlitten hatte, vergütet werden. W. s. ein Beispiel aus dem Jahre 1509 bei Spieß, archaische Nebenarbeiten und Nachrichten (Halle 1783. 8.), Bd. I, S. 185—187. Vgl. auch Eisenachisches Rechtsbuch III. S. 110 (Ortloff, das Rechtsbuch nach Distinctionen [Jena 1836], S. 747).

21) C. 19. dist. I. de consecr. c. 5. X. de adulteriis. (5. 16.) (Alexander III. a. 1173.) c. 10. X. de consecr. eccl. cap. un. eod. in VI.

22) C. 27. 28. dist. I. de consecr. (Poenitentiale Theodori.) c. 7. X. de consecr. eccl. (3. 40.) (Innocent. III. a. 1213.) Das Begräbniß nichtkatholischer Christen kann nicht in Betracht kommen, da selbst der Gebrauch von Simultankirchen und Simultankirchenhöfen förmlich sanctionirt ist.

23) Die Reconciliation erfolgt durch Abwaschen der Wände mit Weihwasser, welches mit Wein, Fesol und Asche vermischt ist. Wenn im Auftrage des Bischofs ein Priester reconciliirt, so wird nur das gewöhnliche Weihwasser gebraucht. Nach älterem Rechte mußte übrigens die besetzte Kirche förmlich wieder consecrirt werden. c. 19. 20. dist. I. de consecr.

24) Umgekehrt wird durch die pollutio coemeterii nicht auch zugleich die Kirche besetzt, und selbst die Besetzung eines durch besondere Wand und Pforte gesonderten Kirchhofes wirkt nicht auf den anstoßenden. c. un. h. t. in Vito. (3. 21.)

von Innen einer Hauptreparatur bedürfen<sup>25)</sup>, nicht aber wenn nur eine sonstige Ausbesserung, auch ein Ausweifen nöthig wird<sup>26)</sup>. Im Falle der Exsecration ist die vorige Weihe gänzlich getilgt und dieselbe muß daher wiederholt werden<sup>27)</sup>. In der evangelischen Kirche ist eine förmliche neue Dedicacion nicht üblich, doch pflegt eine restaurirte Kirche durch einen besonderen Weihgottesdienst wieder eröffnet zu werden.

Rücksichtlich der Aufbringung der Kosten bei dem ersten Neubau einer Kirche enthält das gemeine Recht nicht genügende Vorschriften<sup>28)</sup>; im allgemeinen sind daher die Bestimmungen über die Herstellung der Kirche analog zur Anwendung zu bringen.

Bei der Gründung einer neuen Kirche pflegt zugleich für die Erhaltung derselben das Erforderliche veranlaßt zu werden. Schon in der ältesten Zeit wurde bestimmt, daß aus den kirchlichen Einkünften<sup>29)</sup> ein bestimmter Theil für die Kirchenfabrik, d. i. den Baufond (portio pro reparandis ecclesiis, pro fabrica) genommen werden sollte. So verordneten die römischen Bischöfe Simplicius im J. 475 und Gelasius im J. 494, ein Viertel<sup>30)</sup> sei dazu zu verwenden, während in Spanien selbst ein Drittel<sup>31)</sup> dazu angewiesen wurde. Die weltliche Gesetzgebung bestätigte dieß<sup>32)</sup> und trug überhaupt für eine gehörige Dotation der einzelnen Kirchen Sorge. Jede sollte wenigstens einen mansus haben, der von allen Zinsen befreit nur für den bestimmten Zweck zu brauchen sei<sup>33)</sup>. Bereits im Anfange des 6. Jahrhunderts und später allgemeiner wurde aber den Geistlichen das der Kirche gehörige Grundstück zur Benutzung überwiesen<sup>34)</sup>. Durch mannichfache Umstände gelangten indessen auch Laien zum Besitze der Kirchengüter, sowohl der Grundstücke, als der Zehnten und sonstigen Einnahmen, mit denen sie bald von den fränkischen Königen, bald von den Bischöfen belehnt wurden. Indem dadurch die alte Eintheilung des Kirchengutes

25) C. 19. dist. I. de consecr. c. 1. X. de consecr. eccl. (3. 40.) (Alexander III. a. 1170.)

26) C. 6. X. de consecr. eccl. (Innocent. III. a. 1212.)

27) Fast in allen vorhin citirten Stellen anerkannt.

28) S. Helfert, von der Erbauung u. s. w. §. 15.

29) S. in diesem Werke den Art. Kirchengut.

30) C. 26. 27. 28. Cau. XII. qu. II.: Quarta fabricis applicanda — ecclesiasticis aedificiis restaurandis attributa. Bgl. c. 29. 30. eod. (Gregor I. a. 593. 604.)

31) C. 10. Cau. X. qu. I. (Concil. Tarracon. a. 516.) c. 1. Cau. X. qu. III. (Concil. Bracarense II. a. 572.) c. 2. eod. (Concil. Emeritense a. 666.) c. 3. (Concil. Toletanum XVI. a. 693.)

32) Bgl. z. B. Capitularium Additio IV. cap. 58.

33) S. Capit. Ludovici a. 817. c. 10. (vgl. Capit. lib. I. cap. 85.) Capit. Ludov. et Lotharii a. 829. Cap. Generalia c. 4. (Pertz, Monumenta Germaniae Tom. III. fol. 207. 350.) Bgl. Cap. lib. V. cap. 100. Additio IV. cap. 98. 163. — Concil. Meldense a. 845. (c. 24. Cau. XXXIII. qu. VIII.) Capit. Caroli Calvi a. 865. cap. 11. (Pertz I. c. fol. 502.)

34) C. 61. Cau. XVI. qu. I. (Symmachus a. 502.) c. 32. Cau. XII. qu. II. c. 11. Cau. XVI. qu. III. (Concil. Agathense a. 506.) c. 12. eod. (Concil. Anrelian. I. a. 511.) u. a.

ein Ende nahm und die bisherige Kirchenfabrik den Weliehenen (Precksten, nachher Beneficiaten) mit zugefallen war, verstand es sich eigentlich von selbst, daß die nunmehrigen Besitzer auch die auf dem Gute ruhende Pflicht mit übernahmen, also den nöthigen Beitrag zur Erhaltung des Gotteshauses leisteten. Zuerst, so viel wir wissen, ward dieß im J. 794 auf einer Reichsversammlung zu Frankfurt ausgesprochen<sup>35)</sup> und öfter wiederholt<sup>36)</sup>. Quicunque ecclesiasticum beneficium habent, omnino adiuvent ad tecta ecclesiae restauranda vel ipsas ecclesias emendandas. Die Ausführung des Gesetzes war aber nur unter Androhung schwerer kirchlicher und bürgerlicher Strafen, selbst des Verlustes des Lebens mit Mühe zu erreichen. Da auch die Geistlichen, als Beneficiaten, verpflichtet waren, in ihren Einkünften jedoch vielfach geschmälert wurden, so mußte ihretwegen eine mildernde Vorschrift erlassen werden, daß nämlich erst dann ein Beitrag gefordert werden könne, wenn sie außer ihrem nöthigen Unterhalte noch Etwas erübrigten<sup>37)</sup>.

Auch nach der Aufhebung der alten Vertheilung des Kirchengutes wurde doch nicht überall die Kirchenfabrik selbst abgeschafft, vielmehr nach und nach eine solche, wo es thunlich war, wieder begründet. Dazu nahm man einen Theil der Oblationen, welche nach besonderer Observeanz verschieden dem Pfarrer und der Kirche zugewiesen wurden<sup>38)</sup>, die

35) Capit. Francofurt. cap. 26. (Pertz I, c. III. 74.) Gewöhnlich bezieht man sich (auch nach dem Erscheinen der Monumenta Germaniae 1835, Permaneder a. a. D. S. 16; Brendel, Handbuch des Kirchenrechtes, dritte Ausgabe, B. II, S. 1296, 1297; selbst Rang a. a. D. Heft I, S. 21, 22) auf ein Capitular zu Metz von 755 (756), dessen c. 4. jedoch nicht dazu gehört (Pertz I. c. p. 31. not. f.). Eben so wenig enthält das Capit. a. 779. c. 13. die hier in Betracht kommende Bestimmung (I. c. p. 37.).

36) Capitulare Longobard. a. 802. c. 6. (Pertz I. c. III. p. 104.) Conc. Mogantin. a. 813. c. 42., Arelatense VI 813. c. 25., Turonense III. c. 46. (Excerpta canonum a. 813. c. 24. Pertz I. c. p. 190. cap. 1. X. de ecclesiis aedific. (3. 48.) — Capit. Ludov. a. 817. c. 5. Capit. Ludov. et Lotharii a. 829. c. 8. (Pertz I. c. p. 215. 351.) — Capit. Caroli Calvi in villa Sparnaco a. 846. c. 53. 63. (I. c. p. 391. 392.) Daran schließen sich die Synoden während des ganzen Mittelalters (m. f. z. B. Conc. Pragense a. 1355. c. 48.)

37) C. 22. Cau. XVI. qu. I. (Innocent. II. c. 1129.) c. 4. X. de ecclesiis aedific. (3. 48.) (Alexander III. a. 1180.) Vgl. Conc. Cameracense a. 1324. (Hartzheim, Conc. Germaniae T. IV. fol. 287.)

38) In dem Sprengel des Erzbischofs von Riga, dem auch die vier Bisthümer der jetzigen Provinz Preußen unterlagen, bestand schon vor alten Zeiten die Observeanz, daß das während des Gottesdienstes auf den Altar gelegte Opfer dem Pfarrer, das außerdem Geopfert aber zur Hälfte der Fabrik gehören sollte. Oblationen auf den Altären wurden ebenfalls getheilt, das in den Kirchenstock oder die nach der Messe umgetragenen Tafeln Gelegte aber nur der Fabrik überwiesen. Nur local gab es davon einige Abweichungen (vgl. darüber Jacobson, Gesch. der Quellen des preuss. Kirchenrechtes B. I, Th. I, Anhang Nr. VII, Cap. 20, S. 34, verb. Nr. VIII, Cap. 14, S. 63, Nr. XXIV, S. 111 fig., Nr. XXV, S. 118 u. a. m.). Ueber die hiernach im Ermland übliche Vertheilung der Offertorialien s. m. v. Buchholz, in Zeitschrift für

der Kirche zugefallenen Geschenke und Legate<sup>39</sup>), Begräbnißgebühren<sup>40</sup>) u. a., in Collegiatstiftern und Domkirchen insbesondere auch Strafsgelder, Früchte vacanter Präbenden, die Distributionen, welche den abwesenden Capitularen nicht entrichtet wurden<sup>41</sup>) u. a. Auch ergänzte man die Fabrik durch Collecten, zu deren Erhebung besondere Fabrikbitter, Bausammler (petitores) umhergeschickt wurden<sup>42</sup>). Schon zeitig sah man es aber als eine besondere Pflicht der Gemeinde an, zur Unterhaltung und Herstellung der Kirche Beitrag zu leisten<sup>43</sup>).

Das Verhältniß aller dieser Mittel, das Maß der Beihilfe, die Art der Ausführung beruhte während des Mittelalters bis zum 16. Jahrhundert nicht auf festen allgemeineren Principien. Daher beschloß das Concil von Trident eine Norm zu geben, welche den vielen Zweifeln begegnen könnte, in folgender Art: *Parochiales ecclesias, etiamsi iuris patronatus sint, collapsas refici et instaurari procurent (episcopi) ex fructibus et proventibus quibuscunque, ad easdem ecclesias quomodo-cunque pertinentibus; qui si non fuerint sufficientes, omnes patronos et alios, qui fructus aliquos ex dictis ecclesiis provenientes percipiunt, aut in illorum defectum parochianos omnibus remediis opportunis ad praedicta cogat: quacunque appellatione, exemptione et contradictione remota. Quod si nimia egestate omnes laborent, ad matrices seu viciniore ecclesias transferantur*<sup>44</sup>). Diese Vorschrift, welche offenbar nur auf älteren Satzungen beruht, bildet jetzt das gemeine Recht, und

Theorie und Praxis des preuß. Rechtes von Bobrik und Jacobson (Rarientwerder 1834), S. 183 fig. — Ähnliche Observanzen finden sich auch in anderen Ländern. R. f. z. B. von der Diocese Brandenburg die Urkunde von 1358 bei Gerden, ausführliche Stiftshilfsurtheile von Brandenburg. Codex diplomat. nr. CVII. S. 563.

39) R. f. z. B. Elbinger Synode von 1427 c. 13 (Jacobson a. a. D. Rr. VI, S. 18, verb. v. 1440 daselbst S. 165).

40) Die Begräbnißgebühren bei Beerdigungen in der Kirche wurden in Preußen in drei Theile getheilt, von denen der eine dem Bischofe, der zweite dem Pfarrer, der dritte der Fabrik zufiel (vgl. Jacobson a. a. D. S. 111, 120, 121, u. a.).

41) Viele Beispiele geben die Capitelsstatuten und besonderen Verordnungen. R. f. Mone, Anzeiger für Kunde des Mittelalters, 1836, I. S. 92 fig., III. S. 501.

42) S. z. B. von 1292 u. a. Mone a. a. D. 1834 S. 323, 1836 S. 94, 95. Vgl. Concil. Pragense a. 1355. (Hartzheim l. c. IV. p. 395.)

43) So schon Eochar in den Constit. Olonnenses a. 825. cap. 8.: *Si filii eiusdem ecclesiae eas (plebes) restaurare noluerint, a ministris respublicae distringantur.* (Pertz l. c. III. p. 249.) Eugenius II. († 827.) und Leo IV. († 855.) auf römischen Synoden. (Anton Augustinus, iuris pontificii epitome lib. XIII. tit. II. cap. 4.): *De destructis ecclesiis, ut ab eis, qui eas possident, reaedificentur, et si non sufficient, a populo adiuventur.* Beispiele aus späterer Zeit s. m. bei Gonzalez Tellez zum c. 1. X. h. t., J. H. Böhmer, ius ecl. Protest. hb. III. tit. 48. §. 71.

44) Sess. XXI. cap. 7. de reform.



zwar eben sowohl in der katholischen<sup>45)</sup> wie in der evangelischen Kirche<sup>46)</sup>. Daraus ergibt sich also

1) die Baukosten sind zunächst aus den kirchlichen Einkünften, der Kirchenfabrik, zu bestreiten<sup>47)</sup>. Wenn der Heilige Mittel hat, muß er sich selbst erhalten und ernähren. Dies ist aber beschränkt auf solche Einnahmen zu beziehen, die entweder speciell zum Baufond oder für die Kirchenbedürfnisse im ganzen bestimmt sind. Der Grundstock, das Stammvermögen, kann dabei im Nothfalle mit angegriffen werden, jedoch nicht ohne Genehmigung der geistlichen Oberen, auch darf nicht so weit gegangen werden, daß die laufende Einnahme unter die darauf gewiesene laufende Ausgabe herabsinke<sup>48)</sup>.

2) Reicht das Kirchenvermögen nicht hin, so werden die Patrone und diejenigen, welche aus der Kirche Nutzungen ziehen, in Anspruch genommen. Rücksichtlich des Patrons ist es bestritten, ob derselbe absolut oder nur dann zum Beitrage verpflichtet sei, wenn er Vortheile von der Kirche hat. Die für die erste Ansicht aufgestellten Gründe<sup>49)</sup>, insbesondere daß im Texte des Tridentinischen Concils das Wort *omnes* nur auf *patronos* zu beziehen sei, sind jedoch nicht entscheidend, und so scheint die zweite Meinung<sup>50)</sup> jedenfalls den Vorzug zu verdienen. Allerdings wird eine indirecte Nothigung des Patrons nicht ausgeschlossen, indem bei der Weigerung des Beitrages auf Entziehung des Patronates selbst gedrungen werden kann. Die Erklärung Benedict's XIV. ist hierbei nicht unwichtig: *Cum patroni restaurare ac denuo erigere, si opus*

45) In den meisten katholischen Diöcesen ist eine ausdrückliche Bestätigung des Tridentinischen Schlußes erfolgt. Man s. z. B. Conc. Salisburg. a. 1569. const. 35., Atrabatense a. 1570 tit. 30., Tornacense a. 1574 tit. 19., Wratislav. a. 1592., Culm. a. 1706 cap. 37. u. a. (Hartzheim l. c. VII. p. 332. 791. VIII. p. 279. 387. X. p. 560. u. a.)

46) So erklärt z. B. Suarez in den amtlichen Vorträgen bei der Schlussrevision des allgem. preuß. Landrechtes in v. Kamptz's Jahrbüchern für die preuß. Gesetzgebung Heft LXXXI. S. 178: Die Vorschriften des Landrechtes Th. II, Tit. XI, §. 710 f., gründen sich theils auf das Concilium Tridentinum, theils auf die durch eine fast allgemeine praxis recipirte modificationes derselben, und bezieht sich dabei auf J. H. Böhmers, *ius parochiale* Sect. VII. cap. III. Vgl. auch Lang a. a. D. Heft I, S. 32 flg. Die Nichtanwendbarkeit behauptet Grünbler a. a. D. §. 16, S. 42, §. 17, S. 48, Note f. S. auch Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanwendung, zunächst für Bayern, 1837, Nr. 36.

47) Vergl. auch allg. preuß. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 712. Königl. sächsisches Gesetz v. 8. März 1838 §. 1 (Cober des sächs. Kirchenrechtes S. 481). Oesterreichische Gesetze bei Helfert a. a. D. §. 45.

48) Allg. Landrecht §. 713. Sächsisches Gesetz a. a. D. Helfert a. a. D.

49) Grünbler a. a. D. §. 16. Helfert, in der Recension von Reinhardt's Schrift, in Richter's kritischen Jahrbüchern, 1837, B. II, S. 700 u. a.

50) Brendel, Handbuch des Kirchenrechtes B. II, §. 483. Lang a. a. D. Heft I, S. 17, 23 flg. u. a. m. Ausdrücklich wird auch in manchen Gesetzen auf den Fruchtgenuß des Patrons Bezug genommen. M. s. z. B. Concil. Atrabatense a. 1570 tit. XXX. (Hartzheim l. c. VIII. p. 279.)

suerit, ecclesiam debeant non praecise, sed causative, ut expli-  
cant theologi, nempe: si ius praesentandi retinere velint; hinc factum  
est, ut iisdem patronis consentaneum temporis spatium proponatur,  
quo templum restaurent, vel si necessitas postulet, illud rursus  
aedificent; aut ius nominandi demittant<sup>51</sup>). Zu den Verpflichteten  
gehören als *Ruhsießer* die *Decimatoren*, sofern sie ihr Zehntrecht  
von der in Frage stehenden Kirche ableiten. Nach dem Standpunkte  
des canonischen Rechtes streitet aber eine Präsomption dafür, daß alle  
im Bereich der Kirche gezogenen Zehnten kirchlichen Ursprunges seien,  
daß folglich der Inhaber derselben zum Beitrage verpflichtet sind und  
sich nur durch den Beweis, daß der Zehnte weltlichen Ursprunges sei,  
davon befreien können<sup>52</sup>). Particularrechtlich ist diese Annahme auch  
bestätigt worden<sup>53</sup>); sonst aber ist in Deutschland die entgegengesetzte An-  
sicht als die gemeinrechtliche zu betrachten, mithin sind Laien, welche  
Zehnten besitzen, so lange für befreit von Beiträgen zu halten, bis die  
Verpflichtung speciell nachgewiesen wird<sup>54</sup>). Auch die *Ruhsießer* in-  
corporirter Pfarreien, wie Stifter, Klöster, kirchliche Corporatio-  
nen, Dignitäten u. s. w., müssen zur *Baulast* concurriren<sup>55</sup>); sind der-  
gleichen Institute späterhin säcularisirt, so ist die Pflicht auf den nun-  
mehrigen Inhaber, also den Umständen nach auch auf den Landesherren,  
übergegangen<sup>56</sup>). Eben so ist durch Aufhebung der Zehnten oder bei  
deren Ablösung auch das Erforderliche wegen der ferneren Kirchenbau-  
fälle angeordnet worden<sup>57</sup>). Zu den *Ruhsießern* gehören ganz besonders  
auch die *Pfarrer* und sonstigen *Beneficiaten*<sup>58</sup>), jedoch unter der  
Voraussetzung, daß ihre *congrua* unverkürzt bleibt<sup>59</sup>). In der evan-  
gelischen Kirche wurde diese Pflicht den *Geistlichen* nicht auferlegt, wobei

51) Prosp. Lambertini *institutiones eccles.* (Ingolst. et Augusti  
Vindel. 1751.) p. 667 sq.

52) *Permaneder* a. a. D. §. 18 flg.

53) Dieß ist schlechthin der Fall nach bayer'schem Rechte (*Permaneder*  
a. a. D. §. 72, 73), beschränkt nach anderen (s. Note 91). Bemerkenswerth  
ist übrigens die Ansicht der früheren französischen Jurisprudenz, welche auch  
allgemein die *Laienzehnten* als *contribuable* betrachtet (*Walther, Kirchenrecht*,  
9. Ausg., §. 272, Anm. w).

54) S. *Richter, Kirchenrecht* §. 303 und die daselbst S. 621, Anm. 15  
citirte Literatur.

55) *Permaneder* a. a. D. §. 22. *Brendel* a. a. D. §. 424.

56) S. *Reichsdeputationsrecess* vom 25. Februar 1803 §. 36. *Regl. preuß.*  
*Edict* v. 30. Oct. 1810 §. 4 (*Gesetzsammlung* d. K. S. 32).

57) W. f. z. B. von Baden: *Vogelmann*, die Zehntablösung im Groß-  
herzogthume Baden (*Karlsruhe* 1838. 8.), Anhang Nr. 4, 5, 11.

58) Indem die *Geistlichen* als *Ruhsießer* in Anspruch genommen werden,  
ergibt sich, daß wenn sie nicht als *Decimatoren* u. s. w. erscheinen, sondern  
aus *Staatscassen* besoldet werden, die Verpflichtung fortfällt.

59) Im Großherzogthume Posen ist dieß durch den Landtagsabschied vom  
7. November 1837, mit Bezugnahme auf das allg. Landrecht Th. II, Tit. XI,  
§. 710, 784 flg., und den Anhang zur allgem. Gerichtsordnung Th. I, Tit.  
XXIV, §. 160, 161, anerkannt worden (v. *Kampß, Jahrbücher* B. L,  
S. 486).

besonders die Rücksicht auf die größeren Bedürfnisse derselben wegen des Unterhaltes der Familie maßgebend werden mußte. — Was übrigens das Verhältniß sämmtlicher Nutznießer hinsichtlich ihrer Beiträge betrifft, so sind sie, als zu derselben Kategorie gehörig, pro rata redituum verpflichtet. Die Einkünfte selbst werden nach einem Durchschnittsquantum berechnet, doch werden von der Beitragsquote die auf Perception des Zehnten gewendeten Kosten abgezogen<sup>60)</sup>.

3) Können die Kosten zur Herstellung der Kirche nicht durch die Nutznießer aufgebracht werden, dann tritt die subsidiäre Pflicht der Pfarrgenossen ein. Die Parochianen sind aber als Mitglieder des Sprengels<sup>61)</sup>, für den die Kirche besteht, im allgemeinen ohne Ausnahme zur Reparatur gehalten und können sich auf andere Immunitäten nicht berufen, weil diese auf eigenthümlichen mit dem Parochialverbande nicht zusammenhängenden Gründen beruhen. Ihre Freiheit muß deshalb speciell bewiesen werden<sup>62)</sup>. Was insbesondere die Berufung auf Verjährung betrifft, so kann wohl rücksichtlich einzelner Beiträge der bloße Zeitablauf von Wirkung sein, nicht aber zur Begründung einer vollständigen Immunität dienen; zumal wenn es sich um einen Neubau der Kirche handelt<sup>63)</sup>. Die Simultankirchen werden von den Mitgliedern der verschiedenen Confessionen verhältnißmäßig unterhalten; dagegen können sonst Bekenner eines anderen Glaubens nicht als verpflichtet betrachtet werden, für die Cultusbedürfnisse beizutragen, insofern nicht etwa dieselben von der Civildgemeinde aufzubringen sind<sup>64)</sup>, oder die Last als eine dingliche von dem Besitze eines Grundstückes abhängt und daher von dem jedesmaligen Besitzer getragen werden muß<sup>65)</sup>. Im allgemeinen erscheint sonst die Baulast als ein onus mixtum: denn die persönliche Seite liegt in der Eigenschaft des Beitragenden als eines

60) Der Patron ist aber nicht berechtigt, seine Competenz in Abzug zu bringen, da diese immer erst subsidiär aus Ueberschüssen genommen wird (s. Permaneder a. a. D. §. 28; Lang a. a. D. Heft II, S. 318 flg.).

61) Der Fiscus kann daher aus dem Grunde der Parochialpflicht nicht in Anspruch genommen werden, da er nicht Parochian sein kann (vgl. preuß. Rescript v. 18. Januar 1822 in v. Kampff, Annalen VI. S. 114, 115).

62) Dieß ist bisweilen für ablige Gutsbesitzer der Fall, und dann genügt der Nachweis, daß ein Gut ein abliges sei (Gründler a. a. D. §. 30, S. 71).

63) Vgl. über die Erwerbung der Immunität von geistlichen Lasten, insbesondere durch Verjährung in: Schütter und Wallis, juristische Zeitschrift für das Königreich Hannover B. IX, Heft I, S. 136 flg. Vgl. einen Rechtsfall daselbst B. IV, Heft I, S. 186.

64) Dieß ist z. B. nach der französischen Gesetzgebung der Fall und gilt daher auch jetzt noch in den teutschen Rheinlanden. S. Decret v. 30. Decem-ber 1809, concernant les fabriques v. 14. Februar 1810 u. a. (Herrens, Handbuch der Staatsgesetzgebung über den christlichen Cultus B. II, S. 412 flg., 475 flg.).

65) So war es früher zum Theil im Bisthume Culm, wo aber in neuerer Zeit durch besondere Vereinbarung Aenderungen eingetreten sind. Vgl. Leman, westpreussisches Provinzialrecht B. I, S. 287—289. Darauf hin haben auch die Gerichte die Freiheit der Evangelischen in katholischen Kirchspielen von der baulichen Unterhaltung ausgesprochen.

Pfarrkinde, die dingliche aber darin, daß nach dem Vermögen desselben die Größe des Beitrages abgemessen wird<sup>66</sup>). Wo die Last als eine dingliche besteht, ergibt sich auch die Verpflichtung der Forensen, d. h. solcher, die nicht Parochianen sind, aber im Pfarrsprengel contribuablen Besitzungen haben. In der Praxis sucht man aber für katholische Forensen schlechthin die Verpflichtung darauf zu gründen, daß sie bezüglich ihrer Prædialbesitzungen an den kirchlichen Umgängen, Gebeten und Segnungen für das Gedeihen der Feldfrüchte participiren, und daß die zur Bewirtschaftung verwendeten Dienstleute an manchen gottesdienstlichen Handlungen in der fraglichen Kirche selbst Antheil nehmen, überdies auch nach evangelischem Kirchenrechte die Forensen nicht absolut frei sind, sondern im Nothfalle mit zugezogen werden können<sup>67</sup>). Rückfichtlich der Beitragspflicht der mit einander combinirten Gemeinden ist nach dem Verhältnisse derselben zu einander Entscheidung zu treffen. Sind sie coordinirt (unio per æqualitatem), so daß derselbe Pfarrer abwechselnd in beiden vollständig administriert, so sorgt jede Gemeinde allein für ihre Kirche. Ist dagegen das Verhältniß das der Subjection, so daß eine als Mutter-, die andere als Tochterkirche erscheint, die Mitglieder der letzteren auch dem Pfarrgottesdienste jener theilweise beizuwohnen verbunden sind, so haben die Filialen außer ihrem eigenen Gotteshause auch zur Erhaltung der matrix beizutragen<sup>68</sup>).

Das Maß, nach welchem die Pfarrgenossen in Anspruch genommen werden, beruht meistens auf besonderen Gesetzen und Observanzen; wo es aber an solchen fehlt, scheint der Contributionsfuß bei den bürgerlichen Abgaben wohl unbedenklich festgehalten werden zu können<sup>69</sup>). Die rechtliche Verpflichtung steht aber immer in subsidium fest und es kann daher nöthigen Falles auch Execution verfügt werden. Das Tridentinische Concil spricht sich darüber bestimmt genug aus; doch fehlt es nicht an abweichender Ansicht, nach welcher in den Fällen, wo die Beiträge nicht gesetzlich oder nach Observanz regulirt sind, dieselben nur ohne Zwang durch Bestattung einer Kirchencollecte aufzubringen sein sollen<sup>70</sup>). Eine solche würde aber erst dann erforderlich sein, wenn die Parochianen wegen Armuth nichts leisten können, bei deren Vorhandensein sonst auch wohl den Bischöfen auferlegt wird, suo auxilio et sub-

66) Grändler a. a. D. §. 28.

67) Permaneder a. a. D. §. 24, Anm. 4, S. 46. Brendel a. a. D. §. 436, S. 1307, Anm. z.

68) Vgl. besonders Pfeiffer, über das Verhältniß, in welchem die Parochianen einer Filialgemeinde zu den Kosten der Erhaltung und Wiederherstellung der Kirche der Muttergemeinde beizutragen rechtlich verbunden sind, in dessen practischen Ausführungen B. II, Nr. XI. S. auch Sahnhorst, Jahrbücher des badiſchen Oberhofgerichtes B. V, S. 90, B. VII, S. 34, B. VIII, S. 99, B. IX, S. 27. Brendel a. a. D. S. 1307, 1308. Permaneder, a. a. D. §. 25, geht weiter, indem er die Filialen für concurrenzpflichtig erklärt, wenn sie auch durch einen Hilfspriester vollständig bedient werden.

69) Grändler a. a. D. §. 29, S. 68. Permaneder a. a. D. §. 29, 70) Eichhorn, Kirchenrecht B. II, S. 808, Anm., S. 810.

sidio nachzuhelfen<sup>71)</sup>. Nach der Vorschrift des Tridentinischen Concils soll dann eigentlich die Gemeinde der Mutterkirche oder anderen benachbarten Pfarochien einverleibt werden. Die Materialien des Gotteshauses sind zu würdigen weltlichen Zwecken zu verwenden, auf der Stelle, wo das Gebäude stand, aber ist ein Kreuz zu errichten.

Außer diesen gemeinrechtlichen Bestimmungen nimmt man als eine allgemeine Uebervanz noch an, daß die Pfarochianen in jedem Falle, wo ihnen auch die Baulast nicht obliegt, Hand- und Spanndienste zu leisten haben, was auch die Praxis und die particulare Gesetzgebung in der Regel bestätigt hat<sup>72)</sup>. Ueberhaupt weicht aber das Territorialrecht in mannichfacher Weise von den bisher dargestellten Grundsätzen ab.

In Baden sollen die Bauschaffneien, demnächst die Zehntherren repariren. In Zweifelsfällen tritt aber eine Theilung ein, so daß die Kirchencasse das Langhaus oder Schiff mit Dach, die Gebäude und Hofumfassung die Zehntherren, Chor und Sacristei mit Dach u. s. w., das Kirchspiel den Thurm herzustellen schuldig sind. Insofern nicht besondere Stiftungen vorhanden sind, wird die Uhr von der bürgerlichen Ortsgemeinde, die Kanzel, Stühle, Altäre, Orgel und Glocken von der Kirchspielsgemeinde erhalten. Das Kirchspiel kommt stets in subsidium auf und hat dann, wenn es nicht baute, Hand- und Fuhrarbeiten zu leisten<sup>73)</sup>.

In Bayern ist als Regel das gemeine Recht anerkannt<sup>74)</sup>; eben so in Braunschweig<sup>75)</sup>, im Großherzogthum Hessen<sup>76)</sup>, in Nassau<sup>77)</sup>, Oesterreich<sup>78)</sup>, Weimar<sup>79)</sup>, Württemberg<sup>80)</sup> u. a.

In Kurhessen dagegen bestreitet die Kirchencasse nur den Arbeitslohn, die Baumaterialien liefert die Gemeinde, Fahrdienste leisten die Anspanner, Handdienste die Weisassen<sup>81)</sup>. In Sachsen wird nur so viel aus dem Kirchenvermögen geleistet, als die geistliche Behörde nach Erwägung der Verhältnisse der betreffenden Kirche für rathsam erachtet, die Eingepfarrten aber müssen jedenfalls Hand- und Spanndienste thun und den übrigen Kostenbedarf, erforderlichen Falles sämmtliche Kosten, aufbringen<sup>82)</sup>. Wegen der Patrone fehlt es beim Schweigen der Gesetz-

71) M. f. z. B. Conc. Salzburg. a. 1569, const. XXXV. (Hartzhelm I. c. VII. p. 332.)

72) Permaneder a. a. D. §. 30. Lang a. a. D. Heft I, S. 30 flg.

73) S. die Auszüge bei Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes B. I, S. 180 flg.

74) Vgl. außer der schon oben cit. Literatur Müller a. a. D. S. 148 flg.

75) Steinacker, particulares Privatrecht des Herzogthums Braunschweig (Wolfenbüttel 1843. 8.), S. 171 flg.

76) Müller a. a. D. S. 185 flg.

77) Ditto, nassauisches Kirchenrecht §. 186. Müller a. a. D. S. 191.

78) Helfert a. a. D. Müller a. a. D. S. 142 flg.

79) Müller a. a. D. S. 192.

80) Val. die Auszüge der Gesetze bei Müller a. a. D. S. 173 flg.

81) Kurhessisches Kirchenrecht von Ledberghose, herausgegeben von Pfeiffer, §. 466 flg. Müller a. a. D. S. 188.

82) Weber, systemat. Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechtes (I. Ausgabe) Th. II, Abth. II, S. 748 flg. Müller a. a. D. S. 178 flg.

gebung an einem festen Gerichtsgebrauche<sup>83</sup>). In Preußen<sup>84</sup>) sind die Kosten hauptsächlich aus dem Kirchenvermögen zu nehmen; doch müssen bei Landkirchen die Eingepfarrten in jedem Falle, ohne Unterschied, die Hand- und Spanndienste unentgeltlich leisten, mit Ausnahme solcher Arbeiten, die Kunst- oder handwerksmäßige Kenntniß erfordern<sup>85</sup>). Bei Stadtkirchen werden die Dienste zu den übrigen Kosten geschlagen. Reicht das Kirchenvermögen nicht hin, so muß der Ausfall vom Patron und den Eingepfarrten gemeinschaftlich getragen werden, bei Landkirchen zu zwei und einem Dritttheil, umgekehrt bei Stadtkirchen. Von diesen Festsetzungen weichen aber die Provinzialrechte und Observanzen zum Theil in sehr wesentlichen Punkten ab. Im Bisthume Ermland werden bei den katholischen Kirchen in der Regel alle Kosten vom Patron und den Eingepfarrten getragen, und nur wenn eine Kirche ansehnliches Vermögen hat, pflegen die Bischöfe einen Theil daraus zu genehmigen<sup>86</sup>). Im Erzbisthume Köln ist nach den älteren und, insofern nicht durch die französischen Zustände Aenderungen eingetreten sind, noch jetzt geltenden kirchlichen Vorschriften<sup>87</sup>), die auch durch die weltlichen Herrschaften bestätigt wurden<sup>88</sup>), anerkannt, daß die Besitzer der großen Zehnten das Schiff erhalten müssen, die Gemeinde den Thurm nebst allen Nebengebäuden und Anhängen (appendices) der Kirche, der Pfarrer den Chor. Im Trier'schen legen die Statuten den Parochianen Hand- und Spanndienste auf<sup>89</sup>), die erzbischöflichen Ordinationen von 1719 sprechen daneben die im kölnischen geltenden Grundsätze aus<sup>90</sup>), deren Anwendbarkeit jedoch nicht ohne Grund in Zweifel gezogen ist, weshalb die Gerichte jetzt annehmen, daß, wo der Zehntberechtigte seine Beitragspflicht bestrittet, die Kirche erst den Beweis eines verbindlichen Herkommens zu führen habe<sup>91</sup>).

83) Ueber diese bestrittene Frage, die auch für die preussische Provinz Sachsen von Wichtigkeit ist, s. m. insbesondere Pinder in v. Kamptz's Jahrbüchern XXXV. S. 226 flg. u. LIX. S. 391 flg.

84) Allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 710 flg. Müller a. a. D. S. 144 flg.

85) Nach einem Ministerialrescript v. 13. Nov. 1837 gehört dazu auch die Bretschneiderarbeit.

86) Ostpreuß. Provinzialrecht Zusatz 197, §. 8, verb. mit Schreiben des Bischofs v. 27. Nov. 1798 (Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes B. I, Th. I, url. Nr. XCVIII, S. 303, 304).

87) Directorium pro synodo diocesis Colon. a. 1662 P. III. tit. VII. cap. 2. §. 3. (Hartzheim l. c. T. IX. fol. 1035.), bestätigt durch Verordn. des Erzbischofs Joseph Clemens v. 28. August 1715 und Clemens August v. 15. Februar 1740 (Eölnische Ebitensammlung B. II, S. 34. • Bgl. Schlä- ter, Provinzialrecht von Westphalen Bd. III, Anhang S. 168 flg.).

88) S. z. B. Verordn. des Kurfürsten Johann Wilhelm v. 10. Sept. 1711, 6. Aug. 1714 u. a.

89) Synode v. 1678 Cap. IV, §. 16 (Hartzheim l. c. X. p. 77).

90) Damit übereinstimmend eine Verordnung v. 2. Nov. 1720 (Scotti, Sammlung Trier'scher Gesetze Th. II, S. 820).

91) Zusammenstellung der in den ostrheinischen Theilen des Regierungsbezirks Coblenz noch geltenden Rechte (Berlin 1837), S. 349 flg.

Die bisher dargelegten Grundsätze können in den Fällen, wo es sich nicht um Erhaltung, sondern um Erweiterung der Kirche handelt<sup>92</sup>), nicht maßgebend sein, obgleich eine analoge Anwendbarkeit wohl gerechtfertigt scheint. Zunächst wird es hier darauf ankommen, ob specielle Gründe der Baupflicht vorhanden sind, also nach der Stiftungsurkunde, einem Testamente, Vertrage oder einer sicheren Observanz. Fehlt es daran, so muß zunächst das Kirchenvermögen in Anspruch genommen werden, und zwar in weiterem Umfange, als bei einer bloßen Reparatur. Dann werden wieder Nutznießer und die Parochianen anzuziehen sein; immer wird es hier aber von Bedeutung, ob ein casus necessitatis oder utilitatis vorliegt: denn im letzteren Falle wird nicht eine so unbedingte Pflicht angenommen werden können, als in dem ersteren, unter dessen Voraussetzung z. B. der Patron, wo er sonst als Nutznießer verpflichtet ist, unter Androhung des Verlustes seines Rechtes zur Beihilfe veranlaßt werden dürfte.

Hinsichtlich anderer kirchlichen Gebäude treten zum Theil eigenthümliche Grundsätze ein. Die Wohn- und Dekonomiegebäude der Pfarrer und anderer Kirchenbeamten, insofern es auf deren Neubau oder Hauptreparaturen ankommt, sind nach den Bestimmungen, welche über die Kirchen selbst gelten, zu beurtheilen, denn sie erscheinen als Zubehör derselben<sup>93</sup>). Daher erklärte auch die Congregatio interpretum Concilii Tridentini: Idem de domibus pro necessaria parochi habitatione intelligendum, quod ecclesiis parochialibus decisum est, .. omni contradictione remota. Anders verhält es sich dagegen bei kleineren Reparaturen, deren Kosten die Bewohner bis zu einer particularrechtlich bestimmten Summe<sup>94</sup>) selbst zu bestreiten haben, da sie als Nutznießer diese Gebäude in baulichem Stande erhalten müssen<sup>95</sup>). Außerdem versteht es sich von selbst, daß sie für jeden, auch größeren Schaden aufkommen, der durch ihre eigene Schuld veranlaßt ist<sup>96</sup>). Rücksichtlich der Schulgebäude, insofern sie zugleich zur Küsterwohnung dienen, scheinen die allgemeinen Verordnungen ebenfalls anwendbar zu sein, wdh-

92) Pang a. a. D. Heft II, S. 308 flg.

93) Gröndler a. a. D. §. 40. Permaneder a. a. D. §. 81. Wegen der Particularrechte s. m. die obigen Citate.

94) Das preuß. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 785, zählt zu den kleinen Reparaturen solche, die entweder gar keine baaren Auslagen oder nur einen Kostenaufwand von nicht mehr als drei Thalern betragen. Bei der Unterhaltung der Säune und Behege besteht aber eine solche Beschränkung nicht (s. das Note 96 angeführte Rescript). Nach provincieller Observanz sind aber die Kirchenbeamten selbst davon befreit (vgl. z. B. von Minden=Ravensberg Jacobsen, Gesch. des preuß. Kirchenrechtes Th. IV, B. I, u. a. m.), und daß solche Observanzen auch jetzt noch zu berücksichtigen sind, ist durch Circular des geistl. Ministeriums v. 17. März 1842 anerkannt worden (v. Kamp, Jahrbücher B. LIX, S. 519 flg.).

95) Vgl. L. 7. §. 2. D. de usufructu. (7. 1.) c. 7. C. de usufructu. (3. 33.)

96) Dieß wird selbst auf den Neubau von Säunen und Behegen u. s. w. ausgebehnt. Circular des geistlichen preuß. Ministeriums v. 21. Oct. 1841.

rend sonst, mit Ausschluß des Kirchenärars, nur die zur Schule gewiesenen Einwohner verpflichtet sind; doch fehlt es auch hierbei nicht an abweichenden Ansichten und an verschiedenen particularen Festsetzungen<sup>97)</sup>.

Bei der Erhaltung der Kirchentürme, insofern nicht darüber besondere Vorschriften gelten (s. Anm. 88 fg.), kommt es wohl vorzüglich darauf an, ob dieselben mit dem Gotteshause selbst verbunden sind oder nicht. Im ersten Falle treten die für die Kirche selbst anwendbaren Bestimmungen ein, im zweiten dagegen ist der Gemeinde die Last allein aufzulegen<sup>98)</sup>. Der Gemeinde wird auch regelmäßig die Erhaltung des Gebäudes<sup>99)</sup>, der Kirchenglocken<sup>100)</sup>, der Orgeln<sup>101)</sup> aufgetragen, und eben so der Gottesäcker<sup>102)</sup>, obwohl manche davon, wenn der Kirchhof mit der Kirche selbst zusammenhängt, principaliter das Kirchenärarium für verpflichtet halten<sup>103)</sup>. Eine eigenthümliche Vorschrift enthält die bayer'sche Verfassungsurkunde von 1818 Beilage II, §. 5.: Wenn in einzelnen Gemeinden nach hinlänglicher Deckung der Localbedürfnisse Ueberschüsse sich ergeben, so sollen diese zum Besten des nämlichen Religionstheiles verwendet werden: zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Kirchen und geistlichen Gebäude in anderen Gemeinden, die dafür kein hinreichendes eigenes Vermögen besitzen. Nicht ohne Grund ist aber die Rechtmäßigkeit dieser Bestimmung bezweifelt worden<sup>104)</sup>. Sie streitet insbesondere mit der wohl allein richtigen Ansicht, daß jede Gemeinde Subject ihres besonderen Kirchengutes sei<sup>105)</sup>.

Die Aufsicht, Entscheidung und Leitung der Kirchenbau-sachen unterliegt als Angelegenheit gemischter Natur sowohl den geistlichen als weltlichen Behörden, deren Verhältniß hierbei durch die Territorialgesetzgebung näher bestimmt ist.

Nach dem Standpunkte des canonischen Rechtes, den auch das Tridentinische Concil festhält<sup>106)</sup>, ist die Sorge für Kirchenbau-sachen

97) S. Gröndler a. a. D. §. 42. Ueber die zu verschiedener Zeit anders gefasste Interpretation des allg. preuß. Landrechtes Th. II, Tit. XII, §. 37, s. m. Plenarschlus des Geh. Obertribunals vom 9. Mai 1842, nebst den Gründen in: Seligo und Ulrich, Entscheidungen des Geh. Obertribunals (Berlin 1843); B. VIII, S. 149 fg. Ueber das sächsische Recht s. m. die oben cit. Berordn. v. 8. März 1838.

98) Die Particularrechte legen meistens der Gemeinde die Pflicht auf, m. f. z. B. von Kurheffen Ledderhose a. a. D. §. 497.

99) Glöck a. a. D. §. 44, S. 89, 90.

100) Lang a. a. D. Heft II, S. 317, 318.

101) Glöck a. a. D. S. 91. Lang a. a. D. S. 317.

102) Glöck a. a. D. §. 45. Lang a. a. D. S. 334 fg.

103) Das preuß. Recht Th. II, Tit. XI, §. 761 fg., sieht die Unterhaltung der Begräbnißplätze als eine gemeine Last an, die allen obliegt, die daran Theil zu nehmen berechtigt sind. Wenn aber die Kirche Bezahlung für die Grabstellen erhält, so muß der Kirchhof aus der Kirchengasse auf die Art, wie die Kirche selbst, unterhalten werden; der Patron ist aber der Regel nach nicht zum Beitrage verpflichtet. — Wegen der Kirchenstühle s. m. den Art. Kirchengut.

104) M. f. Gröndler, in der allgem. Kirchenzeitung, 1842, Nr. 40.

105) S. den Art. Kirchengut.

106) Sess. VII. cap. 8. de reform. Sess. XXI. cap. 7. 8. de reform.



allein dem Bischöfe übertragen, doch ist zum Theil schon während des Mittelalters auch dem Staate eine gewisse Mitwirkung hie und da zugestanden<sup>107)</sup>, und allgemeiner ist jetzt die beiderseitige Competenz anerkannt<sup>108)</sup>. Nach den besonderen Ressortverhältnissen sind daher sowohl niedere, als höhere Behörden hierbei thätig. Die Nothwendigkeit eines Kirchenbaues oder einer Reparatur wird nach vorangegangener Untersuchung der Localumstände entschieden, nachdem die Betheiligten selbst noch besonders vernommen sind. Steht die Nothwendigkeit des Baues fest, so wird auf administrativem Wege das Erforderliche veranlaßt, und im Falle des Streites das Interimisticum regulirt. Von dieser provisorischen Entscheidung kann aber bisweilen mittelst eines Recurses zu den höheren Staatsbehörden Abänderung erlangt werden, oder es bleibt die Ausführung der besonderen Rechte als Justizsache<sup>109)</sup> bei den ordentlichen Gerichten den Interessenten überlassen<sup>110)</sup>. P. F. Jacobson.

**Kirchengut.** Die Kirche hat eine doppelte Seite, eine innere und eine äußere, die eine so nothwendig als die andere, wenn nicht die Kirche zu einem geistlosen Körper gemacht oder zu einem bloßen Gedanken verflüchtigt werden soll. Wir betrachten daher die Kirche als eine sichtbare Anstalt, bestimmt die Idee der Religion zu verwirklichen<sup>1)</sup>. Die Kirche ist der Leib der Religion, und wie der Körper der Nahrung bedarf, um zu existiren, so kann die Kirche auch der äußeren Mittel nicht entbehren, um ihren Zweck, d. h. die Begründung des Reiches Gottes auf Erden, zu erreichen. Damit rechtfertigt sich der Anspruch der Kirche auf den Besitz zeitlicher Güter (Temporalien). Die rechtlichen Grundsätze, welche hierbei zur Anwendung kommen, bilden den Gegenstand der folgenden Darstellung.

In den Quellen des gemeinen Rechtes finden sich die hier zu berücksichtigenden Vorschriften zerstreut; die Literatur umfaßt aber meistens nur einzelne Objecte des kirchlichen Vermögens, so daß von allgemeineren Schriften nur anzuführen sind: Helfert, von dem Kirchen-

107) M. f. z. B. von Bayern Per maneder a. a. D. §. 35. Im französischen Reiche waren die missi dominici neben den Bischöfen thätig, und überhaupt die weltliche Macht entschieden wirksam. Vgl. Franc. de Roye, de missis dominicis p. 130 sq. 240 sq.

108) Dieß ist insbesondere auch in der evangelischen Kirche anerkannt, und tritt besonders da hervor, wo die Presbyterialverfassung anerkannt ist.

109) Wie weit hier die Administration und Justiz eingreifen haben, läßt sich durch wissenschaftliche Grundsätze zwar bestimmen, doch fehlt es sowohl bei den Schriftstellern, als in der Gesetzgebung an Uebereinstimmung. M. f. z. B. Brinckmann, die Frage, ob eine Kirchencasse hinreichende Mittel habe, Neubauten und Ausbesserungen zu bezahlen, ist nach erhobenem Streite von den Gerichten zu entscheiden und keineswegs an die administrativen Behörden zu verweisen (in seiner: wissenschaftlich-practischen Rechtskunde B. I (Schleswig 1835), Nr. 35.

110) Gröndler a. a. D. §. 48 flg.

1) Man vgl. über die abweichenden Ansichten den Art. geistliche Gerichtsbarkeit Bd. IV, S. 581 flg.

vermögen, 3. Aufl. (Prag 1834), B. 2, 8., und die betreffenden Abschnitte der Hand- und Lehrbücher, insbesondere Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechtes Bd. II, Buch VII. Walter, Lehrbuch Buch VI. Richter, Lehrbuch Buch VI.

### I. Der Erwerb der Kirche im allgemeinen<sup>2)</sup>.

In der Synagoge wurden diejenigen Beamten der Gemeinden, welche religiöse Functionen zu vollziehen hatten und insbesondere die Leviten von den anderen Stämmen unterhalten. Theils hatten sie in den 12 Stammgebieten 48 Städte nebst den umliegenden Bezirken zur Lagerstätte für das Vieh, theils den Zehnten und gewisse Portionen der Opfer, später auch Grundeigenthum<sup>3)</sup>. Die Apostel und ersten Kirchenvorsteher konnten, von der jüdischen Gemeinde getrennt, auf Unterhalt von derselben keinen Anspruch machen und wurden, außer dem Erwerbe, den ihnen ihr besonderes Handwerk gewährte, schon frühzeitig durch die Mitbrüder mit dem Erforderlichen versehen<sup>4)</sup>. Freiwillige Gaben waren es zunächst, die man spendete, Oblationen aller Art, aus denen man die Agapen mit dem heiligen Mahle feierte und die sonstigen Bedürfnisse für die Beamten und Armen bestritt. Man sah dieß als eine heilige Pflicht an<sup>5)</sup> und entrichtete die Oblationen als eine Art Tribut, Spotteln<sup>6)</sup>, zu deren Sammlung man auch einen eigenen Opferkasten aufstellte<sup>7)</sup>. Die Spenden wurden bald so groß, daß man besondere Speicher dafür anlegen mußte, auch wurden schon zeitig Grundstücke der Kirche dargebracht<sup>8)</sup>. Die Verwaltung des Gutes besorgte das Presbyterium, insbesondere der Bischof, welcher sich dabei der Diakonen, als der Armenpfleger bediente<sup>9)</sup>.

Dem Staate gegenüber war der Erwerb der Kirche ein Unrecht, daher wurden die Güter confiscirt. Seit dem 4. Jahrhunderte traten aber mit der Reception des Christenthumes andere Grundsätze ein, so daß im Jahre 313 Licinius die Rückgabe der eingezogenen Güter verfügte<sup>10)</sup>, und bald verschiedene Privilegien zu Gunsten der Kirche er-

2) Thomassin, *vetus ac nova ecclesiae disciplina* P. III. lib. I. Roestel, *de bonis ecclesiasticis ante Constantinum Magnum*. Regiomonti 1825. 4. Riffel, *geschichtliche Darstellung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat* B. I (Mainz 1836), S. 14 fig. Vgl. bes. Tit. X. *de testamentis et ultimis voluntatibus*. (3. 26.)

3) S. die Belege bei Scholz, *Handbuch der biblischen Archäologie* (Bonn 1834. 8.), S. 209.

4) I. Corinth. IX. 13 sq. I. Timoth. V. 18.

5) I. Corinth. XVI. 1 sq. II. Corinth. VIII. 1 sq.

6) Tertullian, *de persecutione in fuga* cap. XIII. XIV. Cyprian, *epist.* IX. XXXIV. (f. c. 6. Cau. XXI. qu. III.)

7) Man folgt dabei dem Muster des Schatzkastens im Tempel (Riffel a. a. D. S. 115).

8) Can. 3—5. *Apostolorum* (f. v. Drey, über die Constitutionen und Canones der Apostel S. 365).

9) Cyprian, *epist.* XXVIII. XXXIV. LXVI.

10) Das Edict bei Lactantius, *de mortibus persecutorum* cap. XLVIII. verb. Eusebius, *hist. eccl.* lib. X. cap. 5.

gingen. Die Götter und deren Tempel als Erben einzusetzen war eigentlich den Vorschriften des römischen Rechtes zuwider, da nach diesem *personae incertae*, juristische unsichtbare Personen, nicht von Todes wegen bedacht werden durften. Durch besondere Bewilligungen, hervorgegangen aus Senatsbeschlüssen und kaiserlichen Constitutionen, ward indessen das allgemeine Verbot zu Gunsten einzelner Götter und Tempel aufgehoben<sup>11)</sup>. Indem die Kirche nun im römischen Reiche anerkannt worden, konnte dieß Princip auch für sie zur Anwendung kommen<sup>12)</sup>, und Christus zum Erben eingesetzt werden. Justinian bestimmte nachher, daß, wenn Christus zum Erben ernannt sei, darunter die Kirche des Wohnortes des Testators zu verstehen sei; ist ein Erzengel oder ein Märtyrer eingesetzt, so ist es die diesem gewidmete Kirche des Wohnortes, oder, wenn es dort an einer solchen fehlt, die der Hauptstadt der Provinz. Im Falle des Zweifels soll die Kirche den Vorzug haben, zu der der Erblasser besondere Zuneigung während seines Lebens gezeigt, und wenn dieß nicht nachweisbar ist, die ärmste Kirche<sup>13)</sup>.

Seitdem wurde die Kirche sowohl von den Kaisern, als von Privatpersonen vielfach begabt. Sie erhielt auch die eingezogenen Tempel der Heiden und Häretiker so wie Gefälle des *Fiscus*<sup>14)</sup>. Auch einzelne Kleriker wurden bedacht und suchten bald durch ihren Einfluß auf das Volk und durch Erbschleichelei zu Besitzungen zu gelangen, so daß sich Kaiser Valentinian zu Beschränkungen genöthigt sah<sup>15)</sup>, die jedoch nicht die Kirche selbst, sondern nur die einzelnen Geistlichen trafen. Einem anderen Mißbrauche begegnete Theodosius<sup>16)</sup>, indem er den Diakonissinnen, welche nach gesetzlicher Bestimmung Wittwen sein und Kinder haben sollten, verbot, Kirchen oder Klerikern unter Lebenden oder von Todes wegen etwas zuzuweisen; doch beschränkte er alsbald dieß Verbot auf Immobilien<sup>17)</sup>. Der Kaiser Marcian stellte indessen das ältere unbedingte Gesetz Constantin's wieder her<sup>18)</sup>. Im einzelnen ergingen aber mannichfache sehr günstige Vorschriften für den kirchlichen Erwerb überhaupt.

11) Ulpian, tit. XXII. §. 6. (s. F. C. Conradi, *diss. de iis heredibus ex testamento apud Romanos*, bei Pernice, *Conradi scripta minora* vol. I. nr. 2. Dirksen, *civilistische Abhandlungen* B. II, S. 50 fig. v. Savigny, *System des heutigen römischen Rechtes* B. II, S. 262 fig.).

12) C. 4. C. Th. de episcopis. (16. 2.) c. 1. C. J. de sacros. ecclesiis. (1. 2.) (Constantin. a. 321.)

13) C. 26. C. de sacros. eccl. a. 530. Obgleich diese Stelle nicht glossirt ist, so hat man doch die Grundsätze derselben befolgt. S. v. Savigny a. a. D. Ueber einen Fall aus dem J. 1703 s. m. Leyser, *Meditationes ad Pandectas* XII. 342.

14) Bgl. c. 20. 25. C. Th. de paganis. (16. 10.) c. 43. 52. 57. 65. C. Th. de haereticis. (16. 5.) Nov. CXXXI. cap. 14.

15) C. 20. C. Th. de episcopis et clericis (16. 2.) a. 370. Hieronymus sah sich darüber zu der Bemerkung veranlaßt: *Nec de lege conqueror, sed doleo cur meruerimus hanc legem (epist. LII. ad Nepotianum)*.

16) C. 27. C. Th. tit. cit. a. 390.

17) C. 28. eod. a. 390.

18) C. 18. C. de sacros. eccl. a. 455.

Geistliche, die ohne Testament und ohne Hinterlassung gesetzlicher Erben sterben, werden von der Kirche beerbt, an der sie angestellt waren<sup>19</sup>). Testamente zu Gunsten einer religiösen Anstalt sind möglichst aufrecht zu erhalten; indessen ist doch die gewöhnliche Form der Testamente zu beobachten<sup>20</sup>), und Schenkungen, die den Betrag von 500 Solidi übersteigen, müssen insinuirt werden<sup>21</sup>). Ein bloßes Versprechen reicht übrigens hin, um den Erben zur Erfüllung anzuhalten<sup>22</sup>). Auch ohne Zuziehung des Gerichtes soll der Erbe die ihm auferlegten Legate entrichten, und im Falle der Verzögerung zur Strafe das Doppelte bezahlen<sup>23</sup>). - *Piae causae* erhalten ihre Vermächtnisse ohne Abzug der quarta Falcidia<sup>24</sup>).

Verschiedene andere Begünstigungen hat man später auf Grund des römischen Rechtes für die Kirche rücksichtlich ihres Erwerbes zu erweisen versucht, ohne daß dieselben aber allgemeinere Anerkennung gefunden haben<sup>25</sup>). Seitens der Kirche wurden indessen die vortheilhaftesten Bestimmungen der christlichen Kaiser nicht nur angenommen und durch die canonische Gesetzgebung bestätigt<sup>26</sup>), sondern es wurde bald darüber hinaus fortgeschritten und die civilrechtlichen Festsetzungen erfuhren mehrfache Modificationen.

19) C. 20. C. de episc. et cler. (1. 3.) (Theodos. et Valentin. a. 334.) Nov. CXXXI. c. 13. in fin. verb. Auth. Licentiam §. 1. C. de episc. et cler. (p. c. 34. C. cit.) Uebrigens wird die Befugniß, über das von den Geistlichen im Amte Erworbene zu verfügen, beschränkt. c. 42. §. 2. C. de episc. et cler. (Justinian. a. 528.)

20) C. 13. C. de sacros. ecclesiis. Mit Unrecht hat man aus c. 4. C. Th. de episcop. et cler. (16. 2.), c. 1. C. J. de sacros. eccl. herzuleiten versucht, daß nach römischem Rechte die Testamentssolennitäten fehlen dürften (vgl. dagegen Jac. Gothofredus zur cit. Stelle des Cod. Theod. ed. Ritter. Tom. VI. P. I. fol. 29).

21) C. 19. C. de sacros. eccl. (Justinian. a. 528.) verb. c. 34. 36. C. de donat. (8. 54.) Nov. LII. cap. 2., woraus natürlich, wie für andere, auch für die Kirche die Insinuation bei Geschenken des Kaisers und der Kaiserin aufgehoben ist. Schenkungen zur Erlösung der Gefangenen bedürfen nicht der Insinuation; daraus darf man aber nicht weitere Ausdehnungen für die Kirche folgern.

22) C. 15. C. de sacros. eccl. von Zeno. Vgl. den Art. Gelübde in Bb. IV, S. 481.

23) §. 19. 23. 26. J. de actionibus. (4. 6.) §. 1. J. de poena temere litigantium. (4. 16.) Die Annahme, daß vor Infertigung des Inventariums die Auszahlung erfolgen müsse, beruht aber auf keinem Grunde (J. H. Böhmmer, ius eccl. Prot. lib. III. tit. XXVI. §. XXI. Vgl. auch Marezzoli, cit. in der folgenden Note).

24) C. 49. C. de episc. et cler. (1. 3.) Nov. CXXXI. cap. 11. 12., wodurch L. 1. §. 5. D. ad L. Falcid. (35. 2.) (Paullus ad L. Falc.) aufgehoben ist. Vgl. Marezzoli, zu der Lehre von den Legaten ad pias causas, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß Bb. V, Nr. 6, S. 76 ff. Später hat man sich auch für die Ausdehnung dieses Privilegiums auf die Quarta Trebelliana entschieden, deren Zulässigkeit jedoch nicht unbestritten ist (Seig., das Recht des Pfarramtes B. I, S. 335 ff.).

25) R. f. überhaupt J. H. Böhmmer l. c. lib. III. tit. XXVI.

26) Vgl. z. B. wegen der Beerbung der Geistlichen Note 19 und c. 7. Can. XII. qu. V. (Concl. Tribur. Nov. CXXXI. cap. 13.)

Hinsichtlich der von Geistlichen und Religiosen zu Gunsten der Kirche errichteten Testamente verordnete bereits die zweite im J. 567 zu Lugdunum gehaltene Synode<sup>27)</sup>, ut etiamsi quorumcumque religiosorum voluntas aut necessitate aut simplicitate aliquid a saecularium legum ordine videatur discrepare, voluntas tamen defunctorum debeat inconcussa manere et in omnibus deo propitio custodiri, und allgemeiner sprach sich Gregor I. im J. 602 dahin aus<sup>28)</sup>, daß wenn auch nur mündlich (nudis verbis) ein Legat ausgesetzt worden, dasselbe entrichtet werden müsse, ne ex rebus minimis peccata maiora capiamus. Die Gerichte hielten indessen doch noch bei schriftlichen Testamenten die Bestimmungen des römischen Rechtes für anwendbar, weshalb Alexander III. im J. 1170 sich zu der Declaration veranlaßt sah<sup>29)</sup>, es sollte non secundum leges, sed secundum decretorum statuta verfahren, also nicht 5 oder 7, sondern 2 oder 3 Zeugen für genügend erachtet werden, da in ore duorum vel trium testium stat omne verbum (Ev. Matth. XVIII. 16. u. a.). Ob diese Zeugen der Solennität oder des Beweises wegen zugezogen werden sollten, darüber war man nicht einig; nach dem Geiste des canonischen Rechtes scheint allerdings das letztere der Fall zu sein<sup>30)</sup>, woraus sich denn ergibt, daß wenn anderweitig die Absicht des Schenkenden bewiesen werden kann, ein Vermächtniß für die Kirche, selbst wenn gar keine Zeugen zugezogen wurden, aufrecht erhalten werden mußte. Mit der obigen Bestimmung hängt auch die Zulässigkeit der Errichtung eines Testaments vor dem Pfarrer und zwei Zeugen zusammen<sup>31)</sup>. Das canonische Recht ist aber noch in einem anderen hierher gehörigen Punkte vom römischen abgewichen, indem es gestattet, daß leßtwillige Verfügungen für piaae causae dem Willen eines Dritten überlassen werden können<sup>32)</sup>; dagegen hat man mit Unrecht aus dem cap. 4. de sepulturis in Vito. (S. 12.) herleiten wollen, daß ein Haussohn jede Art von leßtwilligen Verfügungen zum Vortheile milder Stiftungen mit Einwilligung des Vaters treffen dürfe, da Bonifacius VIII. nur erklärt, der Sohn könne, wenn er nicht ein peculium castrense oder

27) Can. 2. bei Bruns, bibliotheca eccl. Vol. I. P. II. p. 223.

28) Cap. 4. X. de testam.

29) Cap. 11. X. eod.

30) So J. H. Böhmer l. c. §. 19 sq. und viele andere, wie von Neuen Madelbey, Lehrbuch des römischen Rechtes §. 647, Note b. Walter, Kirchenrecht §. 252 (ed. IX). Richter a. a. D. §. 286. S. auch besonders Pfeiffer, practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft B. II (Hannover 1828), Nr. X, und Sopp, Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung des Großherzogth. Hessen B. IV, S. 67 flg. Entgegengesetzter Ansicht sind aber Ehibit, System der Pandekten §. 707. Mühlenthalbruch, doctrina Pand. III. §. 504. in fin. u. a.

31) C. 10. X. de testam. (Alexander III. a. 1170.) Sgl. darüber indessen noch Note 47 flg.

32) C. 13. X. de testam. (Innocent. III. a. 1202.) Sgl. Schrader, Abhandlungen aus dem Civilrechte B. I, Nr. 8, §. 10, und dagegen noch Gluck, opuscula iuridica Fasc. I. (Erlangen 1785.) p. 145 sq. (Innocent. III. in c. 13. X. de testam. iuri civili haud derogans.)

quasi castrense hat, ohne des Vaters Consens nicht von Todes wegen eine Anordnung treffen<sup>33</sup>). Um so weniger läßt sich aus jener Stelle deduciren, daß jeder, dem das Civilrecht die Fähigkeit ein Testament zu errichten abspriecht, dieselbe zu Gunsten der Kirche besitze<sup>34</sup>).

Im fränkischen Reiche wurde gleich anfangs die Kirche mit ihren Privilegien anerkannt und der Erwerb von Gütern aufs mannichfachste gefördert. Daß der Kirche hinterlassene Gaben niemand derselben entziehen solle, ward schon im 6. Jahrhundert befohlen<sup>35</sup>), und Beschränkungen, die sonst das teutsche Recht bei Vergabungen kennt, wurden zu Gunsten milder Zwecke aufgehoben. Schenkungen zum Seelenheile (pro redemptione animae) wurden gleich denen in echter Noth beurtheilt<sup>36</sup>). Die gesetzliche Form (legitima traditio, gerichtliche Auflassung u. s. w.) wurde zwar regelmäßig gefordert<sup>37</sup>), indessen auch davon abgesehen<sup>38</sup>), und eine selbst auf dem Todbette getroffene Verfügung als rechtsbeständig anerkannt<sup>39</sup>). Daß die milden Gaben, welche zu bestimmter Zeit allgemein gesammelt werden sollten<sup>40</sup>), auch wirklich der Kirche abgeliefert würden, dafür ward den Bischöfen und Sendgrafen die Sorge übertragen<sup>41</sup>). Der Eifer, die Kirche zu beschenken, nahm nun bald so zu, daß die Gesetzgebung sich zu Beschränkungen veranlaßt sah, namentlich daß nicht den Erben das ihnen gehörige Gut entzogen würde<sup>42</sup>). Andererseits begannen nun aber auch die Fürsten selbst, die Besitzungen der Kirche an sich zu reißen und zur Erweiterung von Lehnverbindungen zu benutzen<sup>43</sup>), wogegen die Synoden zwar wiederholt klagend auftraten, ohne daß ihnen aber eine Beseitigung des Uebels gelang; ja um Sicher-

33) *Exhibuit a. a. D. §. 707.* Friß, aus welchen Peculien.. kann der filius fam. Schenkungen auf den Todesfall machen, im Archive für civilist. Praxis Bd. VI, Heft II, Nr. 10, S. 211, 212.

34) *Seiß a. a. D. S. 334.*

35) *Constitutio Chlotharii I. a. 560. cap. 10.* (Pertz, Monumenta Germaniae III. 2.)

36) *Nulli liceat, traditionem haereditatis suae facere, praeter ad ecclesiam vel regi, ut haerodem suum exhaerodem faciat.* (Lex Saxonum tit. XV. cap. 1.) *Hgl. Lex Baiuvar. tit. I. cap. 1.*

37) *Capitularia lib. IV. c. 18.* und viele andere Belege bei Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das teutsche Privatrecht ed. II. §. 110, 185.

38) *De donatione, quae sine thingatione aut sine launechild facta est, minime stare debeat. — excepto si in Ecclesia, aut in loco sacro, aut in Xenodochio pro anima sua aliquid quispiam donaverit, stabile debeat permanere.* (Leges Langobardorum Liutprandi VI. 19.)

39) *Leges Langobard. I. 6.*

40) *Statuta Rhispaecensia et Frisingensia a. 799. cap. 4.* (Pertz l. c. III. 77.)

41) *Capitulare generale a. 783. c. 4.* (Pertz l. c. III. 46.)

42) *Die Leges Langobard. VI. 11.* bestimmten, daß wer eine Tochter habe, pro anima nicht mehr als zwei Drittheile verschenken dürfe. Das Capitulare Aquigranense a. 817. cap. 7. (Pertz l. c. III. 207.) verbot, kirchlichen Personen Geschenke zu machen, wenn noch rechte Erben vorhanden waren. S. auch Ludovic II. Capitulare a. 875. c. 39. (Pertz l. c. 527.)

43) *R. f. Planck, Geschichte der christlich-kirchlichen Gesellschaftsverfassung B. II, S. 203 flg.*

heit zu erlangen, sah sich die Kirche nicht selten selbst genöthigt, Bäfte und Patrone mit ihrem Gute zu belehnen, was später vom römischen Stuhle verboten wurde. Die zugleich von demselben erlassenen Gebote über Rückgabe der von Laien besessenen Kirchengüter konnten in Teutschland nicht zur Vollziehung gelangen<sup>44</sup>).

Während des Mittelalters wurde übrigens der Erwerb der Kirche noch immer mannichfach begünstigt, namentlich bestimmen öfters die Statuten der Städte, daß ein Theil des erblosen Gutes der Kirche zufallen solle. So nach der Verfassungsurkunde von Freiburg im Breisgau von 1120 ein Dritttheil<sup>45</sup>), und in den braunschweiger Statuten von 1232 ein Dritttheil für die Kirche und eben so viel für die Armen<sup>46</sup>). Auch die canonische Form der Testamente wurde mehrfach angenommen<sup>47</sup>) und nur darauf gedrungen, daß bei Vergabungen an die Kirche die legitima nicht überschritten würde<sup>48</sup>). Was aber das jetzige Recht betrifft, so ist es bestritten, ob die canonische Form nur da für genügend zu halten sei, wo sie durch Gesetz oder Observanz eingeführt ist, oder ob sie schlechthin als gemeines Recht betrachtet werden dürfe. Nicht ohne Grund führt man aber an, daß die Notariatsordnung von 1512 bei den privilegierten Testamenten der canonischen Form nicht gedenkt, und ihr daher der Charakter der Allgemeingiltigkeit fehle<sup>49</sup>); auch ist dieselbe oft ausdrücklich verworfen worden<sup>50</sup>).

Die Erwerbfsähigkeit der Kirche selbst ist jetzt allgemein anerkannt, und es erklären sich darüber einstimmig die neuesten Particularrechte und Verfassungsurkunden<sup>51</sup>), welche die Kirche den anderen privilegierten Corporationen gleich stellen; indessen fehlt es doch nicht an mannichfachen Beschränkungen, welche zum Theil schon auf Vorschriften des älteren Rechtes beruhen und durch die spätere Gesetzgebung näher declarirt worden sind. Dahin gehören insbesondere die Amortisationen<sup>52</sup>). Wie

44) *W. f. das Nähere im Art. Zehnten, und vgl. auch unten von Kirchenlehen.*

45) *Schreiber, die älteste Verfassungsurkunde der Stadt Freiburg (Freiburg 1833), auch bei Dumg6, Regesta Badensia 1836., Anhg Nr. 75, Art. 24. — Eben so in den mit Freiburger Recht bewidmeten Städten, wie Bern, Burgdorf u. a.*

46) *Bei Leibnitz, scriptores rerum Brunavicensium III. 439. (II. 39.)*

47) *S. z. B. Willküren der Brotmänner §. 176 (Ausgabe von Starba S. 144, 145).*

48) *Vgl. z. B. Jus Culmense ex ult. revis. lib. III. tit. VIII. cap. 9. Vgl. Danziger Willkür Buch II, Tit. 5, Art. 2. Thorner Willkür Cap. VI, Art. 4.*

49) *S. J. H. Böhmer zum cap. 10. X. de testamentis. (S. 26.) Eichhorn, Kirchenrecht II. S. 766.*

50) *Vgl. Daniels, Abhandl. von Testamenten... nach kurböhmischen Landrechten Th. I (Wonn 1798), S. 223. Richter, Kirchenrecht, §. 286, Anm. 9.*

51) *W. f. z. B. preuß. allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 193. Bayer'sches Religionsedict v. 26. Mai 1818 §. 28, 31, 44. verb. das bayer'sche Concordat Art. VIII. Baden'sches Religionsedict v. 14. Mai 1807 §. 9.*

52) *Die reiche Literatur darüber ist nachgewiesen in Pütter's Lit. des teutschen Staatsrechtes B. III, §. 1478, S. 694 flg., und Klüber's Fort-*

nämlich die Kirche ihrer sichtbaren Seite nach überhaupt der Aufsicht des Staates unterliegt, so gilt dieß in vorzüglichem Grade vom kirchlichen Gute. Rückfichtlich des Erwerbes zeigt sich dieß darin, daß der Staat die überflüssige Aufhäufung von Besitztum Seitens der Kirche verhindert, also den Umständen nach den Erwerb erschwert, zumal das einmal der Kirche zugefallene Vermögen dem Verkehre entzogen wird. Die Kirche mit allem, was ihr zugehört, soll sich eigentlich dem Himmel allein zuwenden und der Welt absterben. Daher heißt sie im Mittelalter die todte Hand (*manus mortua*)<sup>53</sup>) und der Erwerb *admortizatio* (*amortisatio*), *morticinium*<sup>54</sup>). Geseßliche Vorschriften darüber ergingen besonders seit dem 13. Jahrhunderte in England, Frankreich<sup>55</sup>) und auch in Teutschland<sup>56</sup>), wo namentlich in den Statuten der Städte derartige Beschränkungen bestimmt wurden<sup>57</sup>). Vergeblich suchten die Synoden durch strenge Verfügungen dagegen zu wirken, und selbst der Kaiser Karl IV. zu Gunsten der Kirche einzuschreiten; die Richtung gegen die todte Hand blieb eine beharrliche und das Particularrecht gab nähere, noch jetzt geltende Bestimmungen. Da die Gründe, welche früher die Beschränkung veranlaßten, wie die umfassenden Immunitäten frommer Stiftungen, nicht mehr entscheidend sind, so kann nur die Rücksicht auf eine zeitgemäße Nationalwirthschaft den Staat auch jetzt noch bewegen, gewisse Schranken zu setzen<sup>58</sup>). Im Falle eines onerosen Erwerbes von Immobilien pflegt jetzt die Staatsgenehmigung erforderlich zu sein, dergleichen bei lucrativem Erwerbe von Grundstücken, und bei Mobilien, wenn dieselben einen bestimmten Werth erreichen. Nach einer großherzogl. bairischen Verordnung vom 10. April 1833 ist bei Schenkungen bis zum Belaufe von 1500

setzung §. 1478, S. 549, 550. Dazu noch v. Rosshamm, über die Amortisationsgesetze überhaupt und besonders in Bayern. Regensburg 1798. 8.

53) Der Ausdruck findet sich schon im 9. Jahrh. R. f. z. B. *Capitalare Wormatiense a. 829. cap. mundana 5.* (Portz, *Monum. Germ. III. 351.*) Statt: todte Hand, will Martin (in Pöblig's Jahrbüchern der Geschichte, 1832, Heft III, S. 221) den Ausdruck: unsterbliche Hand, gebraucht wissen, entsprechend der moralischen Person als Besizerin. Der Ausdruck: *manus perpetua*, leitet allerdings darauf hin.

54) S. Du Cange, s. v. *admortisatio*.

55) In England seit 1225 (*mortmain*). Walter, *Kirchenrecht* §. 252, Note 5, S. 524, über Frankreich *Ordonnances des rois de France.. recaeillies par ordre chronol. Vol. XV. Préface. p. XII.* Herrens, Handbuch der Staatsgesetzgebung über den christl. Cultus I. S. 524 flg.

56) Beispiele bei Rittermaier, *teutsches Privatrecht*, VI. Ausgabe, §. 159. Richter, *Kirchenrecht* §. 288, Anm. 3, 4. Verbote in Preußen seit 1249, s. Jacobson, *Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes* I. 1. S. 144, I. 2. S. 12.

57) Vgl. Riccius, zuverlässiger Entwurf von Stadtgesetzen (Frankf. und Leipzig 1740. 4.), S. 574 flg. In den Statuten von Bocholt von 1463 (Wigand, *Archiv für Gesch. Westphalens* B. III, S. I) Art. 86 heißt es darüber: *Dat man ghene huse of hoestoden verbrenge sal an gheestlike personen, dat en sy myt gueden wyllen des alyngen raedes.*

58) Ueber Gebühr eifert dagegen Seig, das Recht des Pfarramtes I. S. 370, 371.



Gulden die Genehmigung der Ministerialsection oder Kreisregierung, bis 3000 Gulden des Ministeriums des Inneren und bei höheren Gaben beim Landesherrn einzuholen<sup>59</sup>). Durch die großherzogl. hessische Verordnung vom 16. Juli 1832 ist festgesetzt, daß außerordentliche Schenkungen und Unterstützungen bis 20 Gulden von den höheren kirchlichen Behörden, bei größeren Summen vom Ministerium des Inneren und der Justiz bewilligt werden. Bei Gütern und Capitalien ist für die Summe von 100 Gulden oder mehr vom Ministerium, bei geringerem Werthe von den höheren kirchlichen Behörden die Genehmigung einzuholen<sup>60</sup>). Im Kurfürstenthume Hessen sollen milde Stiftungen keine unbeweglichen Güter, wozu auch die auf Grundstücken haftenden Abgaben gerechnet werden, an sich bringen; indessen ist der Ankauf von Frucht- und anderen Zinsgefällen gestattet, insofern dazu der landesherrliche Consens ausgewirkt wird<sup>61</sup>). In Preußen bestimmt das Gesetz vom 13. Mai 1833, daß Schenkungen und letztwillige Zuwendungen an inländische öffentliche Anstalten oder Corporationen bis zum Belaufe von 1000 Thälern nur einer Anzeige an die vorgesetzte Behörde bedürfen. Beträgt die Zuwendung aber mehr, so erfordert die Gültigkeit derselben ihrem vollen Betrage nach landesherrliche Genehmigung. Diese ist auch nothwendig bei jeder Zuwendung an ausländische öffentliche Anstalten und Corporationen. Diesem Gesetze sind aber solche Gaben nicht unterworfen, die zur Vertheilung an Einzelne bestimmt sind, und nicht mitgerechnet wird dasjenige, was für Seelenmessen, die gleich nach dem Tode zu lesen sind, den katholischen Priestern entrichtet wird<sup>62</sup>). Bei onerosem Erwerbe von Immobilien ist die Genehmigung der vorgesetzten Staatsbehörde erforderlich<sup>63</sup>). Auch in Oesterreich ist stets, außer der Confirmation des Ordinariats, die landesherrliche Genehmigung nachzusuchen<sup>64</sup>); davon weicht auch das neue bayer'sche Recht nicht ab, indem es auf die bestehenden gesetzlichen (älteren) Vorschriften hinweist<sup>65</sup>). Aehnlich auch die Gesetze anderer Länder.

Die Erwerbarten der Kirche inter vivos sind übrigens die gewöhnlichen, doch ist die Kirche insofern begünstigt, als sie im Falle einer Eigenthumsübertragung auch ohne Tradition die dinglichen Klagen erhält, somit

59) Regierungsblatt 1833, Nr. XVIII, S. 97. Amdt. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes III. S. 518 flg.

60) A. a. D. S. 36 u. 39. In Weiß, Archiv des Kirchenrechtes III. S. 273. Müller a. a. D. S. 535, 536.

61) Kurhessisches Kirchenrecht von Ledberhose, neu bearbeitet von Pfeiffer, S. 542.

62) Gesetzsammlung 1833 St. 8, Nr. 1428.

63) Allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 194, verb. Th. II, Tit VI, §. 83, u. a. m.

64) Vgl. Helfert a. a. D. I. S. 51 flg. Müller a. a. D. S. 463 und I. S. 65.

65) Müller a. a. D. III. S. 484 flg. Vgl. Kretzmayr, Ann. zum Codex civ. Bavar. P. II. c. 2. §. 4. nr. 3 sq. P. V. c. 19. §. 39. nr. 10 sq. und v. Rosshamm a. a. D.

ein *transitus legalis* für sie besteht<sup>66</sup>). Die Kirche erkennt aber auch symbolische Traditionen an, wie die *Scotatio*, indem ein Schößling, eine Scholle auf den Altar gelegt und damit das Grundstück übertragen wird<sup>67</sup>). Eine regelmäßige Erwerbart sind auch die kirchlichen *Collecten*, entstanden aus den alten *Oblationen*, die man auf Tafeln und in Säcken während des Gottesdienstes einsammelte. Aus dem Sack wurde ein *Klingelbeutel*<sup>68</sup>). Außer den bei jedem kirchlichen Vereine üblichen *Collecten* werden auch für besondere und außerordentliche Zwecke allgemeine Kirchen- und Hauscollecten veranstaltet, wozu es indessen eigener höherer Genehmigung bedarf.

## II. Rechtsverhältnisse beim Kirchengute.

### A. Subject des Eigenthumes.

Das Kirchengut soll den kirchlichen Zwecken dienen; insofern diese bisweilen einseitig aufgefaßt werden, konnte auch über das eigentliche Rechtssubject eine davon abhängige und darum irrige Meinung vertheiligt werden. Vereinzelt historische Thatsachen glaubte man als unabhängliche Norm festhalten zu dürfen und falsche Begriffsbestimmungen der Kirche selbst sollten für die ganze Verfassung und Verwaltung maßgebend sein. Die Sorge für die Armen ist immer als eine wesentliche Pflicht der Kirche angesehen worden, daher hat man die Armen überhaupt als das eigentliche Subject des kirchlichen Eigenthumes betrachtet<sup>69</sup>); indessen hat doch diese Auffassung nicht allgemeinere Anerkennung gefunden<sup>70</sup>). Mehr Beifall erhielt dagegen die Ansicht, daß die Kirche im Ganzen Eigenthümerin sei. Indem die Kirche aber in Christus selbst vollendet der Idee nach erscheint, hat man den Herrn selbst als Eigenthümer betrachtet<sup>71</sup>). Katholischer Seite konnte daraus leicht gefolgert werden, daß dem sichtbaren Stellvertreter Christi, dem Pabste, das *dominium* zuzusprechen sei, wogegen aber selbst streng katholische Schriftsteller erinnern, daß man den Pabst nur als *dispensator* des Kirchengutes ansehen könne<sup>72</sup>). Nach einer anderen Annahme ist zwar die ganze Kirche, aber immer nur die eines einzelnen Landes, und zwar gesondert

66) C. 23. §. 1. C. de sacros. ecclesiis. (1. 2.) (Justinian. a. 528.) Ueber diese sehr bestrittene Stelle s. m. Thibaut, über den Eigenthümerwerb der Kirchen u. s. w., im Archive für civilist. Praxis Bd. XX, S. I, Nr. 1.

67) C. 2. X. de consuetud. (1. 4.) Vgl. Cironii observat. iuris canon. ed. Brunquell. lib. I. c. 9. Reyscher, Symbolik des germanischen Rechtes S. 56, 62, Anm.

68) Du Cange, s. v. *saccus*. Wildvogel, diss. de oblationibus, quae fiunt in ecclesiis per saeculum sonantem. Jenae 1705.

69) Vgl. c. 6. Can. I. qu. III. (Hieronymus ad Damasum a. 382.) c. 7. in fin. Can. X. qu. II. (Conc. Martini Bracar. a. 572.) c. 2. X. de rebus eccl. alienandis. (3. 13.) (Conc. Arvern. a. 535. Vgl. Conc. Meldense a. 845.) S. Jo. Launolus, de cura ecclesiae pro miseris et pauperibus. Thomassin, vetus ac nova eccl. disciplina P. III. lib. III. c. 26 sq.

70) Vgl. dagegen Gonzalez Tellez zum c. 2. X. cit. III. 13. nr. 2.

71) Ueber diese Ansicht, welche jetzt noch weit vertheiligt, s. m. dessen Recht des Pfarramtes I. S. 306 flg.

72) S. Gonzalez Tellez l. c.

für jede Confession, Subject des Eigenthumes. So soll für jedes Territorium ein corpus catholicorum und evangelicorum bestehen, aus welchem ein condominium reciprocum aller Glieder einer Confession hergeleitet werden dürfe. Dieser Gedanke liegt dem bayer'schen Rechte zum Grunde, welches bestimmt<sup>73)</sup>: wenn in einzelnen Gemeinden nach hinlänglicher Deckung der Localbedürfnisse Ueberschüsse sich ergeben, so sollen diese zum Besten des nämlichen Religionstheiles verwendet werden: zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Kirchen und geistlicher Gebäude in anderen Gemeinden, die dafür kein hinreichendes eigenes Vermögen besitzen. Indessen steht diese Festsetzung nicht nur mit dem gemeinen Rechte, sondern selbst mit anderen bayer'schen Vorschriften im Widerspruche<sup>74)</sup> und ist daher auch in anderen Ländern nicht angenommen. Zum Theil ist aber, jedoch auf einer anderen rechtlichen Grundlage ruhend, in mehreren Territorien eine Centralisation des Kirchengutes, welches der ganzen Landeskirche gemeinschaftlich zugehört, bewirkt worden, ohne daß aber das einer einzelnen Corporation gehörige Vermögen angegriffen ist. Besondere erloschene Foundationen, eigens dazu bestimmte Legate, Strafgebelde, allgemeine Cassen, Gewinn aus gewissen für die ganze Kirche getroffenen Einrichtungen u. a. m. können zu einem Religions-, Intercalar-, Centralfonds bestimmt werden<sup>75)</sup>. Dadurch wird aber nicht der Grundsatz gerechtfertigt, daß alle Ueberschüsse einer einzelnen Kirche für die gesammte Landeskirche hergegeben werden müssen, weil dieser etwa das Kirchengut des ganzen Landes gehörte. Nach einer anderen Ansicht soll dagegen dem Staate vermöge seines dominium eminens in bona ecclesiastica das Obereigenthum über die Kirchengüter zustehen. Diese im crassesten Territorialsysteme wurzelnde Auffassung ist jedoch stets von unbefangenen Staatsrechtslehrern und Canonisten verworfen<sup>76)</sup>. Aus der Befugniß des Staates, in Fällen der Noth alle in ihm befindliche Institute, also auch milde Stiftungen mit Steuern zu belegen, oder die Aufhebung solcher Anstalten zu bewirken, wenn sie der Absicht ihrer Foundation nicht mehr entsprechen, folgt um so weniger ein förmliches Eigenthumsrecht, als die dadurch frei gewordenen Güter nicht dem Staate zufallen, sondern möglichst der ursprünglichen Bestimmung entsprechend verwendet werden müssen<sup>77)</sup>. Hiernach bleibt eigentlich nur noch die Annahme, daß das kirchliche Gut jeder einzelnen Corporation eigenthümlich zugehöre. Dafür spricht nicht nur die Natur der Sache und

73) Verfassungsurk. Beil. II, §. 5.

74) Vgl. dagegen die rechtliche Abhandlung von Dr. C. X. Gröndler, in der allgemeinen Kirchenzeitung 1842, Nr. 40.

75) In neuerer Zeit sind höchst zweckmäßig dergleichen Fonds angelegt worden. Vgl. f. darüber die Nachweisungen in Andr. Müller, *Lehrbuch des Kirchenrechtes* B. III, S. 226 flg. Richter, *Lehrbuch des Kirchenrechtes* §. 287, Anm. 5—7.

76) Vgl. Klüber, *Staatsrecht des deutschen Bundes* §. 248, 254, 455 flg. — J. H. Böhm, *ius eccl. Prot. lib. III. tit. V. §. 29. 31.*

77) Wegen der Innovationen und Säkularisationen s. m. das Nähere bei der Lehre von den Kirchenverträgen.

die übereinstimmende Ansicht vieler katholischen<sup>78)</sup> und der evangelischen Schriftsteller<sup>79)</sup>, sondern auch das gemeine<sup>80)</sup> und particulare Recht. Das letztere deutet indessen das Subject der Corporation verschieden, indem es bald darunter den Patron<sup>81)</sup>, bald das Kirchengebäude<sup>82)</sup>, bald die bürgerliche Commune<sup>83)</sup>, bald endlich, wofür die meisten Gründe sprechen, die Kirchengemeinde selbst<sup>84)</sup> versteht.

Das Princip, daß jede Kirchengemeinde das Eigenthum ihres Kirchengutes habe, wird übrigens durch die Aufsicht über dasselbe Seitens der geistlichen Oberen und des Staates, und durch eine beschränkte Verwaltung, zumal in der katholischen Kirche, nicht umgestoßen.

#### B. Verwaltung der Kirchengüter<sup>85)</sup>.

Das ursprünglich von den Christen dargebrachte Gut ward dem Bedürfnisse gemäß von den Aposteln vertheilt<sup>86)</sup>; da aber die Verbreitung des Evangeliums sie schon vollständig in Anspruch nahm, erfolgte zu dem Behufe die Einsetzung der Diaconen<sup>87)</sup>. Indem jedoch bei der weiteren

78) S. z. B. Gonzalez Tellez l. c. Sauter, fundamenta iuris eccl. Cath. P. V. §. 854. 855. Walter a. a. D. §. 251 u. a.

79) Eichhorn a. a. D. II. S. 649. Richter a. a. D. §. 287 u. a.

80) Ueber das römische Recht s. m. oben und v. Savigny, System II. S. 266 flg.

81) So das dänische Recht (Faldt, Schleswig-holstein. Privatrecht III. 2. S. 743, Anm. 83).

82) So nach Faldt's Erklärung a. a. D. das Schleswig-holstein'sche Recht: Was das Vermögen der Kirche betrifft, so ist das Eigenthumssubject hierbei keineswegs die Gemeinde oder der Kirchenpatron, sondern die Kirche selber oder, nach einer ganz materiellen Vorstellung, das Kirchengebäude, welches kraft einer juristischen Fiction bei uns in gleicher Art, wie nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes, die Rechte einer Person genießt. Dagegen spricht sich übrigens schon Gonzalez Tellez aus: non est dominium penes ecclesiam universalem, et multo minus penes ecclesiam materiale[m] seu lapideam, prout muris comprehenditur.

83) Diese Auffassung findet sich im französischen Rechte, indem das Gutachten des Staatsrathes v. 2.—6. Pluviose an XIII. (22.—26. Januar 1805) bei Hermens, Handbuch II. S. 315, feststellt: quo les églises et presbytères doivent être considérés comme propriétés communales. Diese Ansicht hat sich in den teutschen Rheinlanden bis jetzt erhalten. Auf dem Landtage in der preussischen Rheinprovinz 1843 wurde ein dagegen sprechender Antrag formirt, jedoch nicht gebilligt (vgl. Jacobson, Geschichte der Quellen des preuss. Kirchenrechtes Th. IV. 3. S. 774, Anm. 14).

84) S. z. B. preuss. allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 170: Kirchen und andere dahin gehörige Gebäude sind ausschließend das Eigenthum der Kirchengesellschaft, zu deren Gebrauche sie bestimmt sind. Ebenso §. 179: Kirchengefäße und andere zum gottesdienstlichen Gebrauche gewidmete Sachen. §. 183: Kirchhöfe oder Gottesäcker und Begräbnißplätze. §. 191: Das Kirchengeld u. s. w. Dagegen sind die eigentlichen Militär- und Garnisonkirchen das Eigenthum des Staates und stehen ausschließlich unter dem landesherrlichen Patronate (preuss. Militärkirchenordnung v. 12. Febr. 1832 §. 113, in der Gesetzsammlung b. S.).

85) Vgl. Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. III. lib. II. cap. 1 sq.

86) Apostelgesch. IV. 34 flg.

87) A. a. D. VI. 1 flg.

Entwicklung der einzelnen Gemeinden die Bischöfe mit dem Presbyterium an die Spitze der gesammten Verwaltung traten, mußte auch die Sorge für die ökonomischen Verhältnisse ihnen zufallen. So finden wir es schon bestimmt zur Zeit Eyprian's (+ 258) anerkannt, der selbst aus der Ferne darüber an sein Presbyterium Verfügungen erließ<sup>88</sup>), und als allgemeine Ordnung im vierten Jahrhundert<sup>89</sup>). Dem Bischof wird die Vertheilung hier beigelegt (habeat potestatem ad dispensandum), dem Presbytern und Diaconen aber aufgetragen, jedem Mißbrauche dabei zu begegnen. Anspruch auf das Gut selbst wird den Armen, dem Bischofe, falls er dürftig ist, eben so den Kirchendienern zugestanden, und die Bestreitung der Bedürfnisse des Cultus sollte daraus erfolgen. Bald bildete sich aber in einzelnen Kirchen eine bestimmte Observanz über die regelmäßige Vertheilung der Einkünfte, in drei<sup>90</sup>) oder vier Portionen<sup>91</sup>), welche später zu einem förmlichen Gesetze erhoben wurde. Schon früher war in einzelnen Kirchen der Gebrauch entstanden, daß aus den Geistlichen bleibend besondere Verwalter des Gutes (oeconomi) bestellt wurden, welche nach der Anordnung des Bischofes die Vertheilung zu bewirken hatten. Diese Einrichtung wurde durch das Concil von Chalcedon im J. 451 bei allen bischöflichen Kirchen eingeführt und die hie und da mißbräuchlich allein vom Bischofe ausgehende Administration abgeschafft<sup>92</sup>). Die spätere Gesetzgebung hielt daran fest und schärfte insbesondere ein, daß nur Geistliche nicht Laien zu Dekonomen angenommen werden sollten<sup>93</sup>).

Das gesammte Kirchengut einer Diöcese bildete Eine Masse und wurde dem Bedürfnisse gemäß vertheilt<sup>94</sup>). Bei der weiteren Entwicklung der kirchlichen Verhältnisse, der festeren Einrichtung der Parochien, dem vollendeteren Organismus der Stifter und anderen geistlichen Institute kam es aber zu einer Aenderung. Den Pfarrern wurde nämlich zum Theil schon seit dem 6. Jahrhunderte feste Einkünfte überwiesen (beneficium); eben so erhielten die Stiftskirchen und Klöster die zu ihrer

88) Epist. XXXIV. Vgl. c. 6. Cau. XXI. qu. III.

89) Constit. Apostol. lib. II. cap. 25. 27. 30 sq. c. 24. 25. Conc. Antiocheni a. 341. (c. 5. Cau. X. qu. I. c. 23. Cau. XII. qu. I.), die Quelle der apostolischen Canones 39—41 (v. Drey, über die Constitutionen und Canones der Apostel S. 276, 277). Vgl. auch c. 7. 8. Conc. Gangrens. (p. a. 362.)

90) So in Spanien f. Conc. Bracar. I. a. 563. c. 7. (Brunns, canones Ap. et concil. II. 34.)

91) In der römischen Kirche. c. 23. 25. 26. Cau. XII. qu. II. (Cap. incertum.) c. 28. eod. (Simplicius a. 475.) c. 27. eod. (Gelasius a. 494.) c. 29. 30. eod. (Gregor. I. a. 594. 601.)

92) Can. 21. (c. 21. Cau. XVI. qu. 7.) Vgl. Riffel, geschichtl. Darstellung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat S. 182 flg.

93) R. f. g. B. Conc. Hispal. II. a. 619. c. 9. (c. 22. Cau. XVI. qu. VII.)

94) An Klagen, daß dieß nicht ordnungsmäßig geschehe, fehlte es übrigens nicht. R. f. Concil. Carpentoratenso a. 527. can. un. (Brunns I. c. II. 176.)

Foundation bestimmten Güter, und in den bischöflichen Kirchen wurde mit den einzelnen Stellen ein stehendes Einkommen verbunden, auch dem Bischöfe selbst ein gewisser Antheil (zur mensa episcopalis u. s. w.) überlassen. Damit hörte die frühere Verschmelzung und Sonderung des Kirchengutes in vier Portionen auf, und die unmittelbare Administration ging auf die Betheiligten selbst über. Selbst bei den Zehnten, für welche anfangs die Verwendung nach vier Portionen erfolgte<sup>95</sup>), wurde diese definitive Ueberweisung an die Berechtigten durchgeführt. Damit schwand auch das ursprüngliche Dispensationsrecht des Bischöfes und verwandelte sich in ein bloßes Aufsichtsrecht. Die früheren bona communia waren nun particularia geworden und nur hin und wieder blieben noch Theile des Kirchengutes für allgemeine kirchliche Zwecke, jedoch nicht mehr zur bischöflichen Verwendung, sondern zur Bestreitung der Bedürfnisse der einzelnen Kirche selbst bestimmt. Die Aufsicht des Bischöfes zeigte sich darin wirksam, daß bei der regelmäßigen<sup>96</sup>) Visitation diesem selbst oder dem damit Beauftragten (Commissare, Archidiaconen, Officiale) Rechnung gelegt werden mußte<sup>97</sup>).

Indem in solcher Weise die Verwaltungsverhältnisse im allgemeinen feststanden, wurden durch die spätere Praxis und Gesetzgebung nur in einzelnen, zum Theil freilich nicht unwesentlichen Beziehungen Veränderungen herbeigeführt, auf denen die gegenwärtigen Zustände beruhen.

a) in der katholischen Kirche. Nach gemeinem kanonischem Rechte unterliegt die Administration des Kirchengutes dem Bischöfe, soweit nicht für die bona particularia eigene Verwalter vorhanden sind. Dies ist zunächst der Fall bei den Beneficien, deren unmittelbare Verwaltung den Pfründnern selbst überlassen ist; doch bestehen dabei theils nach der Natur der Beneficialverhältnisse überhaupt, theils nach den Vorschriften des gemeinen und particulären Rechtes bestimmte Beschränkungen<sup>97</sup>). Die Administration des Pfründners und Pfarrers erstreckt sich aber auch auf das der Kirche, bei der er angestellt ist, überhaupt eigenthümlich zugehörige Gut, dabei jedoch noch beschränkter, als bei seinem Beneficium. Ueber den Umfang der Rechte und die Art der Verwaltung haben sich verschiedene Grundsätze entwickelt, denn in manchen Diöcesen wurde zunächst dem Pfarrer die selbstständige Administration übertragen, dabei aber ihm überlassen, ob er sich besondere Gehilfen, Einnehmer u. s. w. bestellen wollte<sup>98</sup>), in anderen Sprengeln dagegen wurden aus der Ge-

95) Statuta Rhispacensia et Frising. a. 799. c. 13 (Pertz, Monum. Germaniae III. 78) u. a. m. Vgl. Additio Capit. III. cap. 83. (l. c. IV. 143.)

96) Die darauf bezüglichen Verordnungen s. m. bei Regino, de synodalibus causis lib. I. (ed. Wassersleben. Lipsiae 1840.) Seit den Bischöfen die Verwaltung des Kirchengutes entzogen war, visitirten sie persönlich nur außerordentlich Weise.

97) Vgl. in diesem Werke den Art. Congrua Bb. III, S. 25 flg.

98) So war es im Erzbisthum Mainz bis zum Jahre 1549. Die ältesten Befehle über procuratores fabricae u. s. w. beziehen sich auf Stifter, Capitul u. s. w. (wie v. J. 1261, 1310 u. a. bei Hartzheim, Concilia Ger-

meinde weltliche Mitglieder angenommen, welche unter dem Vorſitze des Pfarrers die Verwaltung zu beſorgen hatten. Dieß geſchah zuerſt durch Obſervanz<sup>99)</sup>, noch ehe allgemeinere Satzungen die Zuläſſigkeit der Mitwirkung der Laien ausgeſprochen hatten<sup>100)</sup>, ſeitdem aber nach und nach in der ganzen Kirche<sup>101)</sup>. Die Beſtellung ſolcher Perſonen, welche unter dem Namen Deconomen, Proviſoren, Kirchgeworene, Kirchenväter, Heiligempfleger, Kaſtner, Bögte, Procuratoren u. ſ. w. vorkommen, ſteht nach dem gemeinen canonischen Rechte dem Kirchenobern zu, und nur nach der beſonderen Obſervanz unter der Mitwirkung des Patrons. Durch die Praxis und die geiſtliche mehr aber noch die weltliche Geſetzgebung, in Folge der dem Staate zuſtehenden Obergewalt über das kirchliche Vermögen, iſt es indeſſen zu Abänderungen gekommen. Da nämlich nach dem Princip des canonischen Rechtes die ganze kirchliche Verwaltung nur der ecclesia docens, dem Clerus, gebührt, iſt gegen dieſelbe auch den Pfarrgemeinden ein weſentlicher Antheil zugeſtanden worden, wobei das Verhältniß der verſchiedenen hierbei mitwirkenden Organe particularrechtlich abweichend beſtimmt iſt. Demnach wird in Deſterreich das Kirchenvermögen von den Bechpröbſten oder Kirchenvätern unter Aufſicht und Leitung der geiſtlichen und weltlichen Bogtei verwaltet, doch ſoll dem Biſchofe die Obergewalt verbleiben und derſelbe in allen Fällen, wo es ſich um die Verwendung des Vermögens handelt, mit ſeiner Meinung vernommen werden. Er darf von dem Stande dieſelben und von den Rechnungen Einſicht nehmen, und iſt beauftragt, die untergeordneten geiſtlichen Behörden zur Befolgung der dabei beſtehenden Vorſchriften anzuhalten<sup>102)</sup>. In Bayern ſind nach dem Geſetze vom 1. Juli 1834 und ſpäteren Declarationen für jede Parochie beſondere Kirchenverwaltungen eingeführt, beſtehend aus dem Pfarrer, einem Abgeordneten des Magiſtrates und vier bis acht beſonders gewählten Gemeindegliedern. Die Etatsentwürfe und Rechnungen werden dem Magiſtrate zur Erinnerung zuge-

maniae III. 600. IV. 193 u. a.) Die Provinzialsynode von 1549 cap. LXXXVIII sq. (l. c. VI. 589.) traf erſt die allgemeine Verfügung, daß nicht, wie mißbräuchlich bei einzelnen Kirchen geſchehen war, nur Laien, ſondern ſolche unter der Leitung des Pfarrers die Verwaltung übernehmen ſollten.

99) S. z. B. Concil. Magdeburg. a. 1266. c. 23. (Hartzheim l. c. III. 802.): Statuimus, quod laici parochialium ecclesiarum proviſores seu vitrici, qui altirmanni vulgari vocabulo nuncupantur.. de rebus ecclesiarum.. ad requisitionem rectoris ecclesiae, quem adhibeant, ... bis in anno in praesentia ipsius rectoris et quorundam aliorum de parochia honestorum, rationem reddere teneantur.. wiederholt 1313 und öfter (l. c. IV. 246.).

100) Clem. 2. de religiosis domibus. (3. 11.) (Clemens V. in Conc. Viennen. a. 1311.): Gubernatio viris providis, idoneis et boni testimonii committatur. Vgl. Conc. Tridentin. Sess. XXII. cap. 9. de reform.

101) In Bremen ſeit 1350 (Hartzheim l. c. IV. 359.), in Wünſter ſeit 1372 (ſ. Nieſert, Beiträge zu einem Wünſterſchen Urkundenbuche [Wünſter 1823. 4.], I. 1. S. 53, wiederholt 1398 Hartzheim l. c. IV. 545.) u. a. m.

102) S. Helfert a. D. und die Geſetze bei Müller, Lexikon des Kirchenrechtes III. S. 458 fig.

sendet und dann an die vorgeordnete Curatsbehörde geschickt. Diefelbe Mittheilung geschieht auch an das Ordinariat zur Einsichtnahme<sup>103</sup>). Ähnliche Verhältnisse finden sich in den zur oberrheinischen Kirchenproving gehörigen Diöcesen. So in Württemberg, wo Stiftungsräthe und als beständige Ausschüsse derselben Kirchenconvente bestehen<sup>104</sup>), in Baden mit den Stiftungsvorständen<sup>105</sup>), in Kurhessen mit den Kirchenprovisionen<sup>106</sup>), im Großherzogthume Hessen mit den Kirchenvorständen<sup>107</sup>) u. a. m. In Preußen ist die Verwaltung den Kirchencollegien, aus dem Geistlichen und den Vorstehern gebildet, unter der Aufsicht der geistlichen Oberen übertragen<sup>108</sup>). Als solche Obere erscheinen aber ebensowohl die Behörden des Staates, als die Kirche<sup>109</sup>), deren Verhältnis jedoch in den einzelnen Provingen zum Theil von einander abweichend ist.

Ander, als bei gewöhnlichen Pfarrkirchen, verhält es sich mit der Vermögensverwaltung bei Stiftskirchen, Collegiat- und Domkirchen. Außer einem eigenen procurator fabricae hatte hier meistens der Propst, bisweilen auch der Decan die Administration der Temporalien und für wichtigere Fälle mußte das ganze Capitel zugezogen werden. Jetzt entscheiden die neueren Capitelstatuten<sup>110</sup>).

Die Verwaltung selbst wird nach besonderen Instructionen und der darauf bezüglichen Gesetzgebung geführt<sup>111</sup>). Sonst entscheidet die Natur der Sache, da das gemeine Recht hierüber nichts Näheres enthält, und nur die Stellung der Administratoren der der Vormünder vergleicht, daher auch die Aufnahme eines Inventariums beim Antritte des Amtes und die jährliche Abnahme der Rechnung vorschreibt<sup>112</sup>). Hiernach ist überhaupt die Verwaltung keine selbstständige und in wichtigeren Fällen die Autorisation der Kirchenoberen erforderlich. Die Verwalter haben im ganzen das Interesse der Kirche wahrzunehmen, in der Regel müssen sie die Gelder, Schuldinstrumente und andere Urkunden unter gemeinsamem Verschlusse halten, so daß eine einseitige Verfügung nicht möglich

103) Haberkumpff, die neue Kirchenverwaltung nach dem Gesetze vom 1. Juli 1834. Sulzbach 1838. Müller a. a. D. III. S. 484 flg.

104) Müller a. a. D. S. 502 flg. Longner, Darstellung der Rechtsverhältnisse der Bischöfe in der oberhein. Kirchenproving (Lößlingen 1840), S. 306 flg.

105) Müller a. a. D. S. 511 flg. Longner a. a. D. S. 331 flg.

106) Longner a. a. D. S. 350 flg. (Edict v. 9. Januar 1833.) Vgl. kurhessisches Kirchenrecht von Fedderhose, herausgegeben von Pfeiffer, S. 544 flg.

107) Müller a. a. D. S. 525 flg. Longner a. a. D. S. 354 flg. (Edict v. 6. Juni 1832.)

108) R. f. die Auszüge aus dem preuß. allg. Landrechte bei Müller a. a. D. S. 430 flg.

109) Vgl. Laspeyres, Gesch. der heutigen Verfassung der kathol. Kirche Preußens B. I, S. 785, Anm. 27.

110) S. in diesem Werke Bd. II den Art. Canonicus.

111) Vgl. J. H. Böhmmer, ius parochiale Sectio VI. cap. 2 sq. Eichhorn, Kirchenrecht II. S. 772 flg.

112) Clem. 2. de religiosis domibus. (3. 11.) Conc. Trid. Sess. XXII. cap. 9. de reform.



ist<sup>113</sup>). Naturalfrüchte und Zinsen sind von ihnen beizutreiben, und die Erbrügungen sicher zinsbar anzulegen<sup>114</sup>). In dringenden Fällen sind auch Capitalien zu kündigen und anderweit sicher unterzubringen<sup>115</sup>). Ihnen steht auch die Verpachtung der Grundstücke, jedoch nicht ohne Genehmigung der Oberen<sup>116</sup>), zu. Dabei sind sie der Zeit nach beschränkt, indem das gemeine Recht ein Austhuen nur auf 3 Jahre gestattet<sup>117</sup>), was jedoch particularrechtlich erweitert ist<sup>118</sup>). Insbesondere haben sie auch die erforderlichen Maßregeln zur Erhaltung der kirchlichen Gebäude zu treffen, wobei sie jedoch nur geringere Reparaturen selbstständig besorgen dürfen, bei bedeutenderen erst die höhere Autorisation nachzusuchen haben<sup>119</sup>). Als Vertreter der Kirche können sie auch für dieselbe Prozesse führen, handeln dabei aber nur im ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrage der geistlichen Oberen und müssen sich auf Verlangen des Gegners ordentlich legitimiren. Verfahren sie ohne höhere Genehmigung, so verpflichten sie die Kirche nur so weit, als eine vortheilhafte Entscheidung erstritten ist<sup>120</sup>), wie sie überhaupt bei Eingehung lästiger Verträge ohne Autorisation der Oberen die Kirche nur so weit obligiren, als eine in rem versio erfolgt ist<sup>121</sup>). War die Autorisation ertheilt, so kommt aber noch das *beneficium* der in integrum restitutio der Kirche zu Statuten<sup>122</sup>); die Administratoren selbst können aber wegen etwaiger Beschädigung noch besonders in Anspruch genommen werden. Um dabei sicher zu gehen, soll die Kirche nur begüterte Verwalter bestellen, deren Vermögen ihr dann stillschweigend verpfändet ist.

Was die Rechnungslegung betrifft, so hat nach gemeinem Rechte der Kirchenobere die Befugniß, die Personen dafür zu ernennen und selbst

113) Daher die gewöhnliche Bestimmung, daß die Kirchenlade mehrere Schlüssel habe, deren Schlüssel dem Pfarrer und den Vorstehern übergeben sind. Vgl. auch allg. preuß. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 625 flg. Oesterreich. Verordn. v. 10. Oct. 1821 und Verwaltungsinstruction §. 18, 19 (Rüllke a. a. D. S. 459).

114) Bis zu einer gewissen Summe bei öffentlichen Cassen und Banken, dann insbesondere auf Hypotheken. Allg. Landrecht §. 634 flg.

115) Doch ist dazu oft eine besondere Autorisation erforderlich. Allg. Landrecht §. 629 flg.

116) Allg. Landrecht §. 668 flg.

117) Clem. 1. de rebus eccl. non alienandis (3. 4.) (Clemens V. a. 1311) spricht von einem ad modicum tempus. Cap. un. Extrav. comm. eod. tit. (3. 4.) (Paullus II. a. 1468) erklärt dieß durch drei Jahre.

118) Auf sechs, neun oder zwölf Jahre. Nach den Eölnner Statuten des Erzbischofs Max Heinrich von 1662 Pars III. tit. XII. cap. III. §. 1. (Hartzheim l. c. IX. 1073.) sollen Zehnten nicht über sechs, Landgüter und Acker nicht über neun, oder, wie es seit unvordenklicher Zeit im Erzstifte hergebracht sei, auf zwölf Jahre verpachtet werden; doch soll es den Contrahirenden beider Seits freistehen, alle drei oder sechs Jahre den Contract wieder aufzuheben. Das allg. Landrecht §. 670 nimmt als Regel sechs Jahre an.

119) Vgl. allg. Landrecht §. 699 flg.

120) S. Eichhorn a. a. D. II. S. 776, Anm. 82. Vgl. allg. Landrecht §. 650 flg.

121) C. 4. X. de fideiussoribus. (3. 22.) (Innocent. III. a. 1215.)

122) C. 1. X. de in integr. restit. (1. 41.) (Alexander III.)

die Decharge zu ertheilen; particularrechtlich concurrirt dabei aber auch der Patron nebst Repräsentanten der Gemeinde, und die Decharge erfolgt durch die Staatsbehörde, so daß dem Bischöfe nur von dem Resultate Nachricht gegeben wird<sup>123)</sup>.

b) Die Verwaltung in der evangelischen Kirche. Nach dem Begriffe, den die Evangelischen von der Kirche aufstellen, gehören so wesentlich neben den Geistlichen auch die Laien zu derselben, daß eine Repräsentation ohne Zuziehung der letzteren wahrhaft nicht vorhanden ist. Es liegt daher im Wesen der evangelischen Kirche, daß ihre Gerechtsame von der ganzen Gemeinde oder, wo dieß nicht thunlich ist, von Stellvertretern derselben wahrgenommen werden. Zu diesen Gerechtsamen ist insbesondere auch die kirchliche Verwaltung, also namentlich auch die des Vermögens zu rechnen. Die engere Verbindung der evangelischen Kirche mit dem Staate hat indessen öfter ähnliche Verhältnisse, wie in der katholischen Kirche, veranlaßt, und zwar so, daß die Befugnisse der Ordinarien auf den Staat und dessen Behörden, Consistorien und Regierungen übergegangen sind. Insofern hat jedoch das evangelische Princip sich aufrecht erhalten, daß die unmittelbare Administration den Gemeinden verblieben, der Staat aber außer den iura circa sacra noch höhere Gerechtsame behalten hat. Das Verhältniß der kirchlichen und der bürgerlichen Behörden ist in den einzelnen Landeskirchen übrigens verschieden, und wiederum abweichend in den Territorien, an deren Spitze eine katholische Regierung steht. Bemerkenswerth sind in der Hinsicht die Vorschriften des österreichischen Rechtes<sup>124)</sup>. Hiernach liegt die Verwaltung und Verrechnung den von der Kirchengemeinde bestellten Kirchenvorstehern oder Kirchenvätern ob, deren Wahl im Weisem eines obrigkeitlichen Commissärs erfolgt. Zu ihren Berathschlagungen über ökonomische Angelegenheiten müssen die Vorsteher den Pastor hinzuziehen. Jährlich wird in folgender Art die Rechnung gelegt. In vorgeschriebener Form fertigt der Cassenhalter die Rechnung, läßt sie nach gehöriger Prüfung von den Mitvorstehern und dem Pastor bestätigen, und legt dann in einer besonderen Versammlung der Vorsteher, 12 frei gewählter Ausschußmänner, als Stellvertreter der Gemeinde, des Pastors und des Bezirkscommissärs, als Repräsentanten des Kreisamtes, vollständig Rechnung. Diese, vom Bezirkscommissär unterzeichnet, geht dann an das Dominium zur Prüfung, von diesem an das Kreisamt zur Beförderung an das Subernium, welches von der Provinzialstaatsbuchhaltung die Censur und Erledigung bewirkt. Damit auch das Consistorium Augsburg. Confession die nöthige Einsicht erhalte, ist bei jeder Visitation des Superintendenten oder Senior die erfolgte Erledigung vorzuzeigen, worauf der Superintendent der Visitationsinstruction gemäß das Erforderliche in seinem Berichte zu bemerken hat. — In den Ländern, wo die Consistorialverfassung besteht, pflegt die Einwirkung des Staates und der Consistorialbehörden umfassend

123) Vgl. allg. Landrecht §. 688 flg.

124) S. Wälten, a. a. D. III. S. 472 flg.

der zu sein und die Gemeinde selbst weniger Rechte zu besitzen<sup>125</sup>); indessen sind in neuerer Zeit in mehreren Ländern freigeordnete Kirchenvorstände eingeführt und dadurch die Befugnisse der Gemeinden erhöht worden, wie in Nassau seit 1818, in Baden seit 1821, im Großherzogthume Hessen seit 1832 u. a. In Preußen ist schon früher den Kirchencollegien, demnächst den Presbyterien die unmittelbare Administration überlassen worden<sup>126</sup>). Bei weitem größer ist aber der Wirkungskreis da, wo die Presbyterialverfassung eine vollständigere Entwicklung erhalten hat. So war es in Jülich-Berg und Cleve-Mark schon früher der Fall und ist jetzt allgemeiner in den preussischen Rheinlanden und Westphalen gemäß der Kirchenordnung vom 5. März 1835<sup>127</sup>). Hiernach hat das Ortspresbyterium die Verwaltung des Kirchen-, Pfarr-, Schul- und Armenvermögens. Zum Presbyterium gehören Kirchenmeister, welchen obliegt, die Einnahmen der Kirche zu empfangen und auf Assignationen, die vom Präses des Kirchenvorstandes unterschrieben sind, die Ausgaben zu bestreiten, jährlich dem Presbyterium Rechnung zu legen und Aufsicht über die Gebäude u. s. w. zu führen. Zu jeder Gemeinde, die über 200 Seelen zählt, gehört aber auch eine größere Repräsentation, welche gemeinschaftlich mit dem Presbyterium über die Veränderung in der Substanz des Grundeigenthumes, Erwerbung oder Veräußerung derselben, wozu auch Erbverpachtungen und Concessionen gegen Erbzins gehören, berathet und beschließt, Gehälter und Gehaltszulagen für Kirchenbeamte bestimmt, bei Unzulänglichkeit des kirchlichen Vermögens der Gemeinde die Herbeischaffung der nöthigen Bedürfnisse beräth, nöthigen Falles die Umlage auf die Mitglieder der kirchlichen Gemeinde, nach Verhältniß der von derselben zu zahlenden directen Staats- und Communalsteuern, bewirkt und dieselbe der Regierung zur Vollziehung vorlegt. Die nächste Aufsicht über die Verwaltung des Vermögens der Gemeinden führt die Kreis-synode, und hierauf folgt erst die Inspection der Staatsbehörden. — Wo den Verwaltern nicht so bedeutende Rechte zustehen, ist ihre Stellung im allgemeinen der in der katholischen Kirche gleich.

#### C. Veräußerung der Kirchengüter<sup>128</sup>).

Da der äußere Bestand der Kirche großen Theiles vom Besitze der kirchlichen Güter abhängig ist, mußte deren Erhaltung eben sowohl dem Staate, als der Kirche selbst nothwendig erscheinen. Daher bestimmen schon die Synoden des vierten Jahrhunderts, daß ein Presbyterium ohne

125) S. z. B. von Sachsen Müller a. a. D. S. 509. v. Weber, systematische Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechtes, 2. Aufl., I. S. 170, 259 ff. Die Einrichtung von Kirchenvorständen ist bis jetzt noch nicht erfolgt, obgleich beantragt (v. Weber a. a. D. S. 144).

126) Vgl. über alle die oben cit. Stellen.

127) S. Jacobson, Geschichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes Th. IV, B. III (Königsberg 1844), und insbesondre die im Urkundenanhang Nr. CCCLIX mitgetheilte Kirchenordnung selbst.

128) S. Gratian in Cau. X. qu. II. Cau. XII. qu. II. — Tit. X. de rebus ecclesiae alienandis vel non. (S. 13.) in Vlt. (S. 9.)\* Clem. III. 4. Extrav. Comm. III. 4.

Mitwirkung des Bischofes kein kirchliches Gut veräußern dürfe<sup>129</sup>), so dann daß der Bischof nicht ohne Zuziehung des Presbyteriums<sup>130</sup>) oder wohl gar der Provinzialsynode<sup>131</sup>) sich zur Veräußerung entschließen solle. Nur in bringenden Fällen sollte davon abgewichen werden. Damit übereinstimmend erklärten sich auch die Bischöfe von Rom<sup>132</sup>) und die weltliche Gesetzgebung<sup>133</sup>), worauf eine bestimmte Theorie über die Bedingungen der Veräußerung und die für dieselbe anwendbare Form gegründet wurde.

Veräußerung bezeichnet hier jede dauernde Veränderung eines der Kirche zugehörigen Objectes, wodurch der kirchliche Zweck verhindert wird<sup>134</sup>), also nicht nur förmliches Aufgeben des Eigenthumes durch Verkauf<sup>135</sup>), Tausch<sup>136</sup>), Schenkung<sup>137</sup>), sondern auch die Begründung einer Erbpacht und Emphyteuse<sup>138</sup>), die Errichtung eines Lehens<sup>139</sup>), die Einkümmung eines dinglichen Rechtes<sup>140</sup>), die Uebernahme irgend einer Verbindlichkeit<sup>141</sup>) oder der Verzicht auf irgend einen Vortheil<sup>142</sup>). Da-

129) C. 15. Conc. Ancyran. a. 314. (c. 42. Cau. XII. qu. II.)

130) C. 32. Conc. Carthag. IV. a. 398 (Bruns, canones Apostat. et concil. I. 145.): Conniventia et subscriptio clericorum in c. 1. X. de his quae sunt a praelato. (3. 10.) c. 45. Concil. Agathense a. 506. (c. 53. Cau. XII. qu. II.) S. Rote 132.

131) C. 26. Conc. Carthag. VI. a. 419. (c. 39. Cau. XVII. qu. IV. verb. c. 51. Cau. XII. qu. II.)

132) Ein Schreiben Leo's I. von 447 (in c. 52. Cau. XII. qu. II.) enthält darüber: Sine exceptione decernimus, ne quis episcopus de rebus ecclesiae suae quicquam donare, vel commutare, vel vendere audeat, nisi forte aliquid horum faciat, ut meliora prospiciat, et cum totius cleri tractatu atque consensu id aligat, quod non sit dubium profuturum ecclesiae, und schärft auch den Rote 130 cit. Carthagischen Schluß ein. Darauf stützen sich wiederholt die späteren Decretalen.

133) C. 14. C. de sacros. ecclesiis (1. 2.) von Leo und Anthemius a. 470. für die Kirche zu Constantinopel, erweitert auf den ganzen Patriarchensprengel durch Anastasius c. 17. C. eod., und ganz allgemein bestimmt durch Justinian c. 21. eod. Nov. VII u. CXX. (vgl. Nov. XL. XLVI. LIV. LV. LXV. u. a.)

134) C. 5. X. h. t. (3. 13.) verb. Nov. VII. cap. 1. c. ult. C. de rebus alienandis. (4. 51.) Vgl. Frey, Commentar über das Kirchenrecht Th. IV, §. 42 flg.

135) C. 20. Cau. XII. qu. II. (Symmachus a. 502.) c. 5. X. cit. Nov. VII. cap. 1.

136) Tit. X. de rerum permutatione. (3. 19.) c. 5. X. cit. c. 14. 17. C. de sacros. eccl. (1. 2.) Nov. VII. cap. 1. 5. Nov. CXX. cap. 7.

137) Tit. X. de donationibus. (3. 24.) c. 5. X. cit. Nov. VII. cap. 1. 5.

138) C. 5. 9. X. h. t. (3. 13.) c. 2. eod. in VIto. (3. 9.) verb. c. 17. C. de sacros. eccl. (1. 2.) Nov. VII. cap. 1. 3. Nov. CXX. cap. 1. 5. 6.

139) Tit. X. de feudis. (3. 20.)

140) Tit. X. de pignoribus et aliis cautionibus. (3. 21.) c. 21. C. de sacros. eccl. (1. 2.) Nov. VII. cap. 5. 6. c. 5. X. h. t. (3. 13.) c. un. Extrav. Comm. h. t. (3. 4.)

141) S. die vorige Rote. Vgl. Tit. X. de pactis. (1. 35.) Tit. X. de fideiussoribus. (3. 22.)

142) Tit. X. de transactionibus. (1. 36.)

gegen fallen nicht unter den Begriff einer eigentlichen Veräußerung die nützliche Verwendung von Mobilien, die nur einen geringen Werth haben<sup>143</sup>), die Vererbepachtung von uncultivirtem Lande<sup>144</sup>), die Wiederausleihung von Gütern, welche nach erfolgter Apertur der Kirche anheimgefallen, aber noch nicht förmlich mit den zu kirchlichen Zwecken bestimmten Gütern wieder vereinigt sind (*res infeudari, in emphyteusin dari solitae*)<sup>145</sup>), die Einräumung einer Generalhypothek<sup>146</sup>). Von dem allgemeinen Veräußerungsverbote kann indessen unter Umständen, *ex iusta causa*, abgegangen werden. Der Grund ist aber entweder ein unabweisliches Bedürfniß oder ein besonderer Nutzen (*evidens necessitas vel utilitas*)<sup>147</sup>). Jenes ist der Fall, wenn Schulden bezahlt werden müssen, wenn Pflichten der Liebe zu genügen ist, wie Loskaufen von Gefangenen, Unterhaltung der Armen in Zeiten der Noth u. s. w.<sup>148</sup>), dieses wenn durch die Veräußerung größere Vortheile erreicht, Verluste abgewendet werden können u. a. m.<sup>149</sup>). Ueber das Dasein der *iusta causa* muß aber auch die gesetzliche Sicherheit bestehen, weshalb eine vollständige *causae cognitio* erfolgt und die Genehmigung der Bethelligten eingeholt wird (*tractatus sollempnis et diligens*)<sup>150</sup>), insbesondere bei Patronatskirchen des Patrons, bei Collegiat- und Hochstiftern des Capitels<sup>151</sup>), und nach der, jedoch in Deutschland nicht practisch gewordenen, Forderung der Curie auch der Consens des Papstes<sup>152</sup>). Auf Grund dieser Verhandlung ertheilt dann der Bischof<sup>153</sup>) die Autorisation, das *decretum de alienando*<sup>154</sup>); bei Klosterkirchen ist überdieß die besondere Ge-

143) C. 5. X. h. t. (3. 13.) c. un. Extrav. Comm. h. t. (3. 4.)

144) C. 7. X. h. t. (3. 13.)

145) C. 2. X. de feudis. (3. 20.)

146) Nov. VII. cap. 6. Im c. 5. X. h. t. (3. 13.) ist auch nur die Einräumung der Specialhypothek verboten.

147) C. 1. h. t. in Vito. (3. 9.)

148) C. 70. Cau. XII. qu. II. (Ambrosius a. 377.) c. 14. 15. 16. eod. (Gregor. I. a. 597. 598.) c. 13. eod. (Conc. Constantinop. IV. a. 869.) c. 21. C. in fin. de sacros. eccles. (1. 2.) Nov. VII. cap. 8. Nov. LXV. CXX. cap. 9. 10.

149) C. 52. Cau. XII. qu. II. (Leo I. a. 447.) c. 20. eod. (Symmachus a. 502.) c. 8. X. h. t. (3. 13.) (Coelestin. III. a. 1193.) c. 1. eod. in Vito. (3. 9.) Vgl. Nov. VII. cap. 2. §. 1.

150) C. 52. Cau. XII. qu. II. c. 1. h. t. in Vito. (3. 9.) Insbesondere wird dabei zugleich festgesetzt, welches Object zur Veräußerung kommen solle. S. Note 157.

151) S. Note 130. c. 8—10. X. h. t. (3. 13.) c. 1. 2. eod. in Vito. (3. 9.) Tit. X. de his quae fiunt a praelato sine consensu capituli. (3. 10.) Vgl. v. der Rahrer, Sammlung merkwürdiger Entscheidungen des herzoglich nassauischen Oberappellationsgerichtes zu Wiesbaden Bd. II (Frankfurt a. M. 1855. 8.), S. 95—112.

152) C. 8. X. h. t. (3. 13.) c. un. Extrav. Comm. eod. (3. 4.) (Paulus II. a. 1468.) Eichhorn, Kirchenrecht II. S. 785.

153) Derselbe muß aber schon confirmirt und consecrirt sein. c. 44. in fin. X. de electione. (1. 6.)

154) C. 52. Cau. XII. qu. II. c. 1. X. h. t. (3. 13.) c. 1. eod. in Vito. (3. 9.) Nov. LIV. cap. 2.

nehmung des Oberen der Congregation u. s. w. erforderlich<sup>155</sup>). Außerdem ist aber jetzt allgemein die Staatsgenehmigung nothwendig, welche nach der Besonderheit des Falles von höheren oder niederen Behörden ertheilt wird<sup>156</sup>). Was dann die Veräußerung selbst betrifft, so werden zunächst Mobilien nach dem Grade ihrer Entbehrlichkeit hingegeben, doch werden die preisgegebenen heiligen Gefäße vorher zusammen geschlagen<sup>157</sup>). Dann folgen Immobilien. Der Verkauf selbst geschieht öffentlich nach einer wenigstens 20 Tage vorher bekannt gemachten Versteigerung<sup>158</sup>). Ist ohne Berücksichtigung dieser Grundsätze eine Veräußerung geschehen, und nicht etwa noch Rathabition erlangt<sup>159</sup>), so entbehrt die Handlung der Rechtsbeständigkeit; es kann daher mit dinglichen und persönlichen Klagen die Rückgabe des veräußerten Objectes, selbst durch den Veräußerer Namens der Kirche, herbeigeführt werden<sup>160</sup>). Gegen den Veräußerer selbst bleibt indessen dem Erwerber der Negress. Der Veräußerer kommt der Kirche überdies für jeden Schaden auf und wird den Umständen nach noch besonders bestraft<sup>161</sup>). Eine diesen Grundsätzen widersprechende Gewohnheit kann nie den Charakter eines Rechtes erhalten, ein darauf gegründetes Urtheil also auch nicht in Rechtskraft übergehen<sup>162</sup>). Ist aber der gesetzlichen Form genügt, so darf eine geschehene Veräußerung aus dem Grunde einer fehlenden *iusta causa* nicht mehr angefochten werden<sup>163</sup>), und die Kirche hat nur, wenn sie wirklich verletzt ist, den Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand<sup>164</sup>).

Das evangelische Kirchenrecht folgt den Grundsätzen des canonischen Rechtes und gestattet daher ebenfalls keine Veräußerung ohne Anwendung der Solennität<sup>165</sup>). Den Consens zur Alienation ertheilen bald die Consistorien, bald die Regierungen im Namen des Landesherrn, welcher hier-

155) C. 1. X. h. t. (3. 13.)

156) S. z. B. preuß. allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 219, 220, 648. Circularrefer. des geistl. Ministeriums v. 15. März 1832. Hiernach ist bei Veräußerung ganzer Landgüter und Häuser der Consens des Ministeriums, in allen übrigen Fällen der der Regierung erforderlich; doch ist dabei wegen der Mitwirkung der Bischöfe die Dienstinstruction v. 23. Oct. 1817 §. 18 zu berücksichtigen.

157) S. c. 2. Cau. X. qu. II. und die darauf s. t. *Constitutio nova* recipirten Authentika aus Nov. VII u. CXX.

158) S. die Citate der vorigen Note.

159) C. 2. X. de pactis. (1. 35.)

160) C. 14. 21. C. de sacros. oeccl. (1. 2.) Nov. VII. cap. 1. 5. Nov. CXX. cap. 9. — c. 42. Cau. XII. qu. II. (Conc. Ancyran. a. 314.) c. 20. eod. (Symmachus a. 502.) c. 6. 12. X. h. t. (3. 13.) c. 1. 2. eod. in VIto. (3. 9.) c. 1. eod. in Clem. (3. 4.) c. 3. X. de pignoriis. (3. 21.)

161) C. 18. Cau. XII. qu. II. (Leo IV.) a. 9. X. h. t. (3. 13.) c. 8. X. de pignoriis. (3. 21.)

162) C. 8. X. de sent. et re iud. (2. 27.)

163) S. Eichhorn a. a. D. II. S. 787, Anm. 30.

164) C. 1. X. de in integrum restit. (1. 41.) c. 11. X. h. t. (3. 13.)

165) R. f. überhaupt Carpzov, iurisprud. oeccl. lib. II. deca. 299 sq. J. H. Böhmcr, ius oeccl. Prot. lib. III. tit. XIII.

bei die Stelle des Bischofes einnimmt<sup>166</sup>); doch pflegt nach dem evangelischen Principe die Einwilligung der Gemeinde ebenfalls erforderlich zu sein<sup>167</sup>). Die Vertretungsverbindlichkeit der Verwalter steht gleichfalls fest<sup>168</sup>).

#### D. Vorrechte der Kirchengüter.

Außerdem, daß durch eine strenge Verwaltung dem Verluste des kirchlichen Vermögens vorgebeugt ist, genießt dasselbe noch mannichfache Privilegien, die theils zur Erhaltung desselben beitragen, theils eine vortheilhaftere Benutzung herbeiführen und sonst als besondere Anerkennung der Kirche überhaupt dienen sollen. I. Wenn eine Kirche Schulden halber Objecte ihres Gutes opfern muß und sich kein annehmbarer Käufer findet, so soll der Creditor, dem die Sache pro soluto übergeben wird, dieselbe nach einer entsprechenden Taxe (iusta et districta aestimatione facta) annehmen, doch so, daß noch ein Zehntel des ermittelten Werthes zugerechnet wird<sup>169</sup>). Eben so soll, wenn eine Kirche sich in großer Schuldenlast befindet, eine Herabsetzung des Zinsfußes erfolgen<sup>170</sup>). II. Hinsichtlich der Verjährung<sup>171</sup>) entscheiden im wesentlichen die Grundsätze des römischen Rechtes, jedoch mit einzelnen Modificationen. Der Erwerb der Kirche durch Präscription ist nicht bevorrechtet; auch die Verjährung gegen die Kirche bei beweglichen Sachen ist die regelmäßige von 3 Jahren<sup>172</sup>). Anders verhält es sich aber bei Immobilien und Gerechtsamen. Theodosius II., welcher die dreißigjährige Verjährung einführte, wendete dieselbe auch auf die Kirche an<sup>173</sup>). Justinian erweiterte diese Bestimmung anfangs zu Gunsten der Kirche zu Emesa in Syrien auf 100 Jahre, und übertrug sie dann auf sämtliche Kirchen des Orients im J. 528<sup>174</sup>) und demnächst auch im J. 535 des Deci-

166) S. z. B. Ledderhose, Kurhess. Kirchenrecht, herausgegeben von Pfeiffer, §. 61, 546. Wegen Preußen s. m. Note 156 und dazu allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 618 flg.

167) Allg. preuß. Landrecht a. a. D. §. 647.

168) Doch geht dieselbe nur auf den Theil des ohne Consens ausgeliehenen Capitales, das durch die vorchriftsmäßige Sicherheit nicht gebüht ist (vgl. Simon und v. Strampff, Rechtsprache der preuß. Gerichtshöfe Bd. IV, Heft II, Nr. 46).

169) Nov. CXX. cap. 6. §. 2., Auth. Hoc ius porrectum C. de sacros. eccl. (1. 2.), auch hinter c. 2. Cau. X. qu. II. §. 1.

170) Argum. der in der vorigen Note cit. Stellen. Vgl. J. H. Böhm, ius eccl. Prot. lib. III. tit. 16. §. 48.

171) Vgl. Cau. XVI. qu. III. IV. Tit. X. de praescriptionibus (2. 26.) in VIto. (2. 13.) S. Jo. Henr. Bach, diss. de praescriptione centum annorum in actionibus ecclesiae Romanae. Lipsiae 1750. (opuscula ad hist. et iurisprud. ed. Klotz. [Halae 1777. 8.] p. 41 sq.) Unterholzer, die Lehre von der Verjährung B. I, S. 147 flg. v. Savigny, System des heutigen röm. Rechtes B. V, S. 354 flg.

172) Auth. Quas actiones C. de sacros. eccl. (1. 2.) (ad c. 23. C. h. t.) Gratian §. 4. ad c. 16. Cau. XVI. qu. III.

173) C. un. C. Th. de actionibus certo tempore finiendis. (4. 14.) Vgl. C. J. III. 39. Die Kirche selbst erkaunte dieß auch an. Vgl. c. 1. Cau. XIII. qu. II. (Gelasius a. 494. ?)

174) C. 23. C. de sacros. eccl. (1. 2.)

denks<sup>175</sup>). Schon im J. 541 hob aber der Kaiser dieses Privilegium wieder auf<sup>176</sup>) und gewährte der Kirche vor anderen Instituten nur einen Vorzug von 10 Jahren, so daß nunmehr die Frist von 40 Jahren entscheidend wurde. Dieß bestätigte er auch im J. 545 nochmals<sup>177</sup>), und in der Kirche selbst wurde dieß als bestehendes Recht nicht bezweifelt<sup>178</sup>). Später ging man aber von der Ansicht aus, daß die Aufhebung der 100jährigen Verjährung nur für den Orient, nicht aber zugleich für den Occident erfolgt sei<sup>179</sup>), insbesondere nicht für die römische Kirche (d. i. die des Lateran nebst deren Sprengel und Besitzungen<sup>180</sup>)) und behauptete, wie die Curie auch jetzt<sup>181</sup>) noch, die Geltung des früheren Privilegiums. Indem aber die 40jährige Verjährung nunmehr die Regel bildet, hat die Kirche eben so wenig wie Minderjährige, denen sie sonst gleichgestellt wird, noch einen besonderen Anspruch auf Restitution gegen die Präscription<sup>182</sup>); dennoch hat die Praxis, gestützt auf solche Entscheidungen, welche auch gegen Zeitablauf wegen erfolgter Lässen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anerkennen<sup>183</sup>), allgemeiner eine vierjährige Restitution angenommen<sup>184</sup>) und so die Erweiterung der 40jährigen in eine 44jährige Verjährung herbeigeführt<sup>185</sup>). In manchen Fällen ist aber wegen der Natur des in Betracht kommenden Gegenstandes die Verjährung ausgeschlossen. Die Kirche hat dieß für Spiritualien überhaupt, insbesondere auch auf Zehnten den Laien gegenüber behauptet, da diese solche Objecte zu besitzen nicht fähig sein sollen<sup>186</sup>), ohne indessen diesen Grundsatz durchführen zu können<sup>187</sup>). Während die 40jährige

175) Nov. IX.

176) Nov. CXI.

177) Nov. CXXXI. cap. 6.

178) C. 2. Cau. XVI. qu. IV. (Gregor. I. a. 591.) Die Nov. CXXXI. cap. 6. hat Gratian in c. 3. eod. mit recipirt.

179) Vgl. die Auseinandersetzung bei Bach l. c. p. 56 sq. und f. dagegen Braun, Erörterungen zu Thibaut's Pandekten B. 2, S. 887.

180) Vgl. c. 4. X. de confirmatione util. (2. 30.) (Innocentius III. a. 1206.)

181) C. 17. Cau. XVI. qu. III. (Johannes VIII. c. a. 878.) Auth. Quas actiones C. de sacros. eccl. (1. 2.) (Irnerius. Vgl. v. Savigny, Geschichte des röm. Rechtes im Mittelalter ed. II. B. II, §. 70, S. 198, 199, verb. B. IV, S. 379 ff. Haenel, dissensiones dominorum. (Lipsiae 1834.) p. 51. 52. 97. 98.) c. 13. 14. 17. X. de praescript. (2. 26.) (Innoc. III. a. 1206.) c. 2. eod. in Vito. (2. 13.) (Bonifacius VIII.) Const. Benedicti XIV. Ad honorandam a. 1752. (Bullarium Magnum T. XVIII. c. a. 1298. p. 287.)

182) Glü d, Commentar zu den Pandekten B. VI, §. 465. S. Scholz III., juristisches Magazin B. II, §. 2, S. 231, 232.

183) Clem. un. de in integrum restit. (1. 11.) (Clemens V. a. 1311.)

184) Vgl. Burchar di, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Göttingen 1831), S. 257 ff.

185) So im preuß. allg. Landrechte Th. I, Tit. IX, §. 629 ff.

186) C. 7. X. de praescript. (2. 26.) c. 15. 17. 19. X. de decimis. (3. 30.)

187) Vgl. überhaupt J. H. Bömer, ins eod. Prot. lib. III. tit. XXVI. §. 34 sq. lib. III. tit. XXX. §. 36. Unterholzner a. a. D.



Verjährung, als eine *longissimi temporis praescriptio*, eigentlich nur den Besitz und *bona fides* erfordert, nicht aber den Nachweis eines *iustus titulus*, so soll doch dessen Vorhandensein bewiesen werden, wenn zwar die sonstigen Bedingungen der Verjährung nicht fehlen, das gemeine Recht aber sonst im Widerspruche steht. In solchem Falle kann ohne Titel nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden<sup>188</sup>), eben so wie dann, wenn der Gegenstand eigentlich der Verjährung entzogen ist<sup>189</sup>). III. Als ein eigenes Vorrecht der Kirche erscheint auch die Befreiung von bürgerlichen Lasten und Abgaben<sup>190</sup>). Bald nach der Reception des Christenthumes im römischen Reiche verließ Constantin im J. 315 den Gütern der Kirche, gleich den Privatbesitzungen des kaiserlichen Hauses, Freiheit von den allgemein üblichen Steuern<sup>191</sup>). Mit der Erweiterung des kirchlichen Erwerbes schien aber ein Bedürfnis dazu nicht mehr obzuwalten, und so folgte späterhin eine Rücknahme dieser Gunst, welche nur ausnahmsweise einzelnen Kirchen gewährt wurde, wie bei zu Thessalonich, Aphrodisium u. a.<sup>192</sup>). Während die Pflicht zur Entrichtung der ordentlichen Grundsteuer bestand<sup>193</sup>), war aber die Kirche von außerordentlichen Abgaben und Lasten, insbesondere den niederen Leistungen (*munera sordida*) befreit; doch wechselte die Gesetzgebung sowohl in der Begriffsbestimmung der Abgaben, als rücksichtlich der Befreiung oder Verpflichtung, indem in Fällen der Noth die Kirche doch zur Leistung genöthigt wurde<sup>194</sup>). Im fränkischen Reiche kam für die Kirche eigentlich das römische Recht als ein persönliches zur Anwendung; doch wurde keineswegs dasselbe vollständig zur Ausführung gebracht<sup>195</sup>) und es bedurfte erst wiederholter Anträge, um der hergebrachten Freiheiten theilhaftig zu werden. Im 6. Jahrhundert wurde, jedoch nur für ein-

B. II, S. 320, Anm. Die Bezugnahme auf c. 46. §. 9. C. de episc. et cler. (1. 3.) ist hierbei unstatthaft, da diese Stelle eine *lex restituta* ist.

188) C. 1. de praescript. in Vlt. (2. 13.)

189) C. 26. X. de V. S. (5. 40.) (Innocent. III. a. 1209.) Vgl. Buchka, der unvordenkliche Besitz. Heidelberg 1841. 8. — So auch nach märkischem Rechte, welches die Unverjährbarkeit kirchlicher Grundstücke und unablöslicher Schulden ausspricht. S. Stengel, Beiträge zur Kenntniss der preuß. Justizverfassung B. II, S. 411, 412. Vgl. Simon und v. Strampff, Entscheid. des geheimen Obergerichtes B. II, Nr. 8 u. a.

190) Tit. X. de immunitate ecclesiarum, coemeterii et rerum ad eas pertinentium (3. 49.) in Vlt. (3. 23.) Clem. 3. 17. Extrav. Comm. III. 13. — Vgl. Thomassin, *vetus ac nova ecclesiae disciplina* P. III. lib. I. cap. 33—45.

191) C. 1. C. Th. de annon. et tribut. (11. 1.)

192) S. c. 33. 37. C. Th. tit. cit.

193) C. 15. C. Th. de episc. et cler. (16. 2.) (Constans a. 360.) c. 40. eod. und c. 5. C. J. de sacros. eccles. (1. 2.) (Honorius a. 412.)

194) Vgl. c. 15. 18. 21. 22. C. Th. de extraord. sive sordidiss. muneribus. (11. 16.) c. 8. 10. 14. 15. 40. C. Th. de episc. et cler. (1. 2.) — Nov. CXXXI. cap. 5. S. auch Kiffel, geschichtl. Darstellung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat I. Buch 2, Cap. 2.

195) S. Pland, Geschichte der christlich-kirchlichen Gesellschaftsverfassung B. II, S. 210 fig. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. B. I, §. 172.

zelne Kirchen, die Bewilligung ausgesprochen; sie erlangten dadurch theils Anspruch auf die sonst dem königlichen Fiscus gebührenden Zinsen, Fried- und Wehrgelder, theils Befreiung von einigen munera extraordinaria<sup>196)</sup>. Die so ertheilte Gunst bedurfte aber der besondern Bestätigung der einzelnen Könige. Eine allgemeinere Befreiung bestand indessen für die von den Königen selbst der Kirche geschenkten Güter<sup>197)</sup>, auch wohl für das von anderen Sebern dargebrachte schon vorher freie Land, so wie für den jeder Kirche zugehörigen mansus<sup>198)</sup>. In dringenden Fällen wurden übrigens dennoch immer Steuern erhoben<sup>199)</sup>, insbesondere zum Behufe des Krieges; auch kamen dazu noch die Lasten, welche aus der Aufnahme der Könige und ihres Gefolges hervorgingen<sup>200)</sup> und regelmäßige Geschenke (dona gratuita). Unter der Herrschaft der Karolinger und später<sup>201)</sup> wurden die üblichen Steuern aufrecht erhalten, ja zum Theil noch erweitert, indem die Territorialherren darauf als ein in der Landeshoheit liegendes Recht Anspruch machten, und die Städte bei der Einrichtung einer allgemeinen Steuerverfassung auch dem Kirchengute die entsprechende Abgabe auferlegten. Dagegen suchte die Kirche wie Unabhängigkeit von der weltlichen Macht überhaupt, so insbesondere Befreiung ihrer Besitzungen von bürgerlichen Lasten. Alexander III. sprach zwar auf dem dritten Lateranconcil im J. 1179 nur den Grundsatz aus<sup>202)</sup>, daß keine Beihilfe gefordert werden dürfe, wenn nicht der Bischof und Clerus zuvor die Nothwendigkeit anerkannt hätten, und Innocenz III. machte auf dem vierten Lateranconcil im J. 1215 jede derartige Bewilligung noch von seiner eigenen Genehmigung abhängig<sup>203)</sup>; bald ging man aber weiter und verlangte um so mehr völlige Freiheit<sup>204)</sup>, als selbst theils besondere Privilegien<sup>205)</sup>, theils allgemeine Gesetze<sup>206)</sup> dieselbe unterstützten. Indessen konnten weder diese, noch die unter Androhung der härtesten Kirchenstrafen ergangenen Verbote der Päbste<sup>207)</sup>

196) Marculf, form. I. 3.

197) Conc. Aurelian. I. a. 511. can. 5. (ed. Bruns II. 162.)

198) S. den Art. Kirchengebäude.

199) Planck a. a. D. II. S. 220.

200) Eugenheim, Staatsleben des Clerus im Mittelalter B. I (Berlin 1839), Hauptst. X.

201) Planck a. a. D. III. S. 445 flg., IV. II. S. 158 flg. Eichhorn a. a. D. B. II, §. 329.

202) Can. 19. in c. 4. X. h. t. (3. 49.)

203) Can. 46. in c. 7. X. h. t.

204) Statimus, ut clerici occasione patrimonii sui vel personae nullatenus tallientur. Conc. Narbonnense a. 1227 can. 12. (Mansi, Coll. Concil. XXIII. 24.) Vgl. Conc. Tolosan. an. 1229. can. 20. 21. u. a. m. Conc. Colon. a. 1266. can. 8. (Hartzheim, Conc. Germaniae III. 621.): .. Bona ecclesiarum.. maneat in omni loco.. absque telonio et omni exactione, et sine omni impedimento libera et penitus absoluta.

205) Hüllmann, Gesch. des Ursprunges der Stände B. II, S. 53 flg.

206) Auth. Friderici II. Item nulla C. de episc. et cler. (I. 3.) ann. 1220. (Pertz, Monum. Germaniae IV. 243.)

207) C. 1. h. t. in Vito. (3. 23.) (Alexander IV. a. 1260.) c. 4. eod. und c. 4. de censibus in Vito. (3. 20.) (Bonifacius VIII. 1296.)

die Praxis umgestalten, zumal da die maßlosen Bestimmungen Bonifacius VIII. von Clemens V. förmlich widerrufen und die früheren Vorschriften Alexander's III. und Innocenz IV. wieder hergestellt werden mußten<sup>208</sup>). Daher ward die Kirche nach wie vor, wo nicht specielle Privilegien erlangt wurden, besteuert<sup>209</sup>), und seit dem 16. Jahrhundert mußte selbst in den geistlichen Territorien auf Anbringen des Volkes öfter die unbedingte Immunität von bürgerlichen Lasten aufgehoben werden<sup>210</sup>). Im Verhältnisse zum deutschen Reiche bestand immer die allgemeine Pflicht auch der geistlichen Stände ihr Contingent zu den Reichssteuern zu entrichten, in den einzelnen Territorien aber war das Recht der Landesherren nach der besonderen Verfassung Steuern auch von dem Kirchengute zu erheben anerkannt<sup>211</sup>), insoweit nicht specielle Befreiungen vorhanden waren, welche jedoch in dringenden Nothfällen ihre Kraft verloren. In solchen Fällen ward die Steuer bald schlechthin, bald erst nach Einholung eines päpstlichen Indults erhoben, wie in Bayern bei der sogen. Decimationsteuer<sup>212</sup>). So blieb es bis zur Auflösung des deutschen Reiches, seit welcher die besondere Landesverfassung und das Particularrecht über die bestehenden Verpflichtungen entscheidet. In den Rheinbundstaaten waren die Privilegien der Befreiten meistens aufgehoben<sup>213</sup>); die späteren Verfassungsurkunden haben es theils dabei gelassen, theils die Immunität wieder hergestellt, theils anerkannt, daß ältere Immunitäten geachtet, neue aber erst besonders erworben werden müssen, indem das Kirchengut an und für sich darauf keinen Anspruch hat<sup>214</sup>). IV. Ein anderes Vorrecht

208) Clem. un. h. t. (3. 17.) Conc. Viennense a. 1311.

209) Die strittigen Verhältnisse gestalteten sich wegen der Güterimmunität ganz ähnlich, wie wegen der Jurisdictionalin. W. s. deshalb den Art. geistliche Gerichtsbarkeit Bd. IV, S. 590. — Durch Bulle vom 29. Mai 1445 beauftragte Pabst Eugenius IV. den Bischof von Ermland, Abt von Pselpin u. a., jeden mit dem Kirchenbanne zu belegen, welcher im Widerspruche mit den Constitutionen Friedrich's II. und Karl's IV. Geistliche mit Böden und Abgaben beschweren würden (die Bullen im geheimen Archive zu Königsberg Schieblade XI, Nr. 11 bis 14).

210) Vgl. Jacobson, Geschichte der Quellen des preuß. Kirchenrechtes B. IV, Th. III, S. 449, 452, 485 u. a.

211) S. Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte B. IV, §. 537, 547 u. a. — Pütter, Literatur des deutschen Staatsrechtes B. III, §. 1151, und Klüber's Fortsetzung S. 319, 320. Ueber das Hochstift Münster s. m. den lehrreichen Aufsaß von v. Druffel, in Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in dem königl. preuß. Erbfürstenthume Münster... ergangen sind (Münster 1842. 8.), Bd. I, S. 67 fg.

212) Recept von 1690. Vgl. Andr. Müller, Lexikon des Kirchenrechtes B. II, S. 99. Im Münsterschen war das eigentliche Kirchengut befreit (s. v. Druffel a. a. D. S. 77, 78), nicht aber der Clerus, der vielmehr ohne päpstliches Indult besteuert ward.

213) S. die Nachweisungen bei Klüber, öffentliches Recht des deutschen Bundes S. 327, Note k.

214) Vgl. die darüber ergangenen Gesetze der einzelnen deutschen Länder bei Müller, Lexikon B. I, S. 17 fg., s. v. clerikalische Abgaben; B. II, S. 99 fg., s. v. Decimationsteuer. Die daselbst nicht erwähnte kurheffische Verfassungsurkunde vom 5. Januar 1831 bestimmt im §. 149: Die Güter der

des Kirchengutes pflegt das Armenrecht im Prozesse zu sein, bald unbeding, bald abhängig von der besonderen Bedürftigkeit<sup>216</sup>). V. Das frühere Asylrecht<sup>217</sup>) besteht in Deutschland jetzt nicht mehr.

### III. Die einzelnen Objecte des Kirchengutes.

Das römische Recht unterscheidet bereits weltliche und heilige Gegenstände (*res humani und divini iuris*) und theilt die letzteren in *res sacrae, sanctae und religiosae* ein, je nachdem sie sich auf die Gottheiten der Oberwelt, die Tutelargötter oder die Gottheiten der Unterwelt beziehen<sup>217</sup>). Auch die Kirche statuirt den Unterschied von *res humani und divini iuris* in der Anwendung auf irdische Sachen (*res terrenaе, temporales*), je nachdem sie *iure humano, quod in potestate est regum terrae*, oder *iure divino, quo cuncta iustorum sunt*, befaßt werden<sup>218</sup>). Genauer scheiden die späteren Canonisten<sup>219</sup>) die einzelnen Objecte in *res spirituales und temporales*. Die letzteren umfassen das eigentliche Kirchenvermögen, wie Grundstücke, Häuser, Zehnten u. a. und dienen zur körperlichen Erhaltung, während die Spirituellen einen unmittelbar oder mittelbar geistigen Zweck verfolgen, und in *sacrae, sanctae* (auch *sacrosanctae*) und *religiosae* zerfallen. Zu ihnen gehören auch die Sacramente, von denen wir jedoch bei der folgenden Uebersicht um so mehr abstrahiren, als sie nur uneigentlich unter den Begriff der *res* gebracht werden.

A. Heilige Sachen (*res sacrae, sanctae, sacrosanctae*) sind diejenigen, welche sich unmittelbar auf den Gottesdienst beziehen und deshalb in der katholischen Kirche durch Consecration oder Benediction, in der evangelischen Kirche durch Dedication feierlich geweiht werden<sup>220</sup>). Vorzugweise gehören dazu Kirchen und Altäre<sup>221</sup>), welche consecrirt werden; dergleichen die beim Cultus, insbesondere bei der Messe erforderlichen Gefäße, der Kelch nebst dem Hostienteller (*Patene, patena,*

---

Kirchen und Pfarren, der öffentlichen Unterrichtsanstalten und der milden Stiftungen bleiben, so lange sie sich in deren Eigenthume befinden, von Steuern befreit. Diese Steuerfreiheit erstreckt sich jedoch nicht auf diejenigen Grundstücke, welche bisher schon steuerpflichtig waren, oder nach der Verkündigung dieser Verfassung von ihnen erworben werden. — Ueber das französische Recht, welches mit Modificationen noch jetzt in Rheinpreußen, Bayern, Hessen zur Anwendung kommt, s. m. das Gesetz v. 3. Frimaire an VII. (23. Nov. 1798) u. a. bei Hermens, Handbuch der Gesetzgebung über den christlichen Cultus B. I, S. 307 fg.

216) S. den Art. in diesem Werke Bb. I, S. 440 fg.

216) S. Bb. I, S. 461, 462.

217) Vgl. Chr. Rau, origo discriminis inter res sacras, religiosas et sanctas. Lipsiae 1810. 4.

218) C. 1. Cau. XXIII. qu. VII. (Augustinus a. 406.)

219) Vgl. Lancelotti, institutiones iuris can. lib. II. tit. I. Andere hieher gehörige Literatur findet sich nachgewiesen von Helfert, Darstellung der Rechte, welche in Ansehung der heil. Handlungen, dann der heiligen und religiösen Sachen.. stattfinden (Prag 1826. 8.), S. 5 fg. Dazu füge man noch die öfter cit. Schrift von Seig, Recht des Pfarramtes.

220) S. den Art. Consecration Bb. III, S. 33 fg.

221) S. die Art. in Bb. I und V.

*donov*)<sup>222</sup>), welche aus edelen Metallen, im Nothfalle aus Zinn, nicht aus Holz oder Glas verfertigt sein sollen<sup>223</sup>). Dagegen sind nur benedicirt die Monstranz (*ostensorium*), in welcher die consecrirte Hostie aufbewahrt und bei feierlichen Gelegenheiten zur Anbetung ausgesetzt wird<sup>224</sup>). Das Tabernakel (*ciborium*) dient gleichfalls zur Aufbewahrung der Hostie und der heiligen Gefäße und ist über dem Altare angebracht. Gleichfalls benedicirt sind die Meszkännchen (*ampullae*), aus denen Wein und Wasser in den Kelch gefüllt wird, eben so das Rauchfaß (*thuribulum*), Crucifixe, Silber, Leuchter, Weihkessel, Sprengwedel, Fahnen u. a., so wie von der Altarbedeckung das unmittelbar auf der Altartafel liegende *lintheum*, *mappa*, während die darüber liegende Decke, *corporale*, *palla consecrirt* sein müssen<sup>225</sup>). Die verschiedenen Gewände der Geistlichen sind *res benedictae*. Heilig sind auch die Glocken. Der Gebrauch derselben war bereits den Alten nicht unbekannt, die Kirche scheint sich aber derselben seit dem sechsten Jahrhundert bedient zu haben<sup>226</sup>). In Teutschland finden wir sie seit dem achten Jahrhundert unter dem Namen *glocca*<sup>227</sup>). Sie werden feierlich benedicirt<sup>228</sup>) und erhalten bei der Weihe den Namen eines Heiligen<sup>229</sup>) (Heiligenkappen, Heiligenhauben). Nach gemeinem Rechte hat jede Pfarre die Befugniß zur Anwendung der Glocken, welche somit als ein wesentlicher Bestandtheil eines *exercitium publicum* erscheinen. Privatortorien und Kapellen sollen keine Glocken haben<sup>230</sup>), die Klöster der Mendicanten sich aber regelmäßig nur Einer Glocke bedienen<sup>231</sup>). Hergebracht ist auch die Anwendung bei der Aufnahme eines Bischofes oder Abtes<sup>232</sup>), bei der Convocation des Capitels<sup>233</sup>) und

222) C. un. §. 8. X. de sacra unctione. (1. 15.) (Innocent. III. a. 1204.)

223) C. 44. d. I. de consecr. (Concil. Tribur. a. 895.) c. 45. eod. (Conc. Remense?)

224) Da in der Adoration ein wahrer cultus Latriae liegt (Conc. Trid. Sess. XIII. cap. 4. und can. 6. de Eucharistia), so kann über die Forderung des Niederkniens für das protestantische Militär in Bayern als eine die Gewissen beschwerende wohl nicht gezweifelt werden.

225) C. 40. d. I. de consecr. (cap. incertum). c. 46. eod. (ex gestis Sylvestri.)

226) Bischof Paulinus von Nola in Campanien soll sie eingeführt haben, daher der Name campana, nola. Sichere Nachrichten finden sich erst seit dem siebenten Jahrhunderte. Vgl. Erysanther, historische Nachrichten von Kirchenglocken. Stinteln 1755. 8.

227) Graff, althochteutscher Sprachschatz B. IV, S. 292.

228) Pontificale Romanum tit. de benedictione signi vel campanae.

229) Dem abergläubischen Glockentaufen begegnet schon das Capitulare Generale Caroli M. a. 789. cap. 18. (Pertz, Monum. Germ. T. III. fol. 69.): Ut cloacas non baptizent. Dennoch hat sich ein solches oft lange erhalten (s. vom J. 1591 Espieß, archivistische Nebenarbeiten und Nachrichten B. I [Halle 1783. 4.], S. 63).

230) C. 10. X. de privilegiis. (5. 33.) (Coelestinus III. a. 1195.) c. 16. X. de excessibus praelatorum. (5. 31.) (Gregorius IX.)

231) C. un. Extrav. comm. de officio custodis. (1. 5.) (Joannes XXII. a. 1323.)

232) C. 8. X. de causa possessionis. (2. 12.)

233) C. 30. X. de electione. (1. 6.)

bei sonstigen feierlichen Veranlassungen, insbesondere auch zu gewissen Tageszeiten (die Betglocke)<sup>234</sup>). Das früher übliche Läuten bei herannahendem Gewitter (Wetterläuten) ist späterhin abgeschafft worden<sup>235</sup>). Untersagt ist das Geläute während des Interdictes<sup>236</sup>), so wie beim Tode von Personen, welchen das solenne Begräbniß versagt ist<sup>237</sup>). Auch Schweigen in der katholischen Kirche die Glocken vom grünen Donnerstag bis zum Ostermorgen, und es wird der Gottesdienst in diesen Tagen durch Klappern angezeigt<sup>238</sup>). Den Evangelischen kann aber, sobald sie ein öffentliches Exercitium besitzen, auch in dieser Zeit der Gebrauch der Glocken nicht gewehrt werden<sup>239</sup>).

B. Fromme Anstalten (res religiosas, causae piae, loca venerabilia) bilden die zweite Classe der kirchlichen Sachen und bezeichnen alle diejenigen Institute, welche einer besonderen Religionspflicht zu dienen bestimmt sind. Unter den Begriff derselben fallen die verschiedenen religiösen Orden, Lehranstalten u. a., von denen in dem Artikel: Kloster, u. s. w. besonders zu handeln sein wird. Hier zeichnen wir die Wohlthätigkeitsanstalten aus. Wenn schon in der vorchristlichen Zeit anerkannt wurde: Almosen und Wohlthätigkeit ist Erfüllung des ganzen Gesetzes, so mußte in der Kirche, als der Anstalt der Liebe, die Sorgfalt für Hilfsbedürftige jeder Art ganz vorzüglich hoch geachtet werden. Zu dem Behufe wurde das Amt der Diaconen und Diaconissinnen besonders angeordnet<sup>240</sup>), und selbst das ganze kirchliche Vermögen als Eigenthum der Armen angesehen, später wenigstens immet ein Theil des Kirchengutes für die Armen bestimmt<sup>241</sup>). Außerdem wurden aber noch eigene Anstalten<sup>242</sup>) gegründet, zur Erhaltung der Armen (ptochotrophia, ptochia, hospitia, hospitalia, xenodochia), der Kranken (nosocomia), der Alten und Schwachen (gerontocomia), der

234) S. § a. a. D. S. 270, 275. — Nach dem Reichsabschiede von 1544 §. 52 sollte täglich um zwölf Uhr die Glocke gezogen werden, um Gebete wegen Abwendung der Türkengefahr zu verrichten. Jetzt gibt es noch häufig deshalb eigene Stiftungen.

235) In Preußen d. 11. Sept. 1783 (Nov. Corp. Const. March. 1783 nr. 51.), in Oesterreich d. 26. Nov. 1783, in Württemberg d. 22. Mai 1807, Bayern d. 25. Juni 1817 u. a. m.

236) C. 57. X. de sententia excomm. (5. 39.) (Gregor. IX. a. 1234.) Vgl. c. 11. X. de poenitentiis. (5. 38.) (Innocentius III. a. 1214.)

237) C. 24. de sent. excomm. in Vito. (5. 11.) (Bonifacius VIII.) Vgl. c. 11. X. cit. (5. 38.)

238) Ferraris, promtuar. iuris can. T. II. p. 9. Um Mißbräuchen zu begegnen, verfügte die preussische Regierung zu Marienwerder d. 29. Juli 1801, daß das Klappern zum Beginne des Gottesdienstes nur durch den Organisten vor den Kirchthüren oder unter seiner Aufsicht auch am Kirchhofe durch eine oder zwei Personen gebraucht werden könne.

239) S. Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes IV. S. 268 u. a.

240) S. den Art. Bb. III, S. 348 flg.

241) S. oben Note 69 flg.

242) Vgl. Tit. X. de religiosis domibus, ut episcopo sint subiectae. (3. 36.) (Clement. III. 11.)

Waisen (orphanotrophia, brephotrophia) u. a., und die Aufsicht darüber den Bischöfen aufgetragen, gleichviel ob die Stiftung von der Kirche ausging oder durch Privatpersonen erfolgte, zumal da regelmäßig Geistliche mit an die Spitze solcher Institute gestellt und Deutorien mit denselben verbunden wurden<sup>243</sup>). Die Anstalten wurden wie die Kirchen privilegiert<sup>244</sup>), und die Verwaltung nach ähnlichen Grundsätzen geregelt<sup>245</sup>). Während des ganzen Mittelalters blieb Sorge und Aufsicht vorzugsweise der Kirche überlassen<sup>246</sup>), und die kirchliche Gesetzgebung bezog sich in den mannichfachen Rücksichten darauf. Daher bestimmte auch das Concil von Trient, daß den Bischöfen obliegen sollte, für gehörige Administration, Rechnungsablegung, erforderlichen Falles für eine Umgestaltung der piee causae Sorge zu tragen<sup>247</sup>). Späterhin hat jedoch der Staat die obere Leitung der Wohlthätigkeitsanstalten übernommen<sup>248</sup>) und die Armenpflege überhaupt zunächst als ihm zustehend betrachtet; indessen ist die Mitwirkung der Kirche keineswegs ausgeschlossen worden<sup>249</sup>). Insbesondere hat auch die evangelische Kirche den Beruf, für Hilfsbedürftige aller Art zu sorgen, für sich besonders in Anspruch genommen, und der Staat hat ihren Wirkungskreis hierbei in der neueren Zeit mehr erweitert<sup>250</sup>). Mannichfache Stiftungen sind Folge der erhöhten Thätigkeit der Kirche und der Gemeinden, wie die Anstalten für verwahrloste Kinder, Kleinkinderschulen, Diaconissenanstalten, Institute der barmherzigen Schwestern u. a. m. Eine unmittelbare Beziehung auf die Kirche haben auch die Emeriten- und Demeritenhäuser<sup>251</sup>), jene zur Aufnahme von Geistlichen, welche durch Alter, Krankheit oder sonst an der Wahrnehmung ihres Amtes gehindert sind, diese als Correctionsanstalten.

243) C. 42. §. 9. de episcopis et clericis. (1. 3.) Vgl. c. 46. C. eod. Nov. CXXXI. cap. 10. — c. 10. Cau. XVIII. qu. II. (Conc. Chalcedon. a. 451.)

244) S. oben und vgl. v. Savigny, System des röm. Rechtes B. II, S. 262 flg.

245) C. 32. C. de episcopis. (1. 3.)

246) Nur im Norden von Europa war dies weniger der Fall, daher auch das bürgerliche Recht hier sich in umfassenderer Weise auf das Armenwesen bezieht. Vgl. Michelsen, altnordisches Armenrecht, in den Granien von v. Dalwigk und Falck II. Nr. IX.

247) Conc. Trid. Sess. VII. cap. 15. de reform. Sess. XXV. cap. 8. de ref. — Sess. XXII. cap. 9. de ref.

248) Man s. z. B. das preuß. allg. Landrecht Th. II, Tit. XIX.

249) Die Aufsicht des Bischofs ist daher auch anerkannt worden. Vgl. preuß. Cabinetordre v. 26. August 1818 (v. Kampff, Annalen II. S. 718, 719).

250) M. s. z. B. die rheinisch-westphälische Kirchenordnung vom 5. März 1835 a. a. D., und über die Angelegenheit überhaupt Moß, Armenpflege eine Angelegenheit der Kirche. Aschenberg, für Kirche, Kirchenverfassung u. s. w. B. I (Schwelm 1818. 8.), S. II, Nr. IV. Reche, Euergeria oder Staat und Kirche in Beziehung auf Armenpflege. Mülheim 1821. S. v. Lürk, über die Vorsorge für Waisen, Arme und Nothleidende. Berlin 1839. 8.

251) Vgl. Andr. Müller, Verikon des Kirchenrechtes B. II, S. 705 flg., s. v. Emeritenanstalten.

Ueber die Bedingungen des Eintrittes in solche Institute, deren Organisation und Verwaltung entscheiden specielle Instruktionen und das Territorialrecht. Bei Gelegenheit der neueren Diöcesanvicumscriptiōnen und Vereinbarungen mit dem römischen Stuhle ist für die Erweiterung und, wo es bisher fehlte, für die Stiftung dieser Anstalten das Erforderliche veranlaßt worden. Den Bischöfen ist, unter der Staatsaufsicht, die unmittelbare Verwaltung überlassen<sup>252</sup>).

C. Die gemeinen Kirchensachen (res ecclesiasticae in specie) bilden das eigentliche Kirchenvermögen (patrimonium, peculium ecclesiae) und sind dazu bestimmt, den besonderen oder allgemeinen Bedürfnissen der Kirche zu dienen. Die oben aufgestellten Grundsätze kommen hier schlechthin zur Anwendung, gestalten sich aber bei einzelnen Objecten verschieden. Eins der wichtigsten sind die Zehnten, worüber in einem eigenen Artikel zu sprechen ist; ferner die kirchliche Emphyteusis und das Kirchenlehen, welche in mancher Hinsicht abweichend von den im gemeinen bürgerlichen Rechte geltenden Bestimmungen beurtheilt werden<sup>253</sup>). Das Kirchenlehen, krumstäbisches Lehen<sup>254</sup>), hat zu seinem Gegenstande eine Kirchensache, eben sowohl aber eine res ecclesiastica in specie, als eine res sacra oder religiosa. Insbesondere werden auch Kirchen und Ästäre zu Lehen ausgegeben, deren Object dann das Patronat oder die Vogtei ist<sup>255</sup>). In der Infeudation liegt eine Veräußerung; daher bedarf es dabei der kirchlichen Solennitäten. Dasselbe gilt auch von der kirchlichen Emphyteuse. Eigenthümlich ist bei ihr die Begünstigung der Kirche, insofern nicht, wie gewöhnlich, eine dreißährige, sondern schon eine zweijährige Nichtzahlung des Canons die Caducitätsklage begründet<sup>256</sup>); indessen haben Particularrechte diesen Vorzug aufgehoben<sup>257</sup>).

252) So heißt es in der Bulle de salute animarum vom 16. Juli 1821 für Preußen: Quoniam Sereniss. Borussiae Rex ultro Nobis pollicitus est, se non modo domos illas tam ad alendos emeritos senes, vel infirmos sacerdotes, quam ad coercendos ecclesiasticos discolos, ubi existunt, conservaturum, sed etiam novas, ubi desunt, constabillitatum, propterea ipsi Josepho Episcopo committimus, ut... auditis respectivis Locorum Ordinariis, sub quorum iurisdictione huiusmodi domus manere debebunt, omnia... disponat.

253) Wegen des gemeinen Rechtes s. m. in diesem Werke den Art. Emphyteuse Bd. III, S. 849 fig. und insbesondere S. 854, 882, und den Art. Lehen.

254) S. Tit. X. de feudis. (3. 20.) Vgl. Stainhauser, de feudis ecclesiasticis in Schmidt, thesaurus iuris ecll. Tom. V. p. 720 sq. Eichhorn, Kirchenrecht B. II, S. 812.

255) Daher bedeutet in den Gesetzen der Ausdruck Kirchenlehen öfter das Patronatrecht, wie im preuß. allg. Landrechte Th. II, Tit. XVIII, §. 72. Allgem. Gerichtsordnung Th. I, Tit. LII, §. 16 u. a.

256) C. 2. C. de iure emphyteutico. (4. 66.) c. 32. C. de episcopali audientia. (1. 4.) Nov. VII. cap. 3. §. 2. Nov. CXX. cap. 8. c. 4. X. de locato conducto. (3. 18.)

257) S. preuß. allg. Landrecht Th. I, Tit. XVIII, §. 773, und über die ratio dieser Bestimmung v. Kampff, Jahrbücher S. LXXXI, S. 57, S. CIII, S. 86.



Zu den gemeinen Kirchensachen gehört auch die Kirchenfabrik, und dazu besonders die Einkünfte von den Kirchenstühlen<sup>258</sup>). Während den Geistlichen ein gesonderter Platz in den Schranken der Kirche gebührt<sup>259</sup>), ist dem Volke das Schiff der Kirche zugewiesen, worin dasselbe bald kniet, steht oder sitzt. Zu dem Behufe hat jede Kirche Stühle, Bänke, Stübchen und dergleichen, welche theils zu allgemeinem Gebrauche bestimmt sind, theils einzelnen Gliedern der Gemeinde zu besonderer Benutzung angewiesen werden. Die Präsumtion streitet dafür, daß die Kirchenstände gemein sind, der Kirche daher eigenthümlich zugehören und von derselben zu persönlichem Besitze ausgeliehen werden können. Die Vermiethung erfolgt durch den Kirchenvorstand. Im Falle der Erledigung haben regelmäßig Verwandte oder Einheimische den Vorzug<sup>260</sup>). Die Erhaltung liegt hier ordentlicher Weise der Kirche selbst ob. Anders ist das Verhältniß bei dinglichen Kirchenständen (subsellia realia), welche Pertinenz eines Grundstückes sind, daher jedesmal auf den Besizer als successor singularis übergehen, unabhängig von der Confession desselben<sup>261</sup>). Der Besizer ist befugt, die Stelle zu vermieten oder sonst einem Anderen zu überlassen, dagegen ist er auch zur Reparatur und Erhaltung verpflichtet. Ähnliche Grundsätze bestehen für besonders concessionierte erbliche Kirchenstände, welche in Folge besonderer Verleihung oder Verjährung erworben werden, gewöhnlich auch einer Familie zugehören und mit deren Erlöschen an die Kirche zurückfallen, da die Disposition zu Gunsten Anderer hier beschränkt ist. Die Bau- und Erhaltungskosten trägt der jedesmalige Besizer. Gewisse Stühle gebühren einzelnen Gliedern der Gemeinde wegen ihrer amtlichen Stellung (Amts-, Officialstände), wie den kirchlichen Beamten, Patronen, Magistratspersonen, Justizbeamten u. a., Soldaten, in Universitätsstädten den Professoren und Studirenden. Das Nuzungsrecht ist durch die amtliche Stellung bedingt, daher nicht anderweit übertragbar, auch in der Regel unentgeltlich. Ist der Amtsstuhl von einer Behörde für ihre Officianten angelegt, so hat sie auch für die Erhaltung zu sorgen, welche sonst

258) Schröder, vermischte juristische Abhandlungen B. II (Halle 1786. 8.), S. 332 fg. Hellbach, Grundsätze von den Rechten, Befehlen und Gewohnheiten der Kirchenstellen, Kirchstühle, Kapellen und anderer Kirchenstände. Erfurt 1804. 8. Kretschmar, Kirchenstuhltreit. Lübben 1809. Köhler's Abhandlung von Kirchenstuhltreiten, neu bearbeitet von Schilling. Leipzig 1830. 8. (Dasselbst S. IV, §. 3, andere Literatur.) S. auch Kappler, juristisches Promptuarium S. 375.

259) Sacrarium — βήμα — multitudini inaccessum. S. Capit. a. 744. cap. 6. Capit. lib. VII. cap. 279. c. 1. X. de vita et honestate clericorum. (3. 1.)

260) S. z. B. Kirchenordnung von Bielefeld von 1697 (Jacobson, Gesch. der Quellen des preuß. Kirchenrechtes IV. 3. Urkunden Nr. CII.). Preuß. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 677 u. a. Es werden daher auch besondere Ständeregister geführt (vgl. Schilling a. a. D. S. 86 fg.).

261) Dem kirchlichen Rechte sind solche Hausstühle nicht bekannt, daher auch Nichtchriften die Zulassung untersagt. S. Ledderhose, kirchlich. Kirchenrecht von Pfeiffer, §. 510. Anders das preuß. Recht a. a. D. §. 685.

dem Kirchenararium obliegt. Eigenthümliche Bestimmungen finden sich in den Particularrechten, welche zum Theil dahin streben, insofern es die Vermögensverhältnisse der Kirche gestatten, einen allgemeinen und unentgeltlichen Gebrauch der Kirchenstände herbeizuführen<sup>262</sup>). In Fällen des Streites über Kirchenstühle sind übrigens bald die Consistorien, bald die ordentlichen weltlichen Gerichte competent<sup>263</sup>).

H. J. Jacobson.

**Kirchenversammlungen.** Die ältere Verfassung der Kirche<sup>1)</sup> ruht wesentlich auf dem Principe der Gemeinschaft; nicht die Willkür des Einzelnen soll in den größeren oder kleineren Kreisen des Lebens herrschen, sondern es soll die Ordnung der Kirche aus dem gemeinsamen Bewußtsein der Organe hervorgehen, welche zum Regiment gesetzt sind. Dieser Gedanke hat die Kirchenversammlungen geschaffen, auf denen zunächst die Bischöfe der einzelnen Länder sich beriethen<sup>2)</sup>. Später, seit der Entwicklung des Metropolitanverbandes, bildete sich für dieselben ein bestimmter Mittelpunkt in dem Metropolitane der Provinz, und schon im vierten Jahre erscheinen sie, der Gesetzgebung und Verwaltung dienlich, als ständige Elemente der Verfassung. Dieselbe Einrichtung finden wir in den Diöcesen, nur daß hier die Geistlichen gegenüber ihrem Bischof sich nur als beratend verhielten, da der Bischof allein den Einheitspunkt der Verwaltung bildete. Endlich, wo es in außerordentlichen Lebenslagen eines Zeugnißes für das allgemeine kirchliche Bewußtsein bedurfte, traten die Bischöfe, in der ersten Zeit auf Berufung der Kaiser, später der Päpste, zu einem allgemeinen Concilium zusammen. Dester kam es indessen noch vor, daß eine Synode, ohne als allgemein berufen zu sein, doch durch die spätere Zustimmung der Kirche den Charakter einer allgemeinen oder ökumenischen erlangte. So gab es mithin eine dreifache Ordnung, in der eine Grundidee der Verfassung ihren Ausdruck zu finden vermochte. Noch im neueren Rechte sind sowohl die Diöcesan-, als die Provinzialsynoden als wesentliches Mittel zur Hebung des kirchlichen Geistes und Lebens anerkannt<sup>3)</sup>. Aber jetzt sind, in Deutschland wenig-

262) So in Nassau (Otto, nassauisches Kirchenrecht §. 192). Daß insbesondere Betstübchen, Kapellen, Privatemporkirchen als Exemtionen oder Privilegien mit dem Wesen der Kirche nicht vereinbarlich und als Mißbräuche anzusehen sind, sucht K. Weiske, im Archive für practische Rechtskunde Th. I (Zwickau 1833), S. 107 flg., auszuführen.

263) Vgl. Spangenberg, practische Erörterungen B. I, Nr. XLV. Hannover 1831. 4.

1) Sieglar, Versuch einer pragmatischen Darstellung des Ursprunges der Synoden und der Ausbildung der Synodalverfassung, in Henke's n. Magazin Bd. I.

2) S. schon Tertull., de ieiun. c. 13. — Cyprian., ep. 40. 70.

3) Nach c. 3. Dist. XVIII. (conc. Nic. 325.), c. 4. 16. (conc. Antioch. 341.), c. 6. 16. (conc. Chal. 451.), sollten die Provinzialsynoden jährlich zweimal, nach c. 7. cit. (conc. Nic. II. 787.) wenigstens einmal gehalten werden. Auch die päpstliche Gesetzgebung des Mittelalters hat einschärfende Verfügungen, c. 25. X. de accus. (5. 1.), c. 16. X. de Jud. (5. 6.) — Das Tridentinum setzt einen dreijährigen, für die Diöcesansynoden einen einjährigen Termin, Sess. XXIV. c. 2. de ref.

stens, beide nicht mehr in Uebung, und das oft laut gewordene Verlangen nach ihnen hat sich als ein Ausbruch einer der bestehenden Ordnung feindlichen Gesinnung zur Ruhe weisen lassen müssen. Die Reihe der allgemeinen Synoden schließt ab mit dem Concilium von Trient, durch welches die katholische Kirche ihr der Scholastik entlehntes System gegenüber der evangelischen Kirche consolidirte. Sie ist folgende: 1) Die Synode von Nicäa (325), 2) von Constantinopel (381), 3) von Ephesus (431), 4) von Chalcedon (451), 5) von Constantinopel II. (553), 6) von Constantinopel III. (680), 7) von Nicäa II. (787), 8) von Constantinopel IV. (869), 9) vom Lateran I. (1123), 10) vom Lateran II. (1139), 11) vom Lateran III. (1179), 12) vom Lateran IV. (1215), 13) von Lyon I. (1245), 14) von Lyon II. (1274), 15) von Wien (1311), 16) von Pisa (1409), 17) von Costnitz (1414—18), 18) von Basel (1431—49), 19) von Florenz (1439), 20) von Trient (1545—63). Zum Erscheinen auf der allgemeinen Synode und zur Stimmführung berechtigt sind zunächst die Bischöfe, aber außer ihnen auch die Cardinäle, die Prälaten cum iurisdictione quasi episcopali (s. den Art. Dignitäten) und die Oberen der Mönchsorden. Dagegen haben andere Geistliche, so wie die Doctoren der Theologie und des canonischen Rechtes, nur eine beratende Stimme, auf welche auch die Gesandten der weltlichen Fürsten in allen kirchlichen Fragen beschränkt sind. Ob Procuratoren für die Abwesenden erscheinen und stimmen dürfen<sup>4)</sup>, ist im Rechte eben so wenig durch eine allgemeine Regel entschieden, als die Weise der Stimmgebung<sup>5)</sup> überhaupt; in beiden Beziehungen fast vielmehr das Concilium selbst Entschliessung. Daß alle Berufene erscheinen, ist nicht nöthig, ja selbst wenn nur die Minderzahl gegenwärtig ist, kann doch das Concilium durch den Beitritt der zerstreuten Kirche ein allgemeines werden. Die Berufung und Leitung ist im normalen Zustande ein Attribut des Papstes, wie die Anhänger des Episkopal- und Papalsystems einstimmig zugestehen. Dagegen sind beide sehr verschiedener Ansicht darüber, ob im Falle eines Zwiespaltes zwischen dem Papste und den Bischöfen das Ansehen des ersteren oder das der letzteren überwiege. Dieses ist indessen eine factische Frage, welche durch eine allgemeine Regel nicht zu entscheiden ist. In dem von dem Oberhaupte und den Bischöfen einmüthig gefaßten Beschlüsse erkennt die Kirche den Ausspruch des heiligen Geistes. Wo aber beide uneins sind, wird es darauf ankommen, ob die Kirche in dem Spruche des einen oder der anderen ihr Bewußtsein wiederfindet. Eine Confirmation der von dem Concilium im Gebiete der Lehre gefaßten Beschlüsse kann nicht als nothwendig betrachtet werden, weil dem ersteren die Unfehlbarkeit zukommt, welche eine Con-

4) Daß auf den früheren Synoden die Stellvertretung für zulässig geachtet worden sei, zeigen die Unterschriften; anders im allgemeinen zu Trient, v. Bessenberg, in der am Schlusse des Art. angef. Schrift Bd. IV, S. 213.

5) In Constanz wurde nach Nationen, in Basel durch Deputationen, in Trient nach Köpfen gestimmt, v. Bessenberg a. a. O. Bd. II, S. 114 fig., 301 fig., Bd. III, S. 187.

firmation um so mehr ausschließt, als diese mit Nothwendigkeit eine höhere Einsicht voraussetzt. Anders aber verhält es sich mit Disciplinardecreten, für welche das Concilium die Infallibilität nicht in Anspruch nehmen kann. — Die Provinzialsynoden<sup>6)</sup> werden durch den Zusammentritt der Bischöfe der Provinz und der Prälaten mit bischöflicher Jurisdiction, so wie der Aebte und der Abgeordneten der Capitel, wiewohl der letzteren nur mit berathender Stimme, gebildet, und durch den Erzbischof, beziehentlich während der Sedisvacanz durch den ältesten Suffragan, geleitet<sup>7)</sup>. Ihre Bestimmung ist die Entwicklung und Ordnung des individuellen Lebens der Provinz auf der allgemeinen Grundlage, weshalb ihre Beschlüsse die Einseitigkeit der Disciplin nicht aufheben können. Die falschen Decretalen fordern für die letzteren die förmliche Bestätigung durch den Pabst<sup>8)</sup>. Dieses ist zwar nicht practisch geworden, jedoch übten die Päbste im Mittelalter durch ihre Legaten sehr oft auch auf diesen Theil des kirchlichen Lebens einen sehr wesentlichen Einfluß, und seit Sixtus V. sollen alle Decrete der Provinzialsynoden der Congregatio concilii zur Einsicht und Prüfung vorgelegt werden<sup>9)</sup>. — Endlich auf den Diöcesansynoden<sup>10)</sup> erscheinen die Pfarrer, der Generalvicar, die Mitglieder des bischöflichen Capitels und der Collegiatstifter alle nach der Natur der Sache nur mit berathender Stimme<sup>11)</sup>. Daß diese Versammlungen, deren Beschlüsse übrigens der Congregatio concilii nicht vorzulegen sind, eben so wenig als die Provinzialsynoden in Teutschland Theile der Befassung seien, ist bereits im Eingange bemerkt worden.

Die Geschichte der Concilien ist mehrfach bearbeitet worden. Hierher gehören: Cabassutijs, *notitia conciliorum*, Lugd. 1678 u. ö. und Ejusd. *notitia ecclesiastica historiarum, conciliorum*, Lugd. 1680. fol. u. ö.; Hermant, *histoire de conciles* (Rouen 1692.) 4 T. 8. u. ö.; Richer, *historia conciliorum generalium* (Paris 1680.) 3 T. 4. u. ö.; Walch, *Entwurf einer Geschichte der Kirchenversammlungen*, Leipzig 1759, und für Teutschland: Winterim, *pragmatische Geschichte der teutschen National-, Provinzial- und vorzüglichsten Diöcesanconcilien* (Maynz 1835 flg.), 5 Bde., 8. Die Geschichte der reformatorischen Synoden des funfzehnten Jahrth. ist nach den Vorarbeiten von Lentfant, über das Concil von Pisa, von v. d. Hardt, über das Concil von Constanz, von Sarpi, Pallavicini, Le Plat, über das Tridentinum u. a., von v. Wessenberg im Geiste eines gemilderten

6) Ferraris, *prompta bibliotheca s. v. Concilium art. II.*

7) *Conc. Trid. l. c.*

8) Vgl. die *Dist. XVIII. des Decr. Grat.*

9) *Const. Immensa v. 1587.* — Ein Beispiel der Bestätigung bei Sugenheim, *Bayerns Kirchen- und Volkszustände Bd. I, S. 166.*

10) *Benedict. XIV., de synodo dioecesana* (Ferraris 1740., Rom. 1755., Aug. Vin. 1769.) 2 T. 4. (Mogunt. 1842.) 4 T. 8.

11) Die von der Synode von Vistofa aufgestellte Ansicht, nach welcher auch die Pfarrer stimmberechtigt sein sollten, hat Pius VI. in der *Bulle Auctorem fidei v. 1794* ausdrücklich verworfen. Vgl. *Acta et decr. Synod. Pistor. (Bamb. 1788.) 2 T.*

Episcopalsystems bearbeitet (die großen Kirchenversammlungen des 15. und 16. Jahrh. [Constanz 1840], 4 Bde.). Allgemeine Sammlungen der Concilienschlüsse besitzen wir von Merlin (Paris 1524. Col. 1530. 2 Vol. fol., Paris 1535. 2 Vol. 8.), von Crabbe (Colon. 1538. 2 Vol. 1551. 3 Vol. fol.), von Surius (Col. 1567. 4 Vol. fol. Venet. 1585. 5 T. fol.), von Binius (Colon. 1606. 5 Vol. 1618. 4 Vol. Paris 1688. 10 Vol. fol.), Collectio regia Paris. 37 Vol. fol., von Labbé und Cossart, Paris 1671. 1672. 18 Vol. und. 1 Vol. Supplemente von Baluze, Paris 1683. 1707. fol., von Hardouin, Paris 1715. 12 Vol. fol., von Coleti, Venet. 1728 sq. 25 Vol. fol., von Mansi, Flor. et Venet. 1759 sq. 31 Vol. fol. (bis 1509). Die deutschen Concilien sind zusammengestellt von Schannat, Hartzheim, Scholl und Neissen, Colon. 1749 sq. 11 Vol. fol.<sup>12)</sup>

Kr.

**Klage<sup>1)</sup>.** In dem folgenden Artikel soll die Lehre von der Klage von dem Standpunkte des Civilprocesses aus dargestellt werden, nachdem zuvorberst in kurzen Umrissen eine Uebersicht über ihre geschichtliche Entwicklung gegeben worden ist. Es genügt für unseren Zweck, die letztere mit dem Rechte des Theodosischen Codex zu beginnen.

### I. Einleitung.

In den Constitutionen Constantin's d. Gr. und der folgenden Kaiser bis in das fünfte Jahrhundert erscheint als die Form, in welcher regelmäßig jeder Civilproceß eröffnet werden soll, die *denunciatio*<sup>2)</sup>. Diese war ursprünglich eine durch Zeugen beurkundete Ankündigung des Rechtsstreites, eine *privata testatio*, und in dieser Form findet sie sich schon in früherer Zeit neben der in *ius vocatio* und dem *Madimonium*<sup>3)</sup>. Dagegen geschah sie seit Constantin d. Gr.<sup>4)</sup> allgemein unter öffentlicher Garantie, also zu Protocoll einer Behörde, welcher das *ius actorum conficiendorum* verliehen war, und zwar auch jetzt noch gegenüber dem

12) Vgl. die literarischen Nachweisungen in Winer's Handbuche der theol. Lit. Bd. I, Sp. 655 flg.

1) Allgemeine Schriften: Eckardt, *examen actionum forensium*, Lips. 1724 sq.; J. H. Böhmmer, *doctrina de actionibus*, Hal. 1765 u. d.; Joh. Ludw. Schmidt, *pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden* (1774), n. Ausgabe von Martin, Jena 1823 (eine neue Ausgabe ist von Ortloff verheißten), verb. mit Gottfr. Schmidt, *theor.-pract. Comm. über seines Vaters Joh. Ludw. Schmidt's pract. Lehrbuch*, 5 Bde., Leipzig 1792 flg., 2. Ausg. von Fasellius, das. 1800 flg.; Puchta, *über die gerichtl. Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigentümer*, Gießen 1833, 2. Aufl. das. 1840. Außerdem sind die allgemeinen Anleitungen zur Praxis von Pütter, Genster u. a. zu vergleichen. Nachweisungen aus der älteren Literatur s. u. Die Geschichte des Klagebells ist behandelt von Goldschmidt, *Abhandlungen* S. 1 flg.

2) Tit. Theod. Cod. de donunc. vel ed. resc. (2. 4.) — Bethmann-Hollweg, *Handbuch des Civilproz.* Abth. I, Bd. I, S. 247 flg.; Puchta, *Institutionen* Bd. II, S. 74, 241 flg.; Aeverus, *die Denunciation der Römer*. Leipzig 1843.

3) Aurel. Vict. de vit. Caes. c. 16.

4) C. 2. Th. C. h. t.

Verklagten oder dessen Vertreter<sup>5)</sup>. Nach einer bestimmten Frist begann dann vor dem Richter die förmliche Verhandlung, so zwar, daß der letzte Tag als dies legitimus betrachtet, mithin der säumige Kläger sachfällig wurde<sup>6)</sup>, falls ihm nicht auf Supplication der Kaiser die Reparation gewährte<sup>7)</sup>. Schon im Anfange des fünften Jahrhunderts wurde indessen diese Eröffnungsform für eine ganze Reihe von Prozessen außer Wirksamkeit gesetzt, theils weil mit ihnen jene Fristen sich nicht vertrugen, theils weil sie um ihrer Einfachheit willen des längeren Aufschubes nicht bedurften<sup>8)</sup>. Hier wurde also die Klage unmittelbar bei dem Richter angebracht, welcher dann die Ladung ergehen ließ. Die weiteren Schicksale der Denunciation liegen in tiefem Dunkel. In einem Theile des weströmischen Reiches muß sie aber im fünften Jahrhunderte noch in Uebung gewesen sein, denn die westgothische Interpretation gedenkt ihrer ganz augenscheinlich<sup>9)</sup>, nur daß sie überall, wo von ihr die Rede ist, sich des Ausdruckes *litem contestari* bedient. Neben ihr scheint jedoch schon damals auch schriftliches Anbringen durch einen Libell zulässig gewesen zu sein<sup>10)</sup>, und der Gegensatz zwischen dem regelmäßigen und dem außerordentlichen Verfahren bestand dann wohl darin, daß in dem letzteren weder die eine noch die andere Form erfordert, sondern mündliches

5) Puchta a. a. D. S. 245. — Nach Aeverus a. a. D. soll die Mittheilung an den Verklagten durch ein peremptorisches Edict geschehen sein, wofür c. 4. Th. C. h. t.: *Post celebratam denunciationem seu edicto sive editione rescripti... lis exordium auspicatur*, als Zeugniß gelten soll. Die Worte *seu ed.* sind jedoch, wie Hänel in der Ausg. des Theod. Cob. mit Recht angenommen hat, ein Glossem, eine Ansicht, welche durch die künstliche Deutung von Aeverus nicht beseitigt wird. Dennoch läßt sich vermuthen, daß auch der Hänel'sche Text nicht der ursprüngliche sei, und daß vielmehr: *Post cel. denunc. seu editionem rescripti* gelesen werden müsse. Diese Conjectur beseitigt alle im Inhalte selbst liegende Schwierigkeiten, und hat auch in den Hänel'schen Varianten ihre Unterstützung.

6) S. die Nachweisungen bei Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 250 flg.

7) Tit. Th. C. de temp. cursu et reparatione denunciationum. (2. 6.) — Ganz abweichend ist die Darstellung von Heffter, System §. 308, nach welcher die Denunciation durch das Bureau der Provinzialrichter oder solche Personen, welche das *ius act. confic.* hatten, dem Vortrage der Klage bei dem competenten Gerichte nachfolgt.

8) C. 6. Th. C. h. t. nennt Schuldklagen aus Urkunden, Fideicommisssachen, die Interdicte, die tutel. und die neg. gest. actio, die querela inoff., Sachen unter hundert Solibi. Andere bei Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 252.

9) Das Gegentheil wird von Bethmann-Hollweg a. a. D. behauptet. Indessen kann unter dem *contestari apud rectores provinciae vel defensores aut omnes, apud quos gesta conficiuntur, litem iubemus*, in der Interpr. zu c. 2. C. Th. h. t., oder unter dem *apud acta proponat* der Interpr. zu c. 6. cit., wohl schwerlich etwas anderes, als die Denunciation verstanden werden. So schon Gothofredus.

10) *Ut prius quod repetit apud acta proponat aut ordo ipsius causae petatur scriptus*, in der Interpr. zu c. 6. cit. — Vgl. schon c. un. §. 1. Th. C. de act. certo temp. fin. (4. 14.)

Anbringen bei dem Prozeßrichter zugelassen wurde<sup>11)</sup>. Die Lex Rom. Burg.<sup>12)</sup> eben so wie die Consultatio<sup>13)</sup> erwähnen die Denunciatio nirgends; beide lassen vielmehr den Prozeß mit dem Libell beginnen, ganz so, wie dieses im Justinianischen Rechte der Fall ist. Hier überreicht der Kläger (actionis editio) dem Richter einen von ihm oder anstatt seiner durch einen Tabularius unterzeichneten libellus conventionis<sup>14)</sup>, der, verbunden mit einer Ladung, dem Beklagten durch einen Executor mitgetheilt wird. Was wir jetzt fordern, eine ausführliche thatsächliche Begründung, wurde damals nicht als nothwendig betrachtet, sondern die Bestimmung des Libells war nur, durch eine kurze Bezeichnung der Klage nach Grund und Gegenstand den Beklagten von dem Anspruche in Kenntniß zu setzen, damit er darüber sich entschließen konnte, ob er nachgeben oder in den Prozeß sich einlassen wolle. Die ausführliche Entwicklung der Klage (narratio) erfolgte dann in der ersten terminlichen Verhandlung, also bei der Litisconstitatio<sup>15)</sup>. Mit der Ueberreichung des Libells war zugleich verbunden die Leistung einer doppelten Cautio<sup>16)</sup>, durch welche der Kläger sich verpflichtete, daß er dem Beklagten die Kosten doppelt erstatten wolle, falls er nicht innerhalb zweier Monate litem contestire, und daß er den Prozeß zu Ende führen und im Unterliegungsfalle dem Beklagten die Kosten ersetzen werde. Die dem letzteren vergönnte Deliberationsfrist, welche früher zehn Tage betrug, ist im Justinianischen Rechte auf das Doppelte erhöht<sup>17)</sup>. — Auf diesen Grundlagen ruhte im wesentlichen auch die Prozeßtheorie und Praxis des Mittelalters. Nach dem sogen. Ulpianus de edendo<sup>18)</sup>, der hier wie gewöhnlich ohne practisches Bewußtsein nur die Digestenworte wiedergibt, wird die actio dem von dem Kläger vor Gericht geführten Beklagten edirt; dagegen stellen die übrigen Prozessualisten<sup>19)</sup> die Einleitung des Verfahrens gänzlich im Einklange mit dem Justinianischen Rechte dar, welches auch die canonischen Rechtsbücher wiederholen<sup>20)</sup>, und nur in Beziehung auf die Cautionen bemerken sie, daß diese nicht mehr in Uebung seien<sup>21)</sup>.

11) Mox apud iudicem ... causam suam proponat: ib.

12) Lex Rom. Burg. Tit. XI.

13) Consult. c. 6.

14) §. 24. Inst. de act., Nov. CXII. c. 2.

15) C. 2. C. de iurei. pr. cal. (2. 59.), c. 14. C. de iudic. (3. 1.), c. un. C. de lit. cont. (3. 9.), vgl. mit Fw. 1. D. de ed. (2. 13.), §. 24. 33—35. Inst. de act., c. 3. C. de ann. exc. (7. 40.)

16) Nov. XCVI. c. 1., Nov. CXII. c. 2.

17) Nov. LIII. c. 3.

18) Incerti auctoris ordo iudiciorum, ed. Hänel, p. 2 sq. — Wenn es hier heißt: Editur autem actio.. per denunciationem praesentibus testibus, so muß wohl an die Denunciatio gedacht werden, wie sie schon im älteren canonischen Rechte vorkommt.

19) S. die Summa Quicumque vult des Joannes Bassianus bei v. Savigny, Rechtsgesch. Bd. IV, S. 451; Pillius, de ord. iud. ed. Bergmann, p. 4.; Summa Damasi ed. Wunderlich p. 45., u. a.

20) Vgl. c. 4. C. III. qu. 3.

21) Has cautiones nostris temporibus praestitas non vidi, Pillius l. c.



Der Libell, der hiernach regelmäßig erfordert wurde, war in der ersten Zeit noch immer nur eine allgemeine Darstellung des Anspruches, während die specielle Darlegung der Thatsachen der Litiscontestation vorbehalten war. Schon im zwölften Jahrhunderte wurde indessen eine klare Entwicklung der factischen Verhältnisse, namentlich auch die Angabe der *causa petendi* bei persönlichen Klagen, im Libell erfordert<sup>22)</sup>, weshalb nunmehr die Thätigkeit des Klägers bei der Litiscontestation zu einer bloßen Wiederholung des Libells sich gestaltete. Auf demselben Standpunkte finden wir den Prozeß in den deutschen Gerichten<sup>23)</sup>, nachdem römisches und canonisches Recht in ihrer Färbung durch italienische Wissenschaft und Praxis den Sieg über das einheimische Verfahren davongetragen hatten. In einem Punkte treffen wir aber auf eine weitere, wesentliche Umgestaltung. Bekanntlich schlossen sich an die Litiscontestation die Positionen, durch welche der Streitpunkt festgestellt wurde, da der Beklagte auf die Klage sich nur mit einem allgemeinen Widerspruche erklärt hatte (*litum contestando nego narrata* u. s. w.). Der Kläger zerlegte also seinen Libell in einzelne Sätze oder Artikel, und überreichte dieselben, nachdem er sie beschworen, dem Beklagten zur Beantwortung. Mit der Zeit ging diese Abtheilung in Artikel in den Libell selbst über, der deshalb als *articulirter* bezeichnet wurde<sup>24)</sup>. Ihm trat gegenüber die *Summariklage* in den *causis extraordinariis*, ein Unterschied, der freilich zunächst sich nur auf die verschiedenen Sitzungen und Termine für die Verhandlung bezog<sup>25)</sup>. Im einzelnen gibt es aber der Abweichungen mancherlei, insbesondere insofern als die Eröffnung des Prozeßes zuweilen durch ein vorläufiges Gesuch um Ladung des Gegners geschah (*libellus citationis*), dem dann erst im Termine die Ueberreichung des *libellus conventionis* nachfolgte<sup>26)</sup>, ferner darin, daß, wie namentlich bei vielen deutschen Untergerichten<sup>27)</sup>, ein mündliches Anbringen der Klage statthaft blieb, endlich darin, daß einzelne<sup>28)</sup> Territorialgesetzgebungen den articulirten Libell als eine Quelle unnützen Disputats verboten. Das letztere geschah allgemein durch den jüngsten Reichsabschied, nach welchem jeder Kläger seine Klage oder Libell mit *Articulis*, sondern allein *Summarischer* weiff, darinnen das *Factum* kurz und nervose, jedoch deutlich, *distincte* und *klar*... verfaßt und

22) C. 6. X. de iud. (2. 1.) mit der Rubr., c. 2. 3. X. de lib. obl. (2. 3.), c. 3. X. de dilat. (2. 8.)

23) Goldschmidt a. a. D. S. 5 flg.

24) Ein Beispiel bei Bergmann, Beitr. zur Einl. in die Praxis der Civilproz. S. 135. — Der Klagspiegel von Seb. Brant hat noch keine articulirten Libelle.

25) Mittermaier, summar. Verfahrensarten S. 17.

26) So bei dem Reichskammergerichte, R. v. 1495 §. 4, 17; Goldschmidt a. a. D. S. 5.

27) Heffter a. a. D. S. 429.

28) Const. v. 1572 P. I. c. 2., Prozeßordn. v. 1622 Art. V. In Sachsen war der schriftliche Libell im sechzehnten Jahrhunderte überhaupt nicht üblich, Rönig, Practica und Prozeß Cap. 39.



ausgeführt seyn, mit angehenkter conclusion und Bitt insinuiren lassen soll. So war mithin das Recht wieder auf den Standpunkt der canonischen Praxis zurückgeführt worden. ●

## II. Heutiges Recht.

A. Wesentlicher Inhalt. Nach heutigem gemeinen Rechte wird der Prozeß durch die Ueberreichung der Klagschrift eröffnet. Die Schriftsteller, schon des dreizehnten Jahrhunderts, fordern, daß die letztere über die Fragen: Quis, quid, coram quo, quo iure petatur et a quo? vollständig und erschöpfend sich verbreite, oder, abstract gefaßt, daß sie die causa, obligatio und actio darlege<sup>29</sup>). Später findet sich diese Regel oft auch so ausgedrückt: der Libell müsse eine gehörige narratio sammt der entsprechenden Conclusion enthalten, und sowohl die causa remota als proxima bezeichnen, also z. B. bei persönlichen Klagen den Contract und die aus ihm abfließende obligatio<sup>30</sup>). Bei den folgenden Juristen werden Eintheilungen und Terminologie immer bunter und wechselnder, so sehr, daß kaum irgendwo der einfache juristische Gedanke unter einem unnützen Formalismus mehr versteckt worden ist. Es verlohnt sich nicht, hier in eine Specification all' der wunderlichen Eintheilungen einzugehen, durch welche man unbeholfenen Practikern das schwierige Geschäft der Klaganstellung zu erleichtern versucht hat, sondern es darf hier auf die Darstellung von Brackenhoest verwiesen werden<sup>31</sup>), welcher freilich in seiner sonst sehr gründlichen Arbeit durch die Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Thatfachen zu den von ihm gerügten Distinctionen der älteren Schriftsteller eine neue gebracht hat, deren Annehmbarkeit mit allem Rechte bezweifelt werden darf<sup>32</sup>). Uns mag deshalb vergönnt sein, von allen jenen Theorien zu abstrahiren und auf den einfachen Standpunkt des Rechtes im Mittelalter zurückzulehren. Die Voraussetzung aller richterlichen Thätigkeit im Prozeße ist, daß ein bestimmtes Recht vorliege, welchem der Schutz des Staates verheißen ist, und daß dieses Recht durch eine bestimmte Person verletzt sei<sup>33</sup>). Der Kläger, welcher die Hilfe des Richters in Anspruch nimmt, muß deshalb mit Nothwendigkeit auf ein solches Recht sich beziehen. Aber es kann nicht hinreichen, wenn er im allgemeinen versichert, daß er dieses oder jenes Recht habe und geltend machen wolle, weil hier nicht sein subjectives Ermessen entscheidet, sondern er muß den Richter in den Stand setzen, von seinem objectiven Standpunkte aus zu erken-

29) *Durantis, spec. (Francof. 1612.) L. IV. p. 54.*

30) *Practica Petri de Ferraris (Lugd. 1564.) p. 11., Practica Lanfranci de Oriano (Col. 1573.) p. 80.* Diese Terminologie, mit der die späteren Juristen ein sehr verwirrendes Spiel getrieben haben, führt auf Fr. 27. D. de exc. rei iud. (44. 2.) (causa proxima actionis) zurück. *Durantis* hat sie m. W. noch nicht.

31) Ueber den Begriff und die Eintheilung des Klagegrundes, in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß Bd. XI, S. 175 flg. — Vgl. auch *Sintenis, Erläuterungen* S. 264 flg.

32) *Wayer, Vorträge* S. 297; *Sintenis a. a. D.* S. 212 flg.

33) Eine bekannte Ausnahme bilden hier die *iudicia divisoria*.

nen, inwiefern die Voraussetzungen des Rechtsschutzes hier gegeben seien, den Beklagten aber, daß er gebührende Rede und Antwort zu stehen vermöge. Dieses geschieht durch die Darlegung der Thatfachen, welche die Träger des concreten Anspruches sind, um dessen Geltendmachung es sich handelt. Diese also ist der wesentliche Inhalt jeder Klagschrift, und Maß und Ziel hat sie in den Bestimmungen des materiellen Rechtes, welche darüber Aufschluß geben, inwiefern eine thatsächliche Beziehung zu einer rechtlichen sich gestalte, die hier allein in Frage steht. Es ist zwecklos, hier noch speciellere Anweisungen geben zu wollen, wo allein der juristische Tact und das rechte Wissen nach der Individualität des Falles den Ausschlag geben muß. Deshalb braucht kaum erst bemerkt zu werden, daß der Kläger mit Nothwendigkeit auch der Legitimation zur Sache gedenken müsse<sup>34</sup>), sobald das in Frage stehende Rechtsverhältniß nicht ursprünglich zwischen ihm und dem Beklagten entstanden ist, und daß es nicht hinreichte, um mit den älteren Practikern zu reden, die obligatio anzuführen, ohne des contractus, also des concreten Entstehungsgrundes zu gedenken. Dieses liegt in der Natur der Sache, und ist in der Zeit, in welcher der Libell zu seinem Begriffe sich entwickelte, auch ausdrücklich vorgeschrieben worden<sup>35</sup>). Ob dagegen dasselbe auch für die in rem actio gelte, war schon im Mittelalter sehr streitig. In der That kann jedoch von dem Standpunkte des römischen und canonischen Rechtes<sup>36</sup>) aus nicht bezweifelt werden, daß es der Bezeichnung der Erwerbsart nicht bedürfe, eine Ansicht, zu der überwiegend auch die älteren Prozeßschriftsteller hinneigen<sup>37</sup>). Nur machen sie darauf aufmerksam, daß dem Kläger, wenn er mit einer solchen generellen Klage nicht durchgebrungen, eben weil die letztere das ganze Recht in iudicium deducirt habe, die exceptio rei iudicatae entgegenstehe, wenn er dann aus einer speciellen causa klage, während, wo das letztere vom Anfange geschehen, die wiederholte Anstellung der Klage aus einer anderen causa immer gestattet sei. Eine Prüfung dieser später allgemein angenommenen Auffassung, welche in der neueren Zeit mit guten Gründen angefochten worden ist<sup>38</sup>), gehört nicht an diese Stelle. Wohl aber haben wir die Frage, inwiefern die Anstellung der in rem actio ohne expressa causa zulässig sei, von dem Standpunkte des heutigen Prozeßrechtes aus noch näher zu betrachten. Es scheint, nach dieser Seite hin unterliegt die Anwendbarkeit

34) Daraus haben die Prozeßlehrer ein eigenes fundamentum agendi intermedium gemacht.

35) C. 3. X. de lib. obl. (2. 3.)

36) Fr. 14. §. 2. D. de exc. rei iud. (44. 2.), c. 3. de sent. in Vito. (2. 14.)

37) Joannes Bassianus l. c. p. 454., Pillius l. c. p. 8., Damasus l. c. p. 51., Tancred. (ed. Bergmann) p. 171., Durantis l. c. p. 67 u. a.

38) Puchta, über die expressa causa bei der Eigenthumsklage, rhein. Mus. Bd. II, S. 251 fig., Bd. III, S. 467 fig.; Institutionen Bd. II, S. 195; Pandekten S. 141. Dagegen: Heffter, im rhein. Mus. Bd. III, S. 222 fig.; Bractenhoeft a. a. D. S. 254.

des gemüthlichen Nachtes sehr gegründeten Bedenken<sup>39)</sup>. Die Entwicklung des Eventualprincipes hat die Bestimmung zur Folge gehabt, daß der Verklagte alle seine Einreden bei Strafe der Präclusion mit der Litiscontestation verbinden soll. Dieser wird gegenüber einer generellen Klage der bezeichneten Art nicht mit Sicherheit genügt werden können. Führt nun der Kläger den ihn treffenden Beweis, und bezieht er sich hier, wie geschehen muß, auf eine specielle Erwerbart, so muß mit Nothwendigkeit dem Verklagten die Beibringung seiner Exceptionen jetzt noch freistehen, was den sonstigen unser Verfahren beherrschenden Grundsätzen völlig entgegen ist. Außerdem wird in solchen Fällen oft genug Gefahr vorhanden sein, daß der Kläger einen Punkt erweist, den der Verklagte nicht bestreitet, den er vielmehr zugestanden haben würde, wenn man ihm vom Beginne darüber gelehrt hätte. Mit Recht ist deshalb zuweilen durch die Gesetzgebung ausdrücklich die specielle Begründung auch der dinglichen Klagen gefordert worden<sup>40)</sup>. Eine andere Controverse in diesem Gebiete ist, inwiefern es der neben der Darlegung der Thatsachen noch besondern Angabe der Rechtsverletzung zur Begründung der Klage bedürfe<sup>41)</sup>. Wir sind wohl berechtigt, diese als ein Erzeugniß des Mißverständnisses zu betrachten. Bei allen Delictsklagen, bei der vindication, der publ. in rem actio, bei den retin. und recup. poss. interdicta u. a., ist nämlich die geschichtliche Begründung der Klage mit der Darlegung der Rechtsverletzung identisch, während bei den Klagen aus obligatorischen Verhältnissen, also der Verweigerung der Leistung, die Behauptung der letzteren eben in der Anstellung selbst liegt<sup>42)</sup>. Namentlich erscheint es auch nicht erforderlich, daß der Kläger die Fälligkeit der Forderung noch besonders behauptet, sondern er hat seiner Pflicht genügt, wenn er die Thatsachen vorlegt, aus welchen das Existentwerden der obligatio erkannt werden kann. Ist dieses geschehen, so muß nach der bekannten Rechtsregel angenommen werden, es sei auch der Moment der Möglichkeit der Geltendmachung eingetreten<sup>43)</sup>, und es ist dann die Sache des Verklagten, anzuführen, daß in dem concreten Falle der letztere von dem Momente des Existentwerdens getrennt worden sei, und dadurch die Abweisung der Klage als einer zur Zeit unstatthaften zu veranlassen. Noch weit weniger kann, wie oft geschieht, auch die Behauptung, daß der Verklagte gemahnt worden sei (sogen. clausula monitoria) als gerechtfertigt

39) Schmidt, Civilprozeß Bd. II, S. 9 flg. u. die dort Angef.

40) In Kurhessen wurden früher, wenigstens nach der Praxis des Oberappellationsgerichts, die Angabe der causa nicht gefordert (Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsger. zu Cassel Bd. I, S. 22). Dieses ist durch Ges. v. 20. Dec. 1840 §. 12 geändert.

41) Lang, über die Einrede des nicht erfüllten Contr. S. 50; Sinteris, Erläuterungen S. 281 flg. u. a.; dageg. Schmidt, die gemischten Einreden S. 35 flg. — Vgl. auch Heerwart, im Archive für civ. Praxis S. 229 flg.

42) Schmidt a. a. D. S. 66 flg.

43) Fr. 14, D. de R. J. L. 17. — Puchta, Pandekten S. 346.

tigt betrachtet werden<sup>44)</sup>. — Als ein weiterer nothwendiger Bestandtheil jeder Klagschrift wird, neben dem thatsächlichen Fundamente, auch der Rechtsgrund bezeichnet. Dieser braucht indessen regelmäßig nicht ausdrücklich hervorgehoben zu werden, weil aus der Darstellung der Thatfachen, wo sie mit juristischem Bewußtsein gegeben ist, sogleich auch der Rechtsatz hervorgehen muß, der nach dem Verlangen des Klägers durch den Spruch des Richters zur Herrschaft gebracht werden soll. Eine Ausnahme leidet indessen dieser Satz alsdann, wenn der Kläger seinen Anspruch aus einem Privilegium ableitet<sup>45)</sup>, weil durch dieses ein Rechtsverhältniß außerhalb der Rechtsregel geschaffen wird, die zu kennen der Richter allein verpflichtet ist. Auch auswärtiges Recht, und einheimisches particuläres Gewohnheitsrecht, welches nicht dem Gerichtsbezirke angehört, oder auswärtige Localstatuten wird der Kläger da bezeichnen müssen, wo sie den Rechtsatz enthalten, auf den er seine Klage gründet, denn auch diese zu kennen hat der Richter keine Verpflichtung<sup>46)</sup>. Ganz entschieden unnöthig ist dagegen, daß der Kläger auch den Namen bezeichne, welcher der Klage in dem Actionensystem gegeben ist. Zu diesem Satze waren in einem langen Streite schon die Stoffatoren gekommen<sup>47)</sup>, und auch das canonische Recht, welches hier wie so oft den wissenschaftlichen Standpunkt seiner Zeit repräsentirt, hat ihn mittelbar bestätigt, indem es den Richter verpflichtet, die Thatfachen sorgfältig zu prüfen, und nicht ängstlich zu untersuchen: cuiusmodi actio intentetur<sup>48)</sup>. Wenn mithin der Kläger seiner Klage einen irrigen Namen gegeben hat, ist nichtsdestoweniger der Richter auf dieselbe zu verfügen verbunden, wenn nur die sonstigen Voraussetzungen nicht fehlen. Auf der anderen Seite versteht es sich aber von selbst, daß jene Bestimmung des canonischen Rechtes den Sachwalter nicht der Verpflichtung überhebt, sich die juristischen Bedingungen der von ihm anzustellenden Klage zu rechtem Bewußtsein zu bringen, daß sie mithin niemals ein Schild für die Unwissenheit sein kann. — An die Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse, beziehentlich des Rechtsgrundes, wo es deren bedarf, schließt sich das Gesuch. Dasselbe wird in Prozeßgesuch und Sachgesuch eingetheilt, von denen jenes auf

44) Sintonis a. a. D. S. 286; Unterholzner, Lehre des röm. R. von den Schuldverhältnissen Bd. I, S. 353; Thon, in der Zeitschr. für Civilt. und Prog. Bd. VIII, S. 36 flg.

45) Fr. 5. pr. D. de prob. (2R. 3.)

46) Puchta, Pandekten S. 152; Gewohnheitsrecht Th. II, Bd. 3, S. 4. — Vgl. überhaupt und über die hier nicht zu erörternde Streitfrage wegen des Beweises die Zusammenstellung bei Schmidt, Civilprozeß Bd. 1, S. 11 flg.

47) Hier kann auf Johannes Bassianus, Villius, Damasus, Tancred, Durantis und viele Andere verwiesen werden. Die beiden ersteren erwähnen ein Statut von Pisa, nach welchem die Angabe des Namens nothwendig war. Ein in den Abh. der Berliner Akad. der Wissensch., hist.-philol. Classe, 1827, S. 189, abgedrucktes Statut fordert nur, daß: foretanei non nostri districtus in eorum petitionibus teneantur causam exprimere quare petunt.

48) C. 6. X. de iud. (2. 1.), Weber, Beiträge St. II, S. 1 flg.

die von dem Richter zu erlassende einleitende Verfügung, dieses auf das Erkenntniß gerichtet ist, welches der Intention des Klägers gemäß ist. Das erstere ist im ordentlichen Prozesse immer entbehrlich, weil hier dem Richter durch das Recht selbst die Wege gewiesen sind. Das zweite soll die logische Folgerung der in der Klage vorgetragenen Prämissen sein, und diese Regel ist so absolut, daß auf eine Klage, in der gegen sie gefehlt ist, niemals das den Prozeß eröffnende Decret erlassen werden darf (s. u.). Insbesondere soll in dem Gesuche der Kläger sich nicht einer pluspetitio schuldig machen. Hier werden vier Fälle, die pluspetitio re oder summa, loco, causa und tempore ausgezeichnet, mit denen jedem das Justinianische Recht, anstatt des nach dem alten Verfahren eintretenden *causa cadere*<sup>49)</sup>, bestimmte Nachteile verbindet. In den drei ersten Fällen soll dem Gegner das Dreifache des durch die Pluspetition entstandenen Schadens, namentlich des Mehrbetrages der Sporteln, bezahlt werden, welcher durch das angebliche höhere Object veranlaßt worden ist<sup>50)</sup>, im vierten Falle soll der Kläger, der vor der Verfallzeit geklagt hat, noch einmal so lange warten, in der Zwischenzeit die Zinsen verlieren, und zugleich die Kosten des früheren Processes erstatten. Schon das canonische Recht hat indessen, wenigstens im ersteren Bezuge, eine mildere Ansicht<sup>51)</sup>, und gegenwärtig sind jene Bestimmungen des römischen Rechtes zum Theil gänzlich außer Übung. Die jetzt geltenden Grundsätze sind vielmehr diese<sup>52)</sup>. Die Folge des vorzeitigen Anbringens der Klage ist die Abweisung „zur Zeit“, und die Verurtheilung in die Kosten, wiewohl nicht in dem Falle, wenn im Laufe des Processes dies oder *conditio* eintreten<sup>53)</sup>. Hat der Kläger *summa pluspetit*, so wird auf den aus der Klage hervorgehenden Betrag erkannt, und wenn der Verklagte den wahren Betrag zugestand, wird der Kläger in die Kosten des durch sein Verharren auf dem höheren Quantum verlängerten Processes verurtheilt. Leugnete der Verklagte überhaupt, so pflegt man die Compensation eintreten zu lassen; ein Verfahren, was nicht durchgängig gerechtfertigt werden kann<sup>54)</sup>. Die *pluspetitio loco* zieht die Abweisung der Klage als einer „allhier unstatthaften“ sammt der Verurtheilung in die Kosten nach sich. Endlich, wenn *causa pluspetit* ist<sup>55)</sup>, wird die Folge die Abwei-

49) Cai. IV. 53 sq., Keller, über *Litiscontestatio* S. 496 fig.

50) C. 1. C. de pluspet. (von Zeno, restit. von Gajacius, obs. XII. 21.) (3. 10.), c. 2. C. h. t. (rest.), §. 88. sq. J. de act.

51) C. un. X. de pluspet. (2. 11.) Hier ist die *tripli condemnatio* des Justin. Rechtes hinweggefallen.

52) Heffter, System S. 141.

53) Arg. Fr. 16. D. de hered. pet. (5. 3.) — Biener, syst. proc. ed. Krug et Siebdrat T. I. p. 100.

54) Dieses wird im Zusammenhange mit der Lehre von den Kosten (s. den Art.) zu erörtern sein.

55) Also wenn der Kläger, der nur in genere fordern darf, eine bestimmte *species* in Anspruch nimmt, oder wenn er da, wo dem Schuldner die Auswahl zwischen der einen oder anderen Leistung zusteht, die Klage nur auf die eine richtet, oder endlich, wenn er *alternativ* klagt, wo dieses nicht statthaft ist.

sung „angebrachter Waffen“ sein<sup>56</sup>). Für den Fall, daß zu wenig gefordert worden ist, ermächtigt das spätere römische Recht den Richter, auch auf das Mehr zu erkennen<sup>57</sup>). Dieses ist indessen, abgesehen von dem Falle, wo ein offener Rechnungsfehler vorliegt, oder der Kläger das Gesuch ohne Widerspruch des Beklagten berichtet hat (s. u.), mit dem Grundprincipe unseres Verfahrens immer unvereinbar, sondern es gilt der Grundsatz: *Ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non debet* (L. 18. Comm. div. 10. 3.). Die *exceptio litis dividuae*, welche im alten Rechte wenigstens während derselben Prätur sich nützlich erwies<sup>58</sup>), ist schon im Justinianischen Rechte nicht mehr practisch, so daß mithin die Ermächtigung des Klägers zur Theilung seines Anspruches als Regel behauptet werden muß<sup>59</sup>). — Streitig ist die Frage, ob der Kläger mit dem Gesuche in der Hauptsache auch ein besonderes Gesuch auf die *causa rei* verbinden müsse, oder ob der Richter die letztere von Amtswegen zu berücksichtigen habe. Das letztere ist das Richtigere und auch durch eine allgemeine Praxis angenommen<sup>60</sup>).

B. Zufälliger Inhalt. 1) Es ist statthaft, in Einer Klageschrift mehrere Ansprüche gegen denselben Beklagten zur Contestation zu bringen<sup>61</sup>). Eine solche sogen. objectiv e Klagenhäufung kann zunächst so geschehen, daß mit jeder der verschiedenen Klagen ein verschiedener Zweck erreicht werden soll. Der Kläger ist jedoch hierbei nicht unbeschränkt, sondern von der materiellen Seite her ist die Zulässigkeit der Cumulation durch die Grundsätze von der Concurrentz und Consumtion der Klagen (s. den Art. *concursum actionum*)<sup>62</sup>), von der formellen dadurch bedingt, daß für alle Klage derselbe Richter zuständig und dasselbe Verfahren anwendbar sein muß, und daß nicht durch die Vereinigung zu vieler Klagen in Einem Libell eine Verwirrung des Verfahrens selbst entstehen darf. Eine numerische Beschränkung haben nur einzelne Particularrechte<sup>63</sup>); vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus entscheidet deshalb das richterliche Ermessen. Außer dieser copulativen Cumulation ist auch eine Vereinigung mehrerer Klagen in der Absicht möglich, durch die Condemnation auf die eine auch der zweiten den Weg zu bahnen (sogen. successive Cumulation). Hierher gehört die Verbindung der *ad exhib. actio* und der *vindication*, des *possessorium* und des *Peti-*

56) Vgl. indessen *Sintenis*, Erläuterungen S. 603.

57) §. 36. J. de act. vgl. mit L. 1. C. de pluspet. — *And. Weinung Reinhardt*, Handbuch Bd. II, S. 238 flg.

58) *Ca. IV. §. 56.*

59) *Heffter a. a. D.*

60) *Puchta*, Grenzen des Richteramtes S. 99; *Einbe*, im Lehrbuche §. 153, 191, und in dem Archive für civ. Praxis Bd. XI, S. 101 flg.; *Sintenis*, Erläuterungen S. 620 flg.; *and. Wein.: Schmidt*, Civilproceß Bd. II, S. 15; *Heffter*, System S. 326 u. a.

61) *Cohen*, de actionum cumulatione. Gött. 1830. — Eine gründliche Exposition schon bei *Vultei*, tract. de iudiciis L. II. c. 4.

62) *Heffter*, System S. 142 flg.

63) *So z. B. die sächs. Proceßordn. v. 1622, V. 3.*

torium u. a. Die letztere ist im canonischen Rechte ausdrücklich zugelassen<sup>64</sup>), und nur die Cumulation der Vindication mit den retinendae poss. interdicta ist aus Gründen für unzulässig erklärt<sup>65</sup>), welche aus der Natur der ersteren Rechtsmittel selbst hervorgehen<sup>66</sup>). Endlich wird auch dieses zugelassen, daß der Kläger mehrere Klagen dergestalt verbindet, daß er entweder die Anerkennung der einen oder der anderen fordert, oder daß er die zweite nur eventuell anstellt. Für die Statthaftigkeit dieser sogen. alternativen Cumulation können wir einen ausdrücklichen Satz des römischen Rechtes in Beziehung nehmen<sup>67</sup>). Dagegen ist sehr bestritten, ob die sogen. subjective Klagenführung<sup>68</sup>), d. i. die Verbindung mehrerer Klagen verschiedener Berechtigter gegen denselben Verpflichteten, oder desselben Berechtigten gegen verschiedene Verpflichtete möglich sei. Aus den Gesetzen wird sich weder ein allgemeines Verbot, noch ein allgemeines Anerkenntniß der Zulässigkeit ableiten lassen, namentlich ist das erstere nicht in L. 6. D. de exc. rei iud. (44. 2.) oder in L. 1. §. 4. D. Quod. leg. (43. 3.), das letztere nicht in L. 25. §. 4. D. fam. ercisc. (10. 2.), oder in L. 52. §. 14. D. pro socio (17. 2.), enthalten<sup>69</sup>). Es ist mithin die ganze Frage allein aus allgemeinen Gründen zu entscheiden. Diese sind häufiger gegen als für die Zulässigkeit geltend gemacht worden, und eine lange Zeit ist man einstimmig der Ansicht gewesen, daß die Rücksicht auf die Vermeidung der hier leicht möglichen Irrungen jede subjective Cumulation verbiete<sup>70</sup>). Wenn aber diese Rücksicht der Richter sich allerdings empfohlen lassen sein soll, so ist er auf der anderen Seite nicht weniger verpflichtet, die Vervielfältigung der Prozesse zu hindern<sup>71</sup>). Welches wird sich also durch die Regel versöhnen lassen, daß der Richter dann die Cumulation zulassen darf, wenn durch sie die Einheit des Verfahrens nicht aufgehoben wird<sup>72</sup>). Wirklich gestattet von diesem Standpunkte aus die Praxis, daß die Mutter eines unehelichen Kindes die Satisfactionsklage, der Vormund die Klage auf Alimente in derselben Klageschrift vortragen, und daß, wenn verschiedene Verpflichtete mit verschiedenen gleichartigen Abgaben oder Leistungen, z. B. gutherrlichen Zinsen, im Rückstande sind, die Belangung derselben in Einer Klage erfolge<sup>73</sup>). Jedenfalls wird wenigstens bei Theis-

64) C. 2. X. de causa poss. et propr. (2. 12.) Auch hier steht das canonische Recht auf dem wissenschaftlichen Standpunkte seiner Zeit, wie die ausführliche Darstellung von Hugolinus (dissensiones dominorum ed. Haenel p. 386 sq.) zeigt.

65) C. 5. X. h. t.

66) Ueber die eventuelle Verbindung dieser Interdicta mit der Vindication, welche die Praxis zuläßt, s. Bayer, summ. Proz. S. 190, und die dort Angef.

67) L. 1. §. 4. D. quod. leg. (43. 3.)

68) Müller, in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. Bd. I, S. 308 flg.; Linde, das. S. 316 flg.

69) Vgl. die Zusammenstellung bei Schmidt, Civilprozeß S. 18 flg.

70) Für unzulässig hält sie schon Petrus de Ferrariis l. c. p. 376.

71) L. 21. D. de reb. cred. (12. 1.)

72) Heffter, System S. 123.

73) Puchta, gerichtl. Klagen S. 91.

lungsklagen die subjective Cumulation nicht zurückgewiesen werden dürfen, da sie hier gesetzlich statthaft ist<sup>74</sup>). — 2) Einen Bestandtheil der Klagschrift kann auch die Beweisführung abgeben, worüber bereits früher (s. den Art. Beweis) das Nöthige bemerkt worden ist. Immer ist er (abgesehen von den für einige summarische Prozessarten bestehenden Regeln) von der Willkür des Klägers abhängig, und es ist nur particuläres Recht, wenn, wie z. B. in Sachsen, wenigstens der Beweis durch Eidesantrag schon mit der Klage angetreten werden muß<sup>75</sup>). — 3) Nicht selten kommt es vor, daß der Kläger die Replik auf eine von ihm vorausgesetzte Einrede schon in der Klagschrift vorträgt. Hierin liegt immer ein Beweis von Ungeschicklichkeit, weil ein verständiger Anwalt niemals dem Beklagten die Waffen darbietet. Nur in einem Falle ist das Inscririren der Replik nothwendig<sup>76</sup>), nämlich dann, wenn der Kläger mit Bestimmtheit eine prozeßhindernde Einrede voraussieht, der, um die Abweisung der Klage zu vermeiden, jezt schon begegnet werden muß. — 4) Zufällige Bestandtheile der Klagschrift sind ferner die Anträge auf provisorische Sicherheitsmaßregeln oder auf Ertheilung des Armenrechtes, Recusationsgesuche, Ausführungen der Competenz u. s. w. In dasselbe Gebiet gehören endlich auch die Clauseln, an denen die frühere Praxis sehr reich ist, z. B. die *cl. salvo iure addendi, mutandi, corrigendi* (s. u.), und die *cl. salutaris*<sup>77</sup>). Namentlich unter dem Schutze der letzteren glaubten sich früher die Practiker vor allen Fährlichkeiten geborgen, die irgendwie aus der Unformlichkeit oder Unvollständigkeit des Libells hervorgehen könnten. Aber gegenwärtig ist es anerkannt, daß mit ihr nichts erreicht werden kann, was der Richter nicht ohnehin schon zu gewähren verbunden ist, wo sie also noch vorkommt, ist sie ein unnützes Beiwerk<sup>78</sup>).

C. Anbringung der Klage. Daß auch früher das mündliche Anbringen der Klage namentlich bei den Untergerichten üblich gewesen sei, ist schon oben bemerkt worden<sup>79</sup>). Das gemeine Recht fordert dagegen, abgesehen von summarischen Sachen<sup>80</sup>), eine förmliche Klagschrift. Diese wird bald in Form eines Schreibens, bald als eigentlicher Vortrag

74) L. 25. §. 4. D. fam. erc. (10. 2.) Einde a. a. D. S. 822.

75) Es ist keine Anticipation des Beweises, wenn der Kläger mit der Klage die Urkunden wenigstens in Abschrift überreicht, auf welche er sein Recht gründet. Dieses ist zweckmäßig und zuweilen, wie in Kurhessen, gesetzlich vorgeschrieben. P.-D. v. 1745 §. 73.

76) Fritzsich, de replica inserenda libello. Lips. 1756. — In der hanau'schen U.-G.-O. v. 1764 ist das Inscririren der Replik verboten.

77) R.-X. v. 1551 §. 32, D.-X. v. 1557 §. 33, D.-X. v. 1600 §. 30. — Der erstere gibt die Clausel in folgenden Worten an: Hierüber gehend mit Recht und Gerechtigkeit nicht allein gebetener, sondern auch einer jeden andern rechtmäßigen Form, wie das von Rechtswegen am kräftigsten geschehen soll oder mag, mitzutheilen. Noch jezt ist die Form üblich: Desuper nobile iudicis officium humillime implorando.

78) Sintenis, Erläuterungen S. 621.

79) Ueber die verschiedenen Formen des mündlichen Anbringens der Klage, namentlich über die Trennung der Anmeldung und der Aufnahme, s. Rittersmaier, Prozeßvergleichung Bd. I, S. 210 flg.

80) Clem. 2. de Verb. sig. (5. 11.)



ohne Curialien abgefaßt. Im letzteren Falle wird sie mit einem, das Prozeßgesuch enthaltenden Präsentationschreiben übergeben, eine unnütze Weiterung, in der wir leicht den libellus citationis und conventionis des Reichskammergerichtsprozesses, nur in veränderter Bedeutung, wieder erkennen. Es ist die Regel, daß die Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse, wie wir sie oben forderten, vorausgeht, daß dann der Rechtsfaß folgt, sobald dieses erforderlich erscheint, und daß endlich die Prozeßbitte dem Haupt- und Nebengesuche vorangestellt wird. Die Begründung der Gerichtsbarkeit hat in geeigneten Fällen sichtlich ihre Stelle vor dem *petitum ad processum*, während etwaige Nebenanträge auf Anlegung des Arrestes, auf Ertheilung des Armenrechtes u. s. w., gewöhnlich am Schluß angebracht werden. Im Falle einer objectiven Klagenhäufung bedarf es, sobald die verschiedenen Klagen von einander unabhängig sind, für jede der besonderen Begründung. Dagegen wird, wo jene Voraussetzung nicht eintritt, die Cumulation nur im Gesuche bemerkbar<sup>81)</sup>.

D. Veränderung und Verbesserung der Klage<sup>82)</sup>. Während in dem älteren Verfahren nach constituirtem Judicium die Aenderung der Klage völlig unzulässig war<sup>83)</sup>, konnte dieselbe in der späteren Zeit geschehen, ohne daß damit zugleich ein Aufgeben des Prozesses selbst bedingt war<sup>84)</sup>. Die Rechtslehrer des Mittelalters erkennen fast ohne Ausnahme die Statthaftigkeit an, ohne über die Grenzen sich vereinigen zu können. Schon früh findet sich die einfache Ansicht, als deren Vertheidiger Joannes Bassianus genannt wird, daß dem Beklagten nur *induciae* zu verstaten seien, so oft er durch die Aenderung instruiert zu sein aufhöre, worüber das richterliche Ermessen entscheide<sup>85)</sup>. Später erscheint regelmäßig als Grenze die *litiscontestatio*<sup>86)</sup>, und zwar unterzeichnet *Durantis*<sup>87)</sup> näher so, daß er bei jeder Veränderung der actio und der causa neben dem Erfasse der Kosten die Erneuerung der *Deliberationsfrist* fordert, nicht dagegen dann, wenn die Aenderung nur die eine oder die andere ergreift. Die bloße Declaration, ebenso wie die *Emendation*, hält er nur für zulässig bis zu ausgeschwornem *Calumnieneide*, nach welchem er die Zulässigkeit einer Mehrforderung ausschließt, selbst dann, wenn in der Klage die Clausel: *salvo iure addendi etc.* gebraucht ist, die er überhaupt für nicht sehr nützlich erklärt<sup>88)</sup>. In dem

81) Beispiele bei Bergmann, Einleitung S. 155 flg.

82) Bayer, über die Aenderung des Klaglibells. Landsh. 1819. Mühlentbruch, Grundriß S. 117 flg. Schmidt, Civilprozeß Bb. II, S. 117 flg. Peffter, System S. 441 flg.

83) C. I. IV. 57. L. 23. D. de iud. (5. 1.)

84) §. 34. 35. J. de act.

85) Vgl. Hugolinus, in den diss. dom. ed. Hänel p. 255. 559.

86) Z. B. bei Tancred, l. c. p. 173., nach c. 3. C. de edendo. (2. 1.) Dagegen kann nach Pillius, l. c. p. 17., die Aenderung bis zum Urtheil geschehen, so jedoch, daß wenn nicht *eadem petitionis causa* bleibt, der Prozeß von Neuem begonnen werden muß, während im entgegengesetzten Falle es einer erneuten *Deliberationsfrist* nicht bedürfen soll.

87) L. c. L. IV. p. 56.

88) Diese Clausel ist schon erwähnt bei Pillius, l. c. p. 10.

letzteren Bezüge stimmen mit ihm die späteren Juristen überein, und nicht minder halten auch sie die Klage nach der Litiscontestation für unabänderlich, während sie im übrigen die Begriffe der *mutatio*, *emendatio* und *correctio libelli* in der verschiedensten Weise feststellen. Von dem Standpunkte des heutigen Prozeßrechtes aus muß nun ebenfalls die Einlassung als der Moment betrachtet werden, nach welchem die Zulässigkeitszeit der Abänderung sich bestimmt. Ist sie noch nicht geschehen, so hat es keinen Zweifel, daß der Kläger jede Aenderung vornehmen kann, und die Folge ist nur diese, daß dem Beklagten die Frist zur Beantwortung auf Kosten des Klägers erstreckt werden muß. Hat aber der letztere seine Gegenseite abgegeben, und ist dadurch die Basis des Prozeßes festgestellt worden, so kann der Kläger in diesem Prozeße weder das factische Vorbringen durch ein neues ersetzen, noch eine neue Intention an der Stelle der früheren geltend machen, also keine eigentliche Aenderung der Klage vornehmen. Gewöhnlich wird ihm dieses wenigstens dann gestattet, wenn der Beklagte in die Fortsetzung des Prozeßes seine Einwilligung gibt; hiermit ist es jedoch nicht in allen Fällen genug, sondern es wird, auch wo das letztere vorliegt, der Richter immer berechtigt sein, den Kläger mit der beabsichtigten Aenderung abzuweisen, sobald durch sie eine Verwirrung des Verfahrens zu beforgen ist. Ist also das letztere geschehen, oder will der Beklagte die Aenderung sich nicht gefallen lassen, so bleibt dem Kläger nichts übrig, als unter Erstattung der Kosten die Klage aufzugeben und einen neuen Prozeß zu beginnen. Ob dieses letztere möglich sei, ist dann nach der Vorfrage zu entscheiden, ob nicht durch die Anstellung der einen Klage die andere consumirt oder auf die Anstellung der letzteren Verzicht geleistet sei (s. den Art. *concursum actionum*), und ob nicht bereits der Beklagte durch Zugeständnisse oder Verschümmis des Klägers bestimmte prozessualische Vortheile erlangt habe, welche ihm nicht entzogen werden können. Erlaubt ist aber immer, daß der Kläger genauer, als geschehen, die Competenz des Richters begründe, oder das Object der von ihm angestellten dinglichen Klage, oder die Modalität der geforderten Leistung näher bezeichne, oder daß er selbst einzelne Thatfachen ergänze und näher bestimme, falls nur die Identität der in *iudicium* deducirten *quæstio* dadurch nicht aufgehoben wird, worüber das richterliche Ermessen entscheidet. Auch einen Theil des Anspruches fallen zu lassen, ist ihm unverwehrt, wenn schon es sich von selbst versteht, daß er alsdann auch die durch die Mehrforderung veranlaßten Kosten tragen muß.

E. Richterliche Verfügung auf die Klage. Der Richter hat die Verpflichtung<sup>89)</sup>, die ihm überreichte Klage einer genauen Prüfung zu unterwerfen. Je nach dem Resultate derselben gestaltet sich die von ihm zu erlassende Verfügung in verschiedener Weise<sup>90)</sup>. 1) Ist die Klageschrift fehlerfrei, so wird sie dem Beklagten zur Vernehmung binnen bestimmter Frist unter gleichzeitiger Benachrichtigung des Klägers mitge-

89) Puchta, Prozeßleitungsamt S. 50 flg.

90) Rittermaier, im Archive für civ. Praxis Bd. V, S. 355 flg. Gensler, Anleitung zur gerichtl. Praxis S. 315 flg.

theilt, oder es wird da, wo in Terminen verhandelt wird, an den Berklagten und den Kläger die entsprechende Ladung erlassen. 2) Fehlt es an der erforderlichen Legitimation zur Praxis oder zum Prozesse, oder hat der Kläger nicht die legitima persona, so wird die nöthige Nachweisung gefordert. 3) Enthält die Klagschrift Injurien, so wird sie dem Kläger zur Reinigung zurückgegeben. 4) Im Falle der Incompetenz erfolgt die Abweisung der Klage als einer allhier unstatthaften, bald mit Nothwendigkeit, sobald der Richter überhaupt durch eine Prorogation nicht competent werden kann, bald nach freier Entscheidung. 5) Hat der Kläger das Sachverhältniß so unvollständig vorgetragen, daß daraus sein Klagrecht nicht erkannt werden kann, oder ist die Klagschrift generell, dunkel oder inept, oder ist das Sachgesuch unschlüssig, oder mit einer pluspetitio causa behaftet (s. o.), oder fehlt es an der Sachlegitimation, oder endlich liegt eine unstatthafte Cumulation vor<sup>91)</sup>, so wird die Klage unter Angabe der Gründe angebrachter Maßen abgewiesen. Dasselbe geschieht, wenn um Einleitung einer im concreten Falle unzulässigen Prozessart gebeten worden ist. Sobald endlich 6) die von dem Kläger vorgebrachten Thatfachen zeigen, daß überhaupt ein Klagrecht nicht vorhanden sei, oder wenn eine factische Begründung gar nicht gegeben ist, so erfolgt die unbedingte Abweisung, und zwar wiederum in einem motivirten Decrete, welches hier, wie in den vorbezeichneten Fällen, zugleich den Sachwalter, der durch seine Schuld die Abweisung veranlaßte, nicht nur seines Honorars für verlustig, sondern auch zum Ersatze der Kosten für verpflichtet erklärt<sup>92)</sup>. Es versteht sich von selbst, daß in allen Fällen, wo es sich um Abweisung einer Klage handelt, sei sie eine bedingte oder unbedingte, der Richter immer mit Vorsicht zu Werke gehen muß. Auf der anderen Seite ist aber ebenso klar, daß diejenigen Richter ihre Pflicht verletzen, welche, auf eine mißverständene Verhandlungsmaxime gestützt, auf jede Klage ohne Unterschied das prozeßleitende Decret erlassen. Wird dann noch nach beliebiger Weise erkannt, daß der Kläger den Grund seiner Klage und so viel ihm daran verneinet „zu beweisen schuldig“, so ist die Verwirrung vollständig, und das Ende ist das, was der Anfang hätte sein sollen, die Abweisung angebrachter Maßen, nachdem den Parteien ohne Nutzen Zeit und Kosten verloren gegangen sind. In einem solchen Ausgange des Processes liegt nur in sehr seltenen Fällen kein Vorwurf für den Richter<sup>93)</sup>. — Rückfichtlich

#### E. der Wirkungen der Klagenstellung und des ersten Decretes

91) S. in dessen Ritttermater a. a. D. S. 382.

92) J. R. A. §. 85. Gen.-Beschl. v. 11. Jan. 1769 bei Cramer, obs. T. V. p. 709.

93) Streitig ist wegen c. 3. C. de ann. exc. die Frage, ob der Richter auch eine zurückgewiesene Klage dem Berklagten pro notitia mittheilen müsse. Diese ist indessen, abgesehen von dem Falle, wo der Kläger darum gebeten hat, gegen Puchta, Dienst der Justizämter Bb. II, S. 114, Prozeßleitungsamt S. 32 u. a., zu verneinen, weil es keine Verpflichtung für den Richter gibt, das Interesse des Klägers wahrzunehmen. Heffter, System S. 431.

muf auf den Art. Litiscontestation verwiefen werden, der auch diesen Punkt im historischen Zusammenhange zu behandeln haben wird.

Richt.

**Kloster**<sup>1)</sup> ist die Vereinigung religiöser Personen (religiosi, regulares) zu einem ascetisch contemplativen Leben (vita religiosa, regularis)<sup>2)</sup>.

Das Streben, sich vollständig Gott und dem Himmel zu weihen, rief sehr zeitig in einzelnen Gemüthern die Sehnsucht hervor, sich den Geschäften der Welt zu entziehen und in stiller Einsamkeit Werke der Frömmigkeit zu vollbringen<sup>3)</sup>. Auch in der ersten Zeit des Christenthums fanden sich hin und wieder Personen, welche ein Leben in Zurückgezogenheit und Enthaltfamkeit (Askese) als Voraussetzung christlicher Vollkommenheit betrachteten und sich dadurch Achtung ihrer Mitbrüder erwarben (ασκητοί, σπουδαίοι, studiosi, philosophi, continentes). Ihr Beispiel erweckte Nachfolger, und so lebten bereits im dritten Jahrhunderte, namentlich in Aegyptens Wüsten<sup>4)</sup>, nicht wenige Christen vereinzelt und ohne Verbindung mit der menschlichen Gesellschaft (ἐρημοί, eremitae,

1) Quellen: Tit. Cod. Theod. de banis clericorum et monachorum. (5. 3.) de monachis (16. 3.) verb. Tit. Cod. Just. de episcopis et clericis ... et ascetis et monachis. (1. 3.) Novella V. CXXIII. CXXXIII. u. a. — Gratian. Cau. XVI. qu. I. II. V. Cau. XVIII. XIX. XX. — Tit. X. de regularibus et transeuntibus ad religionem (3. 31.) in Vito. (3. 14.) Clement. III. 9. Extrav. comm. 3. 8. Tit. X. de statu monachorum et canonicorum regularium (3. 25.) in Vito. (3. 16.) Clement. III. 10. Tit. X. de conversione coniugatorum. (3. 32.) Tit. X. de religiosi donibus (3. 36.) in Vito. (3. 17.) Clement. III. 11. Extrav. Joann. XXII. tit. VII. Extrav. comm. III. 9. und ganz besonders Luc. Holstenii, Codex regularum, quas SS. patres monachis et virginibus sanctimonialibus praescripserunt. (Romae 1661.) 3 Tom. 4. auctus a Marian. Brockie, August. Vinde. 6 Tom. fol. — Literatur: Thomassin, vetus ac nova ecclesiae disciplina P. I. lib. III. cap. XII. sq. Rud. Hospiniani, de monachis ed. auct. Genev. 1669. fol. Ant. Dad. Alteserrae, asceticon sive origines rei monasticae libri X. (Paris 1674. 4.) edd. Glück. Halae 1782. 8. Hipp. Helyot, histoire des ordres monastiques. (Paris 1714—1719.) 8 Tom. 4., ins Deutsche überfetzt von Joh. Joach. Schwabe, ausführliche Geschichte aller geistlichen und weltlichen Kloster- und Ritterorden (Leipzig 1758—1756), 8 Bde. 4., und mehrere kleinere Bearbeitungen von Spittler (herausg. von Guelitt), Döring (Dresden 1828, 2 Bde.) und Monographien. S. auch Ferd. Freiherr v. Biedenfeld, Ursprung, Aufleben, Größe, Herrschaft, Verfall und jetzige Zustände der sämtlichen Mönchs- und Frauenklosterorden im Orient und Occident, mit Abbildungen u. s. w. (Weimar 1837), 2 Bde. 8.

2) Vgl. J. S. Müller, über Bildung und Gebrauch des Wortes religio (theologische Studien und Kritiken von Ulmann und Umbreit, 1835, S. 1, S. 121 fig.) S. 145. Regularis bildet den Gegensatz von saecularis (saeculum, κόσμος, mundus), daher in mundo esse das Gegentheil von monachum fieri. (c. 2. §. 2. Cau. I. qu. VII.)

3) Daher knüpfte man auch später an die Essener und Therapeuten den Ursprung des christlichen Mönchtums.

4) Dahin waren bei den Verfolgungen der Christen viele geflüchtet, welche unter den dem Mönchtum dort so günstigen Verhältnissen das Einsiedlerleben führten (s. Etzdlin, Geschichte der Sittenlehre Jesu B. I, S. 358 fig., 468).

anachoretæ, monachi<sup>6)</sup>. Im Anfange des vierten Jahrh. veranlaßte der heilige Antonius in Oberägypten mehrere solcher Anachoreten, ihre Hütten (*lavras, cellae*) um die seinige aufzuschlagen und eine gewisse Gemeinschaft zu begründen. Sein Zögling Pachomius (um 340) schuf eine noch engere Verbindung durch Anlegung gemeinsamer Wohnungen (*κοινόβιον, μοναστήριον*) und durch eine feste Einrichtung<sup>6)</sup>. Die Zahl der Ebnobiten wuchs nun schnell, und diese Lebensweise wurde besonders durch Basilius, Bischof von Cäsarea († 379), befördert, so daß die von ihm entworfene Regel<sup>7)</sup> für den Orient stets maßgebend geblieben ist. Hierauf fand das Mönchtum auch im Occidente, obgleich die Stimmung anfangs dagegen war<sup>8)</sup>, Beifall und wurde besonders durch Athanasius, Ambrosius, Hieronymus, Augustin, Martin von Tours u. A. allgemeiner verbreitet, auch seitens der weltlichen Gesetzgebung mannichfach begünstigt<sup>9)</sup>. — Während die dieser Richtung lebenden Personen bis zum sechsten Jahrh. ohne förmliche Gelübde die ihnen obliegenden Pflichten erfüllten, gab Benedict aus Nursia (in Umbrien) dem Institute eine andere Gestalt, indem er in der im J. 529 verfaßten Regel<sup>10)</sup>, welche bald allgemein im Occidente angenommen wurde<sup>11)</sup>, ausdrücklich im Cap. 58 vorschrieb: *Suscipiendus in oratorio coram omnibus promittat de stabilitate sua et conversione morum suorum et obedientia*. Da auch nach dem Muster des Cassiodor wissenschaftliche Beschäftigung in die Klöster drang, erwarben sich dieselben durch Unterricht, Cultur des Bodens und Bekehrung der Heiden viele Verdienste um Teutschland<sup>12)</sup>, welche seit der Anlegung vieler Klosterschulen, besonders durch Karl den Großen<sup>13)</sup>, noch bedeutend erhöht wurden. Bereits seit der Mitte des achten Jahrh. verfiel aber auch häufig Ordnung und Zucht in den Klöstern<sup>14)</sup>, deren Herstellung vergeblich die kirchliche und weltliche Gesetz-

5) *Ö. c.* 1. 8. *Cau.* XVI. qu. I.

6) *Praecepta Pachomii* bei Holstenius l. c. Tom. I. p. 26 sq.

7) *Vgl.* Basillii M. opera ed. Garnier. T. II. p. XXXIV sq.

8) Hieronymus epist. XXII. ad Paulam a. 384.: *Genus detestabile monachorum*, — *vgl.* ep. LIV. ad Pammachium a. 398. *Vgl.* überhaupt Gieseler, Kirchengeschichte B. I, §. 94, und dazu noch *Historia monasterii Lerinensis usque ad a. 731.*; scripsit A. F. Silfverberg. Hanniae 1834. 8.

9) *Vgl.* c. 53. 55. C. de episcopis. (1. 3.) Nov. V. cap. 2. Nov. CXXIII. cap. 41. u. a.

10) *Bei* Holstenius l. c. Tom. I. p. 113 sq.

11) Jo. Mabillon, *Annales Ordinis S. Benedicti*. (Paris 1703—1739 und Lucca 1739—1745.) 6 Tom. fol.

12) Dieß Verdienst ist oft zu hoch angeschlagen, oft aber auch zu tief herabgesetzt worden. *Vgl.* v. Lang, *Waren die Klöster Wohlthäter Teutschlands?* in Paulus' Sophronikon B. VII, S. 3, S. 1 flg., und zur Vertheidigung dagegen: *Ist den Klöstern alles Verdienst abzusprechen?* in Wigand's Archiv für Geschichte und Alterthumskunde Westphalens (Spann. 1826), Heft III, S. 97 flg.

13) *Vgl.* Caroli M. encyclica de literis colendis a. 787. (Pertz, *Monum. Germaniae* T. III. fol. 52. 53.) *Capitalarium* lib. I. cap. 68 u. a. Thomassin, *vetus ac nova ecclesiae disciplina* P. II. lib. I. cap. 96 sq.

14) Pippini *Capitalare Vernense* a. 755. cap. 10. 11. *Cap. Caroli M.* a. 779. cap. 3. a. 789. cap. 52. 72. u. v. a. (Pertz l. c. III. fol. 26.

gebung herbeizuführen bemüht war<sup>15</sup>). Da gab das zu Clugny in Burgund durch Herzog Wilhelm von Aquitanien gestiftete Kloster neue Anregung, indem Abt Bernd im J. 910 Benedict's Regel erneuerte und Abt Odo (927—941) dieselbe noch mehr verschärfte<sup>16</sup>). Viele Klöster wurden jetzt bald durch von dorthin erbetene Mönche reformirt und bildeten, unter der oberen Aufsicht des Abtes von Clugny, den *ordo Cluniacensis* und eine eigene Congregation, nach deren Muster sich mehrere neue Orden gestalteten, wie die Camaldolenser, von Romuald auf dem *Campus Maldoli* bei Arezzo um 1018 gestiftet<sup>17</sup>), die Cistercienser, gegründet durch Robert von Cîteaux (Cistercium) im J. 1098<sup>18</sup>), und weiter geregelt durch Bernhard von Clairvaux († 1153), daher auch Bernharden<sup>19</sup>), die Carthäuser, durch Bruno von Köln im J. 1084 in einer Einöde (*la chartreuse*) bei Grenoble<sup>20</sup>). Dazu kam noch im J. 1120 der von Norbert, Canonicus in Xanten, zu Prémontré in der Diocese Laon gestiftete Orden der Prémonstratenser<sup>21</sup>), welcher aber die von Augustin für das gemeinsame Leben aufgestellten Grundsätze befolgte<sup>22</sup>), und der Orden der Carmeliter, um J. 1156 von Berthold aus Calabrien begründet<sup>23</sup>).

Aus der Mannichfaltigkeit dieser Orden entstanden Mißverhältnisse, weshalb Innocenz III. auf dem vierten Lateranconcil im J. 1215 die Bestimmung traf: *Ne quis de cetero novam religionem inveniat; sed quicumque voluerit ad religionem converti, unam de approbatis assumat* (s. Note 111). Dennoch wurde von diesem Principe bald abgegangen. Zwar hatte nämlich bisher jeder Mönch das Gelübde der Armut übernommen, das Kloster selbst aber und der Orden in seiner Gesamtheit war keineswegs vom Güterbesitze ausgeschlossen, um so weniger, als davon die Unterhaltung der Glieder bewirkt werden mußte. Da

36. 62. 65.), ganz besonders das *Capitulare Aquisgran.* a. 802. (l. c. fol. 91 sq.), in welchem es unter andern cap. 17. heißt: *Pervenit ad aures nostras opinio perniciosissima, fornicationes et in habdominatione et immunditia multas iam in monasteriis esse deprehensos... aliquis ex monachus sodomitas esse.*

15) S. außer den Citaten der vorigen Note die *Capitala monachorum* a. 817. (Pertz l. c. fol. 201 sq.)

16) P. Lorain, *abbaye de Cluny, avec pièces justificatives.* Paris et Dijon 1843. 8.

17) Die Regel bei Holstenius l. c. II. p. 192 sq.

18) Holstenius l. c. II. p. 386 sq. Das Grundgesetz, die *charta caritatis*, von 1119, befhätigt von Calixt II. (*Mansi, Coll. Conciliorum T. XXI. fol. 190.*)

19) Reauber, der heil. Bernhard und sein Zeitalter. Berlin 1813. 8. Marie Theod. Ratisbonne, *histoire de St. Bernard.* (Paris 1843. 8.) ed. XII.

20) Mabillon, *Annales* cit. Tom. V. p. 202 sq.

21) Miraeus, *Chronicon Praemonstratense.* Colon. 1613.

22) *Sermo de communi vita clericorum* (vgl. c. 10. 11. *Cau. XII. qu. I.*)

23) Die von Albert, Patriarchen von Jerusalem, um 1209 verfaßte Regel (bei Holstenius l. c. T. III. fol. 18 sq.) wurde von Honorius III. im J. 1226 approbirt.

bildete sich im 13. Jahrh. die Ansicht, daß derjenige Orden dem apostolischen Sinne mehr entsprechen würde, welcher im Ganzen das *votum paupertatis* übernahm, weshalb die einzelnen Mönche nur von milden Gaben leben mußten (terminiten). So entstanden die Bettelorden. Franciscus (eigentlich Johannes) von Assisi<sup>24)</sup> stiftete in solcher Weise eine Capelle Portiuncula für eine kleine Gesellschaft und erweiterte sie dann zu einem förmlichen Orden der *fratres minores*<sup>25)</sup>, von Innocenz III. im J. 1209 vorläufig und dann von Honorius III. im J. 1223 bestätigt<sup>26)</sup>. Dazu kam eine zweite Abtheilung für Frauen<sup>27)</sup>, und eine dritte für Bettelleute (*fratres conversi*) im J. 1221: *tertius ordo de poenitentia, Tertiarii*<sup>28)</sup>. Gleichzeitig stiftete Dominicus de Guzman, Canonicus zu Osma und Prediger gegen die Ketzer, zum Zwecke die Häretiker zu beseitigen, nach der Regel Augustins eine Mönchsgesellschaft, welche Honorius III. im J. 1216 als einen eigenen Orden, *Frates Praedicatorum*, approbirte<sup>29)</sup>. Im J. 1220 beschlossen die Dominicaner, die Grundsätze von Franciscus über die apostolische Armuth anzunehmen<sup>30)</sup>. Als Bettelorden traten dazu noch die Carmeliter (s. Note 23) und die Augustinereremiten, im J. 1256 durch Alexander IV. anerkannt. Diese Orden gründeten später, nach dem Vorgange der Franciscaner, sämmtlich auch Tertiarii, unter den Franciscanern selbst bildeten sich aber zwei Parteien, indem die eine an der ursprünglichen Regel festhielt, daher von der strengen Observanz (*spirituales, fratres regularis observantiae*), die andere dagegen den Vermögenserwerb als zulässig anerkannte, daher von der laxen Observanz (*fratres conventuales sive de communitate*)<sup>31)</sup>. Der römische Stuhl begünstigte die Mönchs-, insbesondere die Bettelorden in der mannichfachsten Weise<sup>32)</sup>, während der innere Verfall derselben, ungeachtet aller Bemühungen, nur theilweise beseitigt werden konnte<sup>33)</sup>. In Deutschland war besonders das Generalcapitel zu Windsheim für die regulirten Chorherren und die Bursfelder Congregation für die Benedictiner und deren Reformation nicht ohne Erfolg thätig<sup>34)</sup>. Die seitdem neu entstandenen

24) Leo, Geschichte von Italien B. II, S. 244 ff.

25) Die Regel bei Holstenius l. c. T. III. fol. 30 sq.

26) Luc. Waddingi, Annales Minorum seu trium ordinum a. S. Francisco institutorum. (Romae 1731—1741.) XIX Tom. fol.

27) S. unten Note 135.

28) Die Regel bei Holstenius l. c. T. III. fol. 39 sq.

29) Die Constitutiones fratrum Ord. Praed. bei Holstenius l. c. Tom. IV. fol. 10 sq.

30) Mamachi aliorumque Annales Ord. Praedicatorum. Romae 1746.

31) C. 3. de V. S. in Vlt. (5. 12.) Bgl. Extrav. Joannis XXII. tit. XIV.

32) Die vielfachen Privilegien finden sich theils in den Decretalsammlungen des *Corpus iuris can.*, theils in dem allgemeinen römischen Bullarium, und insbesondere in eigenen Bullarien für die einzelnen Orden selbst, wie in dem Bullarium Ordinis Praedicatorum ed. Th. Ripoll. Romae 1729. fol.

33) Bgl. Gieseler, Kirchengeschichte B. II, Abth. III, §. 109 ff., Abth. IV, §. 140 ff.

34) S. die Citate bei Gieseler a. a. D. §. 140, S. 272, 274, 286.

Orden schlossen sich meistens an die bestehenden an. So die Capuziner, im J. 1525 durch Matthäus de Boffi gestiftet, an die Franciscaner der strengen Observanz<sup>35)</sup>, die Trappisten, im J. 1664 durch de la Rance gegründet, an die Cistercienser<sup>36)</sup>, die Mauriner im J. 1618 an die Benedictiner<sup>37)</sup> u. a. Nachdem in Folge der Reformation des 16. Jahrh. viele Klöster eingegangen (s. unten) und die katholische Kirche überhaupt geschwächt worden, lag der Gedanke nahe, durch Stiftung eigener Orden die Gegenreformation zu befördern. In diesem Sinne gründete Joh. Peter Cariffa, Bischof von Chieti (Abruzo) (später als Pabst Paul IV.), auf Veranlassung des Venetianers Gaetano de Thiene, 1524 die Theatiner, clerici regulares, die aber bei weitem durch den Orden der Jesuiten<sup>38)</sup> übertroffen wurden, welchen Ignazius von Loyola im J. 1539 stiftete und den Paul III. im folgenden Jahre confirmirte<sup>39)</sup>. Verwandte Zwecke verfolgt, jedoch zunächst für Unterricht und Krankenpflege wirksam, der im J. 1548 von Philipp von Neri gegründete Orden der heil. Trinität, aus welchem sich, nachdem Gregor XIII. im J. 1574 ihm die Erbauung eines Oratoriums gestattet hatte, der Orden der Priester des Oratoriums, patres oratorii, bildete. Der Spanier Joh. Calasme († 1648) gründete den Orden der Piaristen, patres piarum scholarum, der sich auch in Deutschland und Polen vielfach verbreitete; Vincenz von Paul aus Gascoyne stiftete um 1626 die Congregation der Priester der Mission, nach ihrem Priorate St. Lazarus zu Paris auch Lazaristen genannt, Alphons Maria de Liguori im J. 1749 die Liguorianer oder Redemptoristen u. a. m. Dazu kommen noch verschiedene andere, die nicht durch ewig bindende Gelübde an das Klosterleben gefesselt werden.

Der Orden der Jesuiten wurde durch Pabst Clemens XIV. im J. 1773 aufgehoben (Bulle: Dominus ac redemptor Noster vom 21. Juli) und es erfolgte die anderweite Verwendung ihrer Güter<sup>40)</sup>; indessen

35) Bullarium Ordinis Capucinerum ed. Mich. a Tagio. Romae 1740. fol.

36) Kitzert, der Orden der Trappisten. Darmstadt 1833. 8.

37) Herbst, über die Verdienste der Mauriner um die Wissenschaften, in der Tübinger theologischen Quartalschrift, 1833, S. I, Nr. I, S. II, Nr. I.

38) Vgl. ältere Literatur bei Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte B. IV, S. 506, besonders Peter Phil. Wolff, allgemeine Geschichte der Jesuiten, zweite Ausg. (Leipzig 1803), 4 Bde. 8. Jordan, die Jesuiten und der Jesuitismus. Altona und Leipzig 1839. 8. Ellendorf, die Moral und Politik der Jesuiten. Darmstadt 1840. 8. Kortüm, die Entstehungsgeschichte des Jesuitenordens, nebst einem Schlußworte über die neuen Jesuiten. Mannheim 1843. 8.

39) S. die Bulle vom 27. Sept. 1540 im Bullarium Magnum Tom. I. fol. 743 sq., auch bei Eisen Schmid, römisches Bullarium B. II, S. 5 sq. Die Statuten des Ordens sind öfter herausgegeben: Constitutiones societatis Jesu. Romae 1615., insbesondere: Institutum societatis Jesu auctoritate congregationis generalis XVIII meliorum in ordinem digestum, auctum et reconditum. (Pragae 1757.) 2 Vol. fol.

40) Vgl. Pütter, Literatur des Staatsrechtes B. III, S. 609. Klüber's Fortsetzung S. 553.



wirkten sie im Stillen fort, wurden seit dem Anfange des jetzigen Jahrhunderts theilweise anerkannt, wie durch das Breve Pius VII.: Catholicae vom 7. März 1801, und Per alias vom 30. Juli 1804 für Rußland und für Sicilien, und für die ganze katholische Kirche hergestellt durch die Bulle: Sollicitudo omnium vom 7. August 1814. Gegen die Fortdauer der übrigen Orden erklärten sich seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts viele Schriftsteller<sup>41)</sup> und nicht ohne Erfolg, denn im J. 1781 hob Joseph II. die Klöster der Orden auf, die ein bloß contemplatives Leben führten, und überwies deren Fonds zum Unterhalte der neuen Pfarreien und der Verbesserung des Unterrichtes<sup>42)</sup>. Dann folgte die Säkularisation in Frankreich 1790, in Deutschland seit 1802 und in mehreren Staaten bald darauf<sup>43)</sup>. Der römische Stuhl hat indessen die Beförderung des Klosterlebens als eine höchst ersprißliche in der neueren Zeit aufs dringendste empfohlen und bei der Vereinbarung über die neue Einrichtung des Kirchenwesens dafür nach Möglichkeit Sorge getragen. Daher hat unter anderen der König von Bayern im Artikel VII des Concordates von 1817 übernommen: In Anbetracht der Vortheile, welche die religiösen Orden der Kirche und dem Staate gebracht haben, und in der Folge noch bringen könnten, und um einen Beweis Seiner Bereitwilligkeit gegen den heil. Stuhl zu geben, einige Klöster der geistlichen Orden beiderlei Geschlechts entweder zum Unterrichte der Jugend in der Religion und den Wissenschaften, oder zur Aushilfe in der Seelsorge, oder zur Krankenpflege, im Benehmen mit dem heil. Stuhle mit angemessener Dotation herstellen zu lassen. Dieser Verpflichtung ist man auch bereits im vollsten Umfange nachgekommen; eben so sind in Oesterreich und anderen Ländern viele Klöster wieder hergestellt, selbst neue Orden begründet und das Institut überhaupt in bedeutendem Fortschritte begriffen<sup>44)</sup>. Dagegen fehlt es aber auch nicht an Staaten, in denen der Restitution mit Entschiedenheit entgegengetreten worden ist<sup>45)</sup>. Die längere Zeit fast nur der Geschichte anheim gefallenen Rechtsgrundsätze über das Klosterleben haben hiernach wieder eine höhere practische Bedeutung erlangt. Bei der nun folgenden Darstellung sondern wir die männlichen und weiblichen Institute, und zwar zunächst die der Katholiken.

41) Pütter a. a. D. S. 696 fig. Klüber a. a. D. S. 551 fig.

42) S. das Schreiben des Kaisers an Pabst Pius VI. vom J. 1784 in: Briefe Joseph's II. (Leipzig 1821), S. 70. Im Ganzen gingen 418 Klöster ein.

43) S. z. B. preuß. Verordnung vom 30. October 1810 (in der Gesetzsammlung b. J. S. 32).

44) Zu den neuen Orden gehört: das Institut der Liebe, gegründet vom Grafen Rosmini und bestätigt durch die Bulle Gregor's XVI.: In sublimi militantis ecclesiae vom 20. September 1839 (vgl. Rheinwald, Repertorium für die gesammte Theologie B. XLIII, S. I [October 1843], S. 88—95).

45) So bestimmt die sächsische Verfassungsurkunde vom 4. Sept. 1831 §. 56, daß weder neue Klöster errichtet, noch Jesuiten oder irgend ein anderer geistlicher Orden im Lande aufgenommen werden dürfe.

## A. Katholische Kirche.

## 1) Von den Mönchen.

Voraussetzung für den Eintritt ins Kloster ist die Ablegung des Gelübdes (*professio religiosa*). Früher erfolgte dieselbe durch ein allgemeines Versprechen, später in solenner Form<sup>46)</sup>, mit der Uebnahme der Verpflichtung zur Armuth, Keuschheit und zum Gehorsam (*vivendo in obedientia, sine proprio et in castitate*) und unter Anwendung einer *Benediction*<sup>47)</sup>. Bei den Jesuiten und verwandten Orden tritt zu den drei Gelübden noch ein viertes, das *votum missionis*, welches jedoch nur von den dazu besonders für tauglich erachteten Gliedern geleistet wird. Außer der ausdrücklichen feierlichen *professio* gibt es auch eine stillschweigende<sup>48)</sup>, bestehend in dem Tragen der *Novitiatkleidung*<sup>49)</sup> während eines Jahres. Dadurch wird aber nur der *status regularis* überhaupt, nicht zugleich der eines bestimmten Ordens übernommen; doch ist überhaupt die *professio tacita* nicht gewöhnlich und deren gegenwärtige Anwendbarkeit unterliegt großen Bedenken<sup>51)</sup>. Eine gültige Professeleistung erfordert aber 1) das gehörige Alter. Früher war der Termin der Pubertät<sup>52)</sup> oder selbst der Großjährigkeit<sup>53)</sup> vorgeschrieben; nach gemeinem canonischen Rechte ist jetzt das 16. Jahr entscheidend<sup>54)</sup>, während *Particularrechte*<sup>55)</sup> oft ein höheres Alter als nothwendig bestimmt haben<sup>56)</sup>. 2) Der förmlichen Verpflichtung muß das Probejahr (*annus novitatus*) vorhergehen. Schon die ältesten Regeln fordern dasselbe, weichen aber in der Zeitbestimmung von einander ab. Diese betrug bald drei Jahre<sup>57)</sup>,

46) S. den Art. Gelübde Bd. IV, S. 478 fig.

47) Vgl. c. 1. X. de *supplenda negligentia praelatorum*. (1. 10.) (Alexander III. a. 1169.) Ueber die üblichen Formen s. m. Martone, de *antiquis monachorum ritibus* lib. V.

48) Wie auch der Note 44 erwähnte neue Orden.

49) C. 4. 8. 9. 20. 23. X. de *regularibus*. (3. 31.) c. 1. 3. eod. in *Vltio*. (3. 14.) *Clem.* 2. eod. (3. 9.)

50) C. 23. X. cit. (3. 31.)

51) S. J. H. Böhmer, *ius eccl. Protest.* lib. III. tit. XXXI. §. 84. und im Art. Gelübde cit. S. 479.

52) C. 8. X. h. t. (3. 31.) (Alexander III.) *Plena pubertas* (18 Jahre) fordert c. 5. *Cau.* XX. qu. I. c. 6. X. h. t. (3. 31.) (Gregor. I. a. 591.)

53) Cap. 45. *Capitul. Aquisgran.* a. 789. (Pertz, *Monum. Germaniae* III. 61.) Vgl. *Capitul.* lib. I. c. 45 (zundchst von Frauen). S. auch c. 1. X. h. t. (3. 31.) (*Concil. Moguntin.* a. 818.)

54) *Conc. Trident. Sess. XXV. cap. 15. de regularibus.* Für Novitien der Conventualen des heil. Franciscus fordert aber der Pabst das 18. und für Laienbrüder derselben das 25. Jahr (*Bulle Illa' nos* vom 3. 1568 im *Ballarium Rom. Magnum* T. II. fol. 280 sq.).

55) *Steph. Rauttenstrauch, de iure principis praefigendi maturiorem professioni monasticae solemnitate.* Pragae 1773. 8.

56) So in Polen nach *Berordn.* von 1768 das 24. Jahr (*Bröder, Beitrüge zum polnischen Rechte* [Berlin 1797. 8.], S. 82), in Bayern das 21. Jahr nach *Berordn.* von 1769, ebenso in Oesterreich nach dem *Hofdecree* vom 17. October 1770 für Geistliche, sonst das 24. Jahr, in Preußen das 25. Jahr nach dem allg. *Landrechte* Th. II, Tit. XI, §. 1162.

57) S. *Nov. V. cap. 2. 3. Nov. CXXIII. c. 35. c. un. dist. LIII,*

balb ein Jahr<sup>58</sup>), welches jetzt auch die Regel bildet<sup>59</sup>), jedoch durch Dispensation auf 10 Monate herabgesetzt werden darf<sup>60</sup>), insofern nicht Particularrechte dieß verbieten<sup>61</sup>). Während dieser Zeit werden die Novizen unterrichtet und sollen weder die Tonsur erhalten, noch die Kleidung wechseln, bis sie das Gelübde ablegen<sup>62</sup>). 3) Erforderlich ist aber, wie bei jedem Gelübde, der freie Wille des Novizen. Während nach älterem Rechte den Eltern frei stand, ihre Kinder für das Kloster zu bestimmen<sup>63</sup>), bedarf es jetzt der eigenen und selbstständigen Erklärung derselben<sup>64</sup>). Dabei dürfen aber die Rechte dritter Personen nicht verletzt werden. Daher können Slaven in drei Jahren reclamirt werden<sup>65</sup>); Ehegatten brauchen die Einwilligung des anderen Theiles<sup>66</sup>); Kinder aber können auch ohne Consens der Eltern ins Kloster gehen und sind nicht zur Rückkehr zu nöthigen<sup>67</sup>). Folgen eines bindenden Gelöbnisses sind die Aufhebung der Irregularität wegen unehelicher Geburt und eines Delictes<sup>68</sup>), die Trennung der Sponsalien und einer noch nicht consummirten Ehe<sup>69</sup>), insbesondere aber die bestimmten Rechte und Pflichten des Mönchs. Dem Mönche gebühren überhaupt die mit dem status specialis zusammenhängenden allgemeinen Rechte, namentlich die der Cleriker, wenn sie ordinirt sind (patres clerici). Ursprünglich waren die Mönche Laien, extra clericum<sup>70</sup>), und man hielt selbst den Clerikat mit

(Gregor. I. a. 598.) Capitular. lib. V. c. 380. Vgl. c. 3. Can. XVII. qu. II. — Zwei Jahre fordert Gregor. I. a. 600. in c. 6. Can. XIX. qu. III. 58) Cap. 34. Capit. Aquisgran. a. 817. (Pertz I. c. III. 202.) c. 16. X. h. t. (3. 31.) (Innocent. III. a. 1198.)

59) Conc. Trident. I. c. cap. 15. Nach einer bayer'schen Ministerialentschließung vom 12. Oct. 1829 soll aber die Probezeit für Laienbrüder eine dreijährige sein (Müller, Lexikon des Kirchenrechtes B. IV, S. 185).

60) Conc. Trid. I. c. cap. 16. Früher war, mit Ausnahme der Mendicanten, überhaupt eine Abkürzung des Probejahres gestattet. c. 16. X. h. t. (3. 31.) (Innocent. III. a. 1198.) c. 2. h. t. in Vltio. (3. 14.) (Alexander IV.) c. 3. eod. (Bonifacius VIII.)

61) Wie das preuß. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 1170.

62) S. Note 58 Cit. c. 1. X. h. t. (3. 31.) u. a.

63) C. 3. Can. XX. qu. I. (Conc. Toletan. IV. a. 633.) c. 4. eod. (Isidorus?) c. 2. eod. (Gregor. II. a. 726.) c. 6. eod. (Concil. Tribur. a. 895.)

64) C. 14. X. h. t. (3. 31.) (Coelestinus III.)

65) C. 38. C. de episcopis et cler. (1. 3.) Auth. Verum et si C. eod. (verb. Nov. V. cap. 2.) Nov. CXXIII. cap. 35. Capit. lib. V. cap. 380. und c. 3. Can. XVII. qu. II.

66) Vgl. den Art. Gelübde Bd. IV, S. 481. S. auch sächsisches Landrecht Buch I, Art. 25, §. 4.

67) C. 56. §. 1. C. de episcopis et cler. (1. 3.) Nov. CXXIII. cap. 41.

68) C. 1. X. de filiis presbyterorum (1. 17.) (Concil. Pictaviense a. 1078), wo aber zugleich bestimmt ist, daß der Obere des Klosters legitime natus sein muß.

69) Vgl. den Art. Ehe Bd. III, S. 578. (S. c. 16. X. de sponsalibus. [4. 1.] Conc. Trid. Sess. XXIV. cap. 6. de reform. matrim.)

70) C. 6. Can. XVI. qu. I. (Hieronymus a. 372.) c. 4. eod. (idem a. 408.) — c. un. Cod. Theod. de bonis clericorum et mon. (5. 3.) verb.

dem Mönchsstande für unvereinbar<sup>71)</sup>. Auf der andern Seite sah man aber die *vita religiosa* für die beste Vorbereitung für den Clerikat an<sup>72)</sup>, und Viele ließen sich nach einer solchen ordiniren; doch gewährte man denen auch, welche als Laienbrüder (*fratres laici, conversi*) Profess leisteten, die allgemeinen Vorrechte der Geistlichen<sup>73)</sup>. Insbesondere haben alle Mönche Anspruch auf Unterhalt im Kloster<sup>74)</sup>, und zwar im Ganzen, da die Sonderung in Beneficien in den Klöstern nicht üblich wurde. Zu dem Behufe wird regelmäßig beim Eintritte ins Kloster eine Beisteuer (*dos regularis, Brautschag*) gegeben. Nach den strengen Principien über Simonie erscheint dieß eigentlich unstatthaft<sup>75)</sup>; doch ließ man es, als nur zur sustentatio dienend, zu<sup>76)</sup>, und Particularrechte enthalten darüber nähere Bestimmungen. So verordnet z. B. das preussische Recht<sup>77)</sup>, daß dem Kloster nicht über vier Procente vom Betrage der Vermögenssubstanz als Leibrente auf Lebenszeit verschrieben werden und der Brautschag in der Regel nicht die Summe von 400 Thalern übersteigen solle. Den *patres clerici* steht in ihrem Districte die Seelsorge zu, sowohl intra als extra muros claustrales, obwohl für die Gemeinde ein besonderer Capellan vom Bischofe eingesetzt werden soll<sup>78)</sup>. Viele den einzelnen Orden verliehene päpstliche Privilegien wurden auf Andringen der Ordinariate zurückgenommen, die Befugniß aber, Beichte zu hören, ist ihnen im allgemeinen geblieben<sup>79)</sup>. Die Pflichten der Mönche folgen theils aus den allgemeinen Satzungen, theils aus den besondern Constitutionen und Regeln. Die *vita religiosa* selbst umfaßt einen bestimmten Cultus mit Gebet, Kasteiung (Fasten, Seisetung u. s. w.), Arbeit, geistliche Unterhaltung<sup>80)</sup>. Vermöge des Gelübdes unterliegen sie einem strengen Gehorsam, so daß sie zu keinem selbstständigen Schritte ohne Genehmigung des Oberen befugt sind. Daher ist ihnen untersagt, irgend

c. 20. C. J. de episcopis. (1. 3.) (Theodos. et Valentin. a. 434.) c. 52. C. de episcopis. (1. 3.) (Justinian. a. 532.)

71) C. 2. Cau. XVI. qu. I. (Gregor. I. a. 595.)

72) C. 29. Cau. XVI. qu. I. (Siricius a. 385.) c. 26. 27. eod. (Hieronymus a. 400.) c. 3. eod. (Innocent. I. a. 404.)

73) C. 52. C. de episcopis. (1. 3.)

74) Conc. Trident. Sess. XXV. cap. 2. 3. de regularibus.

75) Gratian zum c. 1. Cau. I. qu. I und qu. III. cap. 1. Extrav. Comm. de simonia. (5. 1.) (Urbanus IV. a. 1262.)

76) Vgl. tit Remissiones zum Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 3. de regularibus.

77) Kfg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 1185 flg.

78) C. 1. X. de capellis monachorum. (3. 37.) (Urbanus II. a. 1095.)

Vgl. c. 1. Clem. de privilegiis. (5. 7.) (Clemens V. a. 1311.)

79) S. die Erklärung des päpstlichen Legaten Carafa (1624 flg.) in: Carafae legatio apostolica ed. Wirceburgi 1840. 8. p. 79—81.

80) Oportet duplex hoc opus monachis esse, aut divinis vacare scripturis, aut quae monachos decent, quae vocant manuum opera, meditari et operari. Nov. CXXXIII, c. 2. 6. u. a. S. Capit. Aquisgranense a. 817,

ein Gelübde zu thun<sup>81)</sup>, eine ihnen angetragene Stelle anzunehmen<sup>82)</sup>, einen ordo maior zu empfangen<sup>83)</sup> u. a., ja selbst gegen eine ihnen auferlegte Strafe wegen eines Excesses sich eines Rechtsmittels zu bedienen<sup>84)</sup>. Daher ist ihnen namentlich auch der Wechsel des Ordens und der Regel verboten<sup>85)</sup>, wenn nicht der Pabst dazu seinen Consens gibt, oder sie sich zu einer gleich strengen oder stricteren Regel nach vorangegangener causae cognitio und mit Approbation des Capitels wenden<sup>86)</sup>. Das förmliche Verlassen der religio ist aber als Apostasie strafbar<sup>87)</sup>. Nur der Novize kann ungehindert das Kloster verlassen, und wenn dieß unmöglich war, noch 5 Jahre nach der Professleistung seine Freiheit in Anspruch nehmen<sup>88)</sup>. Die Praxis hat diesen fünfjährigen Rücktritt dann auch auf andere Nichtigkeitsschwerden ausgedehnt<sup>89)</sup>. Particularrechtlich ist überdieß ein wirklicher Zwang zum Verbleiben im Kloster untersagt<sup>90)</sup>. Sobald der Pabst den Uebergang zu einem milderen Orden gestattet, soll der Transferirte stets dem Gehorsam des Oberen im Kloster unterworfen bleiben und niemals zu einem weltlichen Curatbeneficium befördert werden<sup>91)</sup>; indessen kann der Pabst auch förmliche Dispensation (Säcularisation) eintreten lassen, welche aber immer nur bedingt ertheilt zu werden pflegt, so daß der Säcularisirte verpflichtet wird, so viel als möglich nach dem früheren Gelübde gemäß zu leben<sup>92)</sup>. Die Verbindlichkeit zur Clausur<sup>93)</sup> ist nicht eine allgemeine, und besteht namentlich nicht für Laienbrüder, welche regelmäßig Geschäfte auch außerhalb des Klosters zu besorgen haben, so wie für die Bettelorden. — Die Verletzung des Gelübdes der Keuschheit ist mit harten Strafen bedroht und die von einem Mönche geschlossene

81) C. 2. Cau. XX. qu. IV. (poenitentiale Theodori.)

82) C. 10. X. de temporib. ordinat. (1. 11.) (Innocent. III. a. 1198.) c. 27. de electione in Vito. (Bonifac. VIII.)

83) C. 5. X. de temporib. ord. (1. 11.) (Lucius III.)

84) C. 26. in fine. c. 31. pr. (i. p. d.) c. 32. 61. X. de appellationibus (2. 28.) u. a. m.

85) Nov. V. cap. 4. 6. 7. Nov. CXXIII. cap. 42. c. 5. X. h. t. (3. 31.) (Gregor. I. a. 591.) c. 7. eod. (Alexander III.) c. 1. Clem. de electione. (1. 3.) (Clemens V. a. 1311.)

86) C. 10. X. h. t. (3. 31.) (Alexander III.) c. 18. eod. (Innocent. III. a. 1206.) Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 19. de regularibus.

87) S. den Art. geistliche Gerichtsbarkeit Bd. IV, S. 611.

88) Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 19. de regularibus.

89) S. Paimberger, über die Ungültigerklärung der Ordensprofess, in Wagner's Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, Jahrgang 1836, Heft VI, S. 322. Vgl. auch zur Erklärung des preuß. allg. Landrechtes Th. II, Tit. XI, §. 1174, 1175, den Aufsatz in Hirschius' juristischer Wochenchrift, 1836, S. 724—728.

90) Preuß. Landrecht a. a. D. §. 1179.

91) Conc. Trid. Sess. XIV. cap. 11. de reform.

92) Vgl. Kopp, die katholische Kirche im neunzehnten Jahrhunderte S. 302 flg.

93) C. 7. X. de officio iudicis ordinarii. (1. 31.) (Innocentius III. a. 1198.)

Ehe ist ipso iure null und nichtig<sup>94</sup>). Durch den Eintritt ins Kloster ist der Mönch der Welt abgestorben (mundo mortuus est, Deo autem vivit)<sup>95</sup>) und da er das votum paupertatis leistet, auch nicht mehr des Besizes und Erwerbes fähig. Vor der professio kann er indessen noch über sein Vermögen verfügen und muß insbesondere, wenn er verheura- thet war, seine Kinder und Frau abfinden<sup>96</sup>); doch kann keine während des Noviziats getroffene Bestimmung ihn binden, selbst wenn sie durch einen Eid bekräftigt wurde, außer in den zwei letzten Monaten und unter Einwilligung des Bischofs<sup>97</sup>). Fällt ihm aber nach der professio ein Besitzthum zu<sup>98</sup>), so erwirbt er dieß für sein Kloster<sup>99</sup>), da er selbst kein Gut erlangen kann, und ihm nur ausnahmsweise ein, jedoch jeder Zeit widerrufliches, peculium clericale an Mobilien von seinem Oberen überlassen werden darf<sup>100</sup>). Von anderen Grundsätzen geht aber das teutsche Recht aus. Nach ihm tritt eine anticipirte Succession der Verwandten ein, sobald die Professeleistung erfolgt ist und das Kloster kann daher durch den Mönch nichts mehr erwerben<sup>101</sup>). Diesem Principe schließen sich auch neuere Particularrechte an. Ein polnisches Gesetz vom J. 1764 verfügt, daß Aelteste, die sich ins Kloster begeben, gleich nach beendetem Noviziat auf das gesammte väterliche und mütterliche Vermögen zum Besten ihrer Erben verzichten müssen, und sich mit dem zehn-

94) In c. 6. in fine X. h. t. (3. 31.) erklärt Innocenz III.: Custodia castitatis adeo est annexa regulae monachali, ut contra eam nec summus Pontifex possit licentiam indulgere.

95) C. 8. Cau. XVI. qu. I. (Eugenius?)

96) Nov. V. cap. 5. verb. Auth. Ingressi C. de sacros. ecclesiis. (1. 2.) Auth. Nunc autem C. de episcopis et clericis. (1. 3.) Nov. LXXVI. CXXIII. cap. 38. 40. verb. Auth. Si quae mulier C. de sacros. eccl. (1. 2.) (c. 9. Cau. XIX. qu. III.) c. 56. C. de episcopis et cler. (1. 3.) c. 42. Cau. XVI. qu. VII. c. 5. Cau. XX. qu. III. (Concil. Cabilon. a. 813.)

97) Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 16. de regularibus. — Vgl. Späim-berger, über die Wirkungen der letzten Willenserklärungen der Ordensmitglieder vor Ablegung der feierlichen Gelübde, nach gemeinem und österreichischem Kirchenrechte, in Wagner's Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, Jahrg. 1835, Heft VII.

98) C. 56. C. de episcopis et clericis. (1. 3.)

99) Nach älterem Rechte konnte der Mönch noch gültig testiren und ab intestato beerbt werden, und erst in subsidium trat das Kloster ein (f. c. un- C. Theod. de bonis clericorum et monachorum [5. 3.]). Vgl. auch die Note 96 cit. Struken. — Ueber das spätere Recht f. m. c. 8. Cau. XIX. qu. III. (Gregor. I. a. 594.) c. 7. eod. (Idem a. 599.) c. 6. X. de statu monachorum. (3. 35.) (Innocentius III.)

100) C. 2. X. de statu monachorum. (3. 35.) (Alexander III. a. 1179.) Concil. Trid. Sess. XXV. cap. 2. de regularibus.

101) Sächsisches Landrecht Buch I, Art. 25, §. 3, 5. Goslarische Statuten Art. 5 (ed. Göltschen), S. 10, 130. Rechtsbuch nach Distinctionen Buch I, Art. XIX, §. 3 (ed. Ortloff). Nach Lübischem Rechte konnten Immobilien nicht dem Kloster zufallen (Codex Lubec. I. art. XXVI. II. art. XXXII. ed. Paulli); dieß wurde auch auf Reichslibrenten ausgebehnt (Codex Lubec. II. art. CXXII.) und bei Mobilien trat die anticipirte Succession ein (vgl. Paulli, das Erbrecht der Blutsfreunde und die Testamente nach Lübischem Rechte [Lübeck 1841. 8.], S. 5).

ten Theile der iure naturae ihnen gebührenden Erbportion begnügen sollen<sup>102</sup>). Dagegen bestimmt sonst die Reichsconstitution von 1768, daß den Verwandten der Klosterleute drei Theile, dem Kloster aber der vierte Theil des Nachlasses zugelegt werden solle<sup>103</sup>). Consequenter ist das preussische Recht, welches schon vor der Abfassung des allgemeinen Gesetzbuches die anticipirte Succession der Verwandten des Mönches anerkannte<sup>104</sup>) und später dieselbe bestätigt hat<sup>105</sup>). Eben so das österreichische und andere Gesetze. Ob aber der in Folge der Säkularisation oder sonst wieder in die Welt eintretende Mönch sein früheres Erbrecht auf die neue erhalte, ist bestritten. Das ältere teutsche Recht spricht es ihm ab<sup>106</sup>), eben so auch manche Schriftsteller<sup>107</sup>) und Gesetze<sup>108</sup>); doch fehlt es nicht an Vertheidigern der entgegengesetzten Ansicht<sup>109</sup>), welche auch durch das Particularrecht mehr begünstigt ist<sup>110</sup>).

Die Stiftung eines Mönchsordens war bis zum 13. Jahrhunderte nicht von genauen Vorschriften abhängig, doch pflegte die päpstliche Bestätigung eingeholt zu werden. Da aber seitdem die Lust am Mönchsleben sehr zunahm, und mannichfache Mißbräuche eintraten, faßte Innocenz III. auf dem Lateranconcil im J. 1215 den Schluß, daß neue Orden nur nach Analogie der bestehenden gegründet werden sollten<sup>111</sup>),

102) Bröker, Beiträge zum polnischen Rechte B. I, S. 84.

103) S. das Erkenntniß vom J. 1784 in Stengel's Beiträgen zum preuß. Rechte B. V, S. 95.

104) Edict v. 21. Juli 1753 §. 1, 2. Entscheidung der Gesetzkommision vom 15. und Hofrescript vom 24. October 1784 (Klein's Annalen B. I, S. 156, 157. Entscheidungen der Gesetzkommision B. I, S. 79).

105) Vgl. den Bericht Carmer's vom 18. Dec. 1790, Entscheidung des Königs vom 21. ej. (v. Kampff, Jahrbücher LXXI. S. 81, 82, CIII. S. 130, 131). Allgem. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 1199 flg.

106) S. z. B. schwäbisches Landrecht Art. XXVIII, §. 3. Goslarische Statuten Art. 65.

107) Anonymi diss., qua demonstratur a religioso professo ad Protestantem transeunte ius hereditarium non recuperari. a. 1774 (in Schmidt, thesaurus iuris eccl. Tom. VII. p. 222 sq.) (gegen Gerstlacher Note 109 cit.). Konenber, meditationes de desertore catholico ordinis religiosi etc. (l. c. Tom. VII. p. 478 sq.)

108) So nach polnischem Rechte. Vgl. das Erkenntniß bei Stengel, Beiträge B. VII, S. 333.

109) Gerstlacher, Beweis., daß einer, der nach beschworenen Klostergelübden sich zur evang. Religion bekennt, von einer ihm hernach bei den Katholiken zugefallenen Erbschaft durch das Kloster, dessen Mitglied er gewesen, nicht ausgeschlossen werden könne. Frankfurt und Leipzig 1754. Derselben: Rechtliche mit neuen Beweisen versehene Untersuchung u. s. w. und Bestätigung der rechtlichen Untersuchung. Karlsruhe 1771 und 1773 u. a.

110) S. z. B. sächsische Constitutionen P. III. c. XXVIII. (Codex Augusteus T. I. p. 113.) Bayer'sche Verordn. vom 17. Nov. 1803. Oesterreich. allg. bürgerl. Gesetzbuch Art. 573 (vgl. dazu Haimberger, Kirchenrechtliche Bemerkungen in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelahrtheit, Jahrgang 1838, Heft VII, S. 57—60). Preuß. allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 1176 flg.

111) C. ult. X. h. t. (S. 31.)

was auch späterhin mit der Bestimmung wieder eingeschränkt wurde, daß die päpstliche Confirmation eingeholt werden müsse<sup>112</sup>). Außerdem ist jetzt das Placet des Landesherren bei der Einführung in einem Lande erforderlich<sup>113</sup>). Dasselbe ist auch bei dem Baue eines neuen Klosters nothwendig, zu welchem es noch insbesondere des Consensus und der Consecration des Bischofs der Diocese bedarf<sup>114</sup>).

Die innere Verfassung der Congregationen und der dazu gehörigen Klöster ist theils nach allgemeinen Vorschriften, theils nach den besondern Regeln zu beurtheilen. Die hierarchische Ordnung beruht auf einer eigenen Gliederung. An der Spitze steht der Pabst, welcher die an die Curie gelangenden Angelegenheiten durch die für das Ordenswesen bestimmte Congregation (congr. super negotiis episcoporum et regularium) bearbeiten läßt, sonst aber die Bischöfe delegirt. Den letzteren gebührt vermöge ihres Bisthumsrechtes ohnedieß die unmittelbare Aufsicht. Die vielfachen Exemtionen, welche den Klöstern während des Mittelalters gewährt wurden, sind späterhin meistens aufgehoben, und, selbst wo diese noch bestehen, sind doch die zur Erhaltung der Ordnung nöthigen Befugnisse den Bischöfen zugestanden worden<sup>115</sup>). Jeder Orden hat als einen eigenen höchsten Oberen einen General (superior generalis, bei den Franciscanern minister, bei den Dominicanern magister ordinis), welcher bei den älteren aus den Benedictinern hervorgegangenen Congregationen das Haupt des Stammklosters ist, bei den Mendicanten und Regularclerikern aber seinen Sitz in Rom hat. Dem General zur Seite steht ein Capitel. Nach der charta caritatis der Cistercienser vom J. 1119 war nämlich bestimmt, daß die Macht des Abtes von Citeaur durch die vier bedeutendsten Aebte der Congregation und durch das generale capitulum beschränkt und alle Klöster jährlich visitirt werden sollten. Nach diesem Vorhabe verordnete Innocenz III. auf dem Lateranconcil im J. 1215 (can. 12.) auch für die übrigen Mönchsorden eine gleiche Einrichtung<sup>116</sup>), welche auch späterhin wiederholt eingeschränkt und beibehalten worden ist<sup>117</sup>). Die ganze Congregation zerfällt demnächst in Provinzen, unter der Leitung der Provinzialoberen und Provinzialcapitel. Jede Provinz umfaßt in dem bestimmten Kreise die einzelnen Klöster selbst, welche von Localoberen und dem Capitel verwaltet werden. Die

112) C. un. h. t. in Vito. (3. 17.) (Concil. Lugdunense a. 1274.)

113) So schon im 9. Jahrh. (f. g. B. Praeceptum Ludovici Pil a. 827. u. a.) Die gemischte Natur erkennt auch die bayer'sche Verfassungsurkunde an (II. konstitutionelles Ebtict §. 76 c.) u. a.

114) Nov. V. cap. 1. Nov. CXXXI. cap. 7. — c. 10. Can. XVIII. q. II. (Concil. Chalcedon. a. 451.)

115) S. die Ausführung über die Exemtion im Art. Bisthum Bd. II, S. 285 fg.

116) C. 7. X. de statu monachorum. (3. 35.)

117) C. 8. X. de statu mon. (3. 35.) (Honorius III.) Clem. 1. §. ult. cod. (3. 10.) (Clemens V. a. 1311.)



Klosteroberen hießen ursprünglich Äbte<sup>118</sup>) und Priors<sup>119</sup>), später verschieden bei den einzelnen Orden; bei den Dominicanern Pröpste (*praepositi*) und Priors (*priores conventuales*), bei den Franciscanern *custodes* (*Guardiane*), bei den Jesuiten Rectoren. Ähnlich wie in den Stiftern kommen auch Unterbeamte vor: Pröpste, Decane, Scholastici, Cellerarii u. a.<sup>120</sup>). Das Localcapitel wird regelmäßig von den einzelnen Mönchen selbst (*obedientarii*) gebildet, jedoch mit Ausschluß der *fratres laici*, und übt ähnliche Rechte, wie die Capitel in den Stiftern<sup>121</sup>), was auch particularrechtlich anerkannt ist. Die Wahl des Abtes erfolgte anfangs durch den Bischof<sup>122</sup>), später regelmäßig durch das Capitel<sup>123</sup>), insofern nicht nach besonderer Observanz auch nachher dem Bischofe<sup>124</sup>) oder anderen Personen<sup>125</sup>) dabei besondere Rechte zustehen. Der zu Wählende muß *pater clericus* sein und in der Regel den *ordo presbyteri* besitzen<sup>126</sup>), sonst kann er nur postulirt werden<sup>127</sup>). Die Rechte der Localoberen beziehen sich auf die Disciplin und Administration. Jene ist der Gewalt eines Hausvaters ähnlich<sup>128</sup>), jedoch theils durch die höhere Inspection der geistlichen Oberen, theils durch die Staatsgesetzgebung

118) Der Ausdruck wird auch für einzelne Glieder des Klosters selbst gebraucht, z. B. *abbas campanilis, scholarum* u. a. (f. Du Fresne s. h. v.) — Bei den Basilianern ist die allgemeine Bezeichnung *Archimandrit* (f. Nov. V. cap. 7. Nov. CXXIII. cap. 34.), während in der russisch-griechischen Kirche der Provinzial diesen Namen führt, der Abt aber *Hegumen* heißt (f. die Epitographen s. v. *ηγούμενος*).

119) Von Franciscus in der Regel Art. 6 ausdrücklich verboten.

120) S. die Commentatoren zum c. 1. X. de aetate et qualitate. (1. 14.) c. 30. X. de electione. (1. 6.)

121) S. besonders Tit. X. de his quae fiunt a praelato sine consensu capituli (8. 10.) (vgl. den Art. *Canonicus* Bb. II, S. 556 flg.).

122) Nov. V. cap. 9. pr.

123) Nov. CXXIII. cap. 34. *Regula Benedicti* cap. 64. Marculphi form. lib. I. c. 1. Capitular. lib. I. cap. 81. c. 1. X. de electione. (1. 6.) c. 8. X. de consuet. (1. 4.)

124) C. 2. X. de in integrum restit. (1. 41.) Gonzalez Tellez zum c. 1. X. de electione (1. 6.) nr. 9.

125) So der Stifter des Klosters und dessen Nachkommen. c. 4. Cau. XVIII. qu. II. (Cap. incertum.) Vgl. Gregor. Turon. hist. Franc. lib. X. cap. 12. — Regenten, wie namentlich die Könige von Polen, f. Zaluski, *epistolae familiares* T. II. p. 780 sq. Lengnich, *ius publicum regni Poloni* lib. II. cap. XI. §. 18—20.

126) C. 37. 38. X. de electione. (1. 6.) (Innocent. III. a. 1199.) c. 49. eod. (Gregorius IX.) c. 28. eod. in VIto. (1. 6.) (Bonifacius VIII.) — c. 1. X. de aetate. (1. 14.) (Concil. Pictav. a. 1078.) c. 10. eod. (Innocent. III.) Uebrigens wurden früher auch Laienabte angesetzt, denen ein *prior claustralis* beigelegt wurde.

127) C. 13. X. de electione. (1. 6.) (Coelestin. III.) c. 27. eod. (Innocentius III. a. 1203.) c. 37. eod. (Idem.)

128) C. 16. Cau. XVIII. qu. II. (Concil. Aurelian. I. a. 511.) c. 9. eod. (Pelagius?) c. 3. X. de appellat. (2. 28.) (Alexander III.) c. 26. eod. (Idem a. 1179.) c. 10. X. de maiortate et obed. (1. 33.) c. 6. X. de statu monachorum. (3. 35.) (Innocent. III.)

beschränkt<sup>129)</sup>. Bei der Vermögensverwaltung sind sie in den wichtigsten Fällen an die Mitwirkung des Capitels gebunden<sup>130)</sup>. Außer besondern im Kloster befindlichen Verwaltern war die Administration der dem Institute gehörigen Höfe (*grangiae*) gewöhnlich Laienbrüdern übertragen<sup>131)</sup>. Größere Rechte besitzen diejenigen Aebte, welche zugleich eine Prälatur haben oder infulirt sind (*abbates mitrati*)<sup>132)</sup>.

## 2) Von den Nonnen<sup>132a)</sup>.

Nach dem Beispiele der Mönche bildeten sich auch Vereinigungen ascetischer Frauen, Nonnen (*nonna i. e. casta, sancta, ascetria, monastria, castimonialis, sanctimonialis*)<sup>133)</sup>, daher Nonnenklöster, Frauenmünster (*monasteria monialium*). Pachomius gründete bereits ein *coenobium* für dieselben, und die Beförderer dieser Lebensweise wußten daher Frauen dafür zu gewinnen. Alle älteren Mönchsorden wurden daher auch für Nonnen eingerichtet. So entstanden auch Regular- und Säkularcanonissen<sup>134)</sup>. Franciscus von Assisi organisirte im J. 1224 den Orden der Clarissinnen (S. Clarae)<sup>135)</sup>. Schon früh entstanden auch gemeinsame Klöster für Mönche und Nonnen (*monasteria duplicia*), gegen welche sowohl die kirchliche als weltliche Gesetzgebung wiederholt<sup>136)</sup>, jedoch vergebliche Verbote erließ<sup>137)</sup>. Mannichfache Mißbräuche führten das Aufhören einzelner solcher Institute herbei<sup>138)</sup>, doch

129) Insbesondere ist öfter die Verlegung in auswärtige Klöster derselben Congregation unterzagt (Müller, Verikon des Kirchenrechtes B. IV, S. 176). S. auch allg. preuß. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 1068 u. a.

130) Vgl. c. 21. X. de rescriptis. (1. 3.) (Innocent. III. a. 1209.) c. 6. X. de confirmatione utili. (2. 30.) (Idem a. 1206.)

131) S. c. 13. Cau. XVIII. qu. II. (Concil. Epaon. a. 517.) c. 27. X. de censibus. (3. 39.) (Gregorius IX.)

132) S. den Art. Bisthum Bb. II, S. 235, 236.

132a) S. die oben im Eingange nachgewiesene Literatur. Vgl. Thomas-sin daselbst cit. cap. XLII sq.

133) Vgl. Bingham, origines lib. VII. cap. IV. Gieseler, Kirchengeschichte B. I, §. 93, Note kk.

134) S. den Art. Canonicus B. II, S. 564.

135) Die Regel bei Holstenius l. c. Tom. III. fol. 34 sq.

136) C. 44. C. de episcopis et cleric. (1. 3.) Nov. CXXIII. cap. 36. c. 22. Cau. XVIII. qu. II. (aus Juliani epitome Nov. CXV. cap. 57.) c. 21. eod. (Conc. Nicaen. II. a. 787.) c. 8. X. de conversione coningatorum. (3. 32.) (Alexander III. a. 1180.)

137) Vgl. J. H. Böhmer ad c. 22. Cau. XVIII. qu. II. ad c. 8. X. cit. (3. 32.) Urkunde über das Kloster Elsay in der Grafschaft Hohen-Steinburg v. 1223 (bei v. Steinen, westphälische Geschichte St. XXI, S. 1423, 1424). Vom Kloster Thebingen in Friesland wird berichtet, es hätten sich im J. 1397 darin befunden: soeven styge Juffern unde soeven styge Lekebroeder (140 Nonnen und 140 Mönche). Vgl. Warba, ostfriesische Geschichte B. I, S. 364. Diepenbrock, das Amt Meppen (Münster 1838. 8.), S. 219.

138) So im Augustinerkloster Hammerleben im J. 1238 auf Befehl des Bischofs Eudolph von Halberstadt (vgl. Runge, Gesch. des Klosters Hammerleben [Dachslinburg und Leipzig 1835. 8.], S. 11), in Elsay (vgl. vorige Note) seit dem Anfange des 14. Jahrh. (s. Müller, in Aschenberg's niederheinischen Blättern B. II [Dortmund 1802. 8.], S. 543).

wurde selbst noch der von der heil. Birgitta um 1363 gestiftete ordo S. Birgittae oder S. Salvatoris als ein gemeinsamer für Männer und Frauen vom Pabste Urban V. im J. 1370 bestätigt<sup>139)</sup>, nur freilich so, daß sie in gesonderten Curien wohnen sollten<sup>140)</sup>. Ausdrücklich hatten aber die Jesuiten die Begründung einer Abtheilung für Frauen ihres Ordens verboten; dennoch stiftete Elisabeth Rosella Jesuitinnen<sup>141)</sup>, welche jedoch auf besonderes Verlangen der Jesuiten im J. 1630 aufgehoben wurden<sup>142)</sup>. Unter anderen verwandten Namen sind später ähnliche Orden gebildet worden, wie die Frauen des heil. Herzens Jesus (dames du saint coeur de Jesus), Redemptoristinnen u. a. Zum Unterrichte und der Erziehung junger Mädchen stiftete um 1527 Angela von Brescia die Ursulinerinnen. Für die Rettung gefallener Mädchen, Aufnahme verwaister und hilfloser Jungfrauen entstand die Genossenschaft der Schwestern zum guten Hirten, für Krankenpflege die barmherzigen Schwestern u. a. m.<sup>143)</sup>. Nachdem in Folge der Säkularisation die meisten dieser Klöster eingegangen waren, sind in der neueren Zeit viele wieder hergestellt worden. Unterm August 1843 hat der Pabst auch die kirchliche Wiederherstellung des Claraordens für Deutschland decretirt.

Die Rechtsverhältnisse der Nonnen werden im allgemeinen wie die der Mönche beurtheilt<sup>144)</sup>. Die Voraussetzungen zum Eintritte ins Kloster sind im ganzen dieselben; das Alter ist aber oft auf das 21. Jahr festgesetzt<sup>145)</sup>, und insbesondre den Bischöfen aufgetragen, darauf zu sehen, daß mit freier Willensbestimmung die Wahl der *vita regularis* erfolge<sup>146)</sup>. Bei der Profestleistung werden sie feierlich eingekleidet und empfangen einen Schleier (*velum consecrationis, continentiae*

139) Vgl. Gieseler a. a. D. B. II, Abth. III, §. 112 a. G.

140) S. die von Urban VI. im J. 1379 bestätigte Regel bei Holsteinus l. c. Tom. III. fol. 100 sq.

141) M. Joh. Colerus, sched. histor. de Jesuitissis aive Jesuitter-Nonnen. Lipsiae 1719. 4.

142) Bulle Urban's VIII.: *Pastoralis Romani Pontificis*, bei Colerus cit., Bullarium Magnum T. V. fol. 215. Vgl. noch Hoorabeck, examen Bullae etc. Ultrajecti 1653. 4., und über die Verhandlungen Legatio apostolica Petri Aloysii Carafae. (Wirceburgi 1840.) p. 56 sq. 187 sq.

143) S. Müller, Verikon des Kirchenrechtes I. 120 fig., IV. 120 fig. Vgl. besonders: Die barmherzigen Schwestern. Coblenz 1831. 8. Bartholomäus, die barmherzigen Schwestern in München. Augsburg 1838. u. a. m.

144) Vgl. Nov. V. cap. 5. 9. §. 1. u. a. Cap. 43. de electione in Vito. (1. 6.) (Bonifacius VIII.)

145) Preuß. allg. Landrecht Th. II, Tit. XI, §. 1162. Bayer'sches Edict v. 10. October 1832 u. a.

146) Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 17. de regularibus: *Ut si puella, quae habitum regularem suscipere voluerit, maior duodecim annis sit, non ante eum suscipiat, nec postea ipsa vel alia professionem emittat, quam exploraverit episcopus.. virginis voluntatem diligenter, an coacta, an seducta sit, an sciat quid agat, et si voluntas eius pia ac libera cognita fuerit.. libere ei profiteri liceat.* Vgl. c. 1. X. de his quae vi. (1. 40.) (Alexander III.)

et observantiae), einen Ring u. s. w.<sup>147)</sup>. Zwar können sie nicht ordinirt werden, doch zerfallen sie, ähnlich wie die Mönche, in Chorfrauen (choristae, ad chorum professae) und Schwestern (sorores laicae, conversae), indem jene zum Chordienste verpflichtet sind, diese sich nur den sonstigen religiösen Uebungen widmen<sup>148)</sup>. Die Verpflichtung zur Eclsusur ist strenger, als bei den Mönchen<sup>149)</sup>, und die Verletzung des votum castitatis als eins der größten Verbrechen (sacrilegium luxuriosum) bedroht<sup>150)</sup>. Die Gelübde der verschiedenen Orden haben einen abweichenden Charakter. Die eigentlichen Nonnen legen ein ewiges Gelübde ab, dessen Bedeutung ganz wie bei den Mönchen zu beurtheilen ist. Neuere Geseze haben eine professio perpetua útrigens beschránkt; wie namentlich das bayer'sche Recht bestimmt, daß Candidatinnen für Nonnenklöster bis zum 33. Jahre alle drei Jahre die Ordensgelübde und dann erst das sogen. ewige Gelübde leisten sollen<sup>151)</sup>. Die Gelübde der englischen Fräulein, barmherzigen Schwestern und ähnlicher Verbindungen sind dagegen nur einfache und zeitliche und von der Art, daß jeder Zeit der Rücktritt aus dem Institute statthaft erscheint<sup>152)</sup>.

Die Verfassung der weiblichen Regularen ist der der männlichen nachgebildet. Der Bischof der Diöcese hat die obere Inspection; in den einzelnen Klöstern finden sich aber Aebtissinnen, Priorissen, Diaconissen und verschiedene Beamte, als Unterpriorin, Sacristanin, Cantorin, Opferjungfrau (collatrix offertorii), Kleiderjungfrau (vestiaria), Schaffnerin (cellaria), Pförtnerin (custos) u. a. Die Vorsteherin, welche wenigstens 30 Jahre alt und längere Zeit im Kloster gelebt hat, wird ordentlicher Weise durch die Wahl des Conventes der Nonnen erkoren<sup>153)</sup> und vom Bischofe, jezt auch von der Staatsbehörde, bestätigt. Sie üben

147) S. Ceremoniale Romanum. Bgl. auch Nov. VI. cap. 6.

148) Bgl. die bei J. H. Böhrner, ins eccl. Prot. lib. III. tit. XXXI. §. 91. citirte Literatur.

149) S. Pippini Capitulare Vernense a. 755. cap. 6. (Pertz, Monum. Germaniae T. III. fol. 25.) Capit. Generale a. 789. cap. 3. (cod. fol. 68.) Capit. Aquisgran. a. 802. cap. 18. (cod. fol. 93.) u. a. m. e. 2. §. 1. de iudiciis in Vito. (2. 1.) (Bonifacius VIII.) c. un. de statu regularium in Vito. (3. 16.) (Idem.) Conc. Trident. Sess. XXV. cap. 5. de regularibus, und mehrere spätere päpstliche Erlasse.

150) S. den Art. geistliche Gerichtsbarkeit Bd. IV, S. 617, 618. Ueber die Strafe des immurare daselbst S. 601. Bgl. auch Nov. VI. cap. 6. in fine. Nov. CXXIII. cap. 43. Um dem Verbrechen vorzubeugen, ist der Eintritt ins Kloster im allgemeinen jedem Dritten untersagt, der nicht von Amtswegen dazu veranlaßt wird. Nov. CXXXIII. cap. 3 sq. c. 8. X. de vita et honestate clericorum. (3. 1.) (Alexander III. a. 1179.) Bayer'sches Ministerialrecept. v. 6. Mai 1833 (Wüller, Lexikon des Kirchenrechtes B. IV, S. 122, 123).

151) Königl. Cabinetsordre v. 14. Januar 1830 u. a.

152) Bgl. über den Unterschied des votum solenne und simplex den Art. Gelübde Bd. IV, S. 478, und eine Anwendung auf die hier genannten Orden in einem Erlasse der Penitentiaria Romana von 1836 bei Rheinwald, acta historico-eccl. 1836 S. 18, 19.

153) Nov. CXXIII. cap. 34. c. 43. de electione in Vito. (1. 6.)

ähnliche Rechte, wie die Häupter der Mönchsklöster, theils selbstständig, theils mit dem Capitel, sind jedoch hinsichtlich der Jurisdiction beschränkt<sup>154</sup>). Da ihnen Seelsorge fehlt, haben sie eigene Beichtiger, welche vom Bischof approbirt werden und bei denen sie in jedem Monate beichten sollen<sup>155</sup>). Für ihre prozessualischen Angelegenheiten haben sie Procuratoren (Klosterpropst, praepositus sanctimonialium, Klostervoigt, responsorii)<sup>156</sup>).

### B. Evangelische Kirche<sup>157</sup>).

Durch die Reformation wurden viele Klöster, welche in den Besitz der Evangelischen gelangten, aufgehoben und deren Güter zu kirchlichen, milden und Schulzwecken verwendet<sup>158</sup>). Indessen wurden doch auch einzelne, welche sich der evangelischen Lehre anschlossen, erhalten, nach den von den Reformatoren über die Bedeutung der Gelübde<sup>159</sup>) aufgestellten Grundsätzen jedoch modificirt. Sie verloren daher meistens ihren früheren kirchlichen Charakter und wurden Sinecuren und Versorgungsanstalten, in gleicher Weise wie die Stifter der canonici und canonissae<sup>160</sup>). Zum Theil erhielt sich aber der Cultus, ähnlich dem bisherigen Gebrauche, in einem förmlichen Chordienste<sup>161</sup>). Oft wurde damit eine Schulanstalt oder ein Hospital verbunden, wie im Magdeburgischen, wo die Polizeiordnung festsetzt<sup>162</sup>): Und weil bei den Foundationen der Klöster sonderlich das Absehen dahin gerichtet, daß in denselben geschickte Subjecta erzogen werden, welche der Kirchen, Schulen, Policen, so wol auch dem Haus-Stand nützlich sein mögen; also sollen jedesmahl in die Klöster ehrliche, gottesfürchtige und dem Studiren wohlgergebene junge Leute, zuvorderst aber die Land-Kinder aufgenommen, und die Conventus also ersetzt werden, daß sie in der That und Wahrheit collegia pia eruditum seyn. In den so aufrecht erhaltenen Klöstern bestand auch ein förmliches Zusammenleben, regelmäßig aber nur in Frauen-, nicht in Mannsklöstern, obgleich auch Beispiele von solchen vorhanden sind, wie

154) C. 12. X. de maiortate et obed. (1. 33.) (Honorius III. a. 1222.)

155) Nov. CXXIII. cap. 36. Nov. CXXXIII. cap. 5. — Conc. Trident. Sess. XXV. cap. 10. de regularibus.

156) S. die Note 149 cit. Stellen. Dazu Nov. CXXIII. cap. 25—27. 36. 42. Nov. CXXXIV. cap. 9. Nov. CXXXVII. cap. 5.: eunuchos, si possibile est, aut senes, aut castitatis testimonium habentes.

157) Vgl. J. H. Böhm er in den betreffenden Titeln des ius eccl. Protest., bef. lib. III. tit. XXXI sq. Wiese, Handbuch des Kirchenrechtes B. III, Abth. I, §. 402. Eichhorn, Kirchenrecht B. II, S. 599 fig.

158) Beispiele in mehreren Ländern s. m. bei Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte B. IV, §. 558.

159) S. den Art. Bb. IV, S. 483.

160) S. den Art. Bb. II, S. 562 fig.

161) So wurde z. B. in dem 1558 reformirten Kloster Müllenbeck bis 1622 ganz der katholische Ritus beibehalten und es erfolgte nur eine Abschaffung der Seelenmessen (s. Piberit, das freiadlige Frauenstift des heil. Dionysius und nachheriges Augustiner-Mönchskloster zu Müllenbeck in der Grafschaft Schaumburg. Hintein 1836. 8.).

162) J. H. Böhm er, ius eccl. Prot. lib. III. tit. XXXI. §. 79. 81.

in Loccum im Hannoverschen, wo die Mitglieder, mit Ausnahme des Abtes, im Kloster wohnen, unverheuratet sein müssen und theologische Beschäftigungen haben<sup>163</sup>). Der Reception ins Kloster ging statutenmäßig auch ein Probejahr vorher, wie im Magdeburgischen, wo die Polizeiordnung bestimmte<sup>164</sup>): Ein jeder, der in ein Evangelisch-Lutherisch Kloster dem Herkommen nach recipirt wird, hat das hergebrachte annuum probationis zu halten, und in selbigem Jahre über die Kost und das Lager, Licht, Holz und Wäsche nichts zu fordern, auch zu gewarten, ob er mit Ablauf des Probation-Jahrs nach Beschaffenheit seiner Sitten und Verhaltens in den Convent aufgenommen, oder aus dem Kloster als eine unanständige Person hinwider dimittirt werde. Eine feierliche Professeleistung fand nicht statt, doch war eine Verpflichtung auf die Statuten hergebracht. Das Gelübde der Armuth war nicht üblich, daher auch die Vermögensdisposition unbeschränkt<sup>165</sup>). Der Eölibat ist nicht immer Voraussetzung, insbesondere den Vorstehern des Institutes gewöhnlich die Ehe gestattet<sup>166</sup>), und die Clausur ist fortgefallen.

Die Verfassung ist nicht so vollständig geordnet, wie in der katholischen Kirche, doch nach deren Muster eingerichtet. An der Spitze steht ein Abt, Propst, in Frauenklöstern eine Aebtrissin, Priorin; dann finden sich auch für die einzelnen Verwaltungszweige besondere Beamte. Die Administration unterliegt der Aufsicht bald des Consistoriums, bald der Regierung, denen auch die weltliche Verwaltung meistens ganz überlassen ist<sup>167</sup>).

Einzelne solcher Institute haben sich bis jetzt, auch nach der Säkularisation von 1803, erhalten<sup>168</sup>) und werden theils nach den alten Statuten und dem Particularrechte<sup>169</sup>), in subsidium nach den modificirt zur Anwendung kommenden canonischen Satzungen beurtheilt. Allgemeiner sind in der neuesten Zeit auch barmherzige Schwestern eingeführt, deren Verhältnis dem der katholischen Kirche ähnlich ist<sup>170</sup>).

H. B. Jacobson.

**Körpergesundheitsverletzung<sup>1</sup>**). Nach den gemeinrechtlichen Gesetzen kann ein besonderes Verbrechen der Körperverletzung, oder wie es von Anderen genannt wird, der Gesundheitsverletzung nicht angenom-

163) Eichhorn a. a. O. II. S. 600, Anm. 2.

164) J. H. Böhrner l. c. §. 54 sq.

165) J. H. Böhrner l. c. lib. III. tit. XXV. §. 23. tit. XXXV. §. 70.

166) J. H. Böhrner l. c. lib. III. tit. III. §. 23 sq.

167) Bisweilen blieb den evangelischen Stiftern selbst die Jurisdiction. So bei den Eödnobialgerichten in Schleswig-Holstein. S. Falk, die Gerichtsverfassung der Herzogthümer Schleswig und Holstein S. 201, 202.

168) Reichsdeputationsreces §. 35 (vgl. v. Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle B. III, Nr. 12, S. 129 sq.).

169) Vgl. z. B. allg. preuß. Landrecht Ab. II, Tit. XI, §. 1218 sq.

170) S. über die Diaconissen Bd. III, S. 354. Vgl. dazu den Aufsatz: die barmherzigen Schwestern der evangelischen Kirche, in der deutschen Vierteljahrsschrift 1842 Nr. XIX, S. 312 sq.

1) Vgl. im allgemeinen Bächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts §. 174, und Schmid, diss. de crimino laesae sanitatis. Jenae 1835.

men werden<sup>2)</sup>. Denn weder im römischen Rechte, noch in der Carolina ist von einem solchen Verbrechen die Rede, indem in diesen Quellen nur einzelne Fälle der Gesundheitsbeschädigung als besondere Verbrechen hervorgehoben sind. Diese Fälle sind folgende: 1) Unfruchtbarmachung oder Castration, deren sich derjenige schuldig macht, der eine Person männlichen oder weiblichen Geschlechtes unfruchtbar macht oder der Fähigkeit zur Kindererzeugung beraubt<sup>3)</sup>. Die Gesetze drohen der absichtlichen Begehung dieses Verbrechens die Schwertstrafe, indem sie von der, freilich wunderlichen, Ansicht ausgehen, daß eine Tödtung künftig zu erzeugender Menschen damit verübt werde. Daß diese Strafe in Deutschland durch Gerichtsgebrauch aufgehoben sei, wird sich schwerlich nachweisen lassen, da sich bei der Seltenheit, in welcher dieses Verbrechen bei uns vorkommt, kaum ein Gerichtsgebrauch darüber gebildet haben dürfte<sup>4)</sup>. Auch würde sich die Abweichung von der gesetzlichen Strafe nicht damit rechtfertigen lassen, daß der Grund unrichtig sei, aus welchem die Gesetze dieselbe vorgeschrieben haben. Wenn man indessen erwägt, theils, daß der Thatbestand des Verbrechens nach dem Gesichtspunkte, von welchem es die Gesetze auffassen, insofern nicht mit voller Gewißheit hergestellt werden kann, als sich nicht nachweisen lassen wird, daß derjenige, gegen welchen es begangen wird, außerdem Kinder erzeugt haben würde<sup>5)</sup>, theils, daß die Strafe des Todtschlages, welche die Carolina der Unfruchtbarmachung androht, gegen den Todtschläger nicht mehr in Anwendung gebracht wird, so muß man zu dem Resultate kommen, daß die Todesstrafe nur noch in dem Falle erkannt werden kann, wenn das Verbrechen die Tödtung des Castrirten wirklich zur Folge gehabt hat<sup>6)</sup>. Die Strafbarkeit wird übrigens nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze durch die etwaige Einwilligung des Verletzten nicht aufgehoben<sup>7)</sup>, der sogar mit der näm-

2) Der Ausdruck Gesundheitsverletzung scheint zweckmäßiger, als der Ausdruck Körperverletzung, weil er auch die Verbrechen gegen die Geisteskräfte in sich begreift. Indessen können solche Handlungen doch nur insofern als Gesundheitsverbrechen in Betracht kommen, als sie durch Vermittelung einer Körperverletzung begangen werden. Vgl. Hegg, Lehrbuch des Strafrechtes §. 256.

3) L. 3. §. 4. L. 4. §. 2. L. 5. D. ad leg. Cornel. de sicar. (48. 8.) cap. 5. X. de homicid. (5. 12.) P. G. D. Art. 133.

4) Bei den Römern wurde das Verbrechen vorzüglich an Sklaven begangen, weil Verschnittene ein guter Handelsartikel waren. L. 1 u. 2. C. de eunuchis. (4. 42.) Nov. 142. cap. 2. Daß durch unbezweifelten Gerichtsgebrauch die Anwendung der Todesstrafe ausgeschlossen sei, behaupten Kross, comment. succincta in C. C. ad art. 133. und Boehmer, observ. sel. ad Carpzovii pract. qu. 11. observ. 9. Vgl. aber dagegen Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 253. Feuerbach, Lehrbuch §. 398. Pfeffter, Lehrbuch §. 279, Note 4.

5) Vgl. Henke, Lehrbuch der gerichtlichen Medicin §. 139. S. auch Boehmer ad Carpzov. qu. 11. obs. 9.

6) Rittermaier, in der Note zu Feuerbach §. 398.

7) Die Worte: so sie es an ir selbst thette, in Art. 133, beziehen sich zwar nur auf die Kinderabtreibung, von welchem in dem Artikel hauptsächlich die Rede ist; s. aber L. 4. §. 2. D. ad leg. Cornel. de sicar. Nach römischem Rechte sollte sogar die bloße Beschneidung, die an Nichtjuden geschieht,

lichen Strafe, als der Hauptverbrecher bestraft werden soll. 2) Verstümmelung, welche zu dem Zwecke vorgenommen wird, um einen zum Kriegsdienste Verpflichteten demselben zu entziehen. Diese Handlung wird nicht als eine gegen den Einzelnen begangene Verletzung, sondern als Verbrechen gegen die Militärsouveränität des Staates aufgefaßt und ist mit Deportation bedroht. Der Verstümmelte, der darin gewilligt, soll zum härteren Kriegsdienste abgegeben werden<sup>8)</sup>. 3) Beschädigung durch ein gefährliches Thier, wenn dem Herrn des Thieres oder demjenigen, dem die Bewachung obliegt, eine Verschuldung dabei zur Last fällt. Die Carolina, in welcher dieser Fall von Körperverletzung besonders hervorgehoben ist, droht ganz unbestimmte Strafe<sup>9)</sup>. Bei Bestimmung derselben muß Rücksicht genommen werden theils auf die objectiv GröÙe der Beschädigung, theils auf die Verschiedenheit der subjectiven Verschuldung, je nachdem die Beschädigung zum Vorsatze oder zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann. Bei vorsätzlichen Beschädigungen kann, wenn dieselben bedeutend sind, bis zu mehrjähriger Zuchthausstrafe erkannt werden. Bei bloßer Fahrlässigkeit muß die Strafe verhältnißmäßig herabgesetzt und vorzüglich darauf Rücksicht genommen werden, ob der Herr des Thieres schon auf die Gefahr aufmerksam gemacht worden war<sup>10)</sup>. 4) Von vielen Criminalisten wird auch die Vergiftung für einen von den Gesetzen besonders hervorgehobenen Fall der Gesundheitsbeschädigung ausgegeben<sup>11)</sup>. Man beruft sich dafür auf die Carolina<sup>12)</sup>, in welcher mit qualificirter Todesstrafe bedroht ist, wer einen Andern durch Gift an Leib oder Leben beschädigt. Allein es ist dabei nur an solche Vergiftungen gedacht, die in der Absicht zu tödten begangen werden<sup>13)</sup>, so daß Vergiftungen, die nicht den Tod, sondern nur eine Gesundheitsbeschädigung herbeiführen, nur unter der Voraussetzung, daß sie als Versuch der Tödtung aufgefaßt werden können, unter diese Strafbestimmung fallen<sup>14)</sup>. Darnach ist in der Carolina von dolosen Gesundheitsbeschädigungen durch Gift, die ohnedies den selteneren Fall bilden, gar nicht die

wie Castration bestraft werden. L. 11. pr. D. eod. Daß diese Bestimmung noch heutiges Tages anwendbar sein könne, wird Niemand behaupten.

8) L. 4. §. 11 u. 12. D. de re militari. (49. 16.)

9) Art. 136.

10) Vgl. Grolman a. a. D. §. 248, und Martin, Lehrbuch des Criminalrechtes §. 130.

11) Grolman a. a. D. §. 250. Feuerbach a. a. D. §. 247. Martin a. a. D. §. 151.

12) Art. 130.

13) Es spricht dafür theils die Rubrik: etlich böse Tödtung, hinter welcher der Art. 130 unmittelbar folgt, theils der am Schlusse des Artikels stehende Satz: nach Ermessung der Person und Tödtung. Vgl. Wächter a. a. D. §. 175, Note 79.

14) Der Art. 130 enthält insofern eine Singularität, als nach ihm zwischen Vollendung des Verbrechens und solchem Versuche, der eine Gesundheitsbeschädigung zur Folge gehabt hat, kein Unterschied der Bestrafung stattfinden soll. Daß aber die Praxis auch hier regelmäßig zwischen Vollendung und Versuch unterscheidet, s. bei Wächter a. a. D. §. 169, Note 47b.



Rede<sup>15)</sup>. Dagegen ist im römischen Rechte ein Fall von Vergiftung, die nicht in der Absicht zu tödten geschieht, besonders hervorgehoben, das Eingeben von Liebestränken nämlich, um die Geschlechtslust zu reizen<sup>16)</sup>. Da eine solche Reizung der Gesundheit immer nachtheilig ist, so kann sie als ein Verbrechen gegen die Gesundheit aufgefaßt werden. Das römische Recht droht für diese Handlung zeitige Relegation und theilweise Einziehung des Vermögens, gegen humiliores personae Verurtheilung in die Bergwerke und ohne Unterschied die Todesstrafe, wenn der Vergebene daran gestorben war<sup>17)</sup>.

Abgesehen von diesen einzelnen Fällen werden Angriffe auf die Persönlichkeit eines Anderen, die eine Beschädigung seiner körperlichen oder geistigen Gesundheit<sup>18)</sup> verursachen, im römischen Rechte unter den Gesichtspunkt der Injurie gezogen<sup>19)</sup>, so weit sie nicht wegen ihrer Form oder der ihnen zu Grunde liegenden Absicht in ein anderes besonderes Verbrechen übergehen<sup>20)</sup>. Die Folge dieser Auffassung ist, daß Körperverletzungen nach römischem Rechte nur bestraft werden können, wenn sie absichtlich zugefügt sind, da von Injurien ohne animus iniuriandi nicht die Rede sein kann<sup>21)</sup>. Der Beleidigte hat dabei die Wahl, ob er auf Criminalstrafe oder Privatstrafe klagen will<sup>22)</sup>. Daneben kann er auch wegen des etwa erlittenen Vermögensschadens auf privatrechtliche Ent-

15) Martin, a. a. D. §. 135, führt unter den von der Carolina besonders hervorgehobenen Verbrechen wider die Gesundheit auch noch die Abtreibung der Leibesfrucht auf, wovon Art. 133 die Rede ist. Richtiger wird aber die Abtreibung unter die Verbrechen wider das Leben gestellt. Vgl. darüber Bächter a. a. D. §. 173, Note 65.

16) L. 38. §. 5. D. de poenis. (48. 19.)

17) Das Eingeben von Conceptionsmitteln wurde mit Relegation bestraft, aber nur wenn es einen tödtlichen Erfolg gehabt hatte. L. 3. §. 2. D. ad leg. Corn. de sic. (48. 8.)

18) Ueber Verletzung der geistigen Gesundheit s. besonders L. 15. D. de iniuriis (47. 10.) und A begg, Untersuchungen aus dem Gebiete des Strafrechtes Abhandlung 3.

19) §. 9. J. de iniuriis. (4. 4.) L. 5. pr. §. 1. L. 7. §. 2. 8. L. 2. 15. pr. D. de iniur. (47. 10.)

20) 3. B. in Gewaltthätigkeit, wenn die Körperverletzung convocatis hominibus geschehen war, L. 10. §. 1. D. ad leg. Jul. de vi publ. (48. 6.) L. 2. D. ad leg. Jul. de vi priv. (48. 7.), oder in Tödtung, wenn sie in der Absicht zu tödten zugefügt war, L. 1. §. 3. D. ad leg. Cornel. de sicar. (48. 8.)

21) L. 3. §. 2—4. L. 4. D. eod.

22) §. 10. J. de iniur. Die Klage auf Privatstrafe ist theils die prätorische actio aestimatoria, §. 7. J. eod., theils die actio ex lege Cornelia, unter welches Gesetz namentlich die Injurien, quae manu fiunt, fielen. L. 5. pr. L. 37. §. 1. D. eod. Der Unterschied beider Klagen besteht theils darin, daß die actio ex lege Cornelia nur von dem unmittelbar Beleidigten angestellt werden kann, während die prätorische Klage auch demjenigen zusteht, der durch die Beleidigung eines Anderen mittelbar beleidigt wird, L. 5. §. 6. D. eod., theils darin, daß die actio ex l. C. erst in 30 Jahren, die prätorische Klage dagegen schon in einem Jahre verjährt. L. 3. C. de praescript. 30 ann. (7. 39.) pr. J. de perp. et tem. act. (4. 12.) Vgl. Bächter a. a. D. §. 126, Note 11 b und §. 156, Note 93.

schädigung Klagen<sup>23</sup>). Die ästimatorische Klage kann in keinem Falle mit dem Antrage auf Criminalstrafe cumulirt werden<sup>24</sup>). Die Größe sowohl der Privatstrafe als der öffentlichen Strafe zu bestimmen ist dem richterlichen Ermessen überlassen. Es muß dabei theils auf die Größe der Verletzung, theils auf die persönlichen Verhältnisse der Verthelligten Rücksicht genommen werden, so wie auch auf die sonstigen Umstände, unter welchen die Handlung verübt wurde<sup>25</sup>). Als Criminalstrafe führen die Gesetze körperliche Züchtigung, zeitiges Exil und Entziehung der Erwerbsfreiheit an<sup>26</sup>). Bei Bestimmung der Geldstrafe muß hauptsächlich auf die Größe der Criminalstrafe gesehen werden, die zu erkennen gewesen sein würde, wenn der Verletzte darauf geklagt hätte<sup>27</sup>). Bei Zahlungsunfähigkeit muß ohnedieß eine angemessene Afflictivstrafe an die Stelle treten<sup>28</sup>).

Da in den einheimischen Rechtsquellen von Körperverletzungen im allgemeinen nicht die Rede ist, so muß im wesentlichen das römische Recht noch als heutige gemeinrechtliche Entscheidungsquelle dafür angesehen werden. Unverkennbar ist es der Natur der Sache nicht ganz angemessen, die Körperverletzungen als Injurien aufzufassen. Denn bei vielen Körperverletzungen ist es in der That gar nicht auf eine Verletzung der Ehre abgesehen und jedes Falles muß bei allen bedeutenderen Verletzungen der Gesichtspunkt der gestörten Gesundheit den der verletzten Ehre überwiegen. Daher haben Theoretiker und Practiker mit ziemlicher Uebereinstimmung die Auffassungsweise des römischen Rechtes aufgeben und ein besonderes Verbrechen der Gesundheitsverletzung oder der Körperverletzung aufstellen zu müssen geglaubt<sup>29</sup>). Dßgleich aus Gründen des Systems nichts dagegen eingewendet werden kann, so wird doch dadurch nicht aufgehoben, daß dieses Verbrechen der Körperverletzung im wesentlichen nach den Grundsätzen des römischen Rechtes über Injurien beurtheilt werden muß. Denn es bleibt immer wahr, daß diese Grundsätze von den Gesetzen für die Handlungen aufgestellt sind, die von den Neueren unter dem Verbrechen der Körperverletzung begriffen werden. Daraus ergibt sich, daß für die Körperverletzungen folgende Regeln als gemeinrechtlich anerkannt werden müssen.

- 1) Daß Körperverletzungen der Regel nach nicht von Amtswegen,

23) Mit der actio utilis ex lege Aquilia, namentlich wegen der Kurkosten und des versäumten Verdienstes. L. 18. pr. L. 5. §. 3. L. 6. 7. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

24) L. 6. D. de iniuriis. Daß eine Cumulation der römischen Privatstrafe mit Criminalstrafe nicht zulässig sei, wird jetzt allgemein anerkannt, während ältere Practiker mitunter das Gegentheil behaupteten. Vgl. Wächter a. a. D. §. 157, Note 99.

25) L. 7. §. 8. L. 8. L. 9. §. 1. D. eod.

26) L. 45. D. eod. Vgl. Martin a. a. D. §. 170.

27) Vgl. Grolman a. a. D. §. 225.

28) L. 35. D. eod.

29) Grolman a. a. D. §. 247. Feuerbach a. a. D. §. 244. Martin a. a. D. §. 128. Wächter a. a. D. §. 174. Pfeiffer a. a. D. §. 280. Abegg a. a. D. §. 256. Mareßoll a. a. D. §. 106.

sondern nur auf Antrag des Verletzten zur Bestrafung gezogen werden dürfen. Denn die Injurie gehört zu den Privatdelicten, wegen welcher der Regel nach nur, von dem, der unmittelbar oder mittelbar dadurch verletzt worden, Klage angestellt werden kann. Von Amtswegen strafbar ist die Körperverletzung nur in den Fällen, in welchen überhaupt die Injurie ohne Antrag des Verletzten bestraft wird<sup>30)</sup>.

2) Daß Körperverletzungen nur bestraft werden können, wenn sie absichtlich zugefügt sind, da es keine culposen Injurien gibt<sup>31)</sup>. Es erscheint allerdings als eine Lücke in der Strafgesetzgebung, daß culpose Gesundheitsbeschädigungen nicht sollen bestraft werden können. Das gemeine Recht bietet aber keinen genügenden Anhaltspunkt, dieselben zur Strafe zu ziehen. In einem einzelnen Falle findet sich allerdings die Strafbarkeit culposer Gesundheitsbeschädigungen anerkannt<sup>32)</sup>; aber dieser Fall ist zu singular, als daß aus ihm ein allgemeines Princip hergeleitet werden könnte<sup>33)</sup>. Culpose Gesundheitsbeschädigungen verpflichten viel-

30) Vgl. Wächter a. a. D. §. 174, Note 73c. In der Regel wird von den Criminalisten auf diese Frage nicht eingegangen, und man könnte aus dem Umstande, daß sie es bei der Körperverletzung nicht besonders hervorheben, daß sie nicht von Amtswegen strafbar sei, beinahe folgern, daß sie bei derselben keine Ausnahme machen wollen von der Regel, daß alle Verbrechen von Amtswegen zur Strafe zu ziehen seien. Indessen wird sich schwerlich ein Gewohnheitsrecht darüber nachweisen lassen, daß es bei Körperverletzungen auf die Anzeige des Verletzten nicht ankomme. S. auch noch Wächter a. a. D. §. 157, Note 1.

31) Wächter a. a. D. §. 174, Note 73a. Martin a. a. D. §. 128, Note 11. Marezzoli a. a. D. §. 107.

32) Im Falle des Art. 136 der p. G. D., da Jemand einen Anderen durch nicht gehörige Bewachung eines schädlichen Thieres tödtet.

33) Peffter, a. a. D. §. 283, Abegg, a. a. D. §. 258 u. 260, und Andere wollen indessen auch die bloße culpa bestrafen. Sie berufen sich dafür auf Art. 136, in welchem wenigstens ein Fall culposer Gesundheitsbeschädigung mit Strafe bedroht sei. Allein der Art. 136 hat zunächst eine polizeiliche Tendenz und kann darum entschieden nicht auf alle anderen culposen Gesundheitsbeschädigungen bezogen werden. Man beruft sich wohl auch auf den Umstand, daß im älteren deutschen Rechte bei Körperverletzungen nicht zwischen dolus und culpa unterschieden worden sei und gleichmäßig das Wehrgeld habe gegeben werden müssen. Vgl. darüber Heineccius, *elementa iur. germ.* II. tit. 21. §. 80 sq. Allein dieser Grund, der ohnedieß zu der Consequenz führen würde, daß dolus und culpa gleich strafbar seien, kann nichts beweisen, da das Strafrecht längst den privatrechtlichen Charakter abgelegt hat, auf welchem das System der Wehrgelder beruht. Daß Aerzte oder Medicaster bestraft werden können für Gesundheitsbeschädigungen, die sie aus Unwissenheit, Leichtsinn oder Fahrlässigkeit anrichten, will Peffter, a. a. D. §. 283, Note 4, durch Analogie aus Art. 134 der Carolina begründen. Allein daselbst ist nur von Tödtungen die Rede, wie auch im römischen Rechte die *imperitia* des Arztes nur bei einem tödtlichen Ausgange mit Strafe bedroht ist. L. 6. §. 7. *de officio praesid.* (1. 18.) Abegg, a. a. D. §. 258, will überhaupt die Analogie der Tödtungen für die Strafbarkeit culposer Gesundheitsverletzungen im allgemeinen gebrauchen. Allein dem steht entgegen, daß die Tödtung eben ein ganz anderes Verbrechen ist, als die Gesundheitsverletzung, und daß es für die Strafbarkeit culposer Tödtung ein besonderes Strafgesetz gibt, an welchem es für die Strafbarkeit culposer Gesundheitsverletzung mangelt. Vgl. auch Marezzoli a. a. D. §. 107.

mehr nur zu privatrechtlicher Entschädigung, abgesehen von der etwa verwirkten polizeilichen Strafe, wenn die Handlung auch ohne die hervorbrachte Beschädigung einem polizeilichen Verbote zuwider laufen sollte<sup>34)</sup>.

3) Daß die Körperverletzung nicht für ein selbstständiges Verbrechen genommen werden darf, welches zu der Realinjurie, die in dem persönlichen Angriffe gegen einen Anderen enthalten ist, hinzukommt. Im Systeme des gemeinen Rechtes ist Körperverletzung vielmehr nur die Bezeichnung für die Realinjurie, die mit der Verletzung eines Anderen begangen wird. Die Strafe der Körperverletzung ist daher die der Injurie und es kann eben so wenig als bei der Körperverletzung eine Concurrenz von dieser mit Injurie vorhanden ist, nicht von einer besonderen Strafe der Körperverletzung neben der Injurienstrafe die Rede sein<sup>35)</sup>. Nach der Theorie des gemeinen Rechtes müßte der Verletzte die Wahl haben, ob er auf Criminalstrafe oder auf Privatstrafe klagen wolle. Allein hinsichtlich dieses Punktes ist es nicht ohne Einfluß gewesen, daß die Körperverletzung als ein besonderes, von der Injurie getrenntes Verbrechen aufgestellt worden ist. Wenn sich auch nicht behaupten läßt, daß die ästimatorische, auf die Privatstrafe gerichtete Klage bei allen Injurien durch gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauch aufgehoben sei<sup>36)</sup>, so ist es doch entschieden der Fall bei den Körperverletzungen, die allgemein als ein mit Criminalstrafe zu belegendes Verbrechen angesehen werden<sup>37)</sup>. Denn wie die Privatstrafen überhaupt nur einem niederen Standpunkte der Rechtsbildung angehören<sup>38)</sup>, so erscheinen dieselben schlechterdings unzulässig bei solchen Verbrechen, wegen welcher auch schwerere Criminalstrafen zuerkannt werden können<sup>39)</sup>. Dagegen gestattet die Praxis dem Verletzten einen Anspruch auf ein sogen. Schmerzgeld, welches neben der Criminalstrafe und der privatrechtlichen Entschädigung von ihm gefordert werden kann<sup>40)</sup>.

34) J. B. unvorsichtiges Schießen, Herauswerfen aus dem Fenster u. s. w.

35) Mit Unrecht behauptet daher Grolman, a. a. D. §. 248, daß der Verletzte neben dem Antrage auf öffentliche Strafe noch die ästimatorische Klage anstellen könne.

36) Gegen diese Behauptung, welche Littmann, Handbuch des St.-R. §. 172, Note \*, aufstellt (in der zweiten Ausgabe §. 360), vgl. Wächter a. a. D. §. 156, Note 91.

37) Ob es gleich in den Lehrbüchern bei den Gesundheitsverletzungen nicht ausdrücklich angeführt zu werden pflegt, daß die Privatstrafe wegfallen, so wird doch auch nicht gesagt, daß sie statfinde. Dieses Stillschweigen bezeugt aber die allgemeine Rechtsansicht, daß die Körperverletzung zu den öffentlichen Verbrechen gehöre, die mit keiner anderen, als öffentlicher Strafe zu belegen seien.

38) Natürlich ist von der Privatstrafe die Entschädigung wohl zu unterscheiden.

39) Als Strafmaximum wird von den Neueren zehn- bis zwölfsähriges Zuchthaus angegeben, namentlich bei prämeditirter Beschädigung, durch welche Jemand eines höheren Sinnes oder der vorzüglichsten Gliedmaßen beraubt wird. Feuerbach a. a. D. §. 246. Grolman a. a. D. §. 248. Heffter a. a. D. §. 232. Zu hoch dagegen scheint der Ansat von ein- bis zweijähriger Arbeitsstrafe zu sein, den Grolman a. a. D. für leichte und ungesährliche Verwundungen aufstellt. Vgl. Wächter a. a. D. §. 174, Note 76.

40) Von der Praxis wird der Anspruch auf Schmerzgeld, welches mit der eigentlichen Entschädigung nicht zu verwechseln ist, auf Art. 20 der Carolina

Die neueren Strafgesetzbücher haben sämmtlich ein besonderes Verbrechen der Gesundheitsverletzung oder der Körperverletzung aufgestellt, unter dessen Begriff alle Beschädigungen der Person eines Anderen fallen, die nicht wegen der ihnen zu Grunde liegenden Absicht in ein anderes schwereres Verbrechen übergehen. Zu den Injurien gehören nach den neueren Gesetzbüchern nur solche Thätlichkeiten, bei welchen es nicht auf die Beschädigung eines Anderen abgesehen ist, sondern welche nach der gemeinen Meinung Verachtung und Ehrenkränkung ausdrücken. Allgemein ist in den neuen Gesetzbüchern anerkannt, daß auch bloß fahrlässige Gesundheitsverletzungen mit Strafe zu belegen seien. Nach dem preussischen Landrechte kann Festungsstrafe oder Zuchthaus von zwei Monaten bis zu drei Jahren erkannt werden, wenn Jemand einem Anderen vorsätzlich schwere Beschädigungen zufügt, woraus für dessen Gesundheit oder Gliedmaßen ein erheblicher Nachtheil entstehen konnte oder wirklich entstanden war; die Strafe kann bis auf sechs Jahre verlängert werden, wenn Jemand bei einer zugefügten Verletzung die wirklich erfolgte Verstümmelung oder Verunstaltung des Beschädigten zur Absicht gehabt; wenn der Beschädigte durch diese Verletzung zu Verrichtung seiner Geschäfte untauglich geworden, soll sechs- bis zehnjährige Zuchthaus- oder Festungsstrafe eintreten, und vorsätzlich verursachter Wahnsinn dem Todschlage gleich geachtet werden<sup>41)</sup>. Fahrlässige Beschädigungen sollen, wenn sie durch Uebertretung besonderer Polizeigesetze verursacht wurden, mit Gefängniß oder Festung von einem Monate bis zu zwei Jahren, und in anderen Fällen von 14 Tagen bis zu einem Jahre bestraft werden<sup>42)</sup>. Das österreichische Gesetzbuch bedroht absichtliche Gesundheitsbeschädigungen mit Kerker von einem Jahre bis zu fünf Jahren, wenn entweder mit der zugefügten Beschädigung Lebensgefahr verbunden oder die Beschädigung so beschaffen ist, daß der Beschädigte wichtigen Nachtheil an seinem Körper zu leiden hat, oder wenn die Beschädigung mit einem solchen Werkzeuge oder auf solche Art unternommen worden, womit gemeinlich Lebensgefahr verbunden war, oder wenn der Anfall tückischer Weise geschehen und in demselben eine Person gewaltsam, wenn auch nur mit Schlägen, verwundet worden;

gegründet. Die Größe desselben ist von dem richterlichen Ermessen nach der Beschaffenheit der Verwundung zu bestimmen. Gewöhnlich wird die Summe der Kurkosten dabei zu Grunde gelegt, von welchen nach der muthmaßlichen Größe des erlittenen Schmerzes die Hälfte bis zum doppelten Betrage zuerkannt werden kann. Vgl. Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten X. S. 388. Von den neuen Strafgesetzbüchern haben nur das sächsische, Art. 140—143, und das braunschweigische, §. 165, den Anspruch auf Schmerzensgeld anerkannt. Da das Schmerzensgeld keine Entschädigung ist, so muß es als Strafe angesehen werden. Daraus folgt, daß es in den Ländern, deren Strafgesetzbücher desselben keine Erwähnung thun, als aufgehoben angesehen werden muß, soweit die fernere Beibehaltung desselben nicht ausdrücklich nachgewiesen werden kann, wie das nach dem preussischen Landrechte Th. 1, Tit. 6, §. 112—114, der Fall ist. Vgl. im allgemeinen Eitelkeit, Abhandlung über das Schmerzensgeld, in den neuen Jahrbüchern für sächsisches Strafrecht Bd. 2, 1844, S. 115 flg.

41) Preuß. Landrecht Th. II, Tit. 20, §. 796 flg.

42) Th. II, Tit. 20, §. 777 flg.

bei schweren Verwundungen in anderen Fällen soll Kerker von sechs Monaten bis zu einem Jahre eintreten<sup>43)</sup>. Gesundheitsbeschädigungen aus Fahrlässigkeit sind mit Geldstrafe von 5 bis 500 Gulden oder mit Arrest von drei Tagen bis zu drei Monaten bedroht<sup>44)</sup>. In dem bayer'schen Gesetzbuche werden vier Grade des Verbrechens der Körperverletzung unterschieden. Der erste Grad ist mit ein- bis vierjährigem Arbeitshause bedroht und besteht in solchen prämeditirten körperlichen Mißhandlungen, durch welche eine monatliche oder langwierigere Krankheit oder Untauglichkeit zu Berufsarbeiten verursacht wird; im zweiten Grade, wenn der Beschädigte an einem Theile seines Körpers verunstaltet oder verstümmelt oder des Gebrauches eines seiner Glieder unheilbar beraubt worden, soll vier- bis achtjährige Arbeitshausstrafe eintreten; der dritte Grad, auf welchen zwölf- bis sechzehnjähriges Zuchthaus steht, ist vorhanden, wenn der Verletzte zu seinen Berufsarbeiten völlig unbrauchbar geworden und keine gegründete Wahrscheinlichkeit zu seiner Wiederherstellung vorliegt, oder wenn derselbe des Gebrauches der Sprache, des Gesichtes, der Arme, Hände oder Füße beraubt oder zur Fortpflanzung seines Geschlechtes untüchtig gemacht oder in Folge der Mißhandlung in Raserei, Wahnsinn, Blödsinn oder eine ähnliche Gemüthskrankheit gefallen ist; den vierten mit sechzehn- bis zwanzigjährigem Zuchthause bedrohten Grad bilden Vergiftungen, durch welche ein vorübergehender oder bleibender Schaden an der Gesundheit des Körpers oder Geistes bewirkt wurde<sup>45)</sup>. Körperverletzungen, die unter keinen dieser vier Grade fallen, bilden ein bloßes Vergehen, wegen dessen, bei vorhandenem dolus, ein- bis sechsmonatliche Gefängnißstrafe eintreten kann<sup>46)</sup>. Wegen fahrlässiger Körperverletzung kommen die allgemeinen Grundsätze des Gesetzbuches über Bestrafung der Fahrlässigkeit in Anwendung<sup>47)</sup>. Das sächsische Gesetzbuch droht Gefängnißstrafe von 14 Tagen bis zu drei Monaten, wenn die Verletzung ohne Gefahr und ohne nachtheilige Folgen für die Gesundheit ist, von sechs Wochen bis zu sechs Monaten, wenn sie mit Gefahr oder nachtheiligen Folgen für die Gesundheit des Beschädigten verbunden gewesen ist, mit Arbeitshaus von einem Jahre bis zu vier Jahren, wenn dem Beschädigten ein bleibender Nachtheil an seiner Gesundheit zugefügt, oder derselbe in eine schwere, jedoch heilbare Geisteskrankheit versetzt oder verstümmelt oder auffallend verunstaltet worden ist, mit Zuchthaus von zwei bis zu sechs Jahren, wenn der Verletzte der Sprache, des Gesichtes, des Gehöres oder der Zeugungsfähigkeit beraubt, oder zu seinen Berufsarbeiten völlig unbrauchbar gemacht oder in eine Geisteskrankheit versetzt worden ist, bei welcher keine gegründete Hoffnung zu seiner Wiederherstellung vorhanden ist, und mit Zuchthaus von vier bis zu zwanzig Jahren, wenn der Angreifende eine dieser Verletzungen ausdrücklich beabsich-

43) Gesetzbuch über Verbrechen §. 137 flg.

44) Gesetzbuch über schwere Polizeiübertretungen §. 183.

45) Bayer'sches Staatsgesetzbuch Art. 178 flg.

46) Art. 367.

47) Art. 64 flg.

tigte und dieser Erfolg wirklich eintrat<sup>48)</sup>. Fahrlässige Gesundheitsverletzungen sind mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bedroht<sup>49)</sup>. In den leichteren Fällen sollen Gesundheitsverletzungen nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Beschädigten zur Untersuchung gezogen werden<sup>50)</sup>. Das württembergische Gesetzbuch unterscheidet, ob die Körperverletzung mit Vorbedacht, oder ob sie im Affecte zugefügt wurde. Im ersteren Falle kann eine Körperverletzung, durch welche der Mißhandelte in eine unheilbare Krankheit oder in eine Geisteszerrüttung versetzt wurde, bei welcher keine Wahrscheinlichkeit zu einer Wiederherstellung vorhanden ist, mit Zuchthaus von sechs bis zu zwanzig Jahren, im letzteren Falle mit zweijährigem Arbeitshause bis zu achtmjährigem Zuchthause belegt werden. Fahrlässige Körperverletzungen können mit Gefängniß bis zu acht Monaten bestraft werden<sup>51)</sup>. Das hannoversche Gesetzbuch droht Kettenstrafe bis zu zwanzig Jahren, wenn durch Gift ein bedeutender bleibender Schaden an der Gesundheit zugefügt war, bis zu funfzehn Jahren, wenn der Beschädigte durch vorbedachte gewaltthätige Mißhandlung in eine Geisteskrankheit versetzt worden, bei welcher keine gegründete Wahrscheinlichkeit der Wiederherstellung vorhanden ist, bis zu zwölf Jahren, wenn der Verletzte zu seinen Berufsarbeiten völlig unbrauchbar geworden oder des Gebrauches der Sprache, des Gesichtes, des Gehöres, der beiden Arme, Hände oder Füße beraubt oder zur Fortpflanzung des Geschlechtes unfähig gemacht ist<sup>52)</sup>. Das großherzoglich hessische Gesetzbuch hat für die schwersten Fälle der mit Vorbedacht verübten Körperverletzung Zuchthaus von fünf bis zu funfzehn Jahren, und für die schwersten Fälle der im Affecte verübten Körperverletzung Correctionshaus von ein bis drei, oder Zuchthaus bis zu acht Jahren<sup>53)</sup>. Auch das braunschweigische Gesetzbuch unterscheidet, ob die Verletzung mit Vorbedacht oder ob sie in leidenschaftlicher Aufwallung verübt wird, und läßt in den schwersten Fällen des Vorbedachtes Kettenstrafe bis zu zehn Jahren eintreten<sup>54)</sup>.

Euben.

**Kosten**, *impensae, expensae* 1). — Im weiteren Sinne versteht man in der Rechtswissenschaft unter dem Ausdrucke Kosten jeden Aufwand, den ein Dritter zur Erhaltung, Verbesserung, Beschützung oder Erlangung einer Sache macht. Es ergibt sich daraus von selbst,

48) Sächs. Gesetzbuch Art. 132. Die ausdrückliche Beabsichtigung steht hier im Gegensatz zu dem unbestimmten *dolus*, bei welchem der Thäter den Erfolg mit Wahrscheinlichkeit voraussehen konnte.

49) Art. 138.

50) Art. 135 und 139.

51) Württemb. Gesetzbuch Art. 260 flg.

52) Hannov. Gesetzbuch Art. 241 flg.

53) Großh. hess. Gesetzbuch Art. 262 flg.

54) Braunschw. Gesetzb. §. 159 flg.

1) Dig. de impens. in rem dot. (25. 1.) L. 18. §. ult. D. de donat. (39. 5.) L. 79. de iudic. (5. 1.) L. 22. §. 3. ad SC. Trebell. (36. 1.) v. Wenig=Ingenheim, die Lehre vom Schadenersatz (Heidelberg 1841), §. 145—166. Glü c, Commentar Bd. XXVII, Nr. 10. Mühlentbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. II, §. 232, Bd. III, §. 538.

daß Kosten nie Hauptsache, nie der Hauptgegenstand eines Rechtes, einer Forderung sein können, sondern immer eine accessorische<sup>2)</sup> Natur haben. Sie sind mithin juristisch nicht denkbar, wenn sie auf ein Object sich beziehen, das ohne rechtlichen Bestand ist. Kosten, auf die Ausführung einer unerlaubten Handlung, auf eine irrtige Voraussetzung oder auf ein eitles, nutzloses Unternehmen verwendet, können bei keinem Richter Eingang finden, weil er bei Anmeldung einer Nebensache immer nach der Hauptsache fragen muß und diese in solchen Fällen in ein juristisches Umding sich auflösen würde. Es ergibt sich hieraus von vorne herein nicht nur die civilistische, sondern auch die prozessualische Stellung, welche die Kosten in den verschiedenen Systemen einzunehmen haben; sie ist überall secundär und es wird, um auf eine Entscheidung darüber einzugehen, vorausgesetzt, daß der Präjudicialpunkt außer Zweifel gestellt sei<sup>3)</sup>.

In Absicht auf das Privatrecht kann ein Kostenaufwand nur für Erhaltung und Verbesserung der Sache erwachsen. Dieß sind Verwendungen im engeren Sinne, und man nennt sie *impensae*, weil das Rechtsobject dadurch einen positiven Zuwachs erhält, zum Unterschiede von den Verwendungen im weiteren Sinne, den *expensae*, welche Auslagen bezeichnen, die des staatsökonomischen Verhältnisses der Sache, oder ihrer Vertheidigung wegen bestritten werden. Ist diese Unterscheidung auch nicht in den Quellen gleichmäßig durchgeführt, so läßt sie sich doch etymologisch rechtfertigen und deßhalb um so mehr festhalten, als eine sofort verständliche practische Begriffstheilung damit bezweckt wird. Das Wort: *impensae* schließt sich von selbst der Lehre vom Eigenthume und von den Erwerbsarten an<sup>4)</sup>; das Wort *expensae* dagegen deutet einen reinen Verlust an, also bloß die Hingabe eines Vermögensstückes, ohne daß dadurch ein Zuwachs für eine Sache entstände, die Auslage im strengeren Verstande.

Den Impensen sind also namentlich beizuzählen 1) alle Verwendungen zum Zwecke der Bewahrung einer Sache vor Deterioration

2) In allen neueren Rechtssystemen werden die Kosten und Verwendungen unter dem Capitel *omnis causa* abgehandelt. S. z. B. v. Bangerow, Leitfaden für Pandektenvort. §. 74.

3) Es kann wohl eine besondere Klage zum Zwecke der Kostenverfolgung ange stellt werden; es muß aber zunächst das Eigenthum der Hauptsache, sei es, daß es dem Kläger oder dem Beklagten zugehöre, außer allem Streite liegen. Mollenbec, diss. de victore in expensas condemn. (Gissae 1705.) p. 39—45.

4) Man ist leicht versucht, die Impensen mit der sogen. *in rem versio* zusammenzuwerfen, welches aber irrig ist. Das *vertere in rem* deutet einen Nutzen an, den ein Hausherr oder Geschäftsherr aus einem Vertrage zieht, den der Sohn oder Geschäftsführer mit einem Dritten abschloß. *Dig. de in rem verso*. (15. 3.) §. 4. *J. quod cum eo, qui etc.* (4. 7.) L. 7. §. 1. C. h. t. (4. 26.) Auf das Verhältniß der Haupt- und Nebensache kommt es dabei nicht an, so wie auch kein besonderer *modus acquirendi*, sondern nur eine Vertragsform darin zu erkennen ist. Mühlendruck, Lehrbuch des Pandektenrechtes §. 439. Die *impensae dotales* führen nur uneigentlich diesen Namen, denn sie fallen wirklich unter den Begriff der *in rem versio*. *Dig. de impensis in res dot. factis*. (25. 1.) *Ulpiani Fragm. VI. §. 14 sq.*



und Untergang, wie z. B. Herstellung der Schäden eines Hauses, Ableitung eingedrungenen Wassers von einem Acker, Löthung und Ergänzung zerbrochener Kostbarkeiten, kurz alle Ausgaben, die unter solchen Umständen gemacht wurden, wo ein Jeder, der ein Interesse an der Sache haben kann, sich dazu genöthigt sehen mußte, in so lange er nicht seine Rechte aufzugeben gedenkt, wofür niemals eine Vermuthung sprechen kann. Deshalb werden dergleichen Verwendungen auch *nothwendige*<sup>6)</sup> (*impensae necessariae*) genannt.

2) Alle Verwendungen, welche der Sache zum Nutzen gereichen<sup>6)</sup>, ohne daß ihre Existenz davon abhinge. Bei Häusern sind solche vielfach denkbar, wie z. B. wenn ein neuer Anstrich bewirkt, der innere Raum wohnlicher hergestellt oder für Haushaltungsbedürfnisse in Küche, Keller, Speicher und Hof besser gesorgt wird. Noch mehr kommen sie aber bei Liegenschaften und Gewerbeeinrichtungen vor, wie z. B. durch die Düngung, Pflügung und Anblümmung der Acker, Einertung und Aufbewahrung der Früchte, oder durch Anschaffung neuer als zweckmäßig bewährter Maschinen, Verbesserung der Wasserleitungen u. s. w. Dieß sind nützliche Verwendungen (*impensae utiles*), d. h. solche, welche man dankbar anerkennen muß, weil ein entschiedener Vortheil für das Rechtsobject daraus entspringt, welche überhaupt, nach dem gewöhnlichen Gebrauche und nach den Regeln der Agricultur, nur derjenige unterlassen könnte, dem an der möglich lucrativen Beschaffenheit nichts gelegen ist. Eine Frage ist, ob auch sogen. Speculationen und die darauf verwendeten Kosten zu den nützlichen Impensen zu rechnen seien<sup>7)</sup>. Man wird wohl zu unterscheiden haben, ob das Vermögen, das sich in den Händen des Speculanten befindet, vom Eigenthümer zu dergleichen Unternehmungen gewidmet ist oder nicht. Im ersten Falle kann, selbst wenn die Gefahr eines Verlustes groß ist, auf die Möglichkeit eines großen Gewinnes speculirt werden, und wenn es mißlingt, sind dennoch die darauf verwendeten Kosten als nützliche zu betrachten; im zweiten Falle aber sind es nur diejenigen Kosten, welche für einen nachweisbar eingetretenen Gewinn aufgewendet wurden. Doch ist dieses streitig.

3) Verwendungen, die der Sache lediglich zur Zierde<sup>8)</sup> gereichen sollen, *impensae voluptuosae*, luxuriöse Verwendungen. Der Begriff derselben ist theoretisch leichter, als practisch zu bestimmen, indem er ganz

5) L. 5. C. de rei vind. (3. 32.) Cui ac. Lib. 10. obs. 1.

6) In den Quellen gemeinlich mit *locupletior fieri* ausgedrückt. L. 206. D. de div. reg. Jur. (50. 17.) v. Bening-Jungenheim, die Lehre vom Schadenersatz S. 252. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechtes Th. I, 1833, Abh. I.

7) Hierbei dürften die bei vormundschaftlichen Verwaltungen geltenden Grundsätze analoge Anwendung finden. *Marezoll*, im Archive für civil. Praxis Bd. IX, Nr. II. Glück, Pand. Bd. XXX, S. 315—326. *Kudorff*, das Recht der Vormundschaft Bd. II, S. 266, Anm. 27.

8) L. 39. §. 1. D. de hered. pet. (5. 3.) L. 27. pr. in f. D. de negot. gest. (3. 5.) L. 38. D. de R. V. (6. 1.) L. 3. §. 4. D. de in rem verso. (15. 3.)

relativ ist, d. h. mit *Sitte, Mode, Liebhaberei, Geschmack* u. s. w. in Beziehung steht. Manches, was dem Einen als überflüssig erscheint, wie z. B. elegante Tapeten, eingemauerte Spiegel, Vergoldungen, Wandmalereien, erscheint dem Anderen als eine willkommenen Zugabe, und es kann mithin die Grenze zwischen Nützlichem und leerem Zierath oft nur durch unparteiische Experten, die auf ursprüngliche Bestimmung der Sache, Stand und Vermögensverhältnisse des Eigners<sup>9)</sup> Rücksicht nehmen, gezogen werden. —

Die Frage nun: ob und inwiefern der Eigner dem Dritten, der auf seine Sache Kosten verwendete, Entschädigung leisten muß, beantwortet sich in Gemäßheit dieser Grundsätze unschwer, wie folgt:

Nothwendige Impensen sind unter allen Umständen<sup>10)</sup> zu vergüten. Denn man hat dabei zu bedenken, daß der Fortbestand der Sache anders nicht hätte gesichert werden können, und daß daher der Inhaber gleich einem Geschäftsführer als Wohlthäter des Eigners, gleichviel bewußt oder unbewußt, gehandelt hat. Selbst der *malae fidei possessor* gehört hier unter die Ersatzberechtigten. Darin, daß letzterer die nützlichen Verwendungen nicht ansprechen kann, unterscheidet sich dieser von jenen, welches ganz folgerichtig ist, weil Alles, was derselbe nicht als unausweichliche Nothwendigkeit, als Aufwand zur Erhaltung der Sache leistet, so anzusehen ist, als hätte er lediglich seinen eigenen Vortheil, d. h. die Absicht im Auge gehabt, sich dadurch die Sache um so nutzbarer zu machen. Die Gesetze wollen nicht, daß der unredliche Besitzer<sup>11)</sup> für solche Eigenthümlichkeit noch entschädigt werde. Sie gestehen ihm jedoch zu, die Zuthaten, in so weit dieß ohne Beschädigung der Hauptsache geschehen kann, wieder zu beseitigen und für sich zu behalten, ein Recht, welches allgemein das einzige ist bei zierenden Verwendungen. Personen, die einen gesetzlichen Entschädigungsanspruch für Verwendungen haben, dürfen sich zur Realisirung desselben auch des Retentionsrechtes<sup>12)</sup> bedienen, d. h. die Sache, wenn sie noch in ihrem Besitze ist, so lange zurückzugeben verweigern, bis der Eigenthümer den verhältnißmäßigen Ersatz geleistet hat.

Diese Regeln leiden manche Modificationen bei den einzelnen Verträgen und man gestattet in neuerer Zeit auch eine *actio in factum*<sup>13)</sup> zur Erlangung des Ersatzes solcher Kosten.

9) Der Eine kann z. B. durch angebrachte Zimmertapeten die Wohnung auch zu seinem Gebrauche verbessert ansehen, während dem Anderen dieselben störend sind, weil sie zu seinen einfachen Lebensverhältnissen nicht passen. L. 19. §. 4. D. loc. (19. 2.)

10) Hier ist es nämlich außer Zweifel, daß der Eigenthümer bereichert worden ist. *Sell a. a. D.*

11) Wie z. B. der Dieb und Betrüger. v. Wening-Ingenheim a. a. D. S. 257.

12) G. L. Boehmer, D. de iuro rotent. (in elect. iur. civ. T. II. nr. XII.) *Ehibaut, Pandektenrecht* §. 224. *Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechtes* Bb. II, S. 45, Bb. I, §. 136.

• 13) Auch eine *condictio*, nicht aber, wie manche Practiker glauben, die *actio de in rem verso utilis*.

Die *Expensen*<sup>14)</sup> kann man nicht minder in nothwendige, nützliche und luxuriöse eintheilen. Nur wird von letzteren hier weniger die Rede sein können, als bei den *Impensen*. Nothwendige Auslagen sind z. B. die Steuer- und Zollzahlung, nützliche z. B. die Reisekosten zum Zwecke der Führung einer Haus- oder Landwirthschaft, luxuriöse z. B. die Geschenke an Personen, die mit der fraglichen Sache zu thun haben oder üppige Zehrungskosten bei Geschäftsverrichtungen. Die Erfasspflicht richtet sich nach den eben aufgestellten Normen.

Im Prozesse begegnen wir den *Kosten* im engeren Sinne<sup>15)</sup>. Man hat hier den Aufwand zu verstehen, welcher durch den Austrag oder die Untersuchung einer streitigen oder zweifelhaften Sache vor dem Richter veranlaßt wird.

Was zunächst die *Civilprozeßkosten* anbelangt, so verursacht sie theils der Kläger, theils der Beklagte, theils der Richter aus eigenem Antriebe. Es ist eine gewöhnliche Eintheilung, daß man gerichtliche von außergerichtlichen Kosten scheidet, und unter ersteren lediglich die sogen. *Sporteln*, *Diäten* u. s. w. begreifen will. Allein die *Prozeßkosten* sind eigentlich alle und durchweg gerichtliche Kosten, weil ein Prozeß außerhalb des Gerichtes gar nicht vorkommen kann. Das Gericht<sup>16)</sup> selbst setzt zwar keine Taxen an, als die es durch seine eigene Thätigkeit hervorgerufen hat; allein diese sind strenggenommen, wenigstens so weit man die *Sporteln* darunter versteht, gar keine Kosten, sondern vielmehr eine Art von indirekter Steuer, und zwar zumal seit sie jetzt fast nirgends mehr der Richter selbst, sondern nur der Staat oder Gerichtsherr bezieht. *Sporteln* haben keine andere Bedeutung, als die: daß die Rechtssuchenden zu dem Aufwande, welchen die Gerichtsbarkeit nöthig macht, einen verhältnißmäßigen Beitrag leisten, damit nicht die Gesamtheit, die

14) *Kosten* im weiteren Sinne. Vgl. Mühlenbruch, Lehrb. Bd. II, S. 45. Lhibaut, Pandekten-system S. 266.

15) Außer den in Linde's Lehrb. des Civilprozeßes zu §. 119 angeführten Gesetzesstellen kommen vorzüglich folgende Schriften in Betracht: Weber, über die Prozeßkosten, deren Vergütung und Compensation Ausg. 5. Hannover 1811. Schmidt-Phiselerbeck, Beitrag zu der Lehre von den Prozeßkosten. Helmstädt 1793. Borst, über die Erstattung der Prozeßkosten, Nürnberg 1812, und von den älteren Dissertationen: Mollenbeq, de victore in expensis condemnando. Giassac 1705. Emmerich, de litium expensis quoad causas civiles. Götting. 1790.

16) Ein Schiedsgericht ist, insofern es aus der Zahl der Landesgerichte gewählt wird (babische Prozeßordn. §. 197), ebenfalls darunter verstanden; wird es aber aus der Mitte der Mitbürger erwählt, so veranlaßt es auch keine gerichtlichen Kosten im engeren Sinne, sondern es werden alsdann nur vertragsmäßige Gebühren angefeßt. Weber, a. a. D. S. 3, erklärt freilich alle diese Kosten für außergerichtliche; allein er bleibt die Antwort schuldig, ob dieselben nicht, wenn gleich nicht vom Gerichte selbst angefeßt, dennoch mit gerichtlichen Vorgängen im nothwendigen Zusammenhange stehen können. Wie wenig übrigens diese Eintreibung auf einem festen Principe beruht, geht daraus hervor, daß Weber a. a. D. die Auslage für Stempelpapier unter die außergerichtlichen, und Reinhardt, Handb. des Prozeßes Th. II, S. 199, unter die ordentlichen Kosten zählt.

doch überall nur zum geringeren Theile von der gerichtlichen Hilfe Gebrauch macht, dieselbe ganz bezahlen müsse. Erst dadurch werden die Gerichtsporteln Kosten, daß man den, der sie entrichtet, im Verhältniß zu seinem Gegner betrachtet. Um nämlich der gerichtlichen Hilfe gegen diesen sich zu versichern, muß er Taxen bezahlen, welche in Absicht auf das behauptete Recht oder Freisein von Verbindlichkeit *expensae*, d. h. wirkliche unvermeidliche Auslagen sind. So gut aber, als in dieser Beziehung die Sporteln gerichtliche Kosten sind, können und müssen auch die Kosten für Anwälte, Zeugen, Experten, so wie für Zeitverschumniß, Zehrung u. s. w. in Folge einer Vorladung, dafür gelten; denn das Kriterische ist doch überall nur darin zu suchen, ob gewisse Aufwände unmittelbar zum Zwecke der gerichtlichen Streitverhandlung gemacht wurden, und wer könnte dieß von den eben erwähnten Positionen verneinen? Wichtiger, als man auf den ersten Blick glauben sollte, ist diese Erweiterung des Begriffes von gerichtlichen Kosten, weil manches Erkenntniß nur von solchen redet und weil als Gegensatz hingestellt werden die willkürlichen<sup>17)</sup> Kosten. Eben sowohl, als es in der Willkür einer Person liegt, zur Tagfahrt zu erscheinen, Advocaten aufzustellen, Zeugen aufzurufen oder nicht, eben sowohl kann sie auch die richterliche Thätigkeit in Anspruch nehmen oder es unterlassen, d. i. mit anderen Worten Sporteln veranlassen oder nicht. In der Willkür beruht Alles, wenn es auf die Handlungen eines dispositionsfähigen Menschen ankommt<sup>18)</sup>. Es ist jedoch überhaupt unlogisch, zwischen gerichtlich und willkürlich zu unterscheiden, weil der Gegensatz von gerichtlich das Außergerichtliche und der Gegensatz von Willkür das Absolute, das Unvermeidliche ist. Da der Unterschied zudem entbehrlich ist, so sollte man ihn ganz aufgeben.

Weit practischer und richtiger ist die Eintheilung in nothwendige und nichtnothwendige<sup>19)</sup> Prozeßkosten. Jene begreifen den Aufwand, welchen eine Partei zu machen hat, um nichts zu verschäumen, was zur rechtlichen Ueberwindung des Gegners erforderlich ist; diese aber den weiteren Aufwand, der etwa aus übertriebener Vorsicht, aus Mißverständnis, aus Saumseligkeit, Bequemlichkeit u. s. w. veranlaßt wird.

A. Nothwendig sind mithin regelmäßig 1) die Gerichtsporteln und Gerichtskosten<sup>20)</sup>, welche durch die auf den Fortgang der Sache gericht-

17) Einde, Lehrb. des Civilproz. §. 119.

18) Nur darauf stützt sich eigentlich der Begriff von gerichtlichen Kosten, wie ihn die Praxis zum Theil angenommen hat, daß man fragt: Werden die Kosten an das Gericht bezahlt oder nicht? S. z. B. D a n z, Grundsätze des ordentl. Proz., 5. Ausg., §. 508 a. E. Allein es kann auf ein so außerwesentliches Moment gewiß nicht ankommen, zumal da solche Jurisdictionsabgaben jetzt gar nicht mehr an das Gericht, sondern an die Finanzbehörden entrichtet werden.

19) G e n s l e r, Handbuch zu Martin's Lehrbuch des bürgerl. Prozesses (Jena 1814), Th. I, S. 189. P e f f t e r, System des Civilprozeßrechtes, 2. Aufl. (Wonn 1843), §. 279.

20) Gegen diesen Ausdruck gelten nicht dieselben Einwendungen, wie gegen: gerichtliche Kosten. Gerichtskosten, d. h. die unmittelbar durch Thätigkeit des

teten und nicht zurückgewiesenen Anträge erwachsen sind. 2) Die Auslagen u. s. w. für gebotene Gänge zu Gericht, einschließlich derjenigen, die zur Anstellung der Klage oder Antrittung des Beweises oder Betreibung des Vollzuges geschehen. 3) Die Gehührenszahlung an vernommene Zeugen, Sachverständige, Advocaten u. s. w. 4) Die Honorare für Advocaten<sup>21)</sup>. In diesem Punkte muß jedoch eine Einschränkung gemacht werden. Ist in einem Lande das Auftreten vor Gericht ohne Anwalt unerlaubt, so kann freilich ein solcher Aufwand nur als schlechthin nothwendig angesehen werden; wo aber, wie es in den meisten teutschen Staaten in der unteren Instanz eingeführt ist, daß die Partei nach Belieben ihre Vorträge persönlich oder durch einen bevollmächtigten Rechtsgelehrten machen kann, da ist es schwer, eine Norm aufzustellen, nach welcher die Nothwendigkeit des letzteren und der damit zusammenhängenden Kosten beurtheilt werden soll. Am einfachsten scheint Manchen, nach den Summen sich zu richten, und etwa unter 25 Gulden oder Thaler, oder nach den Schranken des sogen. Bagatellprozesses<sup>22)</sup> eine Sache für so geringfügig zu erklären, daß Advocatenhilfe dabei überflüssig sei, welches, in dem natürlichen Sinne überseht, hiesse, es sollen keine Deserviten veranlaßt werden, die mit dem Werthe des Streitobjectes außer billigem Verhältnisse stehen. Es ist jedoch damit kein Rechtsgrundsatz gewonnen. Dagegen verdient wohl mehr Beifall, daß man die Nothwendigkeit eines Sachwalters jedesmal auf die Frage zurückführt: ob der Gegenstand ein klarer, einfacher, oder ein schwieriger<sup>23)</sup>, verwickelter sei, und daß man im letzteren Falle, so wie auch da, wo der eine streitende Theil zu entfernt wohnt, um schnell und billig an den Gerichtssitz zu gelangen, Advocaten auf Kosten des verlierenden Theiles zuläßt. Freilich ist dieß in der Anwendung eine reine quaestio facti, mithin in das Ermessen des jeweils angegangenen Richters gestellt; aber es ist auf diesem Wege doch weit seltener, als auf dem zuerst benannten, einen Verstoß gegen die Gerechtigkeit an sich zu beforgen. Ein Richter, vor dessen Augen Hunderte von Rechtsfällen vorübergehen, wird wohl am Ende mit Sicherheit sagen können, welche von diesen dem gemeinen Menschenverstande sich faßlich darstellen oder nicht, und wenn ein Schriftsatz, von der Partei selbst verfaßt, kleinere Mängel hat, so dient das Fragerecht<sup>24)</sup> zur Aufklärung und Verbesserung. Erst da, wo die Erkenntnißkräfte eines Subjectes zu beschränkt sind, um das Nöthigste zu begreifen, mag ihm der Richter selbst den Rath geben oder auferlegen, daß es sich eines Advocaten bediene. Daraus übrigens, daß ein Theil, aus solchen Gründen oder wegen Entferntseins vom Forum, einen Anwalt annimmt, während der andere seine Sache

Gerichtes hervorgerufenen Jurisdictionskosten sind nur ein Theil der durch die gerichtlichen Verhandlungen entstehenden Kosten.

21) Mollenbec, de victoris in exp. condemn. Sect. I. §. II.

22) Mittermaier, im Archive für civil. Praxis Bd. VII, Nr. 20, bef. S. 378 flg. Effter a. a. D. §. 400.

23) Vgl. Reinhardt, Handbuch Th. II, S. 215.

24) Linde, Lehrbuch §. 220.

selbst führt, kann nicht gefolgert werden, daß es eine Härte oder Unbilligkeit sei, wenn dieser; im Falle er unterliegt, die Anwaltskosten des Ersteren ersetzen müsse, weil derjenige, der ein Unrecht geltend macht, die daraus entspringenden Folgen, nicht nur objectiv, sondern nach der von ihm gekannten Subjectivität<sup>25)</sup> des Gegners leiden muß.

B. Nicht nothwendig sind dagegen 1) die für unnütze oder verzögerliche oder chikanöse Einstreuungen aufgewendeten, beziehungsweise veranlaßten Gerichtsporteln und Gerichtskosten. Das Kriterium hierzu kann der Richter theils von vorn herein an der Prozeßordnungswidrigkeit oder Unbegründetheit der Anträge<sup>26)</sup> erkennen und er spricht dieß, wenn Beweismittel, Wiederherstellungsgesuche und dergl. in Frage sind, durch sogen. Relevanzbescheide aus, theils ergibt es sich aber erst am Schlusse eines eingeleiteten Zwischenverfahrens; in beiden Fällen ist es Pflicht des Richters, beim Ansätze der Gerichtskosten sofort auszusprechen, welche Partei dieselben zu tragen hat und die gewöhnliche Folge ist alsdann, daß ihr auch anderweite Kosten, wie für Gänge, Schriftsätze u. s. w. zur Last fallen. Als durchgreifende Regel steht übrigens fest, daß derjenige, welcher um Fristverlängerung einkommt, nur die Fälle höherer Gewalt, wie Krankheit, Brand, Krieg u. s. w. ausgenommen, immer alle damit im Zusammenhange stehenden Kosten tragen<sup>27)</sup> muß. 2) Welche Gänge und sonstige rein persönliche Verwendungen der Partei als nicht nothwendig zu betrachten sind, ergibt sich aus dem, was zu A. 2. bemerkt wurde. Fast bei jeder Kostenliquidation setzt der obliegende Theil zur Ungebühr dergleichen Ersagposten an, und es ist daher vom Richter immer der Grundsatz zu handhaben, daß der Unterliegende einmal nicht schuldig sein kann, zwei Streitführer, den Gegner und dessen Anwalt, zu entschädigen, so lange nicht das Erscheinen beider, wie bei allen Haupthandlungen, z. B. zur Information, zur Production einer Urkunde<sup>28)</sup>, zur Eidesleistung u. dergl. unumgänglich nöthig war, und daß ferner auch da, wo kein Advocat aufgestellt war, nicht jeder beliebige Gang des Gegners zu Gericht, sondern nur derjenige zum Erfasse sich

25) Das Verhältniß ist ein ähnliches, wie bei Körperverletzungen und Tödtungen, wenn die individuelle Beschaffenheit des Angegriffenen unvermuthet schwere Folgen begünstigt und steigert. Auch hier wird nach der jetzigen geläuterten Theorie kein Unterschied in der Bestrafung gemacht, ob der Thäter jene Beschaffenheit kannte oder nicht kannte, denn er sollte sich, bevor er handelt, darüber verlässigen. *Marzoll*, das gem. deutsche Criminalrecht (Leipzig 1841), S. 108.

26) *Weber*, über die Prozeßkosten S. 3c.

27) *Mollenbec*, de victore in exp. cond. Sect. II.: De expensis retardati processus, quatenus victor in illas condemnandus sit. *Senfley* a. a. D. S. 194.

28) Zu dieser Handlung zu erscheinen sollte sogar als Regel und bei Strafe der Partei selbst, neben dem Anwalte, aufgegeben werden. Denn es kommt leider gar oft vor, daß die Advocaten allein erscheinen und dann aus ihrem eigenen Kennen und Wissen über eine Urkunde sich erklären, woraus dann natürlich meistens eine Ableugnung und ein chikanöser Prozeß erfolgt. *Gönnert* und *Danz*, Grundf. des ordentl. Prozeßes S. 325 b.

eignet, welcher behufs einer prozessualischen Handlung, eines Parteivortrages oder einer wesentlichen Erklärung gemacht wurde. 3) Die Frage, inwiefern Auslagen für Zeugen, Sachverständige, Abcitaten u. s. w. als nicht nothwendig zu erkennen sind, richtet sich nach den so eben zu 1) aufgestellten Regeln. 4) Anwaltskosten sind immer als überflüssig zu betrachten, wenn die Schriftsätze auf Handlungen sich beziehen, die unter die vorhergehenden Positionen fallen. Es kann aber auch ein Schriftsatz wesentlich in den Prozeßgang eingreifen und doch theilweise unnütz sein. Dieser Fall ist sogar ein oft sich ereignender. Die Anwälte nämlich, anstatt sich an die zu erörternden Punkte zu halten, anstatt das Erforderliche Einmal zu sagen, gehen überall gern auf Nebenpunkte ein oder wiederholen sich in verschiedenen Wendungen, so daß am Ende nur der kleinere Theil der Schrift als zur Sache gehörig angesehen werden kann. Diesen Ueberfluß bezahlen zu müssen wäre gegen den Besiegten eine unbillige Forderung<sup>29)</sup>, nicht minder aber auch gegen den Sieger; es muß der Richter daher, dem das Recht und die Pflicht der Decretur, d. i. der Revision und Genehmigung der Advocatenrechnung zusteht, die Ansätze auf das rechte Maß reduciren. Geschieht dieß aber nicht, so muß der Besiegte, im Falle er nicht auf dem Wege der Beschwerde eine Remedur erreicht, das ganze Deservit bezahlen. Streit- und Denkschriften, die von anderen Personen, als den licencirten Anwälten verfaßt sind<sup>30)</sup>, können, wenn nicht Specialverordnungen etwas Anderes bestimmen, nicht dem Gegentheile in Aufrechnung gebracht werden, mit Ausnahme der wirklichen Auslagen, für Papier, Stempel, Abschrift u. s. w. Denn sie sind so anzusehen, als wären sie von der Partei selbst ausgegangen, die, so wenig sie für ihre mündlichen Vorträge Gebühren anzusprechen hat, auch für schriftliche Aufsätze, die sie überreicht, nichts fordern<sup>31)</sup> kann. Sachverständige sind vom Staate aufgestellt, damit sich jeder Rechtsuchende ihrer Hilfe bedienen kann, und da dieselben einen Lebensberuf daraus machen, so wird ihnen auch eine bestimmte Taxe dafür bewilligt. Will Jemand auf andere Weise sein Glück versuchen, so kann es ihm unter Umständen erlaubt sein; allein es wird dann jede An-

29) Hierin werden in der Praxis die meisten und drückendsten Fehler begangen. Die Richter nehmen alle mehr oder weniger Rücksicht auf die Persönlichkeit der Advocaten und lassen übermäßige Kostenansätze, als einen hergebrachten Mißbrauch, passieren. Man darf behaupten, daß in der Regel jede gewöhnliche Prozeßschrift eines Advocaten um ein Viertel, ja um die Hälfte zu weitläufig ist. Anstatt die schlagenden Rechtsätze mit kurzen Hinweisungen auf Gesetz und Literatur auszuführen, werden breite und oft sehr leere Deductionen in Form von Dissertationen geliefert.

30) Weber, a. a. D. §. 10, erludert die Frage: Ob das Ansehen der Rechtsgelehrten, insbesondre responsa iuris, eine Compensation der Kosten rechtfertigen könne? wobei er (bes. S. 91, 97, 103) zu dem Resultate kommt, daß solche Denkschriften niemals, weder in der Hauptsache noch im Kostenpunkte, von überwiegendem Einflusse sein können.

31) Nur wenn die Partei selbst Advocat ist, hat sie Anspruch auf Ersatz der tarmäßigen Gebühren. Dverbeck, Medit. X. S. 294. Kind, Sammlung von Rechtsgutachten I. S. 144.

strengung als eine freiwillige Aufopferung betrachtet, für die kein Schätzungsmaßstab da ist, weil außergewöhnliche Nebengeschäfte, ihrer Natur nach, nicht vom Staate taxirt werden können. 5) Endlich aber gibt es eine Art von Kosten, welche, wie auch immer der Prozeß ausgehen mag, ausnahmslos von demjenigen zu tragen sind, welcher sie veranlaßt hat: dieses sind die aus einem *Contumacialverfahren* entstehenden Kosten<sup>32)</sup>. Der Gegentheil kann großen Nutzen daraus ziehen, indem durch die Präclusion des anderen diesem eine Beweisführung abgeschnitten oder ihm selbst eine solche möglicherweise erspart wird; allein die darauf bezüglichen Kosten hat er, wenn er am Ende auch in allen übrigen Stücken unterliegt, deshalb nicht zu bestreiten, weil der Ausschluß die Natur einer Strafe<sup>33)</sup> hat, d. h. gewisse Nachteile für denjenigen verfügt, der den richterlichen Verfügungen keinen Gehorsam leistet. Auch die Kosten einer nachgesuchten und bewilligten Wiederherstellung hat der Präcludirte stets auf sich zu behalten und erst da, wo er wieder einen eigentlichen Parteivortrag, d. h. weiteres Material zur Entscheidung der Sache abgibt, kann die Kostenersaspflicht des Gegners aufs Neue beginnen. *Contumacialerkenntnisse* sind Epizoden, die das Prozeßgesetz nur als Anomalien<sup>34)</sup> erkennen und die daher von dem, der sie hervorruft, zu bestreiten sind. —

Dies sind die der Theorie wie der Praxis entsprechenden Grundsätze über die Classification der Civilprozeßkosten und es gilt überall die Regel, daß die unterliegende Partei der siegenden alle als nothwendig von ihr aufgewendeten Kosten ersetzen muß, während die nicht nothwendigen von dieser allein zu tragen sind. Die leitende Idee hierbei ist nämlich die von der Zufügung eines widerrechtlichen Schadens<sup>35)</sup>, welcher vom Beschädigter vergütet werden muß. Es zeigt sich beim Ausgange des Streites, ob der Kläger eine ungerechte Forderung oder der Beklagte eine ungerechte Einsprache gemacht hat, und daraus folgt dann, wie aus jeder anderen unrechten That, daß der Aufwand, den die gerechtfertigte Partei zur Erlangung des Sieges nöthig hatte, ihr vom Gegner ersetzt

32) Mollenbec, de victore in exp, condemn. Sect. III. §. IV. L. 15. C. de iudiciis. (3. 1.) Heffter, System des Civilprozeßrechts S. 348.

33) L. 12. §. 2. de iud. (3. 1.) R. G. D. von 1555 III. 41. §. 1. J. R. A. §. 36, 37.

34) Wittermater, der gem. teutsche Prozeß Beitrag 2, §. V, S. 94, charakterisirt den Ungehorsam im Civilprozeße als Verletzung einer dem anderen Theile schulbigen Verpflichtung. Einde, a. a. D. §. 175, nennt die Folgen des Ungehorsams Privatstrafen, womit auch der Ausspruch der L. 53. pr. de re iud. (42. 1.): *Contumacia eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur*, übereinstimmt. Vgl. Mollenbec l. c. Sect. III. §. IV.

35) Hierüber wurde in neuerer Zeit ein großer Streit geführt, insbesondere zwischen Weber, a. a. D., und Hennemann, Beitrag zu der Rechtstheorie von Erfassung der Prozeßkosten. Schwerin 1789. Ersterer wollte die Kostenersaspflicht für eine Strafe erklären, wird aber gründlich widerlegt. Vgl. auch Reinhardt, Handb. II. §. 321—325.



werden muß; und sind es der Gegner mehrere, so haften sie, wie bei allen Verbindlichkeiten *ex delicto* oder *ex quasi delicto*, solidarisch<sup>36)</sup> für den Schaden. Die römischen Juristen pflegten die ungerechten Prozeßführer zu nennen: *temere et sine causa litigantes*<sup>37)</sup>, und manche Schriftsteller meinen, daß darunter nichts Anderes, als Frivolität zu verstehen sei. Dem ist aber nicht so. *Temere* bedeutet hier lediglich: unüberlegt oder unbedachtsam<sup>38)</sup>, und nicht etwa: muthwillig<sup>39)</sup>, frech oder vertwegen. *Sine causa* aber geht auf das Fundament der Klagen und Einreden. Wo es an statthafter factischen oder rechtlichen Klagegründen fehlt, da erscheint die Klage vor dem Richter als verwerflich. Wer also aus Unbedachtsamkeit<sup>40)</sup> eine grundlose Klage oder Einrede erhebt, der ist ein *temere et sine causa litigans* und muß die Kosten des Prozesses tragen<sup>41)</sup>. Frivoles Verhalten fällt natürlich ebenfalls unter diesen Begriff, weil muthwillige und hinfällige Klagen, wenn sie auch mit überlegter Bosheit ausgeführt werden sollten, doch des gerechten Grundes entbehren; wollte man aber nur auf Frivolität die Kostenersatzpflicht beschränken, so wären die Fälle, wo der Sieger zur Entschädigung gelangt, nur Ausnahmefälle, während doch gewiß schon die Natur der Sache ein umgekehrtes Verhältniß erfordert.

Schwieriger wird die Sache, wenn die Klage über einen nichtstreitigen Gegenstand erhoben wurde und der Beklagte sofort erklärt, daß er das Verlangte zu leisten bereit sei. Alsdann läßt sich nicht sagen, daß *temere et sine causa* der Prozeß begonnen worden sei und dennoch spricht ein Gefühl der Billigkeit dafür, daß der Beklagte die Kosten der Klage nicht zu bezahlen habe; denn es gibt der Fälle gar viele, wo Jemand das, was er schuldig ist, weder aus Bosheit, noch aus imputabler Vergesslichkeit oder Unwissenheit zu leisten unterläßt. Am sichersten wird man hier wohl gehen, wenn man unterscheidet, ob die Verbindlichkeit eine betagte, beziehungsweise bedingte war, oder nicht. War im Contracte ein Termin gesetzt, so konnte und mußte der Schuldner wissen, wenn derselbe eintrat<sup>42)</sup>; war aber eine Suspensivbedingung beliebt, so ist es wiederum seine Pflicht, sich darum zu bekümmern, ob dieselbe in Erfüllung gegangen ist. Der Gläubiger bedarf folgerweise keiner vorbereitenden

36) L. 1. §. 10. L. 2. 3. de his qui effud. (9. 3.) L. 14. §. 15. L. 15. quod met. causa. (4. 2.) L. 1. C. de cond. furt. (4. 8.)

37) Tit. XVI. J. de poena temere litigantium. Cod. de fructibus et litium expensis. (7. 51.) Cap. 4. X. de poenis.

38) So findet man das Wort in allen lexikalischen Werken erläutert. Vgl. Danz, Grundf. §. 510.

39) Reinhardt, Handbuch Bb. II, S. 210.

40) L. 40. D. de hered. pet. (5. 3.) gibt zu dieser Auffassung ein argumentum a contrario.

41) §. 1. in f. J. de poena temere litig. (4. 16.) sagt: Ut improbu litigator et damnus et impensas litis inferre adversario suo cogatur.

42) Nach der Rechtsregel: Dies interpellat pro homine. Donellus, comm. iur. civ. Lib. XVI, c. 2. Noodt, de usuris Lib. III, c. 10. Thibaut, im Archive für civil. Praxis Bb. VI, Abh. 2, und Bb. XVI, Abh. 7.

Schritte, um zu seinem Rechte zu gelangen; er kann sofort den Richter anrufen und der Beklagte muß, wenn er nichts anderes einzuwenden hat, als daß ihm der Eintritt des Tages oder der Bedingung unbekannt war, die nothwendigen Kosten bezahlen.

Wenn dagegen jene Voraussetzungen nicht zutreffen, so darf der Schuldner vor der förmlichen Klage eine außergerichtliche Mahnung, sei es durch einen privatim beauftragten Gerichtsboten<sup>43)</sup>, sei es schriftlich oder mündlich, erwarten und erst wenn diese fruchtlos war, ist hinreichende Ursache zur Betretung des Gerichtsweges vorhanden. Dieses findet am häufigsten Anwendung auf solche Verhältnisse, wo Verbindlichkeiten durch juristische Repräsentanten, wie Vormünder, Pfleger, Geschäftsführer<sup>44)</sup> u. s. w. übernommen worden, indem es dabei leicht kommen kann, daß die verpflichtete Hauptperson gar nichts von dem Vollzuge des Rechtsgeschäftes erfährt, bis sie belangt wird. Aber auch hier bleibt sie nur dann vom Kostenersatze befreit, wenn sie ohne alle Einwendung den Klagegrund zugesteht. Man darf es keine Inconsequenz gegen obigen Grundsatz der Entschädigungspflicht nennen, wenn in Fällen der letzteren Art dem Kläger, trotz der Verurtheilung des Beklagten, zugemuthet wird, seine Kosten auf sich zu behalten, denn es kommt ein noch höherer Grundsatz in Anwendung, nämlich der Grundsatz, daß zur Klage nicht eher ein gerechter Anlaß gegeben ist, als bis ein Streitgegenstand vorliegt. Nicht zur Bestätigung eines anerkannten Rechtes, sondern nur zur Entscheidung eines Rechtsstreites sollte die richterliche Hülfe in Anspruch genommen werden; zeigt es sich daher, daß die Klage vorzeitig war und der Schuldner gar nicht wissen konnte<sup>45)</sup>, daß auf diesen Tag der Gläubiger Befriedigung erwartete, so muß zwar ein Urtheil erlassen werden, weil der Richter keine Klage, die einmal als rechtlich begründet erkannt wurde, unerledigt zurücklegen darf, allein es wäre unbillig und der Idee des Processes zuwider, wenn der Schuldner, der augenblicklich das Verlangte leistet oder zu leisten sich erbietet, die Kosten eines Verfahrens bezahlen sollte, das er nicht einmal *culpos* hervorgerufen hat, ja das gar nicht *contentios* war.

43) Wenn in manchen Ländern noch nicht die Einrichtung, wie z. B. in Frankreich und Belgien besteht, daß die Ortsvorsteher und Gerichtsboten für verpflichtet erklärt werden, auch außergerichtlichen Gesuchen um Insinuation von Rechtsansforderungen zu genügen, so sollte die Gesetzgebung, zur Vermeidung vorzeitiger Prozesse, überall die Lücke ergänzen. Rittermaier, der deutsche bürgerl. Prozeß Beitrag III, S. 128.

44) Beim Mandatsverhältnisse dürfte ein ähnlicher Fall von entschuldbarer Unwissenheit kaum vorkommen, weil hier der Mandatar verpflichtet ist, von allen Haupthandlungen den Mandanten zu benachrichtigen. Versäumt er es und der Mandant wird durch Klagekosten in Schaden gesetzt, so haftet er ihm aus der culpa. Paffe, die culpa des röm. Rechtes §. 92—94. L. 26. §. 7. D. mand. (17. 1.)

45) Die täglich wiederkehrenden Käufe auf Credit im Kleinhandel sind alle von dieser Art und man darf verlangen, daß der Kaufmann, ehe er gerichtliche Schritte thut, eine Rechnung übersicht. Pelfe und Cropp, jurist. Abh. I. Abh. 21.

Bisher war nur die Rede von den Voraussetzungen, unter welchen ein Theil von dem anderen Kostenersatz fordern könne oder nicht; es gibt aber auch Prozeßklagen, in welchen eine solche Forderung begründet sein kann und wieder aufgehoben wird. Dieß ist der Fall der Compensation<sup>46)</sup> oder Wettschlagung, der Fall, wo sich Ansprüche und Gegenansprüche in gleichem oder ungleichem Maße entgegenstehen und sich daher wechselseitig tilgen. Die Grundsätze, die hierüber gelten, sind aus dem Civilrechte zu entlehnen. Der gewöhnliche Ausgang des Prozeßes ist der, daß der Kläger unbedingt abgewiesen oder der Beklagte unbedingt<sup>47)</sup> verurtheilt wird. Aldann ergibt sich die Kostenbestimmung nach dem Vorstehenden von selbst. In allen übrigen Fällen tritt Theilung der Kosten und folgeweise auch Compensation ein.

Hat der Kläger zu viel gefordert, so wird er mit dem überschießenden Betrage abgewiesen und in einen verhältnißmäßigen Theil der Kosten verfällt.

Wird dagegen die Forderung als begründet und nur durch eine im Wege der Widerklage oder der Einrede geltend gemachte Gegenforderung als aufgehoben erklärt, so kann wieder dem einen oder dem anderen Theile ein Plus zu Gute kommen, welchem ein Vortheil in der Kostenausgleichung entsprechen muß<sup>48)</sup>.

Ueberall nun, wo in der Hauptsache nur Quoten zu- oder aberkannt werden, entsteht bei der Kostenausgleichung eine Compensation. Für den Theil, womit der Kläger abgewiesen ist, muß er sich eine verhältnißmäßige Aufrechnung von den Kosten des Beklagten gefallen lassen, und eben so für den Theil, welcher durch die Gegenforderung getilgt erscheint. Die Gerichte pflegen sich zwar nur da des Ausdrucks: unter Compensation der Kosten, zu bedienen, wenn dieselben so aufgehen sollen, daß keine Partei der anderen etwas herauszuzahlen hat; allein es ist klar, daß gleichwohl in allen Fällen, wo Kostentheilung verfügt wird, nicht minder eine theilweise<sup>49)</sup> Compensation eintritt. Wenn z. B. dem Kläger 100 Thlr. und dem Widerkläger 75 Thlr. zuerkannt sind und jener die Kosten der Widerklage, dieser die Kosten der Klage tragen soll, so können erstere durch besondere Verwickelungen sich höher belaufen, als letztere, weshalb dann der Kläger gar keinen Ersatz erhält, sondern noch etwas vergüten

46) Seyfert, diss. de compensatione expens. inter litig. Halae 1726. Reinharth, de erroribus pragmaticorum in doctrina de compens. expens. litis. Erford. 1731.

47) Die sogen. bedingten Urtheile machen in den Regeln über Kostenersatzung keine Ausnahme. Sie unterscheiden sich nur dadurch von den unbedingtten Urtheilen, daß sie in der Hauptsache wie im Kostenpunkte alternativ erkennen, je nachdem der Eid geleistet wird oder nicht. Heffter, System des Civilprozeßrechtes (Bonn 1843), §. 359.

48) Der von Reinharth l. c. §. XXIII. aufgestellte Satz: Compensationem omnibus quibus fieri potest modis restringendam potius, quam ampliandam esse; verdient keine Weisfimmung; es wird in der Praxis im Gegentheile die Compensation möglichst begünstigt.

49) Seyfert l. c. cap. II. §. XII.

muß. Einfacher ist der Fall, wenn der Kläger mit 25 von jenen 100 Thln. abgewiesen wird. Alsdann haben der Beklagte  $\frac{1}{2}$  und der Kläger  $\frac{1}{4}$  der Kosten zu bezahlen und jener rechnet von seinem Soll den vierten Theil seines eigenen Aufwandes compensirend ab.

Meistentheils wird zu dergleichen Auseinandersetzungen ein besonders Verfahren nöthig, welches man das Liquidationsverfahren<sup>50)</sup> nennt, weil darin die Parteien ihre Kosten theils in Hinsicht auf Wahrheit, theils in Hinsicht auf Nothwendigkeit richtig zu stellen suchen. Auch dies kann wieder einen Prozeß und ein förmliches Urtheil veranlassen.

Einfacher gestaltet sich die Lehre von den Kosten im Criminalprozeß<sup>51)</sup>.

Auch hier hat man die Unterscheidung zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten<sup>52)</sup> festhalten, und unter ersteren die Spotteln, Diäten u. dergl., unter letzteren aber alle übrigen Kosten verstehen wollen. Die Unterscheidung ist aber nicht nur unzweckmäßig, sondern wohl auch unrichtig. Es muß wiederholt werden, daß kein innerer Grund<sup>53)</sup> vorliegt, die Gerichtskosten solchergestalt im engsten Sinne zu nehmen; es gehört dazu nach dem gemeingiltigen Begriffe aller und jeder Aufwand, der zum Behufe und zur Ausführung einer gerichtlichen Handlung vorgenommen wurde. Man kann gewiß nicht sagen, daß z. B. Zeugen- und Transportgebühren außergerichtlicher Natur seien, indem dieselben gar nicht anders, als auf Befehl des Richters und unter gerichtlicher Autorität erwachsen können. Unzweckmäßig ist aber die Eintheilung, weil kein hinreichender Grund zu erkennen wäre, Jemand zur Zahlung außergerichtlicher Kosten anzuhalten, während doch die Meinung überall dahin geht, auch letztere dem Verurtheilten aufzurechnen. Will man an die Stelle dieser ungeeigneten Unterscheidung eine andere setzen, so wäre es etwa die in gerichtliche Kosten im engeren und im weiteren Sinne<sup>54)</sup>. Allein besser scheint es, davon ganz abzugehen und sich an die allgemeine Kategorie der Untersuchungs-, Vertheidigungs-, Urtheils- und Strafvollzugskosten<sup>55)</sup> zu halten, von welchen nun vereinzelt die Rede sein soll.

50) Da über die Grund- und Vorfragen des Streites dabei nicht mehr verhandelt wird, so versteht es sich, daß dieses Verfahren sehr summarisch ist. Linde, Lehrb. des Civilpr. §. 368.

51) Boehmer, de expensis crimin. Halae 1716. Heisler, de expens. crimin. in proc. inquis. Halae 1769. Eschenbach, de expens. crim. Rost. 1781. Kleinschmitt, de expensis crim. Goett. 1822. Stübel, Criminalverfahren Bd. I, §. 486—582.

52) Boehmer l. c. §. 1. Kleinschmitt l. c. p. 12.

53) Daher führen auch die meisten Prozeßlehrer diese Eintheilung lediglich als eine hergebrachte an, ohne darauf einzugehen, wozu sie dienen soll. S. z. B. v. Quistorp, Grundr. des peinl. Rechtes §. 812.

54) Auch eine Classification in eigentliche peinliche Kosten (expensae criminales) und peinliche Prozeßkosten (expensae processus criminalis) kommt zuweilen, besonders in älteren Werken, vor, z. B. bei v. Quistorp a. a. O., Kleinschmitt l. c.; allein es ist damit noch weniger gewonnen, als mit jener in gerichtliche und außergerichtliche Kosten.

55) Boehmer, l. c. p. 8—14., hat versucht, sämtliche Criminalkosten alphabetisch aufzuzählen; allein das Verzeichniß ist unvollständig.

1) Untersuchungskosten bezeichnen den vollständigen Aufwand, welcher gemacht wird, um eine unrechte That in allen Beziehungen so viel als möglich gerichtskundig zu machen, sich der Verdächtigen zu versichern<sup>56)</sup>, und sämtliche Beweise so wie auch die Erklärungen der Angeschuldigten darüber zu erheben, damit ein Urtheil gefällt werden könne<sup>57)</sup>. Es sind also namentlich darunter begriffen:

a) die Sporteln, Diäten u. s. w., welche in Folge der Gerichtsacte innerhalb oder außerhalb des Wohnsitzes entstehen;

b) Die Gebühren für beigezogene Sachverständige, namentlich Aerzte, Chemiker u. s. w.;

c) die Gebühren für abgehörte Zeugen;

d) die Gefängnißgebühren für Verpflegung Verhafteter<sup>58)</sup>;

e) die Gebühren für Befangung und Transportirung von Inculpaten;

f) die Auslagen für Porto, Insertionen u. s. w.

Am leichtesten wäre es, ein Bedenken gegen die Aufnahme der Gefängnißkosten in diese Reihe zu erheben, wenn man mit Manchen den Satz aufstellen wollte, daß Ernährung die eigene Angelegenheit eines jeden Menschen und daher dem Gefangenen zu überlassen sei, sich selbst zu verköstigen; allein dieser Satz hat nur einen Schein von Richtigkeit und ist dennoch verwerflich. Wollen auch einige Particulargesetze, daß der verhaftete Inculpat die Verpflegungskosten vorschiesse, so kann doch nicht geleugnet werden, daß der Staat, wenn er einen Menschen aus seinem geordneten Lebenskreise herausreißt und sich seiner Existenz gleichsam bemächtigt, verbunden ist, ihm das darzureichen, was zur Fristung des Lebens nöthig ist<sup>59)</sup>. Zudem wird die zu genießende Kost durch die Gefängnißordnung regulirt und beschränkt und der Gefangene kann nicht nach seinem Wunsche und Gewohnheiten fortleben, weshalb er billig erwarten kann, daß die Justizadministration für ihn sorge. Endlich läßt sich auch der Grundsatz der Selbstverpflegung nur in den seltensten Fällen durchführen, weil bekanntlich die große Mehrheit der Angeschuldigten zu der unvermögligen Classe gehören.

Bedüglich vom freien Willen hängt es ab, ob ein Arrestant die Nahrungsmittel auf eigene Kosten sich will bringen lassen. Es kann ihm unter der Bedingung gewährt werden, daß er kein Uebermaß begehrt

56) Dies umfaßt die Fahndung und Detention.

57) Müller, Lehrb. des Criminalproz. (Braunschweig 1837), §. 93.

58) Für diejenigen, welche zur Vermeidung von Collusionen verhaftet sind, werden eben sowohl als für die wegen Besorgniß der Flucht Eingesperrten nur im Interesse der Untersuchung Kosten aufgewendet, weil von ihrer Abgeschlossenheit und Anwesenheit das Gelingen der Wahrheitserforschung und die Uebertieferung zum Straferkenntnisse abhängt. Bauer, Lehrb. des Strafproz. (Göttingen 1835), §. 72—75.

59) Mittermaier, deutsches Strafverf. Bd. I, S. 287, sagt: Der Staat hat die Pflicht, dem Gefangenen alle nothwendigen Lebensbedürfnisse zu verschaffen, da der Gefangene nur gezwungen und zum Besten des Staates in die Lage versetzt wird, in welcher er von allen sonstigen Erwerbsquellen abgeschnitten ist. Vgl. jedoch S. 444 ebend.

und daß jede Schüssel vor der Abgabe untersucht wird, damit keine verbotenen Communicationen<sup>60)</sup> ins Gefängniß gelangen. Alsdann hat aber der Arrestant den Nachtheil zu gewärtigen, daß er im Falle vollständiger Freisprechung Kosten aufgewendet hat, die ihm nicht vergütet werden; denn wer die Annahme einer Unterstützung verschrächt, hat nachher keinen Anspruch auf Erfaß.

Zum Staatsaufwande, d. i. zu den Untersuchungskosten, gehört also die Verpflegung der Gefangenen<sup>61)</sup>, und erst, wenn dieselben für schuldig erklärt und in die Kosten verfällt sind, ist der Zeitpunkt eingetreten, eine Anforderung an sie zu machen.

Eben so verhält es sich mit den übrigen Untersuchungskosten. Sie sollen von der Criminalcasse sämmtlich vorgeschossen<sup>62)</sup> und insoweit sie diese an sich selbst zu zahlen hätte, wie Sporteln, Taxen u. dergl., bis zur Aburtheilung der Sache in *suspensio* gelassen werden, und der vermögliche Inquisit hat, wenn das Endurtheil es ihm auferlegt, den Rückersaß zu leisten.

2) *Vertheidigungskosten*<sup>63)</sup>. Diese kann man deshalb nicht mit den Untersuchungskosten zusammenwerfen, weil sie überall zunächst im Interesse der Angeschuldigten oder Angeklagten aufgewendet werden. Pflicht des Untersuchungsrichters und, bei mündlichem Schlussverfahren, des Gerichtspräsidenten, ist es, durch Verhöre die Wahrheit möglichst zu ermitteln. Wenn dieses Geschäft vollbracht ist, so kann es für den Inculpanten vortheilhaft sein und ist in manchen Ländern bei wichtigen Verbrechen sogar geboten, daß durch einen Rechtskundigen eine *Deduction* geliefert werde, in welcher durchgehends die günstigsten Seiten aufgesucht werden, die sich den Thatsachen und Beweismitteln abgewinnen lassen. Hierbei können sehr erhebliche Neuheiten<sup>64)</sup> zu Tage kommen, ja es kann die bedenklichste Untersuchung eine ganz andere Wendung nehmen und die früher nicht erwartete Freisprechung erfolgen. Dieß berechtigt aber nicht, vom Staate den Erfaß der für die Vertheidigung aufgewendeten Kosten zu verlangen, und es wäre eine Verwechslung der Dinge, wenn man die Grundsätze des Civilprozeßes, in welchem der siegende Theil Erfaß der Anwaltskosten fordern kann, auf den Criminalprozeß unbedingt anwenden wollte. Sie finden nur da eine Analogie, wo die Untersuchung auf Privatanklage<sup>65)</sup>, auf eine förmliche Denunciation<sup>66)</sup>,

60) Vgl. hierüber v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungs-  
kunde Bb. I, §. 222.

61) Sehr weit geht in diesem Betracht Heisler, de expens. crimin.  
p. 36.

62) Kleinschmitt, de exp. crim. p. 51. 52. Stäbel, Criminal-  
verfahren §. 449.

63) Vgl. p. C. D. Art. 47, 73. Kleinschmitt l. c. p. 12.

64) Rittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunst, 3. Aufl., §. 64,  
112—115.

65) Boehmer l. c. cap. II. p. 15—28.: De expensis praestandis in  
processu accusatorio.

66) Boehmer l. c. p. 45. ad §. XIII.

bei welcher der Anzeiger immer das Risiko der Kosten übernehmen muß, geführt wurde. Der Staat hat aber, vermöge seiner objectiven Stellung, immer die Vermuthung für sich, daß er nichts als Wahrheit und Gerechtigkeit suche; er hat sie auch da für sich, wo öffentliche Ankläger die Untersuchungen und Verurtheilungen betreiben, denn diese sind nicht als leidenschaftliche, eigennützige Verfolger, sondern als Wächter des Gesetzes<sup>67)</sup> aufgestellt, welche da, wo ein Verbrechen begangen zu sein scheint, einen Ausspruch des Richters, d. i. die Stimme der Gerechtigkeit, zur Entscheidung aufrufen. Wohl kommt es vor, daß ein Unschuldiger verfolgt wird, aber es darf nie unterstellt werden, daß es aus bösem Willen geschehe, sondern es ist dann die Folge widriger Verkettung der Umstände, oder mit anderen Worten ein Unglücksfall, für den Niemand, also auch der Staat nicht, entschädigungspflichtig sein kann. Aus demselben Grunde kann auch die Strafgerichtsbarkeit<sup>68)</sup> niemals zur Entschädigung eines Freigesprochenen angehalten werden, wenn er eine Zeit lang verhaftet war und dadurch nachweisbare Einbuße in seinen Geschäften erlitt.

Die Kosten der Verteidigung eignen sich daher, weil sie, Denunciationen ausgenommen, nur zur Abwendung der möglichen gesetzlichen Folgen einer reblich gemeinten Anklage oder Anschulldigung aufgewendet werden, nicht zur Reclamation.

Gleichwohl gibt es Fälle, wo die Regierung, wenn auch keine ausdrückliche Bestimmung darüber bestehen sollte, ausnahmsweise die Defension zu vergüten haben dürfte. Dieß sind die Fälle der Verteidigung unvermögllicher Inquisiten. Die Gesetze schreiben überall die Grenze vor, bis zu welcher Strafdrohung die Angeklagten sich auf eigene Rechnung beschränken können und daher keines Anwaltes bedürfen. Steht jedoch eine Strafe in Aussicht, welche diese Grenze überschreitet, so wird dem Angeklagten, selbst wider seinen Willen, ein Verteidiger von Amtswegen bestellt<sup>69)</sup>. Hat jener Vermögen, so muß er ihn selbst bezahlen; ist er aber arm, so wird in manchen Ländern verlangt, daß der Anwalt umsonst arbeite. Dieß ist ein unbilliges Verlangen. Man kann freilich den Advocaten schon bei der Anstellung diese Last als eine Verbindlichkeit auflegen; allein warum soll gerade dieser Stand zum Armendienste ausersehen sein, warum soll ihm nicht so gut wie allen anderen Menschen anheim gegeben sein, Gutthaten nach freier Selbstbestimmung zu erweisen? Eine noch wichtigere Rücksicht ist aber die, daß solche Defensionen, die gleichsam wie Frohnarbeiten<sup>70)</sup> entstehen, in der Regel sehr dürftig ausfallen,

67) Leue, der mündliche öffentliche Anklageprozeß (Aachen 1840), S. 237.

68) Anders ist es, wenn dem Inquirenten eine leidenschaftliche Verfolgung und Bedrückung bewiesen werden kann, wo dieser persönlich ex delicto entschädigungspflichtig wird. — Grolman, Grundf. der Criminalrechtswissenschaft §. 546, Anm. e, beruft sich deshalb auf Art. 61 der p. O. = D. Wenning = Ingenheim, die Lehre vom Schadenersatz §. 130.

69) Rittermaier, Strafverfahren Th. II, S. 443, 444.

70) Zudem werden dergleichen Aufgaben nach einer bestimmten Reihenfolge übertragen, so daß die geschickteren Anwälte oft die leichteren und die mittelmäßigen die schwierigeren Fälle erhalten.

zumal da der Beauftragte, auch wenn er von der Schuld des aufgedrungenen Klienten überzeugt ist, keine andere Wahl hat, als die Defension doch zu liefern, oder eine negative, also nicht minder mühsame, Deduction auszuarbeiten.

Die Taxe, welche der Staat für dergleichen Armenanwaltschaften entrichtet, sollte, aus den oben angeführten Gründen, auch nicht geringer sein, als bei Privaten, wiewohl es dann erlaubt sein muß, wegen übermäßiger Zuthaten, Abschweifungen und Wiederholungen Abzüge zu machen <sup>71)</sup>.

Nach denselben Regeln wie die Vertheidigungskosten richten sich auch die Gebühren für Gutachten und Responsen, welche natürlich nur Vermögliche einholen können und wofür sie keine Entschädigung bekommen.

3) Die Urtheils- und Strafvollzugskosten <sup>72)</sup>. So gut für die Untersuchungshandlungen Sporteln, Diäten u. s. w. angelegt werden, so kommt dieß auch bei dem urtheilenden Gerichte wieder vor. Viele erkennen mit Recht eine indirecte Steuer darin. Wer Anlaß gibt, daß die Staatsbehörden ihre Thätigkeit entfalten müssen, der hat einen Beitrag zu den bedeutenden-Kosten ihrer Unterhaltung zu leisten. Man kann dagegen nicht einwenden, daß Untersuchungen im Interesse der Allgemeinheit geführt werden und daher der Einzelne nichts dafür zu entrichten habe; denn gerade derjenige, welcher die Staatsinteressen verletzt und Schutzmaßregeln hervorruft, muß billig dafür eine Abgabe sich gefallen lassen. Es ist wohl richtig, wie Mittermaier sagt <sup>73)</sup>, daß die Kosten der Criminalgerichtsbarkeit nicht durch den einzelnen Prozeß, sondern durch ihre Nothwendigkeit überhaupt veranlaßt werden und daß daher der Inhaber der Gerichtsbarkeit die Kostentragung nicht beliebig von sich abwälzen und Gerichtsunterthanen aufbürden kann; allein dieß würde nur dann begründet sein, wenn der Gerichtsherr eine allgemeine Gerichtssteuer aufschreiben und so eine Vermehrung der Landeslasten bewirken wollte. Umgekehrt ist das Verhältniß gerecht und billig, wenn Subjecte, die das Fortbestehen der kostspieligen Gerichtsinstitutionen durch Gesetzesübertretungen nöthig machen, eine Veisteuer dazu geben müssen.

Die Urtheilskosten sind doppelter Art; eine Taxe wird für die Relation und eine zweite für das Erkenntniß angelegt. Ein alter Unfug, wonach erstere von dem Referenten selbst bezogen wurde <sup>74)</sup>, scheint bereits

71) Es ist sogar schon die Meinung aufgestellt worden, daß die Defenso ren wegen unnützer Verlängerung der Untersuchung die betreffenden Kosten selbst tragen sollen. Kleinschmitt l. c. p. 58.

72) v. Sagemann, die Urtheilsfolgen, in Demme's Annalen der Criminalrechtspflege Bd. VI, S. 33—80. Bauer, Lehrbuch des Strafprozesses S. 269.

73) Deutsches Strafverfahren Th. II, S. 441.

74) Da die Urtheilstaxen nur da angelegt werden, wo eine Verurtheilung erfolgt, so liegt die Besorgniß nahe, daß mitunter, wo das Zünglein zwischen dem Schuldig und Nichtschuldig schwankt, für ersteres entschieden wird; woraus dann zugleich eine Entschädigung für die mühsame Arbeit sich ergibt. Man darf zwar annehmen, daß ein solches Moment bewußter Weise nicht leicht beim



überall abgeschafft zu sein; es fließen also beide Taxen in die Staatscasse und sie steigen gewöhnlich nach Mühe und Aufenthalt, den die Sache verursacht, also wie die Protocollgebühr, im wesentlichen nach dem veranlaßten Zeitaufwande.

Der Strafvollzug liegt zwar nur in den geringfügigeren Fällen in den Händen der Gerichte und zwar der Untergerichte, wie z. B. Amtsgefängniß, Geld- oder öffentliche Arbeitsstrafe, allein die daraus erwachsenden Kosten werden, wenn auch in höheren Strafanstalten Freiheitsstrafen zu vollziehen sind, dennoch meist mit Hilfe der Gerichte erhoben. Diese Kosten bestehen theils in Aufsichts-, theils in Verpflegungskosten, und werden ganz nach denselben Normen behandelt, welche oben für die Kosten der Untersuchungshaft aufgestellt wurden. Der Staat muß sie zunächst tragen und hat nur ein nach bestimmtem Tarife geregeltes Rückforderungsrecht.

Man könnte etwa fragen, ob die Classification in nothwendige und nicht nothwendige<sup>75)</sup> Kosten auch im Criminalprozeße ihre Stelle fände. Es wird sich aber leicht zeigen lassen, daß dies unstatthaft ist. Hinsichtlich der Urtheils- und Strafvollzugskosten ergibt sich die Nothwendigkeit von selbst, und in Betreff der Vertheidigungskosten erscheint die Frage unpractisch, weil eine Ersatzforderung dabei gar nicht vorkommen kann. Also nur in Absicht auf die Untersuchungskosten sind noch einige Bemerkungen nöthig.

Es wäre eine unausführbare Sache, bei Untersuchungen nachzuweisen, welche Theile nach Zweck des Prozeßes unausweichlich geboten, welche mindestens nützlich, welche überflüssig und welche sogar von störender Wirkung waren, und zwar deshalb unausführbar, weil alle Maßregeln des Untersuchungsrichters in einem Zustande der Ungewißheit<sup>76)</sup> und in der Hoffnung vorgenommen werden, daß die Enthüllung des Untersuchungsfactums dadurch befördert werde. Man kann also den juristischen Werth und die Angemessenheit einer solchen Maßregel nur in dem Stadium und in dem Zeitpunkte, wo sie wirklich erfolgte, mit einiger Sicherheit beurtheilen, und selbst da nicht, wenn man nicht in den Plan des Inquirenten vollkommen eingeweiht ist. Nun gelangt man aber zu der Kritik der Kosten und der sie veranlassenden Geschäfte erst dann, wenn die Sache abgethan ist; man könnte also niemals umhin, den Erfolg der Maßregeln, den Ausgang des ganzen Prozeßes bei der Beurtheilung ins Auge zu fassen, weil derselbe, als die neueste Thatsache,

---

teutschen Richterstande Eingang gefunden haben kann; aber die Möglichkeit reicht schon hin, das Ansehen der Justiz zu gefährden. Vgl. auch p. S. D. Art. 205.

75) Bauer, Lehrb. des Strafprozeßes §. 269, unterscheidet eigentliche und uneigentliche Kosten, insofern sie auf das Strafverfahren selbst oder auf die Verpflegung des verhafteten Inquiriten verwendet wurden. Aber auch dieser Vorschlag verdient keine Bestimmung, weil die Verpflegungskosten zu den Untersuchungskosten im weiteren Sinne zu rechnen sind. S. oben Note 58.

76) Stübel, über den Thatbestand des Verbr. §. 167—174.

nun einmal nicht zu ignoriren ist. Sobald man die dämmernde, unentwickelte Vergangenheit nach der abgeschlossenen Gegenwart beurtheilt, so wird man immer ungerichtet<sup>77)</sup>; es können eine Menge Handlungen jetzt unnöthig, ungeschickt, ja thöricht erscheinen, welche der Beurtheiler, in ähnliche Lage zurückversetzt, ganz eben so unternehmen würde, wenn auch nicht in der Zuversicht, etwas damit zu erreichen, doch in der guten Absicht, auch die am wenigsten versprechenden Mittel nicht unversucht zu lassen<sup>78)</sup>, um die Lüftung des Schleiers, der eine hochwichtige Wahrheit bedeckt, zu ermöglichen.

Hier kann es nicht wie im bürgerlichen Prozesse vorkommen, daß manche Kosten durch Chikane oder Luxusaufwand entstehen. Wenn der Untersuchungsrichter sich begeben läßt, zur Bedrückung oder Benachtheiligung des Inculpaten absichtlich eine kostspielige Anordnung zu treffen, oder die Gefängnißkosten durch eitle Nachlässigkeit oder Vergesslichkeit zu vermehren, so ist dieß keine Bewegung innerhalb der Grenzen des Gesetzes mehr, mithin auch nicht bei der Aufstellung einer Norm über Kostentragung zu berücksichtigen, sondern es unterliegt ein solches Benehmen den Bestimmungen über Amtsverbrechen, wonach es dazu kommen kann, daß der Beamte selbst die unnützen Verwendungen bezahlen muß<sup>79)</sup>. Die Staatscasse jedoch kann dazu wegen behaupteter Mißgriffe nie<sup>80)</sup> verurtheilt werden.

Daraus folgt, daß alle Untersuchungskosten als nothwendig zu betrachten sind, bis etwa eine böswillige<sup>81)</sup> Veranlassung bewiesen wird. Es folgt ferner, daß der Verbrecher, welcher in die Kosten verurtheilt wird, die Untersuchungskosten ohne Ausnahme, neben den Vertheidigungs- und Urtheilskosten, bezahlen, beziehungsweise ersetzen muß.

Dagegen ist oft eine Ausscheidung anderer Art zu machen. Mit der Untersuchung über eine verbrecherische That werden zuweilen Untersuchungen über andere, mittelbar oder auch unmittelbar damit in Zusammenhang stehende Thaten oder Entscheidungsmomente geführt, wie z. B. wenn ein Dieb eingefangen wird und wegen der Möglichkeit, daß er auch

77) v. Jagemann, Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. I, §. 646.

78) Man darf nie vergessen, daß der Untersuchungsrichter eben sowohl und vielleicht noch mehr als den Vorwurf übertriebener Kengstlichkeit, den der Kurzsichtigkeit und Schläfrigkeit zu besorgen hat.

79) S. oben Note 68. Kleinschmitt l. c. p. 65.

80) Man könnte hierzu nur etwa von der, jetzt fast allgemein als falsch erkannten, Mandatstheorie ausgehend gelangen. Der Staatsdiener übt zwar die Gerichtsbarkeit im Namen des Oberherrn, jedoch in so lange, als er nicht Specialbefehle erhält, auf eigene Verantwortlichkeit aus. Vgl. Klüber, öffentl. Recht des deutschen Bundes, 4. Aufl., §. 492.

81) Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. IV, S. 755, meint zwar, daß auch die aus grober Fahrlässigkeit des Untersuchungsrichters veranlaßten Kosten auszuschneiden seien; allein es dürfte, sobald man diesen Satz zugibt, zu mißlichen Erörterungen in dem oben ange deuteten Sinne führen und es wänte dann fast jede Handlung, die keinen Erfolg für die Ermittlung der Wahrheit hatte, als culpose Beschädigung des Inculpaten angefochten werden.

frühere im Dunkeln gebliebene Diebstähle begangen habe, auch wegen dieser die Untersuchungen wieder aufgenommen, jedoch als erfolglos liegen gelassen werden, oder wenn muthmaßliche Complicen mit besonderen Kosten aufgesucht und nicht gefunden, oder wenn die gegen einen Zeugen vorgebrachten Beschuldigungen untersucht werden. Nur unter der Voraussetzung, daß solche Nebenpunkte mit dem eigenen Handeln des Verurtheilten in Causalverbindung stehen, darf er zum Erfasse des entsprechenden Kostenantheiles angehalten werden. Keineswegs widerspricht dies obigem Satze, wonach eine Trennung der Kosten in nothwendige und nicht nothwendige im Strafprozeße unzulässig ist; denn als nothwendige werden dergleichen Nebenkosten immerhin angesehen und es ist nur die Frage, ob ein gewisses Subject dadurch berührt wird oder nicht<sup>82)</sup>, und wenn dasselbe sie in keiner Weise durch eine Rechtswidrigkeit veranlaßt hat, so wäre kein Grund zu erkennen, warum es dazu beitragen soll.

Noch erübrigt, von der Sammtverbindlichkeit zu reden.

Die Meinungen sind hierüber sehr getheilt<sup>83)</sup>. Das römische Recht enthält einzelne strenge Bestimmungen, die zwar zunächst für civilrechtliche<sup>84)</sup> Verhältnisse gegeben sind, aber doch den Grundsatz anerkennen zu wollen scheinen, daß bei Mitschuldigen solidarische Haftbarkeit für die Kosten die Regel sei.

Will man ganz allgemein abstreiten, daß Mitschuldige sammtverbindlich einzustehen haben, so geht man offenbar zu weit, denn der dabei angeführte Grund, daß die Untersuchungskosten mit dem gemeinschaftlich begangenen Verbrechen in keinem ursächlichen Zusammenhange<sup>85)</sup> stehen, beruht auf einem Mißverständnis. Ein unmittelbarer Zusammenhang kann freilich nie nachgewiesen werden, wohl aber unter gewissen Umständen ein mittelbarer, nämlich alsdann, wenn die gemeinschaftliche That auf Verabredung, auf Complot<sup>86)</sup> beruhte. Hier wird doch gegen folgenden Schluß nichts einzuwenden sein. Alles, was zur Verübung des Verbrechens geschah, ist als aus einem Willen hervorgegangen anzusehen; die eingeleitete Untersuchung hat es daher nirgends mit vereinzelt Thätern, sondern mit allen Theilnehmern in ihrer verbrecherischen Einheit, mit stetem Hinblick auf ihr Zusammenwirken, zu thun, folglich können die daraus erwachsenden Kosten, wenn auch jedem Theilnehmer zunächst ein idealer Theil zugewiesen wird, nicht reell getrennt, d. h. so geschieden werden, daß man Jedem ausrechnet, wie viel er durch

82) Grolman, Criminalrechtsw. S. 842, Anm. t, meint, daß überhaupt jede Generalinquisition, die zu einem bestimmten Ergebnisse führt, allein vom Staate zu bezahlen sei. Stübel, Criminalverf. Bd. V, §. 3145.

83) Vgl. die sehr reiche Literatur hierüber bei Henke a. a. D. §. 116, Anm. 13, und Zacharia, Grundlinien des Criminalproz. (Göttingen 1837), S. 303.

84) L. 2. D. de duobus reis const. (45. 2.) §. 1. J. h. t. (3. 17.) u. a.

85) Henke a. a. D. S. 753.

86) Das bayer'sche Strafprozeßgesetz Art. 410 läßt diese Frage im Dunkeln, wogegen sich die preussische Criminalordn. §. 619 bestimmt für die Solidarität ausspricht.

seine Bethelligung und durch sein individuelles Verhalten veranlaßt hat. Complotantanten müssen also jederzeit solidarisch<sup>87)</sup> in die Kosten verurtheilt werden. Nicht so aber bei der Theilnahme ohne solche bössliche Planmäßigkeit. Der häufigste Fall der letzteren Art ist die Körperverletzung oder Tödtung in einem unvorgeesehenen Rauffhandel. Wenn hier auch durch das Zusammenwirken Vieler ein Verbrechen und die darauf folgende Untersuchung verursacht sind, so kann und muß doch das Verhalten eines Jeden gleichsam als eine Einzelthat betrachtet, d. h. es muß eruiert werden, von welcher Art der momentane Entschluß war und wie die äußere Handlung in das Gesammtthun eingriff. Die Kosten sind also auch nach einem billigen Verhältnisse zu vertheilen und es kann kein Verurtheilter zur hilfswweisen Zahlung des Antheiles des Anderen schuldig erkannt werden. Am allerwenigsten geht dieß bei nachfolgender Theilnahme an.

So lange die halbe Maßregel der Loosprechung von der Instanz in Teutschland besteht, muß auch in dieser Beziehung<sup>88)</sup> von dem Kostenpunkte die Rede sein. Einige behaupten, daß hierbei dem Angeschuldigten gar keine Kosten zugemuthet werden können, und Andere<sup>89)</sup> verlangen, daß er gleich dem Verurtheilten alle Kosten bezahlen soll. Beides dürfte unrichtig sein. Der von der Instanz Entbundene hat jedenfalls noch einen Verdacht gegen sich, den er nicht von sich abzuwälzen vermochte. Wegen dieses Verdachtes allein kann er aber keinerlei Nachtheil erleiden, denn dieß hieße die juristische Inconsequenz, die in dem Institute an sich liegt, nur noch weiter treiben. Es entsteht vielmehr die Frage, welche factische Grundlage der Verdacht hat. Beruht er blos auf vereinzeltten Indicien eines Verbrechens, aus denen keine unrechte That konstruirt werden kann, so ist ihm überhaupt nichts Unrechtes bewiesen und er hat daher auch keine Folgen eines Unrechtes zu tragen; ist dagegen aus den Acten, wenn nicht der Thatbestand des Criminalverbrechens, auf welches die Untersuchung gerichtet war, doch ein bürgerliches oder polizeiliches Vergehen abzuleiten, so steht auch fest, daß der Inculpat durch eine Gesezübertretung die Untersuchung veranlaßt hat. In solchem Falle verordnen manche Particulargeseze, daß er neben der Loosprechung alle Kosten bezahlen müsse. Auch dieses kann jedoch nicht als richtig anerkannt werden. Der Criminalgerichtshof darf Niemandem wegen Vergehen, die nicht in sein Ressort einschlagen, einen Nachtheil zuerkennen, mithin so wenig einen Kostenersatz als eine Strafe. Glaubt der Gerichtshof, daß mindestens ein bürgerliches oder polizeiliches Vergehen constire, so ist seines Amtes blos, daß er nach der Freisprechung im Criminalpunkte

87) Ein belehrendes Beispiel aus der Praxis der neuesten Zeit gibt Martini in Demme's Annalen für Criminalrechtspflege Bd. I, S. 88.

88) Am besten hierüber Mittermaier, Strafverf. Th. II, S. 446, und Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. IV, S. 754.

89) Quistorp, Grundr. des penal. Rechtes §. 818. Kleinschrod, Abhandl. Th. I, S. 221 fig. Destrer, Gesezgeb. über Verbrechen Th. I, §. 537. Preuß. Criminalordn. §. 617. Bayer. Strafgesez. II. Art. 407.

der für jenes Vergehen zuständigen Behörde die Acten übergibt<sup>90)</sup>, damit diese dann ein Erkenntniß erlasse, welches sich sowohl über die Strafe als die Kostenzahlung ausspricht; sie wird in letzterer Beziehung ein billiges Einsehen haben, daß derjenige Aufwand abgezogen wird, welcher für rein criminelle Prozeßhandlungen, wie Sectionen, Verhaftungen u. dergl. gemacht wurde. Nur so kann die Criminalgerichtsbarkeit vor Uebergriffen im Kostenpunkte sich bewahren, denn wenn sie hierüber erkennen will, darf man ihr stets entgegenhalten, daß es nicht vereinbar ist, in der Hauptsache die Entscheidung suspendirt zu lassen, in einer Nebensache aber gleichwohl definitiv zu urtheilen.

Ob die Erben des Verbrechers die Criminalkosten gleich ihm ersetzen müssen, ist nicht minder in Zweifel<sup>91)</sup> gezogen worden. Darüber, daß die durch rechtskräftiges Urtheil auferlegten Kosten von denselben zu tragen sind, muß wohl zugegeben werden, wenn man bedenkt, daß eine solche Ersatzpflicht mehr civil- als criminalrechtlicher Natur ist<sup>92)</sup>, wie überhaupt in den bürgerlichen Gesetzbüchern überall die Delicte und Quasidelicte als eine Entstehungsart von Verbindlichkeiten aufgeführt werden. Bürgerliche Verbindlichkeiten gehen aber auf Erben über. Man darf sich nicht irremachen lassen durch die Einwendung, daß ein Strafurtheil die Persönlichkeit im strengsten und engsten Sinne berühre, denn diese Wahrheit gilt nur von denjenigen Urtheilsfolgen, welche man körperlich zu leiden hat, also nicht auf Andere übertragen kann; da, wo sie sächliche Güter, wo sie das Vermögen betreffen, können sie vollzogen werden, so lange ein solches vorhanden ist, sei es auch schon in die dritte Hand vererbt. Will man einen Nachtheil am irdischen Besitze zufügen, so ist er sowohl auf den gegenwärtigen Besitzer, als auf seine Angehörigen, die künftigen Besitzer, berechnet<sup>93)</sup>. Trifft es sich jedoch, daß der Angeschuldigte vor erlassenen Urtheile<sup>94)</sup> oder bevor es die Rechtskraft<sup>95)</sup> beschritt, mit Tode abgeht, so kann wohl kein Erbe zur Kostenzahlung angehalten werden. Es treten hiefür für ihn dieselben Rücksichten ein, wie die eben entwickelten für den Verdächtigen bei der Losprechung der Instanz. Im Zustande der Ungewißheit ist kein Gericht befugt, ein bestimmtes Erkennt-

90) Das Wichtigste dabei ist nämlich die Frage: ob die competente Behörde auch immer das vermeintlich in der That liegende geringere Vergehen wirklich darin erkennt. Denn wenn die Entscheidung hier negativ ausfällt, so folgt Befreiung von allen Kosten.

91) Mittermaier, Strafverfahren Th. II, S. 448. P. C.-D. Art. 13. Stübel, Criminalverf. S. 510 ff.

92) Zacharia, Grundlinien des Criminalproz. S. 302, sagt: Der Kostenpunkt ist eine Civilsache. Dieß ist auch von Einfluß auf den Uebergang der Verbindlichkeit von der ursprünglich verpflichteten Person auf deren Erben.

93) Dieß gilt namentlich von Geldstrafen.

94) In älteren Zeiten war man so streng, daß man selbst, wenn ein Erkenntniß auf Exortur ergangen war, die Erben zur Kostenersatzung schuldig hielt. Boehmer, de expensis crim. p. 45. §. XII.

95) Da der Verurtheilte ein Rechtsmittel hätte ergreifen können, welches den Erben in der Regel nicht zusteht, so wäre es nicht billig, diese noch strenger als jenen zu behandeln. Müller, Lehrbuch des Criminalproz. S. 214.

nif über einen mit dem Ganzen im nothwendigen Zusammenhange stehenden Nebenpunkt zu fällen. Mit Unrecht wird von Manchen hier die Grenzlinie zur Haftbarkeit der Erben in dem Erkenntnisse auf Specialinquisition gesucht. Was ist Specialinquisition anderes, als ein Ausspruch gegen eine bestimmte Person, daß sie von nun an verdächtig verfolgt werden soll. Dieser Verdacht kann aber ganz unerwartet durch triftige Exculpation widerlegt werden, und es läßt sich über dessen wahren Gehalt nicht eher richtig urtheilen, bis durch ein Endurtheil das Schuldig oder Nichtschuldig, als einzige criminalrichterliche Wahrheit, außer Zweifel gesetzt ist. Die Erben haften also vor entschiedener Sache niemals für die Untersuchungskosten.

E. v. Jagemann.

**Kriegsrecht.** Das Völkerrecht (s. den Art.), nicht auf der positiven Sagung herrschender und gesetzgebender Gewalten beruhend, sondern das Product einer durch die Nothwendigkeit der Verhältnisse selbst auf bestimmte Ordnungen geführten Völkerritte und durch diese gehelligt und gehalten, konnte auf diesem Wege nicht wohl zu einem systematischen Ganzen gleichmäßig ausgebildet werden. Es sind vielmehr offenbar einzelne Beziehungen mit großer Bestimmtheit und bis ins Detail geordnet und durchgebildet worden, während andere einer Ungewißheit überlassen blieben, welche die Doctrin zu beseitigen zwar versucht, aber kaum im einzelnen vermocht hat. Zu den am vollständigsten ausgebildeten Materien des Völkerrechtes gehören das Gesandtschaftswesen, das Kriegsrecht und das Seerecht. Bei dem Kriegerechte zeigt sich die Wohlthätigkeit und die wunderbare eigenthümliche Kraft des Völkerrechtes in besonderer Stärke. Hier hat es sich in der That um die Menschheit ganz vorzüglich verdient gemacht, indem es die Schrecken eines gewaltfamen Zustandes minderte, unnötige Uebel als Grausamkeit zurückwies, vielfältige Milderungen und Ordnungen einführte. Hier hat es seine ganze Stärke gezeigt, indem es häufig, ohne auf das Ansehen und das Recht eines sichtbaren Gesetzgebers und Richters gestützt zu sein, in den Zustand der größten Gewaltthätigkeit und Feindseligkeit das Recht, die Ordnung und Humanität führte und ihren Geboten eine Geltung verschaffte, wie sie alle Gewalt des Staates den Vorschriften der positiven Gesetzgebung kaum in gleicher Art zu verbürgen im Stande ist.

Im Kriege finden wir auch so ziemlich die ersten Spuren eines Völkerrechtes. Die unbedingte Nothwendigkeit hat sie geschaffen. Wenn auch Völker in einem perpetuirlichen Kriegszustande zu einander beharrten, so konnten doch Fälle nicht ausbleiben, wo es in beider Theile Interesse lag, wenigstens eine temporäre, partielle Annäherung zu vermitteln, eine Zwiesprache, kurze Waffenpause u. dergl.; es mußte eine solche Annäherung wenigstens möglich gemacht werden und sie war nicht möglich, so lange Jeder, der sich einem Feinde näherte, nur erwarten mußte, daß dieser über ihn herfallen und ihn todt schlagen würde. Deshalb finden wir schon in den ältesten Zeiten und bei den rohsten Völkern gewisse Zeichen, namentlich das Vortragen des grünen Zweiges, wodurch angedeutet wird, daß man in friedlicher Absicht komme und auf freies Geleht

rechne. Auch über die Geiseln und deren Behandlung bildeten sich frühzeitig völkerrechtliche Grundsätze aus. Im Ganzen aber konnte das Völkerrecht bei den Alten<sup>1)</sup> schon deshalb keinen auch nur einigermaßen umfassenden Ausbau erhalten, weil die Staaten des Alterthums kein auf friedlichen Verkehr als Regel basirtes Staatensystem bildeten, sondern entweder in schroffer Abschließung von einander beharrten, oder in unablässigem, nur die Wahl zwischen Unterwerfung oder Vernichtung des einen oder des anderen Theiles lassenden Kriegszustande begriffen waren. Gegen den Feind war Alles erlaubt, was zum Ziele führte und die bei humaneren Völkern gleichwohl vorkommenden Milderungen flossen mehr aus der inneren Sitte, als aus dem äußeren Rechte, waren mehr Pflichten gegen ein nationales Gesetz, als Anwendung eines internationalen Rechtes. Von jener Seite her kamen allerdings manche Milderungen, hauptsächlich auf die Religion gestützte, wie bei den Juden durch directe Anordnungen ihrer theokratischen Gesetzgebung, bei Griechen und Römern durch das gleichfalls religiöse Gastrecht. Die Römer, deren Politik durch längere Zeiten einen gemessenen Verkehr mit fremden Völkern bestimmte, bis die Zeit ihrer Unterwerfung reif war, bildeten das Gastrecht auch politisch in dem Institute der *recuperatio* recht wohlthätig aus. Aber da das alles eben nur Sache der bei einem einzelnen Volke ausgebildeten Religions- und Sittenansicht oder politischer Absicht war, so war es auch dem Nachlassen, dem Verfall und mancherlei Ausnahmen in einzelnen Fällen ausgesetzt und konnte nie zur herrschenden Völkersitte werden.

Wie das göttliche Geschenk des Christenthums erst allen Strebungen edler Humanität den rechten Halt, die wahre Grundlage gab, so ward auch durch seine Erhebung zur herrschenden Religion in Europa die erste Bedingung gewonnen, welche ein Völkerrecht überhaupt und namentlich in Kriegszeiten möglich machte. Denn unter christlichen Staaten war wohl, so lange das Christenthum nicht in höherem Grade durchgedrungen war, Streit und Krieg, aber es war nicht ein zum Vernichtungskampfe führender ewiger Gegensatz unter ihnen statthaft. Die Verhältnisse mußten sich nach der Annahme ordnen: daß der Frieden die Regel, der Krieg die Ausnahme sei. Die Staaten mußten sich neben einander als zum selbstständigen Bestehen gleichberechtigt denken; sie mußten Rechte an einander anerkennen. Ueberdem trat mit der Auflösung des römischen Weltreiches die Natur und Bestimmung Europa's in ihre Rechte und es konnte nicht auf die Dauer verborgen bleiben, daß hier eine Mannichfaltigkeit unabhängiger Staaten neben einander bestehen würde und daß sie lernen mußten, sich in dieses Verhältniß zu schicken und es sich gegen-

1) Vgl. Ward, an inquiry into the foundation and history of the law of nations in Europa, from the time of the Greeks and Romans to the age of Grotius. (Lond. 1795.) 2 vol. 8. Wachsmuth, ius gentium quale obtinuerit apud Graecos ante bellorum cum Persis gestorum initium. Berol. 1822. 8. — Heffter, de antiquo iure gentium. Bonn. 1822. 8. — Pütter, Beiträge zur Völkerrechtsgeschichte und Wissenschaft (Leipzig 1843. 8.), S. 23 flg.

seitig zu erleichtern. Hat daher auch Europa seine Zeiten gehabt, wo zwischen gewissen Staaten der Krieg factisch die Regel, der Frieden die Ausnahme zu bilden schien, so ist das doch eben nur ein Factum gewesen, während gar manche Formen des Verkehrs selbst im Kriege darauf angelegt waren, zu bezeugen, daß man immer wieder voraussah, man werde mit demselben Staate, gegen welchen man jetzt mit allen Waffen zu Felde zog, demnächst wieder in Frieden und Freundschaft stehen.

Dennoch war mit obigem Umstande nur die erste Bedingung eines internationalen Kriegsrechtes gewonnen und es hat nicht nur lange gedauert, bevor weitere Complementary hinzutraten; sondern es ist sogar durch die ersten Zeiten des Mittelalters<sup>2)</sup> eher ein Rückschritt und jedenfalls eine Vermehrung mancher Härten des Krieges bemerkbar gewesen, während freilich andere, z. B. das Slaventhum christlicher Gefangener, das Verpflanzen ganzer Volksstämme u. dergl. in Wegfall blieben. Mancherlei Ursachen wirkten zu dem scheinbaren Rückschritte zusammen. Die Rohheit und Gewaltthätigkeit der Zeit und der Menschen überhaupt; der Umstand, daß man viel mit heidnischen Völkern kriegte und gegen diese sich jeder Rücksicht entbunden hielt; die Einrichtung des Militärwesens, welche die Krieger vielfach auf Beute statt Soldes anwies und in jedem Gliede des fremden Volkes einen Feind erblicken ließ; die Verflechtungen des Lehnwesens, in Folge deren mancher Krieg zugleich als Strafvertheilung erschien; hauptsächlich die ungeheuer weite Vertheilung des Kriegsrechtes, welche diese Masse von Privatfehden erzeugte und so vielen Kriegen den Charakter von Bürgerkriegen gab.

Indeß entwickelten sich schon in jenen Zeiten manche Keime einer besseren Gestaltung, die zwar damals den entgegenstehenden Hindernissen nicht gewachsen waren, aber doch schon Manches gemildert und theilweise das Kommende vorbereitet haben. Es ist hier vor Allem die Kirche zu erwähnen. Als ferner in den Kreuzzügen eine geschlossene politische Macht den Kreuzfahrern achtungsgebietend entgegentrat, wo sich Fürsten begegneten wie Kaiser Friedrich II. und Saladdin, wo Verträge, Waffenstillstände, Friedensschlüsse einzugehen, wegen Lösegeld zu verhandeln war u. s. w., da mußte man sich auch in einzelne Sätze eines internationalen Rechtes bequemen und ihnen, durch allseitiges Interesse gebrängt, wenigstens vorübergehende Geltung einräumen. Zudem waren die Grundsätze des Mohamedanismus in Betreff der Behandlung ungläubiger, also feindlicher Völker, zwar, im Sinne des Alterthums, nicht völkerrechtlicher, sondern theokratisch = staatsrechtlicher Entstehung, aber nicht ohne Milde und es sind auch von da aus manche gute Keime gewonnen worden. Hauptsächlich hat das Ritterthum ein wohlthätiges Vorspiel kommender Ordnungen geboten und als sich in weiteren Kreisen die Verhältnisse wiederholten, die in dem engeren Kreise der Ritterschaft jene Grundsätze aufkommen ließen, so ist Vieles von letzteren auf das Weitere übergetragen worden. In der Ritterschaft fand sich nämlich zuerst die Erscheinung

2) Vgl. Pütter a. a. D. S. 47 flg.



eines Kampfes ohne Haß und ohne ein nur durch Vernichtung des Gegners zu befriedigendes Interesse, bei fortwährender Achtung des Gegners. Die Ritter kämpften um der Ehre willen und aus Thatsache, ohne daß sie nothwendig den Gegner hassen oder durch ein anderes Interesse, als das der Ehre, zum Kampfe mit ihm getrieben gewesen wären. Heute Feinde, fochten sie vielleicht morgen unter demselben Banner. Sie waren sich ebenbürtig, aus verwandten, vertrauten Kreisen, aus höheren, hochgeachteten Ständen. Es bildete sich unter ihnen ein sehr zarter und feiner Sinn für ritterliche Ehre aus und dieser ward zu einem sehr punctilösen, etwa dem Comment unserer Studirenden vergleichbaren Coder des Waffenrechtes ausgebildet, in welchem die erwähnten Momente berücksichtigt und solche Anordnungen getroffen waren, die auf dem Gedanken beruhten: daß es hier nicht gelte, um jeden Preis, sondern nur auf wüthige, wahrhaft ehrenvolle Weise den Sieg zu erringen. Deshalb mildernde Vorschriften über den Gebrauch der Waffen, die Anordnung des Kampfplatzes, das Verfahren beim Kampfe selbst, gegen den Mißbrauch zufälliger Vortheile, für großmüthige Behandlung des Uebewundenen u. s. w. Das alles Dinge, die freilich eben nur den Rittern unter einander oder etwa denen, die mit einem echten *preux chevalier* persönlich zu thun hatten, zu Statte kamen, die aber in vielen Punkten dem kommenden Kriegsrechte zum Vorbilde dienten. So auch das Ansagen der Fehde, der Gebrauch und die Heiligkeit der Herolde und Mehreres. Endlich mußte Alles, was darauf hinwirkte, die Staatsgewalt einheitlich zu ordnen und unter den Einfluß berechneter politischer Zwecke zu bringen, allmählich auch in den hier zu besprechenden Beziehungen eine bessere Ordnung anbahnen, weil es überhaupt an Regeln gewöhnte, die Handhabung einer strengeren Kriegszucht ermöglichte, dem Interesse den Sieg über die Leidenschaft verschaffte und das (subjective) Kriegsrecht in wenigeren Händen concentrirte.

Zum Theil aus denselben, zum Theil aus gemeineren Gründen und überhaupt in einer weniger noblen und poetischen Weise bildeten sich analoge Kriegsgebräuche, wie bei den ritterlichen Kämpfen gegolten hatten, bei jenen Solbhausen, welche den Uebergang von dem Ritterthume zu den stehenden Heeren bezeichnen. Die Condottieri's in den unblutigen Kriegen Italiens, die teutschen Landsknechte, die Schweizer in fremdem Sold, diese alle fochten nicht um der Sache, nicht einmal um der Ehre willen — die Schweizer allenfalls aus wildem Kriegsmuthe — sondern für Geld. Sie waren bereit, jeder anderen Fahne zu folgen, wo ihnen mehr geboten ward. Auch sie mußten gewärtig sein, mit dem, gegen den sie heute sich zu schlagen hatten, morgen in demselben Lager vereint zu sein. Daraus bildete sich, besonders in Italien, ein förmliches gegenseitiges Schonen und eine wahre Sorgfalt, daß der Krieg nicht zu viel Menschen kosten solle. Das gab freilich weder den Nichtkriegern einen Trost, die auch unter diesen Kriegen gar Schweres litten, noch konnte es in dieser Weise lange fortbauern; aber auch von da aus ist Manches in das spätere Kriegsrecht übergegangen.

Die rechte Basis aber gewann das letztere erst mit der klareren Her-

ausbildung eines wahren Staatensystems in Europa, eines solchen zumal, in welchem die monarchische Leitung und ein durch sie getragenes, berechnendes politisches Princip prädominirte, und durch die Einführung der stehenden Heere. Nun erst trat der schon oben erwähnte Umstand, daß die Beziehungen der Staaten zu einander nach dem Grundsätze zu ordnen seien: der Krieg sei nur Ausnahme von der Regel des Friedens, in seine vollen Rechte. Die stehenden Heere aber, was man immer über die mit ihnen verbundenen Beschwerden und Schattenseiten sagen möge, haben jedenfalls das große Verdienst, ein humaneres Kriegsrecht möglich gemacht zu haben; ja sie sind als seine Bedingungen zu betrachten. Sie wurden der Mittelpunkt einer strengen, zugleich durch das Ansehen des Staates geweihten Kriegszucht und erhielten auch darin ein Mittel, den von höherer Bildung und Gesittung vorgezeichneten Grundsätzen des Kriegsrechtes auch bei den roheren Werkzeugen Geltung zu verschaffen. Sie traten in festeste Unterordnung unter das Staatsoberhaupt und wurden, von oben herab, nach politischer Berechnung und nicht nach dem Willen, den Leidenschaften und Begierden ihrer einzelnen Glieder gelenkt. Sie erneuerten die Erscheinung von Kriegen, die ohne Haß geführt werden, jedenfalls ohne Haß des Einzelnen wider den Einzelnen. Der Soldat steht unter den Waffen, weil das Gesetz es fordert, äußerer Zwang ihn dazu anhält, oder weil er sich den Fahnen verpflichtet, auch ohne zu wissen, gegen wen sie entfaltet werden würden. Dasselbe weiß er von seinen Gegnern, und so konnten Bestimmungen gewonnen und festgehalten werden, welcherlei Art von Feindseligkeiten und bis wie weit sie gebraucht werden sollten. Der Bürgerkrieg ist auch deshalb so grausam, weil jeder Streitende in ihm den Gegner, der freiwillig auf die andere Seite getreten, als persönlichen Feind bekämpft und mit Leidenschaft haßt, auch den Sieg seiner Sache, die ihm Lebensinteresse ist, nur bei gänzlicher, dauernder Unterwerfung des Gegners erwarten kann. Endlich, erst als stehende Heere begründet waren und damit der Krieg zum Geschäfte eines besonderen Standes, wenn auch, was politisch gefährlich wäre, keines Geburtsstandes, keiner Kaste wurde, erst dann konnten die friedlichen Stände von den Schrecknissen des Krieges möglichst befreit werden. Der Nationenkrieg sieht in jedem Gliede des feindlichen Volkes einen Feind, der bekämpft oder wenigstens unschädlich gemacht werden muß. Im Soldatenkriege kämpft der Soldat nur mit dem Soldaten; das friedliche Gewerbe bleibt verschont, wenn es sich in seinen Grenzen hält oder der unmittelbare Kriegszweck nicht ein Anderes gebietet. Wie nun das Kriegsrecht unter dem Einflusse der neueren Staatsordnungen, der neueren Kriegsweise und der stehenden Heere sich ausgebildet hat, stellt es sich folgendergestalt da.

Unter dem Kriege versteht man den Zustand, wo zwei oder mehrere Staaten die völkerrechtlichen Gewaltthätigkeiten gegen einander ausüben oder ausüben lassen, weil sie sich über ein zwischen ihnen streitig gewordenes Recht oder Interesse auf friedlichem Wege nicht vereinigen. Privatkrieg ist in unseren Staaten nicht mehr statthaft. Bürgerkrieg ist ein Verhältniß, was außer dem Völkerrechte steht. Im Bürger-

Kriege wird in der Regel das Unternehmen des einen Theiles anfangs als Rebellion, das des anderen als gesetzwidrige Unterdrückung behandelt, und die harten Maßregeln von der einen Seite rufen gleiche von der anderen hervor; wozu noch der beiderseitige persönliche Haß kommt. Hier werden die völkerrechtlichen Grundsätze nicht angewendet, wenn nicht auf späteren Stadien dieses Kampfes ein Compromiß der Parteien sie in Kraft setzt. Der Unterschied zwischen Offensiv- und Defensivkrieg ist für unseren Zweck ohne Bedeutung, da er in dem Kriegsrechte selbst nichts ändert. Uebrigens ist es schwer, etwas Sicheres darüber zu bestimmen. Friedrich II. sagte auch, er führe einen Defensivkrieg, als er 1756 über Sachsen hereinbrach. Wichtig ist dagegen der Unterschied zwischen Land- und Seekrieg, da in beiden in wichtigen Punkten verschiedene Grundsätze gelten und das Capitel des Seekriegsrechtes namentlich manche Seiten darbietet, die dem Landkriegsrechte fremd bleiben.

Das Recht, Krieg zu führen, steht nur den Souveränen und denen zu, denen diese dasselbe ausdrücklich delegirt haben. Wer Souverän sei, ist nach der inneren Verfassung jedes Landes, mit Rücksicht auf die Repräsentation des Staates gegen Außen<sup>3)</sup>, zu bestimmen. Dem Inhaber des Kriegsrechtes steht es, so weit nicht die innere Verfassung seines Staates ihn bindet, zu freier Verfügung zu, und die Frage nach der Gerechtigkeit des Krieges ist eine für das practische Recht müßige, ja unlösbare. Denn da man in Ermangelung eines über den Staaten stehenden Gesetzgebers und Richters weder den Gesammtumfang ihrer Rechte so genau, wie dieß bei den Individuen im Staate möglich ist, bestimmen, noch in den Fällen, wo ein Staat ein bestrittenes Recht behauptet, eine Entscheidung versichern kann, welche jeder Theil anerkennen müßte, so ist man genöthigt, der Willkür der Einzelstaaten eben den Krieg entgegenzusetzen und sich bei der Hoffnung zu beruhigen, daß ein Staat nicht ohne Noth sich dessen Wechselfällen aussetzen werde. Eine feste Grenzlinie zu ziehen, welche Kriege rechtmäßig und welche ungerecht seien, ist wenigstens nicht in der Art möglich, wie es der Jurist verlangen würde<sup>4)</sup>, und am wenigsten würde sie mit practischen Folgen anwendbar sein. Denn practische Folgen könnte man ihr nur dann zuerkennen, wenn ein erwiesener ungerechter Krieg als eine völkerrechtswidrige Handlung betrachtet würde und den Unternehmer außer dem Völkerrechte

3) Das Völkerrecht kennt den Begriff der Souveränität nur im älteren Sinne und wird, auch wo die Verfassung ausdrücklich die Volkssouveränität proclamirt, doch nur das Oberhaupt der vollziehenden Gewalt als Souverän erkennen.

4) Schon der alte Moser (Grundsätze des europäischen Völkerrechtes in Kriegszeiten [Tübingen 1752. 8.], S. 87) meint: Fragt man nun, ob es auch möglich sei, zu bestimmen, was für Ursachen nach dem Völkerrechte zu einem Kriege hinlänglich seien, muß man nothwendig mit nein antworten, 1) weil meistens darüber gestritten wird, welches die wahre Ursache sei, warum man die Waffen ergriffen habe, 2) weil der Gegentheil die angegebene Ursache nie für gerecht und hinlänglich erkennt, und 3) weil kein Richter ist, der es entscheiden kann.

setzte. Nun aber würde fast bei jedem Kriege dasselbe von beiden Theilen behauptet werden und es gibt kein Forum, solchen Streit auszumachen. In sehr vielen Fällen ist die wahre Ursache des Krieges gar nicht sofort darzuthun und wie dringend sie sei, vermag weder Niemand so genau zu ermessen, wie der betreffende Staat selbst. Die Geschichte, die den Verlauf der Dinge überseht, mag den erwiesenen ungerechten Krieg mit dem strengsten Urtheile brandmarken, sie mag ihn als unfittlich und gegen alle natürlichen Rechtsbegriffe verstößend bezeichnen; aber das äußere Recht kann keinen Richter bestellen, der den gerechten Krieg vom ungerechten unterscheidet. Könnte es das, es könnte auch den Krieg selbst aufheben. Es muß diese Sache der Klugheit und dem Gewissen der Staaten selbst überlassen bleiben. Wer Krieg anfängt, unterwirft sich einem Gottesurtheile und thut es auf seine Gefahr. Die Gewohnheit ungerechter Kriege würde den Kriegführenden aller Freundschaft anderer Nationen berauben und ihm Schaaren von Feinden auf den Hals ziehen. Die Vorschriften des inneren Staatswesens und der Cultur überhaupt, welche die friedlichen Interessen gegen jede Störung bewaffnen, müssen das Weitere beitragen, unnöthige Kriege möglichst zu verhüten. Ein nöthiger Krieg ist niemals, ein unnöthiger allemal ungerecht, aber die letztere Schuld liegt nur zu oft auf beiden, zuweilen selbst auf dritten Seiten. Strafkriege gibt es, wenigstens rechtlich, nicht, und die Ursache zum Kriege hat auf das Recht im Kriege keinen Einfluß. Keine Nation kann die Gründe, warum sie Krieg führt, dem richterlichen Urtheile einer anderen unterwerfen.

Der Souverän kann, wie bemerkt wurde, sein Kriegsrecht delegiren, und zwar geschieht dieß theils an die Vorsteher entlegener Besitzthümer, Colonien, Vasallenreiche u. dergl., theils an privilegirte Compagnien und Corporationen, z. B. die ostindische Handelcompagnie. Dagegen werden die Kaper mit Unrecht unter diesen Delegirten angeführt, da denselben nicht das Recht zur Unternehmung eines Krieges delegirt ist, sondern sie nur in einem von Souverainen geführten Kriege ermächtigt sind, Feindseligkeiten in gewisser Selbstständigkeit zu begehen. Hier kommen wir nämlich auf den Begriff der rechtlichen Feinde, d. h. derjenigen, welche zur Begehung von Feindseligkeiten im Kriege berechtigt sind und gegen welche daher der Krieg dem Völkerrechte gemäß geführt wird, während Andere, wenn sie gleichfalls Feindseligkeiten begehen, als Verbrecher oder Rechtlose behandelt werden können. Es begründet sich diese Unterscheidung theils auf dem früher erwähnten Umstand, daß nur durch Beschränkung der Feindseligkeiten auf gewisse Classen die Kriegführenden in den Stand gesetzt werden, die völkerrechtlichen Milderungen eintreten zu lassen<sup>5)</sup>, theils darauf, daß man nur bei jener Classe die Disciplin er-

5) Namentlich würde der Angreifende, der in ein fremdes Land bringt, in das er unmöglich seine ganze Nation mitführen kann, in den größten Nachtheil versetzt sein, wenn er mit der ganzen fremden Nation zu kämpfen hätte, und sie gleichwohl mit der Schonung behandeln müßte, die er jetzt dem Soldaten auf der einen und dem friedlichen Bürger auf der anderen Seite angedeihen läßt.

wartet, welche auf die gegenseitige Einhaltung eines rechtlichen Verfahrens rechnen läßt. Als solche rechtliche Feinde gelten nun 1) Alle, welche unmittelbar zum Zwecke der Kriegsführung im Dienste des Staates oder seiner Delegirten stehen; speciell, in Landkriegen die stehenden, fortwährend besoldeten und uniformirten Truppen, zur See die Mannschaften der Kriegsschiffe; 2) diejenigen einzelnen Unterthanen, welchen der Staat durch Patente- oder Kaperbrieife, oder sonst durch ausdrückliche Bevollmächtigung, das Recht erteilt hat, in einem von ihm geführten Kriege Feindseligkeiten zu begehen, ohne dabei in directem Zusammenhange mit seinen Heeren und bestimmter Unterordnung unter diesen zu stehen. Man hat jedoch Einzelnen aus dieser Classe die Eigenschaft als rechtliche Feinde zuweilen bestritten und mußte es aus einem bald zu erwähnenden Grunde. Nicht zu bestreiten wird sie denen sein, die sich wirklich für längere Zeit lediglich dem Zwecke des Krieges widmen, einen Sold erhalten und Uniform tragen. Man bestreitet es auch den Kapern nicht, obwohl sie, wie in Landkriegen die gleichfalls als rechtliche Feinde betrachteten, vom Staate autorisirten und uniformirten Freicorps, in einigen Punkten etwas ungünstiger behandelt werden, als die regulären Truppen. Das hat nämlich seinen Grund darin, daß man von ihnen auch ein etwas weniger geregeltes Verfahren erwartet, theils wegen geringerer Disciplin und Unterordnung, theils weil sich bei ihnen allerdings in der Regel der Privatvortheil in den öffentlichen Dienst mischt und sie in dem Kriege mehr suchen, als: ihrem Kriegsherrn dienen. Bestritten ist Manches hinsichtlich 3) der Volksbewaffnung. Gegen diese war eigentlich das Völkerrecht, aus den oben angegebenen Gründen, nicht zu beobachten. Indes hat in neueren Zeiten, in Folge der veränderten Organisationen, das mit dem Wechsel der Verhältnisse sich naturgemäß fortbildende Völkerrecht einen Unterschied gemacht und gesteht den Milizen, Landwehren, Nationalgarden u. s. w., wenn sie durch Ausrücken ins Feld, Uniformirung und den Truppen analoge Besoldung oder Verpflegung für die Dauer des Krieges ganz auf gleiche Stufe mit dem stehenden Heere treten, die Eigenschaft des rechtlichen Feindes zu. Dagegen wird dieselbe dem Landsturm oder dem Aufgebot in Masse nicht eingeräumt. Man will es nicht gestatten, daß der Bürger an seinem Heerde bleibt, sein Geschäft treibt, gleichwohl gegen den Feind mit Waffen auftritt und den nächsten Tag wieder seinem friedlichen Berufe nachgehen will. Wo daher solche Erscheinungen vorkommen, da hält man sich berechtigt, die Gefangenen wie Räuber zu behandeln: gibt kein Pardon, straft mit schimpflichem Tode, confiscirt Hab und Gut, plündert und verbrennt die Wohnungen u. s. w. Es wäre denn, daß man Repressalien zu fürchten hätte oder sonst aus Klugheitsgründen Schonung eintreten ließe.

Den Inbegriff dessen, was im Kriege üblich und erlaubt ist, nennt man Kriegsregeln; den Inbegriff dessen, was bei civilisirten Nationen angenommen worden, um die Uebel des Krieges möglichst zu mildern und was zuletzt darauf hinausläuft, daß im Kriege nicht mehr Unheil gestiftet werden soll, als der unmittelbare Zweck des Krieges, also die Absicht erfordert: den Gegner auf den Punkt zu bringen, daß er sich

beseigt erklären und nachgeben muß, nennt man *Kriegsmantel*; die Gründe endlich, aus denen in einzelnen außerordentlichen Fällen, um des Kriegszweckes willen, von gewissen Bestimmungen der *Kriegsmantel* abgegangen werden darf, nennt man *Kriegsraison*.

Im Mittelalter hielt man darauf, daß die Fehde angefangen werden mußte, und von da her pflanzte sich auch in neuere Zeiten der Gebrauch der *Kriegserklärungen*. Doch sind dieselben in den letzten Kriegen auch zuweilen unterlassen worden und gelten jedenfalls nicht mehr für nothwendig. Da es jedoch in manchen Fällen rechtlich wichtig wird, einen bestimmten Anfangspunkt des Krieges zu gewinnen, so hat man dieß theilweise in besonderen Verträgen bestimmen müssen und dazu vielleicht die Abreise des Gesandten gewählt, oder im späteren Frieden einen Tag namhaft gemacht. So ist auch häufig durch besondere Verträge oder Herkommen eine Zeit festgesetzt worden, binnen welcher feindliche Personen und Güter, die bona fide in das Land gekommen, dasselbe ungehindert wieder verlassen dürfen<sup>6)</sup>. Außerdem kann man sie mit Embargo belegen, bis man weiß, wie der Feind in gleicher Hinsicht verfährt. Doch auch hierbei wird eine beachtenswerthe Consequenz beobachtet. Man pflegt nämlich das Embargo nur auf Staatseigenthum und auf seawärts eingeführte Güter zu legen, weil nur diese beiden Gütercomplexe im Kriege selbst als verfallen zu betrachten sein würden.

Was nun den Krieg selbst anlangt, so handelt es sich zuvörderst um die Feindseligkeiten gegen die Personen. In dieser Beziehung ermächtigt das Kriegsrecht, diejenigen Individuen, welche Feindseligkeiten begehen oder begehen wollen, sobald sie sonst als rechtliche Feinde zu behandeln und daher keinem Strafrechte ausgesetzt sind, doch unschädlich zu machen, nicht aber sie unnöthiger Weise zu mißhandeln oder zu tödten. Deshalb wird eine absichtliche Verwundung oder Tödtung in der Regel nicht gestattet 1) bei Kriegsgefangenen. Dahin gehören nicht bloß die, welche mit Wort oder Zeichen um Pardon bitten, sondern auch die, welche zu fernem Widerstande unfähig geworden sind. Ausnahmen von dieser Schonung treten aber ein: zur Strafe für Verbrechen des fraglichen Individuums, ferner als Repressalle, dann aus Kriegsraison, wenn die eigene Lage es unbedingt nothwendig macht, wiewohl auch da, wo es irgend thunlich, der Ausweg, die Gefangenen auf Ehrenwort zu entlassen, ergriffen werden soll; endlich bei nächtlichen Gefechten oder Ueberräufen und bei Eroberungen mit Sturm, weil bei diesen Vorgängen theils gleichfalls die *Kriegsraison* es gebietet, theils die entfesselte Leidenschaft der Krieger sich nicht mehr vollkommen zügeln läßt. 2) Dürfen nicht absichtlich getödtet oder verwundet werden: die zur Armee gehörigen Nichtcombattanten. Hierher rechnet man: Geistliche, Aerzte, Wundärzte, Apotheker, Auditeurs, Marketender, Lieferanten, Civilverwaltungsbeamte, Trommelschläger und sonstige Musiker, Dienstleute. 3) Sentenzen denselben Schutz alle friedlichen Glieder des feindlichen Volkes, so lange

<sup>6)</sup> Klüber, droit des gens moderne de l'Europe. (Stuttgart 1819. 8.) T. I. p. 396 sq.

sie nicht zu den Waffen greifen und Feindseligkeiten begehen. Der Krieg wird bloß von und zwischen den Kriegeren geführt.

Aber auch gegen die, deren Verwundung und Tödtung verstatet ist, darf dieselbe keineswegs durch alle und jede Mittel versucht werden und zwar ist hier im allgemeinen der Grundsatz entscheidend, daß solche Mittel völkerrechtswidrig sind, welche eine unnöthige Grausamkeit enthalten oder gegen die keine Klugheit oder Tapferkeit schützen kann. Deshalb verstatet man zwar den Gebrauch von Kriegslisten, aber sie dürfen nicht mit dem Bruche eines gegebenen Wortes verbunden sein. Man gestattet die Tödtung, aber man verbietet den Meuchelmord. Um nicht zu diesem zu reizen, ist es völkerrechtswidrig, einen Preis auf den Kopf eines bestimmten Feindes zu setzen und um nicht zur Tödtung der Gefangenen, Verwundeten, Wehrlosen u. s. w. zu verführen, ist das Bezahlen feindlicher Köpfe überhaupt verboten. Auch nicht alle und jede Waffen darf man gebrauchen. Aus dem Grunde unnöthiger Grausamkeit untersagt man: das Schießen mit Stücken von Eisen, mit Glas, Nägeln, Steinen, gehacktem Blei, mit doppelten, zerschnittenen, eckigen Kugeln. Doch bringt hier die Kriegstraifen manchmal Ausnahmen mit sich. In der Noth hilft sich jeder, wie er kann, und Sarrera, dem sein Belagerer wegen völkerrechtswidriger Ladung Vorwürfe machte, erbot sich, sofort zu der Regel zurückzukehren, wenn ihm bessere Munition geliefert würde. Unbedingt verboten ist jedoch der Gebrauch des Giftes, als eines ehelosen und keinen Widerstand zulassenden Mittels: die Vergiftung der Brunnen, Magazine, Waffen, der feindlichen Anführer. Sonst nimmt man es mit der Moralität der Mittel im Kriege so sehr genau nicht, und es ist keineswegs verboten, die feindlichen Unterthanen durch Bestechung oder sonst zum Abfall, zum Verrath zu verleiten u. dergl. Denn das sind Mittel, denen sich entgegenwirken, mit denen es sich aufnehmen läßt.

Die nicht mehr zum Widerstande fähigen oder willigen Feinde werden gefangen genommen. Aber auch dieses Recht erstreckt sich nur auf die Armeen und was ihnen gleichsteht, nicht auf das friedliche Volk. Selbst die Nichtcombattanten bei der Armee werden in der Regel zurückgeschickt, wenn sie auch im Momente der Ergreifung wie Gefangene behandelt werden dürfen. Dem Gefangenen ist man nämlich, von besonders verabredeten Bedingungen abgesehen, zwar schuldig, das Leben zu lassen; seine Waffen fallen aber dem siegreichen Souverän zu und er selbst kann im Momente der Gefangennahme bis auf die nothdürftige Bekleidung geplündert werden. Es ist dieß zwar immer ein Act der Nothheit, seine Duldung aber im Interesse der Humanität. Denn da sich eine Controle hier gar nicht durchführen läßt und den Soldaten, oder noch mehr dem Troß der Armee nicht verwehrt werden kann, die Todten der bei sich habenden Gegenstände zu berauben, so würde, wenn die Plünderung der Gefangenen verboten wäre, mancher Verwundete und Wehrlose getödtet werden, mit dessen Gefangennahme man sich jetzt begnügt. Es beschränkt sich auch das Recht lediglich auf den Moment der Gefangennahme. Sobald der Gefangene unter eine rechtliche Autorität getreten

ist, tritt er in den gesicherten Zustand zurück und was er nur immer gerettet hat oder erhält, ist sein sicheres Eigenthum. Daran, daß sein gesamtes Vermögen, auch was er nicht bei sich trägt, dem Sieger verfiel, ist ohnedies nicht zu denken und der neuere Kriegsgebrauch macht es auch unthunlich, es ihm unter der Form des Lösegeldes abzupressen. Denn auch hinsichtlich der Gefangenen geht jetzt das Recht des Siegers nicht weiter, als sie für die Dauer des Krieges unschädlich zu machen und mit geschlossenem Frieden stellt sich ihre Freiheit her. Hierin der schärfste Ausdruck des Grundsatzes, daß der Krieg nur die Ausnahme, der Friede aber, und zwar nicht ein bloß passiver, sondern ein activer, ein Zustand der Freundschaft und Bruderschaft, die Regel bildet. Welche gewaltige Vorschritte auf der Bahn der Entwicklung der Humanität liegen doch in diesen Uebergängen in Betreff der Behandlung der Besiegten. Ob die Gefangenen von Kannibalen geschlachtet und verzehrt, ob sie von geistig geweckteren, aber moralisch noch mehr verwilderten, zum Ergötzen der Sieger, zu Tode gemartert, ob sie von einem höher gestimmten Volke den Göttern geopfert, ob sie von Weltherrschern über ganze Welttheile weg verpflanzt oder verstreut, ganze Nationen in andere Sitze getrieben, ob sie von der practischen Nützlichkeitsrücksicht zum Sclavenstande verurtheilt, ob sie darin nach römischer oder nach germanischer Art behandelt, ob sie, wie später, bloß in einer Art ehrenvoller, das Recht der Freiheit nicht verwirkender Gefangenschaft gehalten werden, aber darin bis zu einer Loskaufung von eigener oder fremder Seite verharren müssen, oder ob sie, nach heutiger Art, während des Krieges losgekauft oder mit dem Frieden in Bausch und Bogen entlassen werden, was knüpfen sich nicht daran für Schlüsse auf den Culturstand der Zeit und des Volkes, für Wirkungen auf menschliches Wohl und Wehe!

Die Gefangenen müssen sich dem unterwerfen, was der Sieger für nöthig befindet, um sie zu verhindern, daß sie nicht während desselben Krieges wieder als Feinde gegen ihn auftreten. Man kann sie in Städten, Festungen, entlegenen Provinzen, im Nothfalle, oder wenn sie die Flucht versucht haben, auch in eigentlichen Gefängnissen aufbewahren. So lange man aber solche Sicherungsmittel gegen sie trifft und sich nicht durch ihr Ehrenwort eine mildere Bürgschaft erwirkt, können sie wegen etwaiger Fluchtversuche mit einer Strafe nicht belegt, auch, wenn sie glücklich entkamen und wieder gefangen wurden, nicht etwa als Deserteurs behandelt werden. Haben sie dagegen ihr Ehrenwort gegeben, nicht entfliehen, oder, wenn man sie ganz entließ, eine bestimmte Zeit lang nicht wider uns dienen, oder sich zu bestimmter Zeit, oder auf Verlangen wieder bei uns einstellen zu wollen, und brechen sie, ohne gerechten Anlaß, diese Bedingungen, so werden im Wiederergriffungsfalle Officiere streng, wohl mit dem Tode, Soldaten aber nur dann nicht bestraft, wenn sie ihr eigener Souverän wieder zum Dienste gezwungen hatte. Wird dagegen der Ort, an den der Gefangene von uns gewiesen wurde, von seiner Partei wieder erobert, oder wird der Gefangene der ihn fortführenden Bedeckung entziffen, so bindet ihn auch das Ehrenwort nicht mehr; wohl aber bindet es ihn, wenn er selbst den Ort, durch dessen



Eroberung er factisch befreit worden, sich gewählt hatte. Als Grund, das Ehrenwort zu brechen, gilt übrigens die Nichterfüllung der Bedingungen, unter denen es gegeben ward und so namentlich eine erneute oder verschärfte Beschränkung der Freiheit. — Der Sieger hat den Gefangenen den nothdürftigen Unterhalt zu reichen, kann sie aber dafür zu ihrem Stande angemessenen Arbeiten verwenden. Oft werden jedoch Cartels über Besoldung der Gefangenen durch ihren Kriegsherrn abgeschlossen oder die Kosten beim Frieden verglichen. Jedensfalls geben die aufgewendeten Kosten, nach geschlossenem Frieden, kein Retentionsrecht an der Person oder den Besitzthümern der Gefangenen. Das Selbstranzioniren der Gefangenen hat sich seit Einführung der stehenden Heere verloren. An seine Stelle trat ein auch während des Krieges fortwirkendes, auf Uebereinkünfte gestütztes Auswechslungssystem, wobei der Gemeinde zu einer bestimmten Summe, der höhere Grad zu einer bestimmten Zahl Gemeiner angeschlagen und der Ueberschuß in Geld ausgeglichen ward. In den Revolutionskriegen gab Frankreich nur die Auswechslung von Mann gegen Mann, Grad gegen Grad zu, weshalb überhaupt in diesen Kriegen meistens nur einzelne Auswechslungen bestimmter Personen stattfanden. Beim Frieden werden die Gefangenen von beiden Seiten unbedingt freigelassen.

Noch kommen sowohl Personen vor, welche unter einem besonderen Schutze des Völkerrechts stehen, als solche, die einer härteren Behandlung, als die gewöhnliche, ausgesetzt sind. Zu den ersteren gehören zuvörderst die Monarchen und die Glieder ihrer Familie. Es gilt für völkerrechtswidrig, absichtlich diese Personen zu tödten oder ihren Tod zu bezwecken und auch außerdem hat der Gebrauch, besonders im 18. Jahrhunderte, mancherlei besondere Rücksichten für sie eingeführt, welche den Grundsatz, daß die europäischen Monarchen eine große Familie bilden, im Gedächtniß erhalten sollten. Ferner gehören hierher die Parlamentärs, die Nachfolger der Herolde. Soll nämlich dem Feinde ein Brief, oder ein Unterhändler, oder sonst eine in friedlicher Absicht erscheinende Person zugesandt werden, so sendet man einen Trommler oder Trompetet ab, dem man den Brief mitgiebt oder den die Person begleitet. Gegen diese allein und ohne Feindseligkeit erscheinenden Personen darf keine Gewalt geübt werden. Sie halten an dem ersten Vorposten, dem sie ein Signal mit ihrem Instrumente geben und geben dort den Brief ab oder melden die Person an. Beides kann abgewiesen, Gewalt aber erst dann gebraucht werden, wenn die Parlamentärs sich, nach wiederholter Aufforderung, zu entfernen weigern. Im Seekriege dienen die mit weißer Parlamentärflagge bezeichneten Schiffe zum gleichen Zwecke. Es versteht sich, daß ein Mißbrauch dieser Unverletzlichkeit, zum Zwecke vielleicht der Verschleierung eines Ueberfalles geübt, gleichfalls grobe Verletzung des Völkerrechts sein würde. Ferner die Salvogarden, welche zurückgelassen wurden, um bestimmte Orte, Häuser, Personen, in besonderen Schutz gegen die eigenen Truppen zu nehmen. Sie müssen dafür auch von ihren Segnern respectirt und ohne Gefahr und Verlust den Ihrigen nachgeschickt werden, so lange sie wenigstens nicht ihrerseits Feindseligkeiten begehen.

Einer ausnahmsweise harten Behandlung sind dagegen im Kriege zunächst die Spione ausgesetzt, Leute, die sich unter dem Scheine des Freundes oder Neutralen in den Bereich eines Kriegführenden wagen, um den Stand seiner Angelegenheiten auszuforschen und seinen Gegner davon in Kenntniß zu setzen. Zum Begriffe des Spions gehört keineswegs, daß das Geschäft für Lohn verrichtet wird, wohl aber die Heimlichkeit, der Anschein der friedlichen Absicht. Das bloße Umsehen und Erkundigen der offen als Soldaten und Feinde sich Ankündigenden macht natürlich nicht zum Spion. Die Spionerie wird nicht erst dann als vollendet betrachtet, wenn die erkundeten Nachrichten dem Feinde bereits zugetragen sind, sondern der Versuch so hart geahndet, wie die gelungene Unternehmung; ja es wird hier in der Regel nur der Versuch bestraft. Endlich entschuldigt der erhaltene Auftrag und selbst Befehl dem Spion keineswegs<sup>7)</sup>. Schon daraus kann man abnehmen, daß man es auch hier nicht mit einer eigentlichen Strafe, sondern auch nur mit einer Art von Gegenwehr zu thun hat, die nur deshalb über das bloße Unschädlichmachen, was gegen den mit offener Gewalt verfahrenen Feind die Grenze bildet, hinausgeht und den Charakter der Abschreckung annimmt, weil man sich eben gegen den mit Verstellung und List Verfahrenen nicht anders schützen zu können glaubt. Auch darin liegt der Beweis jener Annahme, daß das strenge Verfahren nur gegen den auf frischer That erappten Spion angewendet zu werden pflegt, keineswegs aber gegen den später, unter unverfänglichen Umständen Betroffenen. Aber freilich mag auch das Zweideutige des Charakters, was das Geschäft des Spions in der Regel indicirt, etwas dazu beigetragen haben, daß man so wenig Umstände und Schonung gegen ihn beobachtet. Der Spion wird in der Regel nach kürzestem Prozeß getödtet und zwar zumelst mit schimpflicher Todesart. Gegen den, der bloß Nachrichten über die Verhältnisse des Kriegführenden besitzt oder außerhalb seines Bereiches sammelt, ohne sie auf dem Wege der Spionerie erworben zu haben, oder der sie ohne nachtheilige Absicht erkundete, ist nur, nach Umständen, mit Wegnahme des Gesammelten oder Detention bis nach verschwundener Gefahr zu verfahren<sup>8)</sup>. — Todesstrafe droht auch den sogen. Freibeutern (Schnapphähnen, partis bleus), welche auf eigene Hand und ohne irgend dazu autorisirt zu sein, in der Regel auch nur im eigenen Interesse, Feindseligkeiten begehen. Ihnen darf sich auch der friedliche Bürger widersetzen, ohne sich dadurch seines völkerrechtlichen Schutzes verlustig zu machen. — Endlich steht das Völkerrecht nicht entgegen, daß gegen wieder gefangene Deserteure, auch wenn sie in die Dienste einer kriegführenden Macht getreten, mit Strafen verfahren wird; so wie auch die völkerrechtlichen Schuzmittel von denen verwirkt werden, die sich entsprechender völkerrechtlicher Verbrechen schuldig gemacht.

7) Eine Frage, die wir uns nicht zu beantworten getrauen, wäre, ob der Soldat dem Befehle, zu spioniren, gehorchen muß. Sie ist nicht völkerrechtlich.

8) Vattel, S. 231. Klüber l. c. S. 261. sq. v. Kampff, Beiträge zum Staats- und Völkerrechte I. S. 61.

Wir kommen nun zu den Kriegsmitteln gegen Sachen. Hier haben wir hauptsächlich zwischen dem Landkriege und dem Seekriege zu unterscheiden. Der Zweck des Krieges ist in dem christlich-europäischen Staatswesen keineswegs: dem Feinde so viel Schaden zu thun als nur immer möglich, sich so viel Gewinn zu schaffen, als sich nur immer erlangen läßt, sondern er ist: den Feind in die Lage zu bringen, daß er unseren für gerecht gehaltenen oder ausgegebenen Forderungen nachgeben muß, daß er uns nicht mehr widerstehen kann. Wo sich daher ein milderes Mittel darbietet, dessen gelungene Anwendung im allgemeinen den Zweck verbürgt, da hat man nicht zu härteren zu greifen, und nachdem sich die Völkersitte und die Verhältnisse über die Zulänglichkeit gewisser Kriegsmittel entschieden haben, kann die Anwendung härterer auch nicht durch den Nichterfolg der milderen entschuldigt werden. Im Landkriege kann der Zweck des Krieges wesentlich, außer durch die Wehrlosmachung der Krieger des Feindes, durch die Besiznahme seines Gebietes und dessen entscheidenden Positionen erreicht werden. Dadurch und durch nichts so sicher wird der Gegner zum Nachgeben genöthigt oder zum Widerstande entkräftet. Ueberdem hat der Krieg sehr oft direct die Wegnahme von Gebietstheilen zum Zwecke und jedenfalls wird durch Besetzung des Gebietes der Streitkraft des Feindes ihre wichtigste Unterlage entzogen; zumal so viel die in Landkriegen verwendete Streitmacht anlangt. Aus allen diesen Gründen konnte die Völkersitte den Landkrieg darauf beschränken, daß er sich auf temporäre oder bleibende Eroberung (Besiznahme von Gebiet), nicht auf Beute (Wegnahme beweglicher Sachen) richte und die Annahme dieser im Interesse der Humanität und Cultur so wichtigen Richtschnur wird nun durch die strenge Zucht der stehenden Heere und durch das Vortreten der Staatsgewalt, welche nur den politischen Zweck und nicht den Sondervortheil ihrer Werkzeuge ins Auge faßt, erleichtert.

Im Landkriege geht daher der auf Sachen gerichtete Kriegsplan nur gegen das Gebiet und auf dessen möglichste Besiznahme. In so weit hat man sich von dem Principe der früheren Völkerkriege entfernt und den Krieg als ein bloß zwischen den Staatsgewalten obschwebendes Verfahren aufgefaßt, daß man auch hier den Begriff des Gebietes im engsten und eigentlichen Sinne nimmt und keineswegs, wie zu den Zeiten der Römer und Franken, die Eroberung auf alles unbewegliche Gut erstreckt, sondern mit dem Gebiete nur eben die Macht des Gebieters und höchstens das öffentliche Grundeigenthum erobern läßt<sup>9)</sup>. Der Sieger verdrängt die zeitlichen Träger der Staatsgewalt aus dem Gebiete, das er besetzt und macht sich, statt ihrer, zu dessen Gebieter. Dagegen wird

9) Es ist auch eine falsche Ansicht, als sei eigentlich auch das unbewegliche Privateigenthum verfallen und würde nur durch die Requisitionen und Contributionen losgekauft. Wie noch das Privateigenthum erobert wurde, nahm man außerdem noch viel mehr, als jene Gegenstände, und auch wo man nicht requirirt, noch Kriegssteuern ausschreibt, oder die ausgeschriebenen nicht beizutreiben vermag, ist man doch nicht darauf g'fallen, deshalb das unbewegliche Privateigenthum für verfallen zu erklären.

der Krieg nicht gegen das Privateigenthum gerichtet und zwar auch gegen das bewegliche nicht. Das öffentliche bewegliche Gut mag, wenn es in die Hände des Feindes fällt, von diesem als gute Beute betrachtet werden, namentlich alles Kriegsgeräth und Geld in öffentlichen Kassen, bildet aber schon factisch nicht wohl ein Ziel des Kriegsplanes. (Auch wurden, bis zur Revolution, die Kunst- und wissenschaftlichen Sammlungen als ein an die Orte ihrer Aufbewahrung gebundenes Gemeingut aller gebildeten Nationen und deshalb als unantastbar betrachtet, so wie es auch eine, jedoch weniger streng beobachtete Sitte war, die zur Ausstattung der Schlösser des feindlichen Regenten und die zum Gottesdienste dienenden Geräthe zu schonen.) Das Privateigenthum, auch das bewegliche, bleibt frei. Es sind auch die in neueren Zeiten gewöhnlich gewordenen Requisitionen (von Naturalbedarf) und Contributionen (Kriegssteuern) schwerlich, wie man gemeinlich thut, als eine Abklausung der Plünderung zu betrachten, welche letztere, auch ohne die Ausschreibung jener unterlassen wird, außer in Fällen, wo sie auch nach und neben jener statthaft ist. Jene Requisitionen und Contributionen begründen sich vielmehr auf ihre Beziehung nicht zu dem Zwecke und Plane, sondern zu dem Bedarfe des Krieges und beruhen zuletzt auf demselben Principe, nach welchem der Soldat dahin einquartiert wird, wo er Platz findet, sich von seinen unfreiwilligen Wirthen beköstigen läßt u. s. w. und nach welchem, ungeachtet das Sengen und Brennen völkerrechtswidrig ist, doch ganze Vorstädte ohne Umstände niedergebrannt werden, wenn sie der Belagerung oder Vertheidigung eines Platzes hinderlich sind. Erst wenn jene Belastungen über den nächsten, durch die Besetzung der betreffenden Gegend veranlaßten Kriegsbedarf hinausgehen und auf eine wahre Bereicherung des Siegers oder seiner Werkzeuge abzielen, möchten sie in obigem Lichte zu betrachten sein und daß dieß in den französischen Kriegen auf Seiten der Franzosen öfters der Fall war — wie freilich früherhin theilweise auch, z. B. unter Karl XII. und Friedrich II. — bekundet allerdings einen Rückschritt. Uebrigens verstattet das Völkerrecht auch die wirkliche Plünderung: als Repressalie, als Strafe und bei Eroberung eines Platzes mit Sturm. Letzteres schon, weil es bei solchen Gelegenheiten schwer halten würde, ein Verbot aufrecht zu halten.

Ganz anders sind die Verhältnisse der Seemächte und des Seekrieges. Seemächte sind zugleich Landmächte und während mit der im eigenen Lande besiegten Landmacht zugleich ihre Seemacht besiegt ist, wird keineswegs durch die besiegte Seemacht zugleich die Landmacht nothwendig widerstandslos gemacht. England schlug alle Flotten der Franzosen, nahm alle ihre Colonieen weg und schloß ihre Schiffe in den Häfen ein, ohne daß dadurch irgend Frankreich besiegt gewesen wäre. Der Seekrieg gibt nicht oder höchst selten Gelegenheit, solche Eroberungen zu machen, die den Besiegten zum Nachgeben nöthigten, solcher Punkte sich zu bemächtigen, nach deren Besetzung an keinen Widerstand weiter zu denken wäre. Er würde fast völlig nutz- und zwecklos, ein bloßes Spiel sein, wenn er bloß gegen Kriegsschiffe gerichtet werden dürfte, das Handelsschiff auch des Feindes aber unangetastet lassen müßte. Dann hätten die Kriegs-

schiffe nur etwa den Zweck noch, den Zugang zu einzelnen Plätzen zu beschützen. Dazu kommt, daß Seemächte zugleich Concurrenten in Handel und Schiffahrt zu sein und maritime Interessen zu haben pflegen und es wird erklärlich, daß der Seekrieg wesentlich nicht auf Eroberung, sondern auf Beute gerichtet ist, es von jeher war und wohl bleiben wird, so lange Seekriege und Seemächte noch existiren. Höchstens wird man vielleicht einmal dahin kommen, das Austheilen von Kaperbriefen an Private allseitig zu unterlassen. Sein Kriegsplan geht darauf, dem Handel und der Schiffahrt des Feindes so viel Abbruch als möglich zu thun, um ihn dadurch zum Nachgeben zu nöthigen, oder im ungünstigsten Falle wenigstens auf dieser Seite eine Ausgleichung und einen Vortheil aus dem Kriege zu ziehen. Das ist auch niemals practisch bestritten worden und in allen Seekriegen gehen alle Mächte auf Beute aus, d. h. sie suchen sich der auf der See befindlichen Güter des Feindes, gleichviel ob sie Staats- oder Privateigenthum sind, zu bemächtigen.

Die Zweifel und Streitpunkte, die sich gleichwohl in Betreff des Seekrieges ergeben, fließen alle aus der Stellung des Neutralen dabei und lassen sich gleich bei dem Hauptstreitpunkte am deutlichsten ins Licht stellen. Seit den ältesten Zeiten bis gegen den Anfang des 18. Jahrhunderts hat sich der Grundsatz in unbestrittener practischer Gültigkeit erhalten, daß der Seekriegführende das Gut des Feindes auf dem Meere aufsuchte und wegnahm, wo immer er es fand, dagegen das neutrale Gut auch auf feindlichen Schiffen verschont ließ. Das bestimmte schon das die Seerechtsgebräuche der Seehandel treibenden Nationen um die Mitte des 13. Jahrhunderts zusammenstellende Seeconsulat<sup>10)</sup>, und es blieb dieser Grundsatz auch weiterhin in Wirkung. Aus ihm ergab sich das Recht der Kriegführenden, auch neutrale Schiffe anzuhalten, zu untersuchen und ihnen feindliche Güter wegzunehmen. Je mehr nun allmählig namentlich kleinere Nationen, deren Marine wohl zum Betriebe der Handelsschiffahrt, nicht aber zum Seekriege stark genug war, sich auf dem Meere sehen ließen, für desto Mehrere fielen die Seekriege indirect lästig, desto dringender wurde aber auch das Bedürfniß herrschender Seemächte, die alten Grundsätze aufrecht zu erhalten. Die Beschwerden erwuchsen weniger daraus, daß im Seekriege auch manches neutrale Gut am Bord feindlicher Schiffe zerstört werden mag; denn das war ein nicht häufiges und von dem Absender vermeidbares Uebel. Wohl aber fielen die Visitationen und fiel das indirecte Verbot, feindliche Güter zu verschaffen, den Neutralen lästig. Wie nun allmählig einzelne Mächte sich zu vorwiegenden auf dem Meere erhoben, so kamen ihre zunächst schwächeren Concurrenten, die mit jenen im Kriege waren und denen dann die durch das Seeglück jener bewirkte Abschließung vom Seehandel und von ihren Colonieen beschwerlich ward, auf den Gedanken, daß sich die Sache beseitigen lasse, wenn man einen neuen Grundsatz ins Völkerrecht einführe,

10) Cap. 273. S. übrigens: Engelbrecht, corpus iuris nautici. Lub. 1790. 4.

den Grundsatz: frei Schiff macht frei Gut, daß nämlich auf neutralen Schiffen auch das feindliche Gut unangetastet bleiben müsse, womit allerdings der neutrale Handel so gut wie allen nachtheiligen Folgen des Seekrieges enthoben worden wäre. Consequent mußte man freilich nun auch sagen: unfrei Schiff macht unfrei Gut, d. h. auf feindlichem Schiffe ist auch das neutrale Gut verfallen, insofern das that nur dem in Kriegszeiten ohnedies kaum vorkommenden Frachtfuhrhandel des Kriegführenden Eintrag. Frankreich, das am entschiedensten in dem Falle war, viel Seehandel zu treiben und auch bei jedem Seekriege mit England den Kürzern zu ziehen, strebte natürlich, den neuen Grundsatz zur Geltung zu bringen und fand ebenso natürlich bei den kleineren neutralen Mächten willigen Anhang. Es gelang auch seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts, in mehrere Friedensschlüsse<sup>11)</sup> die Clausel zu bringen, daß bei künftigen Seekriegen zwischen den contrahirenden Theilen die neuen Grundsätze gelten sollten und auch England hat derartige Verträge abgeschlossen. Während aber Frankreich behauptete, durch diese Verträge sei das ältere Seerecht allgemein abgeschafft und ein neues an dessen Stelle gesetzt, vertritt England die Gegenseite und will die Verträge nur auf die speciellen Fälle und contrahirenden Theile beschränkt wissen, was auch mit der ganzen Natur des Völkerrechtes (s. den Art.) und der Bedeutung des Vertrages in ihm weit besser übereinstimmt, sieht aber das alte Seerecht noch als die Regel an und hält es aufrecht. Auch die bewaffneten Neutralitäten von 1780 und 1800 haben das nicht zu ändern vermocht und die Sache in suspenso lassen müssen. Das ist auch ganz natürlich. Es wird keine Macht, die zur See bedeutend ist und im Seekriege siegreich zu walten hoffen kann, von dem älteren Seerechte ablassen und wenn es den Gegnern Englands gelänge, es von seiner Stufe herabzubringen, so würde die Macht, die an seine Stelle träte, im nächsten Seekriege dieselben Grundsätze proclamiren. Denn der Grundsatz: frei Schiff macht frei Gut, würde so entschieden aller Bedeutung der Seemächte und allem Zwecke der Seekriege ein Ende machen, daß keine siegreiche Macht, die es ändern kann, ihn einräumen wird. Er würde die Folge haben, daß bei jedem Seekriege der schwächere Theil all seinen Seehandel und die Verbindung mit seinen Colonieen durch die Neutralen besorgen ließe, folglich nur an den Frachtspesen etwas einbüßte, während sein siegreicher Gegner von all seinem Uebergewichte so gut wie gar keinen Vortheil zöge, die Neutralen aber sich auf Kosten beider kriegführenden Theile bereicherten. Der Sieger zur See müßte zusehen, daß die Neutralen die Güter des Feindes, die er auf dessen Schiffen wegzunehmen jederzeit berechtigt wäre, mitten durch seine Flotten fährten. Der Grundsatz, daß nun auch das neutrale Gut auf feindlichen Schiffen

11) Zuerst kommt allerdings ein solcher schon 1351 zwischen England und spanischen Handelsstädten vor, dann aber erst wieder 1604 zwischen Frankreich und der Pforte, dann 1654 zwischen England und der Pforte, nachher häufig. Es kommen aber auch entgegengesetzte Verträge vor und zwar schloß eben Frankreich schon 1716 einen solchen mit den Hansestädten.

verfallen sein solle, entschädigt ihn nicht und hat überdem etwas viel Unbilligeres und der Natur des Verhältnisses Widerstrebendes, als das Ältere Seerecht. Ueberdem würde es jeder starken Seemacht, wenn sie auch in die neuen Vorschläge gewilligt hätte, freistehen, sie dadurch zu eludiren, daß sie den Neutralen den Krieg erklärte und dadurch ihre Schiffe und Güter in feindliche verwandelte, was das Uebel für die Neutralen und ihren Handel nur verschlimmern würde. Kurz es ist nicht zu erwarten, daß das Ältere Seerecht in diesem Punkte jemals seine Gültigkeit verlieren sollte und für jetzt kann seine Gültigkeit als Regel nicht bezweifelt werden<sup>12)</sup>.

Zum Begriffe eines neutralen Schiffes gehört zuvörderst, daß es entweder in einem neutralen Lande für Rechnung des Neutralen gebaut oder sonst auf friedliche, rechtsgiltige Weise erworben; oder ein gültig condemnirtes Prisen Schiff ist, auch verlangt man häufig, daß der Capitän und ein bestimmter Theil der Mannschaft neutrale Unterthanen sind. Auch ein solches Schiff darf von den Kriegführenden angehalten und visitirt werden und zwar nicht bloß um zu sehen, ob es nicht feindliche Güter, sondern auch, ob es nicht Contrebande führt. Denn darüber sind Alle einig, daß den Neutralen die Zuführung von Kriegscontrebande unterjagt sei. Aber auch hier gibt es eine strengere und eine mildere Auslegung. Allgemein erkennt man das Verbot in Betreff der directen Contrebande an, worunter man Waffen und Munition versteht. England und andere Mächte haben aber auch den Begriff einer indirecten Contrebande, worunter man solche Gegenstände rechnet, aus welchen mit Leichtigkeit Waffen und Munition gefertigt werden können, und den einer zufälligen Contrebande aufgestellt, worunter alles zu verstehen sei, was durch die jedesmaligen Umstände dem Feinde besonders wichtig gemacht werde. Dem Principe nach: daß der Neutrale nicht seinen Vortheil in Begünstigung eines Kriegführenden suchen soll, mit Recht. Uebrigens wird selbst bei der directen Contrebande nur diese, nicht aber das Schiff und die übrige Ladung confiscirt, die indirecte und zufällige aber nur zurückgehalten, bis ihre Wichtigkeit für den Krieg vorüber ist, oder auch gegen volle Bezahlung übernommen. Dagegen ist das Schiff mit aller Ladung, gleichviel worin diese besteht, verfallen, wenn es auch nur den Versuch gemacht hat, wissentlich nach einem blockirten Plage zu segeln. Als blockirt betrachtete man nun freilich früherhin bloß einen solchen Platz, der durch stationirte Kriegsschiffe oder durch Landbatterien dermaßen eingeschlossen ist, daß er nicht ohne offensbare Gefahr zugänglich erscheint. England will aber auch schon durch bloße Kreuzer, ja durch Erklärung eines Plazes, einer Küste für blockirt

12) Vgl. de Martens l. c. §. 316 sq. Klüber l. c. §. 300 sq. Tetens, *considérations sur les droits réciproques des puissances belligérantes et des puissances neutres sur mer*. Copenhague 1823. 8. Heeren, *Erörterungen der Fragen, die Forderungen der bewaffneten Neutralität betreffen*, in dessen *historischen Werken* B. I, S. 344 flg.

die Blockade hergestellt wissen<sup>13)</sup>. Letzteres jedenfalls eine Uebertreibung, die nur dadurch an Bedenklichkeit verliert, daß der Blockade per notificationem in der Regel die Blockade de facto sehr bald folgt, während es außerdem England doch freistehen würde, einen neutralen Staat, der nach dem Lande des Feindes einen besonders lebhaften Handel treiben wollte, durch Kriegserklärung in einen Feind zu verwandeln. Daß man übrigens die nach einem blockirten Plage bestimmten Schiffe nicht bloß zurückhält, sondern confiscirt, hat seinen politischen Grund in der Schwierigkeit, durch die strengste Blockade einen Platz völlig unzugänglich zu machen, weshalb man auch die Versuche abzuschrecken beflissen ist, seinen rechtlichen Grund aber in der Sichtbarkeit der Absicht einer Unterstüßung des eingeschlossenen Gegners. Uebrigens verfällt ein neutrales Schiff auch in der weitesten Entfernung von dem blockirten Plage, ja auch noch nach Aufhebung der Blockade, sobald nachzuweisen ist, daß es nach diesem Orte bestimmt war und wohl das Bestehen, nicht aber die Aufhebung der Blockade gewußt hat. Dagegen wird es nicht confiscirt, sondern nur zurückgehalten, wenn es darthun kann, daß es von der Blockade keine Kenntniß hatte. Erfuhr es dieselbe erst unterwegs, so muß es seinen Lauf ändern, weshalb die englischen Kreuzer auf den Seepapieren der von ihnen angehaltenen Schiffe die bestehenden Blockaden zu bemerken pflegen. — Endlich ist noch die sogenannte Kriegsregel von 1756 zu erwähnen, wonach den Neutralen ein Handel auch in Kriegszeiten verwehrt bleibt, der ihnen in Friedenszeiten verboten war, aber von dem einen Kriegführenden jetzt, zur Eludirung seines Gegners, geöffnet wird<sup>14)</sup>. Eine in der Natur der Sache begründete Regel, der man von Seiten der Neutralen nur höchst sophistische Gründe entgegengesetzt hat.

Da aus dem Vorstehenden erhellt, daß in sehr vielen Punkten Schiffe oder Ladungen oder beides, auch wenn sie neutraler Flagge angehören, einem Kriegführenden verfallen können, da sich ein solcher überdem schon davon überzeugen muß, daß das unter neutraler Flagge segelnde Schiff wirklich ein neutrales sei, so ist den Kriegsschiffen und Kapern gestattet, jedes ihnen begegnende Handelsschiff anzuhalten, zu visitiren und nach Befinden der Umstände aufzubringen und vor ein Prisengericht zu stellen. Nicht erlaubt ist jedoch eine solche Visitation auf dem Seegebiete<sup>15)</sup> eines neutralen Staates; auch dürfen wenigstens die Kaprer die neutralen Schiffe nicht in die Mündungen der feindlichen Flüsse hineinverfolgen, wollen sie nicht als Seeräuber behandelt werden. Begegnet ein neutrales Handelsschiff einem Kriegsschiffe oder einem neutralen, so muß es, auf erhaltenes Signal, beilegen. Weigert es sich oder versucht es Widerstand oder Flucht, so ist es schon dadurch unbedingt verfallen. Legt es bei, so gehen Personen an Bord, welche sich aus den See-

13) Jacobson, practisches Seerecht der Engländer und Franzosen Bb. I, S. 556 flg.

14) Jacobson a. a. D. Bb. I, S. 379 flg.

15) Das Seegebiet ist der an dem Strand stoßende Theil des Meeres in der Tragweite eines Kanonenschusses.



papieren<sup>16)</sup> über die Neutralität des Schiffes und seiner Ladung, die Bestimmung und den Cours desselben unterrichten, auch nach Umständen eine Reatovisitation vornehmen. Handelt es sich nur um die Confiscabilität eines Theiles der Ladung oder auch der ganzen Ladung, so kann der Neutrale sich durch Auslieferung des Verdächtigen freimachen<sup>17)</sup>. Dagegen kann er aufgebracht werden, wenn er doppelte, oder verfälschte, oder sonst verdächtige, oder gar keine Seepapiere hat, oder die vorhandenen beseitigt; ebenso in allen den aus dem Obigen sich ergebenden Fällen hinsichtlich des Schiffes, der Ladung, des Courses und des Verhaltens. Bei der Captur, die ohne alle nicht provocirte Gewaltthätigkeit vor sich gehen soll, wird ein Protocoll und ein Inventarium aufgenommen. Die Schlüssel und die Seepapiere werden versiegelt und dem Capitän des aufgebrachten Schiffes wird darüber, so wie über den etwa herausgenommenen Theil der Ladung eine Bescheinigung zugestellt, das Schiff aber in einen Hafen des betreffenden kriegführenden Staates gebracht, um dort vor Gericht gestellt zu werden. Die Neutralen haben übrigens gegen das Visitiren convoyirter, d. h. von Kriegsschiffen begleiteter Schiffe protestirt, was jedoch um so weniger durchschlagen konnte, als sowohl das Interesse des Convoy's in Betreff der Entdeckung etwaiger Täuschungen ein ganz verschiedenes ist von dem des Visitirenden, als auch die Staaten selbst ihre convoyirten Schiffe mit Bezug auf Zollbefreiungen visitiren lassen, überhaupt das Convoy zum Schutz gegen Seeräuber und ungerechte Gewaltthat, nicht aber eigentlich zur Aufsicht, am wenigsten zur Aufsicht im Interesse einer fremden Macht und gegen das eigene Interesse beigegeben wird. Ein Mittelweg besteht übrigens darin, daß man die Seepapiere auf das Convoysschiff bringen läßt und nur bei Verdacht eine specielle Visitation vornimmt, bei der dann der Convoycommandant seine Schützlinge gegen etwaige Willkür wahren kann.

In Prisenfachen<sup>18)</sup> war früher der Staat competent, dem das aufgebrachte Schiff angehörte; später aber drehte sich das Verhältniß; man betrachtete den Neutralen als den Kläger gegen den Nehmer, ließ die Präsomption für letzteren sprechen und nach dem Grundsatz: actor sequitur forum rei, die Gerichte des nehmenden Staates erkennen. Aus demselben Grunde liegt auch dem Reclamanten die Beweislast ob. Wenn ausnahmsweise die Prise in den Hafen einer dritten neutralen Macht geführt wird, — was nicht alle Mächte zulassen — so hat der Consul des nehmenden Staates die vorläufige Instruction vorzunehmen und die Acten an die competente Behörde einzusenden, er müßte denn bevollmächtigt sein, selbst in erster Instanz zu erkennen. Der Richter hat sich,

16) Diese bestehen in der Regel aus dem Paffe, der Equipagenrolle, dem Bielbriefe oder sonstigem Actenstücke über Herkunft und Eigenthum des Schiffes, den Connoffementen, dem Manifest (charte partie) und der obrigkeitlichen Bescheinigung der eidlichen Erklärung. Nach Umständen sind noch mehrere nöthig.

17) Es müßte denn der Visitirende außer Stande sein, es an Bord zu nehmen.

18) de Martens, *essai concernant les armateurs, les prises et les reprises*. Göttingen 1795. 8.

nach Vernehmung des Preisnehmers, an Bord zu verfügen, die Ladung zu versiegeln und die Mannschaft des Nehmers wie der Preise zu Protocol zu vernehmen. Ergibt sich die Unzulässigkeit der Preise sofort, so ist sie alsbald freizulassen; ergibt sich ebenso die Confiscabilität zweifellos, so mag sie sogleich, oder unter Anberaumung einer Reclamationsfrist, dem Nehmer zugesprochen werden. Wird reclamirt, so tritt der gewöhnliche Prozeß ein. Während seines Verlaufes ist für die Sicherheit der Ladung Sorge zu tragen, die auch, wenn sie leichtverderblicher Art ist, in Geld verwandelt werden mag. Handelt es sich nur um die Ladung, so kann das Schiff nach deren Abgabe fortsegeln. Das Urtheil erster Instanz pflegt, auch wenn appellirt wird, in Vollzug gesetzt zu werden, wenn der Gewinnende Caution stellt. In Preisensachen sind zwei Instanzen üblich. Das Verfahren pflegt übrigens sehr kostspielig zu sein und da die Kosten, bei dem kleinsten Mangel in irgend einer Form, selbst dem obliegenden Reclamanten aufgelegt oder wenigstens compensirt zu werden pflegen, ferner für Aufenthalt und sonstigen Schaden fast niemals ein genügender Ersatz zu erlangen ist, so pflegen es die Eigenthümer aufgebracht Schiffe, bei nicht völliger Klarheit ihrer Sache, vorzuziehen, gar nicht zu reclamiren und kommen jedenfalls fast nie ohne einigen Verlust weg. Das Verfahren in Preisensachen ist ein Punkt im Völkerrechte, der einer Verbesserung fähig ist und vielleicht dürfte die Ueberlassung der Entscheidung an ein Auftragsgericht der geeignete Weg sein.

Die Beute geht in Landkriegen binnen 24 Stunden in den Besitz des Feindes in der Art über, daß er mit jedem Dritten giltig darüber contrahiren und sie aus den Händen des letzteren nicht zurückgefordert werden kann, es wäre denn, daß der Beweis geführt würde, sie wäre völkerrechtswidrig gemacht worden. Auch in Seekriegen nehmen jetzt die meisten Staaten diesen Termin von 24 Stunden an, während das ältere Seerecht verlangte, daß die Preise in Sicherheit (in einen Hafen oder eine Flotte) gebracht sei. Wird daher die Beute dem Feinde binnen des angenommenen Termins wieder abgejagt, so ist sie dem Eigenthümer zurückzustellen, wofür von Kriegsschiffen gar nichts, von Kapern aber und in Landkriegen eine Belohnung gefordert zu werden pflegt. Später aber wird sie in Landkriegen und bei Kapern zum Eigenthum des Wiedernehmers, während Kriegsschiffe wenigstens einen Abzug fordern. So muß auch bei Reprisen der zweite Wiedernehmer die Preise dem ersten Nehmer überlassen, wenn sie noch nicht in das Eigenthum des ersten Wiedernehmers übergegangen war; im Gegentheile aber behält er sie. Selbst wenn die eine kriegführende Macht ein neutrales Schiff genommen hat und die andere kriegführende Macht es jener nach dem bestimmten Termine wieder abjagt, so wird es dem Eigenthümer nicht zurückgegeben, es wäre denn, daß es entweder überhaupt nicht oder nach den bei der wiedernehmenden Macht geltenden Grundsätzen gar nicht confiscabel gewesen wäre. (Fälle, die äußerst complicirt werden können und bei denen sehr viel auf die zwischen den theilhaftigen Staaten bestehenden Verträge ankommt.) In keinem Falle jedoch kann der Wiedernehmer ein besseres Recht an der Preise erwerben, als der hatte, dem er sie abnahm.

In Landkriegen ist die Neutralität ein viel einfacheres Verhältniß, als in Seekriegen. Dort handelt es sich um ein geschlossenes, sicher begrenztes Gebiet, das höchstens ein passives Hinderniß sein kann; hier um die beweglichen, sich den Kriegführenden auf freiem Meere in den Weg drängenden, mitten in ihre Operationen sich einmischenden Schiffe, welche auch activ stören können. Daß jeder Staat das Recht hat, neutral zu bleiben, versteht sich, will aber freilich wenig bedeuten, da es jeder Macht freisteht, den Neutralen durch Kriegserklärung in den Streit zu ziehen. Ebenso ist die Unantastbarkeit des neutralen Gebietes allerdings im Kriege nur dann recht gesichert, wenn ihr eine entsprechende Macht oder wichtige politische Rücksichten auf den Neutralen zur Seite stehen. Indes nehmen wir an, daß nach Lage der Sache die Kriegführenden veranlaßt sind, die Neutralität streng zu respectiren, so lange sie nicht durch Mißbrauch verwirkt wird. In solchem Falle hat der Neutrale sich aller und jeder Theilnahme an den Feindseligkeiten zu enthalten und auch gegen beide Theile sich vollkommen unparteiisch und gleichmäßig zu benehmen, so daß er nur dann dem einen Theile gegenüber ein abweichendes Verfahren beobachten darf, wenn er dazu, in Folge besonderer zwischen ihnen bestehender Verhältnisse, auch im Frieden berechtigt resp. verpflichtet war. Dafür ist der Neutrale berechtigt, sein Gebiet den Kriegführenden zu verschließen oder nur unter beliebigen Bedingungen zu gestatten. Der bewaffnete Feind, der sich auf das neutrale Gebiet flüchtet, kann ohne Verletzung der Neutralität dahin verfolgt werden. Eben deshalb kann der Neutrale ihn abwehren, kann ihn aber auch entwaffnen und gefangen halten. Unterthanen und Güter der Neutralen sind auch im Feindeslande zu respectiren. (Frei Gut ist allermwärts frei.) In Betreff des Handels unterliegt der Neutrale, sobald der Kriegführende selbst zu ihm kommt und seine Bedürfnisse bei ihm holt, keiner Beschränkung. Nur in dem Falle eines verstateten Durchzuges feindlicher Truppen soll er wenigstens keine Kriegsbedürfnisse an diese verkaufen können, so wie niemals der neutrale Staat selbst Kriegsbedürfnisse an einen Kriegführenden verkaufen soll. Führt dagegen der Neutrale die Waaren dem Kriegführenden zu, so darf er es auch in Landkriegen nicht nach einem bestimmten Plage, noch mit directer Kriegscontrebände.

Die Eroberung geht in völliges Eigenthum — so weit ein solches im Völkerrechte vorkommt — erst durch erfolgte Abtretung über. Das hat aber freilich hier, wo die factische Behauptung mehr entscheidet als der rechtliche Anspruch, nur den Sinn, daß der Landesherr, der sein Gebiet (freiwillig oder gezwungen) einem Andern abgetreten, wenn er sich einst wieder in Besitz setzt, die Handlungen des Zwischenherrschafters ebenso anzuerkennen, wie die eines legitimen Vorfahren, rechtlich verpflichtet ist, während in jedem anderen Falle Umstände und Politik entscheiden, ob er es thun will. Die Anerkennung von Seiten anderer Staaten kann dem Rechte Dritter nie präjudiciren. (Der Unterschied vollends zwischen Großmächten und anderen ist dem Völkerrechte unbekannt.) Ob jede vernünftige Hoffnung der Restauration verloren sei, läßt sich nie beweisen, da eben die fortgesetzte Verweigerung einer Anerkennung des

Usurpators das Fortbestehen der Hoffnung beweist und, nachdem die Stuarts, die Bourbons, die Häuser Hessen-Kassel und Braunschweig restaurirt worden sind, eine solche Hoffnung niemals für völlig grundlos ausgegeben werden kann. Wer mit einem illegitimen Herrscher contrahirt, thut es auf seine Gefahr und mag die Umstände erwägen. Unpolitisch wäre es, dergleichen Geschäfte zu ermuthigen.

Noch wird von den Uebereinkünften und Verträgen im Kriege zu handeln sein, die jedoch meistens mehr eine politische, als eine juristische Seite darbieten und viel von factischen Umständen abhängen. Letzteres gilt besonders hinsichtlich der über die Theilnahme am Kriege zwischen mehreren Mächten geschlossenen Verträge. Die Unterschiede zwischen Angriffs- und Vertheidigungsbündnissen, völliger Kriegsgemeinschaft (*société de guerre*), bloßer Hilfsallianz (*alliance auxiliaire*), Subsidienallianz, die wieder entweder eine Hilfsallianz ist, bei welcher ein Theil dem anderen eine Geldhilfe gibt, oder ein bloßer Miethvertrag von Truppen, ohne eigentliche politische Theilnahme am Kriege, haben in den neueren Zeiten sehr von ihrer früheren Bedeutung verloren. Der Krieg ist jetzt viel ernsthafter geworden und wird nicht leicht anders als mit ganzer Kraft, in voller Kriegsgemeinschaft geführt. Das sonst gewöhnliche Verfahren, wo eine Macht der anderen ein Hilfscorps borgte, ohne mit deren Feinde in Krieg zu treten, würde jetzt durch innere und äußere Gründe gehindert werden. Uebigens hing es zu jeder Zeit von Umständen und Politik ab, wie viel überhaupt eine Allianz bedeuten und welchen Sinn man mit dem Buchstaben verbinden wolle. So haben auch die Fragen nach dem Bundesfalle (*casus foederis*), dem Eingetretensein der Umstände, unter welchen die Hilfe versprochen worden, jederzeit weniger eine ernste, als eine diplomatische und sachwalterliche Bedeutung gehabt und es ist immer hauptsächlich darauf angekommen, was man wollte und konnte. Alle im eigentlichen Sinne politischen Verträge werden unter der Clausel *rebus sic stantibus* verstanden und es ist in diesen Dingen nur auf das Verlaß, was im bewußten Interesse der Contrahenten liegt.

Anders ist das Verhältnis in Betreff der im Kriege selbst über den Krieg und seine Führung zwischen den kriegführenden Gegnern geschlossenen Verträge, der *arrangements purement militaires*. Diese stehen unter dem strengsten Gesetze des Völkerrichtes und der militärischen Ehre und müssen es, weil sie außerdem und wenn sie als Täuschung und Kriegslist benutzt werden könnten, gar nicht mehr möglich sein würden. Es gehören hierher vorzüglich Capitulationen, Cartells über die Art und Weise, den Krieg zu führen, auch über Nebenvhältnisse, z. B. die Auswechslung der Gefangenen, vorzüglich über Waffenruhe und Waffenstillstände. In letzterer Beziehung unterscheidet man die bloße Einstellung der Feindseligkeiten auf kurze Zeit, am einzelnen Orte, bei im übrigen fortbauenden Kriege (*Waffenruhe, suspension d'armes*), den besonderen Waffenstillstand (*armistice*), der die Feindseligkeiten in Beziehung auf bestimmte Corps oder Gegenden auf bestimmte längere Zeit suspendirt, den allgemeinen Waffenstillstand (*trêve*), der sie an allen und

jeden Orten, für alle und jede Corps, auf längere, oft unbestimmte Zeit einstellt, und den Waffenstillstand auf lange Jahre (*trêve à longues années*), der sich von dem wirklichen Frieden dadurch unterscheidet, daß die Gegner zwar den Krieg nicht mehr fortsetzen können noch wollen, weil sie sehen, daß sie beide nichts mehr ändern können, aber doch noch nicht dahin geziehen sind, sich friedlich über den Streitpunkt zu einigen oder dessen factische Lösung auch rechtlich anzuerkennen. Der Bruch des Waffenstillstandes, der von dem Staate selbst begangen worden wäre, würde ihn sofort aufheben, während Verletzungen desselben, die von Einzelnen auf eigene Hand vorgenommen wurden, nur zu Schadenersatz und Bestrafung verpflichten. Der Waffenstillstand erlischt, wenn nicht Aufkündigung bedungen worden, mit dem Ablaufe seiner Zeit von selbst. — Es hängt von dem Gegenstande der einzelnen Uebereinkünfte ab, ob sie von untergeordneten Befehlshabern, oder nur vom obersten Feldherrn, oder nur unter Ratification dessen, oder des Souveräns selbst gültig geschlossen werden können. Ist eine solche Uebereinkunft schon in Vollzug gesetzt worden, während ein höherer Wille ihre Gültigkeitweigert, so kann der andere Contrahent vollständige Wiedereinsetzung in den früheren Stand verlangen. Diese Uebereinkünfte erlöschen mit dem Frieden.

In Betreff der Friedensschlüsse, als des gewöhnlichsten Beendigungsactes der Kriege, dürfte in rechtlicher Beziehung nur zu erwähnen sein, daß die Friedensschlüsse gewöhnlich als binnen sechs Wochen in ganz Europa, binnen einem halben Jahre in Amerika und Afrika, binnen einem Jahre in Asien publicirt betrachtet werden, weshalb alle nach dieser Zeit gemachte Beute zurückzugeben ist. Eroberungen werden schon zurückgegeben, wenn sie den Tag nach Unterzeichnung des Friedens gemacht wurden. Wird bestimmt, daß etwas in dem Zustande, wie es vor dem Kriege gewesen, zurückzustellen sei, so versteht man darunter gemeinlich nur so viel, daß nicht nach dem Frieden noch nachtheilige Veränderungen damit vorgenommen werden sollen. Der Frieden soll, in Bezug auf Zeit und Form, im Zweifel von beiden Theilen gleichmäßig vollzogen werden.

**Kupperei**<sup>1)</sup>. Der allgemeine Begriff der Kupperei ist absichtliche Beförderung oder Duldung der Unzucht anderer Personen, ohne daß jedoch dabei eigener Wollustgenuß beabsichtigt würde. Durch Fahrlässigkeit

1) Barth, de lenonibus. Francf. 1624. — Fr. Ulr. Stisser (pr. Gerhardt), de crim. lenocinii. Jen. 1711. — C. G. Sultzberger, de lenocinio coniugum. Erf. 1693 u. Francf. u. Lips. 1725f. — Leyser, sp. 588. — Wächter, Abhandlungen aus dem Strafrechte (Leipzig 1835), Bd. 1, S. 204—213, 105, 106, 121, 379—385. — In den bekannten Compendien: Grolman, Grundf. der Criminatrechtswissenschaft §. 560 flg. — Quistorp, Grundf. des deutsch. Criminalr. Th. I, §. 516 flg. — Titzmann, Handb. des Strafr. Th. III, §. 591 flg. — Martin, Lehrb. des deutsch. gem. Criminalr. §. 285 flg. — A begg, Lehrb. des Strafr. §. 544 flg. — Pfeffter, Lehrb. des gem. deutsch. Criminalr. §. 453 flg. — Marzoli, das gem. teutsche Criminalr. §. 167 flg.

wird dieß Verbrechen nie begangen; es stehen jedoch auch hier wie sonst absichtliche Unterlassungshandlungen der Absicht selbst gleich und obwaltende Pflichtverhältnisse, welche die Nöthigung enthalten, die Unzucht anderer Personen, so weit thunlich verhindern zu müssen, haben die Wirkung, daß Connivenz Seiten der zur Verhinderung der Unzucht Verpflichteten, überhaupt deren pflichtwidrige Duldung, von der wirklichen Absicht und positiven Beförderung, so weit nicht ausdrückliche, entgegenstehende Gesetze nachgewiesen werden könnten, nicht unterschieden wird. Die Vollendung der Kuppelci ist nach der Vollendung des unterstützten Hauptvergehens zu berechnen und so lange dieses seinem Thatbestande nach noch nicht zur Existenz gekommen ist, kann man unter Voraussetzung der übrigen Erfordernisse nur von einem Versuche der Kuppelci sprechen.

Die Kuppelci ist ein Ausnahmeverbrechen. Es kommen nämlich zwar auch bei den Unzuchtsverbrechen die allgemeinen Grundsätze über Urheber, Gehilfen und Begünstiger zur Anwendung, aber das Strafrecht hat sich nicht damit begnügt, diese allgemeinen Regeln ausnahmslos anzuwenden; sondern es ist durch die Bestimmungen des römischen, canonischen, allgemeinen teutschen Rechtes und der teutschen Particularrechte<sup>2)</sup> die Kuppelci als selbstständiges Verbrechen mit einem eigenthümlichen Thatbestande begabt und jenen allgemeinen Regeln exceptionell gegenüber gestellt worden, so daß jedoch, sobald diese gesetzlich begrenzte Selbstständigkeit aufhört, die allgemeinen Grundsätze wiederum zur Anwendung zu bringen sind.

Ueber den Geist der für die Kuppelci geltenden Ausnahmestimmungen ist im allgemeinen zu bemerken, daß sie nicht etwa principieil milder als die Theilnahme an anderen Verbrechen behandelt ist, wozu auch kein Grund vorlag, sondern vielmehr in manchen Fällen strenger. Theilweis ist auch der Begriff strafbarer Theilnahme über seinen, bei anderen Verbrechen anwendbaren Umfang ausgedehnt worden und es versteht sich von selbst, daß man bei dem Charakter der Kuppelci, ungeachtet ihrer allgemeinen Basis, welche Beihilfe ist, nicht zu viel aus allgemeinen Regeln folgern darf.

Die römische Gesetzgebung mußte der herrschenden Sitte, oder besser Unsitte, die besondere Strafbarkeit der Kuppelci erst abkämpfen und ist zu einem sich selbst überschauenden Abschlusse, wenigstens zu einem harmonischen Abschlusse nicht gekommen. Das canonische Recht stellte nichts Eigenthümliches auf. Die allgemeine teutsche Gesetzgebung faßte einzelne Hauptfälle mit einer ihr auch sonst eigenthümlichen Sorglosigkeit für Nebenfragen ins Auge und deshalb dreht sich um ihre Bestimmungen vielfacher Streit, je nachdem man sinngemäß weit oder wörtlich streng interpretirte und je nachdem man ihr mehr oder weniger derogirende Kraft dem römischen Rechte gegenüber einräumte. Die Praxis ist ziemlich

2) Nlg. preuß. Landr. §. 996 flg. — Oesterr. Gesetzb. §. 115 u. Th. II, §. 256 flg. — Bayer. Gesetzb. Art. 208. — Sächs. Gesetzb. Art. 306 flg. — Württemberg. Gesetzb. Art. 308 flg. u. Polizeistrafgesetzb. Art. 52. — Hannov. Gesetzb. Art. 277 flg.

wirklich und namentlich zu Carpozov's Zeit nicht vernünftig gewesen. Die neueren Gesetzgebungen haben an dem vermeintlich streng juristischen Begriffe der Kuppelei, den man in der peinlichen Gerichtsordnung vorzufinden sich bemüht, nicht festgehalten und haben nicht mit gleicher Strenge oder Milde gestraft.

Vor dem Uebergange zu den Specialien ist noch zu bemerken, daß die Hurenwirthschaft, das sogen. *lenocinium vulgare*<sup>3)</sup>, als eine Art der Kuppelei auch hierher gehört, da sie nichts weiter ist als eine bis zum Gewerbe ausgebehnte Beihilfe zu fremder Unzucht.

Das Strafgesetz des römischen Rechtes, welches unter Anderem auch von dem *lenocinium* handelt, ist die bekannte *lex Julia de adulteriis*<sup>4)</sup>. Das römische Recht hat den Begriff der Kuppelei weiter gefaßt als das gemeine teutsche Recht und unterscheidet vorzüglich vier Hauptfälle: die Begünstigung eines *stuprum* oder *adulterium* Seiten Dritter; den Fall, daß Jemand eine wegen Ehebruchs oder auch nur wegen Hurerei verurtheilte Frauensperson heurathet; das *lenocinium mariti*, und das *lenocinium* im eigentlichen, so zu sagen technischen Sinne, die Hurenwirthschaft. Unter den früheren römischen Kaisern konnte der Ehemann durch Verzicht die Strafe des von seiner Frau verübten Ehebruchs für diese nicht abwenden<sup>5)</sup> und wenn er auch seine Erlaubniß zum Beischlaf seiner Ehefrau mit einem Dritten ertheilt hatte, war nichtsdestoweniger ein strafbarer Ehebruch vorhanden. Wenn daher auch zu Numa's Zeiten es gestattet gewesen sein soll, seine Frau einem Kinderlosen auf einige Zeit zu überlassen<sup>6)</sup>, so wurde doch zur Kaiserzeit der Ehemann wegen *lenocinium* bestraft, wenn er seine Ehefrau zum Ehebruch verleitete, oder irgend welche Beihilfe leistete<sup>7)</sup>, oder auch erst durch nachfolgende Handlungen, z. B. durch Vertrag mit dem Ehebrecher, aus dem begangenen Ehebruche Vortheile zog<sup>8)</sup>. Bei offenbarem Ehebruche wurde selbst mittelbare Begünstigung geahndet und ein Verufen des Ehemannes auf Nichtwissen nicht berücksichtigt. Reine Nachlässigkeit und Mangel an gehöriger Controlle blieb indessen straflos. Hatte dagegen der Ehemann seine Ehefrau über dem Ehebruche angetroffen oder wurde dieselbe wegen Ehebruchs verurtheilt, so mußte er sich von ihr scheiden und that er dieß nicht, ließ er den auf der That ertappten Ehebrecher ohne Ahndung entstehen, so war er des *lenocinium* schuldig<sup>9)</sup>. Hiermit hängt das fernere Verbot

3) Sulzberger a. a. D. unterscheidet *lenocinium vulgare*, wirkliche Hurenwirthschaft, und *lenocinium eminens*, alle übrige Arten.

4) L. 2. §. 2. L. 12. D. ad leg. Jul. de adult.

5) Zittmann meint, daß nach ertheilter Erlaubniß zum Beischlaf eine Verletzung und somit auch ein Ehebruch nicht vorhanden sei. S. dagegen Wächter a. a. D. S. 105, Note 7.

6) Plutarch. comp. Numa et Lycurg. c. 3. u. Cat. min. c. 25.

7) L. 14. §. 1. D. ad leg. Jul. de adulteriis. (48. 5.) Nov. 134. cap. 10.

8) L. 2. §. 2. L. 8. 11. pr. D. l. c. L. 29. §. 3. 4. de minorib. (4. 4.) L. 37. §. 1.

9) L. 29. pr. §. 4. D. l. c. L. 2. §. 3. 6. de minorib. (4. 4.) L. 37. §. 1. C. ad leg. Jul. de adult. (9. 9.) Cst. 2. 9. 17. Collat. legg. Mos.

zusammen, daß überhaupt Niemand eine wegen Ehebruches verurtheilte Frau heurathen solle; denn that Jemand letzteres, so wurde er als leno behandelt und es betraf ihn, wie in den übrigen Fällen dieser Art des lenocinium, die auf den Ehebruch selbst gesetzte Strafe<sup>10</sup>).

Was hiernächst das Gewerbe der eigentlichen lenones, die sogen. lenocinia publica betrifft, so war die Hurenwirthschaft zur Zeit der Republik und wahrscheinlich bis zu Theodosius und Valentinian, wie auch überhaupt Hurerei, straflos, obgleich die Hurenwirth, was namentlich noch bei ihrer Glaubwürdigkeit als Zeugen in Frage kommt, infamirt wurden. Dennoch strafte man den leno, der ehrbare Personen verführen half, extra ordinem<sup>11</sup>) und zwar im Falle des Versuches mit Deportation, im Falle des vollendeten Verbrechens mit dem Tode. Theodosius und Valentinian verpönten es namentlich, wenn Hausväter ihre Töchter oder Slaven zur Unzucht verleiteten und es erfolgte in diesem Falle Verurtheilung in die Bergwerke<sup>12</sup>). Dieselben Kaiser haben auch die Hurenwirthschaft überhaupt verboten<sup>13</sup>) und Justinian hat dies generelle Verbot, wie Cuiacius, Balduinus und Ritterhusius in ihren Commentaren zu Nov. XIV. mit Recht behaupten, bestätigt<sup>14</sup>). Justinian gedenkt namentlich des Falles, wo ein leno Jungfrauen wider deren Willen zum Zwecke der Unzucht bei sich behält<sup>15</sup>) und hat für diesen Fall *πασῶν ἐπαράτας ποίνας* bestimmt, worunter aber, obgleich die sächsische Praxis nach Carpozov's Autorität Todesstrafe interpretirte und zur Anwendung brachte, nach dem Inhalte der Novelle selbst und aus anderen Gründen Deportation und körperliche Züchtigung zu verstehen ist<sup>16</sup>).

Das canonische Recht spricht auch von der Kupperei, ist aber, wie schon erwähnt, ohne eigene Theorie<sup>17</sup>).

Anlangend die teutsche Legislation, so bestimmten die Gesetze der

et Rom. T. IV. c. 12. §. 7. Der Vater durfte seine auf dem Ehebruche (*ἐν ἑγγῶ*) ertappte Tochter, ja, mußte sie tödten, wenn er den adulter umbrachte, der Mann aber mußte, wenn er nicht die Strafe des lenocinium auf sich laden wollte, die Frau sofort entlassen und anklagen. S. bes. Abergg, Unters. aus dem Gebiete der Strafrechtsw. (Breslau 1830), Abh. 2, §. 29, Nr. 86.

10) Ueber das später sich äußernde Princip einer Bestrafung (der unter Note 9 gebachten Art des lenocinium als quasi adulterium) von Amtswegen s. Abergg a. a. D. und in den Jahrbüchern für wissenschaftliche Kritik, 1827, S. 982 flg.

11) L. 1. §. 2. de extraord. crim.

12) L. 6. C. de spectacul.

13) Nov. Const. Imp. Just. anter. Lib. I. tit. 18. (Jus civ. Antel. ed. Barol. Tom. II. p. 1257.)

14) S. auch C. de episc. aud. (1. 4.) Cst. 83. de spectac. (11. 40.) Cst. 7. (nicht glossirt.)

15) Nov. Inst. XIV. u. L. 33. C. de episcop. L. 7. C. de spectac. (nicht glossirt.)

16) S. bes. Haupt, comm. de supplicio lenonum secund. Nov. 14.

17) C. 1—10. caus. XXXII. qu. 1. Cap. unic. de lenonib. in 7.



alten Deutschen besonders für diejenigen schwere Strafe, welche ihre Weiber oder Kinder verkuppelten<sup>18)</sup>).

Die peinliche Gerichtsordnung ist zwar ausführlich, erschöpft aber demungeachtet nicht alle Fälle der Kuppelei in ihren hierher gehörigen Art. 122 und 123. Der Art. 122 redet ausschließlich von der in gewinnfächtiger Absicht verübten Kuppelei der Ascendenten oder des Ehemannes und will in diesem Falle, daß der Kuppler ehrlos sei und nach gemeinen Rechten bestraft werde. Der Art. 123 handelt von der Verkuppelung ehrbarer Frauenpersonen durch Andere und droht hierfür Landesverweisung, oder Prangerstrafe, oder Aushauen mit Ruthen, oder eine andere nach richterlichem Ermessen zu verhängende Strafe. Hiernach hat man die Fälle des Art. 122, im Gegensatz zum Art. 123, unter dem Ausdrucke qualificirte Kuppelei, zum Unterschiede von der nur einfachen Kuppelei des Art. 123, in der Theorie aufgeführt, womit natürlich noch nichts gewonnen ist.

Ueber die Bedeutung des Art. 122 ist nun von jeher gestritten worden und zwar sind die Hauptstreitfragen die: Was ist unter dem Ausdrucke Kinder zu verstehen? Ist der Art. 122 nur auf negative Theilnahme zu beziehen? Kann auch die Ehefrau ihren Ehemann verkuppeln? Welche Strafe ist aus dem römischen Rechte zu suppliren, auf welches Art. 122 verweist<sup>19)</sup>?

Zunächst ist es als entschieden anzunehmen, daß nur der Ehemann bezugs seiner Ehefrau, nicht auch umgekehrt die Ehefrau bezugs ihres Ehemannes sich der Kuppelei schuldig machen kann<sup>20)</sup>. Diese Ansicht entspricht den Abhängigkeitsverhältnissen, welche das geltende Recht allenthalben zwischen Eheleuten zur präsumtiven Grundlage seiner Entscheidungen gemacht hat. Die Ehefrau kann hiernach ihren Ehemann nicht verkuppeln. Ferner ist es der gewöhnlichen Verständigung unseres Rechtes und der Natur der Sache entsprechend, daß unter dem Ausdrucke der peinlichen Gerichtsordnung: So Jemand seine Kinder u. s. w., alle Ascendenten und hier bei ganz anderer Sachlage, männliche und weibliche, daher auch beiderseitige Großeltern; und unter dem Ausdrucke Kinder auch die entfernteren Descendenten, also auch Enkel, und zwar ebenfalls männliche und weibliche Descendenten verstanden werden<sup>21)</sup>. Zwischen ehelichen und unehelichen Descendenten ist wenigstens dann kein Unterschied zu machen, sobald die Mutter als Verkupplerin eines unehelichen Kindes in Frage ist<sup>22)</sup>. Obgleich ferner eine sittlich-vernünftige Behandlung des Rechtes verlangt, daß in der vorliegenden Beziehung un-

18) Tittmann a. a. D.

19) Es ist ein Irrthum von Wächter a. a. D., wenn er die eine Streitfrage so stellt: ob der Art. 122 auch auf Conventenz u. s. w. — es muß nur heißen. S. Martin und Marezzoli a. a. D.

20) S. Abegg, Lehrb. §. 549, in der Anmerk.

21) Abegg a. a. D.

22) Feuerbach, Lehrb. §. 474. — Tittmann a. a. D. macht keinen Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Descendenten.

eheliche, Adoptiv-, Stief- und Pflegekinder den ehelichen und leiblichen Descendenten gleichgestellt werden, so dürfte dieß doch und ungeachtet das römische Recht sagt: *adoptio facit cognationem*, nach den Bestimmungen der peinlichen Gerichtsordnung nicht zulässig sein<sup>23</sup>). Erzieher, Aufseher und ähnliche Personen können ungeachtet aller ihnen obliegenden Verpflichtungen nur eine sehr strafwürdige einfache Kuppelei nach dem gemeinen teutschen Strafrechte begehen, und sind daher unter Art. 123 zu subsumiren<sup>24</sup>). Es ist hier sogleich die für die vorliegenden Fälle besonders wichtige Streitfrage zu erörtern, ob namentlich in den der leiblichen und ehelichen Kindschaft analogen Verhältnissen, ob namentlich auch in jeder Art von Aufsichtsverhältnissen und sodann, da diese Umstände unter Art. 123 zu subsumiren sind, ob überhaupt nur Frauenspersonen und Mädchen, nicht auch Jünglinge verkuppelt werden, also Object der Kuppelei sein können. Obgleich nun Art. 123 nur davon spricht, daß „unverständige Weibsbilde“ und unschuldige Weiblein verkuppelt werden, so ist doch anzunehmen, daß er nur den Hauptfall<sup>25</sup>) ausdrücklich erwähnt, aber die Verkuppelung von Jünglingen, namentlich unselbstständigen Alters, eben sowohl gemeint hat, wie ja das *si quis* des römischen Rechtes in der Regel das *femininum*, wenn der Fall sonst auf dasselbe paßt, nicht ausschließt. Die Ansicht, daß Art. 123 auch auf Mannspersonen zu beziehen sei, ist indessen keine allgemein angenommene, sondern man will oft nur den Ausdruck des Art. 122: Kinder, für beide Geschlechter gelten lassen und daher außerdem allgemeine Grundsätze anwenden<sup>26</sup>). Daß dagegen nach Art. 123 der Kuppler eben sowohl eine Frau als ein Mann sein könne, ist nach den klaren Worten des Gesetzes nicht zu bestreiten und entspricht der Erfahrung, nach welcher Kupplerinnen häufiger sind als Kuppler.

Neuere Gesetzgebungen haben vernünftiger Weise die Kuppelei nicht bloß auf Frauenspersonen als Object derselben beschränkt und eben so wenig auf ehrbare Frauen, wie sie sich denn überhaupt dem allgemeinen Begriffe der Weibhilfe mehr genähert haben. Ebenso haben sie die Verkuppelung aller zur Erziehung anvertrauter Personen in die Kategorie der sogen. qualificirten Kuppelei, wenn auch natürlich mit Vorbehalt eines Unterschiedes bei der Strafzumessung, gestellt. Sogar Geschwister sind dahin gerechnet worden<sup>27</sup>). —

Die Frage, ob nur negative Theilnahme (Connivenz) am Unzuchtsverbrechen nach Art. 122 als qualificirte Kuppelei zu behandeln sei, ist zu verneinen<sup>28</sup>), da in derartigen Pflichverhältnissen Position und Re-

23) Eittmann a. a. D. meint, daß Adoptivkinder nicht, eher aber Stiefkinder unter Art. 122 zu subsumiren seien. S. aber Boehmer ad h. a. S. 2.

24) Xbegg a. a. D.

25) Xbegg a. a. D.

26) Warezoll a. a. D. S. 520, 3.

27) Dieß thut das sächs. Gesetzb.

28) Xnd. Mein. ist Martin a. a. D. S. dagegen Xbegg a. a. D.

gation sich gleichstehen und das „läßt“ des Art. 122 eine zu strenge Wortinterpretation finden würde, wenn man mit ihm den Beweis führen wollte, daß nur negative Theilnahme im Art. 122 bedroht sei. Dagegen gehört es nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung zu den wesentlichen Erfordernissen der qualificirten Kuppelei, daß irgend eine gewinn-süchtige Absicht, welcher Art sie auch sein möge, den Kuppeler zur Beförderung der Unzucht seiner Ehefrau oder seiner Kinder angetrieben habe. Auf wirkliches Erlangen des beabsichtigten Gewinnes kommt indes für die Vollendung, auch der qualificirten Kuppelei nichts an, wie allgemein anerkannt wird, und bei der einfachen Kuppelei des Art. 123 kommt es auf Gewinnsucht gar nicht an.

Was nun endlich die vierte, oben erwähnte Streitfrage über die Strafe der qualificirten Kuppelei betrifft, so war es in älterer Zeit, indem man auf Nov. XIV. und unter schon früher als falsch bezeichneter Interpretation derselben recurrirte, bis zu Anfange des 18. Jahrhunderts nicht ungewöhnlich, Todesstrafe zu verhängen, ohne daß man den hieraus erwachsenden Widerspruch berücksichtigt hätte, da doch die peinliche Gerichtsordnung in Art. 122 ausdrücklich Ehrlosigkeit als Folge der qualificirten Kuppelei neben der nach römischem Rechte zu bestimmenden Strafe anordnet<sup>29)</sup>. Jetzt ist von einer so unverhältnißmäßigen Strafe nicht mehr die Rede und man straft vielmehr nach manchen Particularrechten, z. B. dem sächsischen, zu gelinde. Die Praxis des gemeinen Rechtes belegt die Kuppelei überhaupt mit arbiträrer Strafe und geht dabei selten bis zur Zuchthausstrafe hinauf, indem sie hinzutretende Verführung und das gewerbmäßige, versteht sich, nicht polizeilich concessionirte Betreiben der Kuppelei als Gründe für Strafserhöhung gelten läßt. Dabei wird als Begriff der Kuppelei absichtliche Beförderung der Unzuchtsvergehen Anderer zu Grunde gelegt und eine nur in nachfolgenden Handlungen bestehende Unterstützung fremder Unzucht, sofern sie nicht zugleich Beförderung künftiger Unzucht ist<sup>30)</sup>, als Kuppelei straflos gelassen, wenn auch vielleicht andere verbrecherische Momente der fraglichen Handlung eine Bestrafung derselben — dann aber nicht als Kuppelei — herbeiführen. Wenn nun auch der weitere Begriff des römischen Rechtes durch das gemeine deutsche Recht beschränkt worden ist, was insbesondere für das erwähnte römische *lenocinium subsequens mariti* gilt, und wenn man hiernach überhaupt allerdings zu bezweifeln hat, ob nach deutschem Rechte durch nur nachfolgende Unterstützungshandlungen Kuppelei begangen wird; so hat doch die Praxis, inconsequent auch in anderer Beziehung, die peinliche Gerichtsordnung nicht so interpretirt, als ob sie für das römische Recht derogirend sei; denn sie straft unbedenklich die in der peinlichen Gerichtsordnung nicht erwähnte, nur im römischen Rechte verpönte Hurenwirthschaft, sofern sie nicht concessionirt ist, härter als die Hurerei und aus Gesichtspunkten der Kuppelei. Eben so wenig hat die Praxis den Begriff der qualificirten Kuppelei rein nach deutschem Rechte gefaßt; denn sie rechnet gewinnsüchtige Absicht nicht

29) S. Wächter a. a. D. II. a.

30) S. Wächter und Marczo, II a. a. D.

zu den wesentlichen Bedingungen für den Thatbestand qualificirter Kuppelei. Unter diesen Umständen könnte die Praxis auch nachfolgende Unterstützung fremder Unzucht wenigstens unter besonders erschwerenden Umständen als Kuppelei bestrafen, ohne sich vor dem Vorwurfe der schon verschuldeten Inconsequenz zu scheuen<sup>31)</sup>. Bei der Strafzumessung selbst wird sodann das persönliche Verhältniß des Kupplers zu der verkuppelten Person, die öftere Wiederholung, der Rückfall, die Beschaffenheit der Unterstützungshandlung, die Eigenschaft des beförderten Hauptvergehens, ob dieses z. B. einfaches stuprum, Incest oder Ehebruch, der besonders nachtheilige Erfolg für Sittlichkeit, bürgerliche Stellung, Gesundheit, z. B. ob die zugeführte Person mit der Lustseuche behaftet war, ferner die Jugend und Unerfahrenheit der verkuppelten Person, das öffentliche Aergerniß und ähnliche Umstände berücksichtigt<sup>32)</sup>. Dagegen findet man jetzt darin keine besonderen Milderungsgründe mehr, ob Jemand z. B. aus angeblicher Ueberzeugung von des Anderen Keuschheit, um die Folgen der Zeugungsunfähigkeit auszugleichen und aus anderen derartigen Gründen zum Kuppler wurde. Theorien von dergleichen Milderungsgründen gehören in jene ältere Zeit, wo man allenthalben Milderungsgründe ohne irgend eine Berechtigung aufhäufte<sup>33)</sup>.

Schlüssige Unterstützungshandlungen sind namentlich alle diejenigen Handlungen, welche ein Gelegenheitsmachen zur Unzucht enthalten, z. B. Bestellung der Personen, welche mit einander Unzucht treiben, Besorgung und Einräumung der nöthigen Vertlichkeiten, Entfernung der Personen, welche die Unzucht hindern könnten, Wachsehen u. s. w.<sup>34)</sup>. Wer nur um das unzüchtige Leben anderer Personen weiß, oder demselben auch mit vielleicht unmoralischer Gleichgiltigkeit zusieht, der begeht noch keine Kuppelei. Es sind jedoch absichtliche Unterlassungen von den nur verschuldeten genau zu trennen und dabei ist zu bedenken, daß eine äußerlich scheinbar nur als Unterlassung auftretende Handlung doch sehr wohl in das Gebiet absichtlicher Beförderung gehören kann<sup>35)</sup>. So ist auch auf obwaltende Pflichtverhältnisse ein besonderes Augenmerk zu richten. Sollten bei der Kuppelei noch andere widerrechtliche Handlungen oder eine Beförderung derselben, z. B. der Gewalt, der Entführung, der Nothzucht vorkommen, so kann der Begriff der Kuppelei, sofern nämlich nicht auch hier ihr allgemeiner Thatbestand vorliegt, ganz wegfallen; es sind aber auch deraartige Handlungen nach den Regeln über die Concurrrenz selbstständig strafbar<sup>36)</sup>. Hier ist zu bemerken, daß der Begriff der Kuppelei bis zu einer gewaltsamen Beihilfe nicht reicht<sup>37)</sup>. Auch ist demselben

31) S. bes. Wächter a. a. D.

32) Xbegg a. a. D. u. a. Das Verkuppeln von Frauenpersonen erscheint an sich strafbarer als das von Männern. S. Hegel's Werke (Berlin 1833), Bd. 8, Rechtsphilosophie §. 164, Zusatz.

33) Tittmann a. a. D. §. 593. S. dagegen Quistorp a. a. D.

34) Tittmann a. a. D.

35) Xbegg a. a. D. u. a.

36) Xbegg a. a. D. §. 550 u. a.

37) Xbegg a. a. D. §. 547.

die Beförderung widernatürlicher Unzuchtsverbrechen fremd geblieben, obwohl man hin und wieder die Kupperei auch dahin ausdehnt<sup>38)</sup>.

Darüber, was außer dem schon Erwähnten zum vollendeten Thatbestande der Kupperei gehört, bedarf es keiner weiteren Auseinandersetzung; denn es genügt die Bemerkung, daß die Kupperei erst dann zur Vollendung kommt, wenn das unterstützte Hauptunzuchtsverbrechen zum Dasein gekommen ist<sup>39)</sup>. In dieser Beziehung sind daher die bezüglichen Unzuchtsverbrechen nachzusehen und es ist nur noch zu erwähnen, daß nicht etwa eine jede Beförderung dessen, was man unter dem vagen Ausdrucke Unzucht im gewöhnlichen Leben versteht, Kupperei ist, sondern daß die Beförderung eines mit bestimmtem, gesetzlichen Thatbestande begabten Unzuchtsverbrechens und dann auch dessen Dasein zur Vollendung der Kupperei gehört, wonach namentlich unzüchtige Reden und Betastungen, zu denen es in Folge kupplerischer Unterstützung etwa erst gekommen wäre, zur Vollendung der Kupperei noch nicht genügen, wenn nicht derartige Umstände durch das Gesetz zu einem selbstständigen Unzuchtsverbrechen erhoben werden sollten, was freilich von Seiten der ausübenden Jurisprudenz nicht zu wünschen ist.

R. S. Bergner.

**Landfriedensbruch**<sup>1)</sup> (Hausfriedensbruch, Burgfriedensbruch, Wegelagerung, Landzwang). Frieden<sup>2)</sup> ist in der altgermanischen Rechtsprache gleichbedeutend mit Recht, nur daß Frieden sich mehr auf das Ganze, die Gemeindegemeinschaft, Recht mehr auf den Einzelnen bezieht; so wie darin auch der Nebenbegriff der Heiligkeit, der Unverletzlichkeit des Rechtes besonders hervortritt<sup>3)</sup>. Frieden, könnte man daher auch sagen, bezeichnete den geordneten gesicherten Zustand unter der Herrschaft des Rechtes. Jede Gemeinde, wie wir hier jede staatliche Verbin-

38) Peinl. Gerichtsordn. Art. 122, 123.

39) Abegg a. a. D. §. 548 und Littmann a. a. D. Boehmer ad art. 122. §. 3. Feuerbach a. a. D. §. 472. Ab. Mein. ist Qui-stop a. a. D. §. 518.

1) Literatur: Ueber den Landfrieden. Hauptwerk: J. Ph. Datt, de pace imperii publica libri V. etc. Ulmae 1698. fol. Ad. Cortreii observata ad pacem publ. et profanam ex actis publicis, in dessen Corp. iur. publ. t. 3. Dissertationen: J. Gobler, de p. p. Basil. 1543. Ch. Leibfried. Basil. 1599. Friederici. Giessae 1618. G. Silvius. Argent. 1628. Th. Maul. Frankf. 1634. 1634. Struve. Frankf. ad Viadr. 1681. J. Bruneman. Frankf. ad Viadr. 1681. Landfriedensbruch: A. Gail, de pace publ. eiusque violatoribus. Als Anhang zu seinen Obs. pract. M. Enzlin, de violat. pacis. Tub. 1586. J. Halbritter. Tub. 1591. C. E. Behrens, de moderno usu const. pacis in dicasteriis. Giess. 1750. J. J. Moser's Nebenstunden Th. 2, S. 223. J. u. v. Grammer, Nebenstunden Th. 12, S. 1, Th. 22, S. 1, 43. Die Commentatoren zu Art. 129 CCC. und alle Lehr- und Handbücher des Strafrechtes.

2) S. Wilda's Strafrecht der Germanen S. 224 flg.

3) In den nordischen Rechtsquellen wird der Frieden auch Mannheiligkeit (Mannhaelgi) genannt, d. h. Unverletzlichkeit der Person und der Güter, wie wir sagen würden. Der Abschnitt über Verbrechen und Strafen heißt daher in den nordischen Rechts- und Gesetzbüchern: Mannhaelgis Balk.

nung nennen wollen, war daher eine Friedensgenossenschaft. Die großen Opfer, welche in den heidnischen Festzeiten bei den Scandinaviern (und es kann wohl kaum bezweifelt werden, daß es eben so bei den übrigen germanischen Stämmen der Fall war) den Göttern fielen, wurden ihnen dargebracht, daß sie Fruchtbarkeit der Erde geben, Frieden (innerhalb der Gemeindeverbindung) und Sieg (gegen seine Feinde) dem Volke und dem König verleihen möchten<sup>4)</sup>. Blutvergießen und unrechte Gewalt inmitten eines Stammes<sup>5)</sup> mißfiel den Göttern, die Krieg und Abenteuer begünstigten. Der Friede war eine von den Göttern zu ersiehende Gabe, ein von ihnen verliehener glücklicher Zustand<sup>6)</sup>.

Aus dieser Vorstellung ergibt sich schon, wie wenig der Zustand ungeordneter wilder Gewalt auch den thatenlustigen unter den germanischen Stämmen als ein preiswürdiger, normaler erschien; wie wenig ihr Freiheitsbegriff — wie man es oft behauptet hat — gewesen sein konnte: thun zu dürfen, wozu jeder Lust und durch sich und den Beistand seiner Freunde die Macht hatte<sup>7)</sup>; wie wenig es ein Fehderecht — d. h. die Befugniß, nach Willkür jeden wegen eines wirklichen oder vermeintlichen Unrechtes mit Waffenmacht anzugreifen, oder eine willkürlich zu übende Berechtigung, jede Anklage wegen einer begangenen Missethat, einer Störung des Friedens, durch das Verlangen, daß die Waffen entscheiden sollten, zurückzuweisen — gegeben haben kann. Ein solches Fehderecht, eine Sanction der Willkür und Gewalt, würde jeden Rechtszustand, jede Friedensverfassung unmöglich gemacht haben<sup>8)</sup>. Aber wir dürfen uns das Staats- und Rechtswesen auch nicht nach unserer Weise geordnet und ausgebildet denken. Selbsthilfe, die bei uns im allgemeinen durchaus unzulässig erscheint, war erlaubt; so z. B. war es gestattet, seinen Schuldner wegen Schuld zu pfänden<sup>9)</sup>, so vollzogen die Parteien selbst das ihnen zu Gunsten gesprochene Urtheil<sup>10)</sup>. Ebenso wie die Selbsthilfe war aber auch die Rache keineswegs absolut widerrechtlich,

4) Til års, til fridhar, til sigrs: Für die Ernte, für Frieden, für Sieg. Grimm's Mythol. S. 26 (1. Ausg.).

5) So heißt es auch beim Caesar, de bello Gallico VI. 23: Latrocinia nullam habent infamiam quae extra finem cuiusque civitatis fiunt.

6) Friede hängt sprachlich zusammen mit frei, froh, Freude, Freunde. S. Graff, althoch. Sprachschatz Bd. 3, S. 783, vgl. mit S. 794. In der Ynglingasage c. 12. heißt es: In seinen (des Freyr) Tagen begann der Froda-Frieden; da war auch gute Zeit im Lande, welches die Schweden dem Freyr zurechneten, deshalb wurde er mehr verehrt als andere Götter, denn zu seiner Zeit waren das Land und das Volk wohlhabender als zuvor, durch Frieden und gute Ernte. Adam von Bremen, von den Götterstatuen im Tempel zu Upsala redend, sagt: Tertius est Fricco (Freyr) pacem voluptatamque largiens mortalibus.

7) S. Bilba's Strafrecht der Germanen S. 117 flg., und nun auch S. Waig, deutsche Verfassungs-geschichte Bd. 1 (Kiel 1844), S. 184.

8) Bilba a. a. D. S. 184 flg. Waig a. a. D. S. 195 flg.

9) Bilba, das Pfändungsrecht, in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft Bd. 1, S. 190.

10) Ebenbaselst S. 184.

aber eben so wenig konnte sie willkürlich, d. h. wann und wie man wollte, geübt werden; sie hatte ihre rechtlichen Grenzen und war selbst ein Rechtsinstitut<sup>10)</sup>.

Es gab nun aber neben dem Frieden, den wir als den Zustand des herrschenden Rechtes kennen gelernt (neben dem Gemeinfrieden, wie man sagen könnte), noch besondere, höhere Frieden<sup>11)</sup>. Die Bedeutung davon ist, daß wo solcher besonderer Frieden waltete, ein jedes begangene Unrecht um so strafbarer erschien, und Selbsthilfe und Rache, wo sie sonst zulässig waren, nicht geübt werden durften. Es herrschte ein solcher höherer Frieden ursprünglich in den heidnischen Festzeiten, in welchen auch die großen Volksversammlungen zu gemeinschaftlichen Opfern, wie zu Behandlung öffentlicher Angelegenheiten stattfanden; daraus hat sich theils der höhere Frieden in den christlichen Festzeiten, theils der Dings- oder Gerichtsfrieden, wie wir ihn noch bis in spätere Zeit wiederfinden, entwickelt<sup>12)</sup>. Ein höherer Frieden kam auch den geheiligten Stätten zu, wo jene Opfer und Versammlungen stattfanden, woraus dann der Kirchenfrieden sowohl, als auch der Frieden der Dingstätten, Gerichts- und Rathhäuser hervorgegangen ist<sup>13)</sup>. In allen zahlreicheren Zusammenkünften aber war jede (vorbedachte) Gewaltthat, welchen Grund sie auch haben mochte, in höherem Maße strafbar; hierauf beruhte nicht nur der alte Heerfrieden<sup>14)</sup>, — hieraus hat sich selbst der Marktfrieden<sup>15)</sup>, der Frieden, der selbst bei den Belagen<sup>16)</sup> herrschte, entwickelt. Innerhalb seiner Bere<sup>17)</sup> sowohl, als während er sein Feld bestellte, auf dem Acker<sup>17a)</sup>, genoß jeder Freie eines höheren Friedens. Alle diese höheren Frieden standen, als die fürstliche Gewalt sich weiter entwickelt hatte, unter dem besonderen Schutze des Königs, des Hortes des Volksfriedens<sup>17b)</sup>; als solcher konnte der König auch Personen und Orten einen besonderen Schutz und Frieden erteilen, und es war dann ein solcher ein besonders geheiligter Frieden, wie denn auch eine besondere Unverbrüchlichkeit dem vom Richter besonders gesetzten, oder auch von den Parteien einander gelobten Frieden zukam.

Friedensbruch bezeichnet nun in der älteren Rechtsprache jede eigentliche Rechtsverletzung, jedes Verbrechen. Doch wird das Wort meist in einem engeren Sinne genommen; man versteht darunter insbesondere: a) die Verletzung des besonders gelobten Friedens (welches einen

10) Das Nähere darüber in *Wilde's Strafrecht der Germanen* S. 156 flg.

11) *Ebenbaselbst* S. 231 flg.

12) *Ebenbaselbst* S. 233.

13) *Ebenbaselbst* S. 248, 235 flg.

14) *Ebenbaselbst* S. 238: 12. Kap. der Friesen: *pacem ecclesiae et domus et conventus plebis et exercitus et colloquii, ubi familiares pactiones, conventus.*

15) *Ebenbaselbst* S. 237.

16) *Ebenbaselbst* S. 236.

17) *Ebenbaselbst* S. 241.

17a) *Ebenbaselbst* S. 245.

17b) *Ebenbaselbst* S. 253.

Treubruch enthielt), oder des besonders von dem Könige dem Richter der Gemeinde gesetzten und gewirkten Friedens (wodurch sich eine Mißachtung jener öffentlichen Autoritäten kund gab); b) Verletzung der höheren Frieden, die vorzugsweise Frieden genannt wurden, und endlich c), was zugleich das Vorige mit begreift, alle schwereren Rechtsverletzungen, und zwar ursprünglich alle, die nach dem ältesten teutschen Strafrechte Friedlosigkeit, die Hauptstrafe des Alterthums, nach sich zogen<sup>18)</sup>, dann aber alle qualificirten Verbrechen, wie wir sagen würden. Der Grund der Auszeichnung solcher Verbrechen konnte, um nur Einiges hervorzuheben, vorzugsweise in der Unsitlichkeit, die sich darin kund gab, liegen, wie nach germanischer Anschauung in allen mit Heimlichkeit begangenen Mißthaten<sup>19)</sup>, z. B. Mord<sup>20)</sup> und Diebstahl, oder in der Natur des verletzten Gutes, z. B. bei der Nothzucht u. s. w., so wie dann auch in der gewaltsamen, den Gemeindefrieden besonders gefährdenden Ausführung einer Rechtsverletzung. Dahin gehörten namentlich alle diejenigen Verbrechen, welche mit einem gesammelten Gefolge von Freunden und anderen freien Leuten<sup>21)</sup> begangen wurden, und die im nordischen, besonders dem dänischen Rechte bezeichnend Heerwerk — was in der Folge der vis publica der Römer gleichlich gleichbedeutend geworden ist — genannt wurden<sup>22)</sup>. In den Capitularien findet sich dafür das entsprechende harizhut<sup>23)</sup>, welches daselbst auch schlechthin vis<sup>24)</sup>, fortia<sup>25)</sup> genannt wird. Es

18) Ueber Friedlosigkeit s. auch den Art. Bann in diesem Werke Bd. 1, S. 601.

19) Ebendaf. S. 569.

20) Mord ist im altgerm. Rechte: heimliche und verheimlichte Tödtung. Ebendaf. S. 706.

21) Collecta, armata multitudino herireita heißt es in den alten Volksrechten mit begabderdem Volk. Ein unrechtes, auch hauptloses Heer wird ein solcher gesammelter Haufe in den friesischen Volksstären genannt. S. Strafrecht der Germanen S. 618.

22) Ebendaf. S. 832.

23) In dem Capitulare de banno, welches Pertz (Monum. T. Leg. I. p. 34.) etwa um 772 setzt, das aber vor 795 vorhanden gewesen sein muß, heißt es zuletzt: §. 5. Qui raptum facit hoc est qui ingenuam feminam trahit contra voluntatem parentum suorum. §. 6. Qui incendium facit infra patriam i. e. qui incendit alterius casam aut scuriam. §. 7. Qui harizhut facit hoc est, qui frangit alterius sepe aut portam aut casam cum virtute. Ferner Caroli II. Conv. Silv. a. 853. c. 3. Pertz l. c. p. 424: — de collectis, quae theodisca lingua herizuph appellant et de his qui immunitates infringunt, et qui incendia et voluntaria homicidia et adalituras in domos faciunt. — Hari, heri bedeutet Heer, eine jede größere zum Kriege oder anderen Unternehmungen vereinigte Menge, daher harion: arma circumferre. Es ist wohl kein Zweifel, daß harizhut und herizuph dasselbe bedeuten, die Endsilbe in beiden wohl verborben ist, und das Wort seiner Bedeutung nach mit dem dänischen Heerwerk übereinstimmt.

24) Capit. ad Leg. Baiuv. a. 803. c. 2. Pertz l. c. p. 120.: Ut raptum, vel vis per collecta hominum, vel incendium infra patriam nemo facere praesumat.

25) Capit. Sax. a. 797. c. 1.: Et ut raptam et fortiam nec incendium infra patriam, quis facere audeat praesumptive.



Konnten in dieser Weise mit einem gesammelten Gefolge freier Leute gar mannichfache Verbrechen verübt werden, wo dann die gewaltsame, friedenstörende Verübung noch als ein erschwerendes Moment hinzukam, doch dieß oftmals ohne eigentlich practische Folgen, wenn nämlich jenes Verbrechen, auch schon von einem Einzelnen oder ein paar Leuten verübt, zu den mit den schwersten Strafen belegten gehörte, z. B. der Frauenraub<sup>26)</sup>. Indes kennt das altgermanische Strafrecht besonders eine Missethat, bei welcher die Verübung mit einem gesammelten Gefolge zum Thatbestande des Verbrechens gehörte: die Heimsuchung<sup>27)</sup>; man verstand darunter den gewaltsamen Angriff auf die Were (die Wohnstätte) eines Mannes, die in der Regel verübt wurde, um einen anderen Frevel zu vollführen, z. B. seinen Feind zu tödten, seine Habe zu vernichten, fortzuführen<sup>28)</sup> u. s. w. Es konnte ein solcher Angriff aber auch in Ausübung eines vermeintlichen oder wirklichen Rechtes unternommen werden, in welchem Falle das Verbrecherische dann in der Form, in dem gewaltsamen Angriffe auf die Were lag<sup>29)</sup>. So war denn die Heimsuchung im vorzugswesisen Sinne ein crimen vis, ein Friedensbruch, insofern man darunter die größeren, den Gemeinfrieden überhaupt gefährdenden oder störenden widerrechtlichen Gewaltübungen versteht<sup>30)</sup>; und so bildete auch die Heimsuchung noch in einer späteren Zeit, als von der wir bisher redeten, eine Hauptart des Landfriedensbruches; in einer solchen Friedenssagung R. Heinrichs vom J. 1234 heißt es nämlich: *Reysam, que keymszuche dicitur, si qui commiserit, proscribatur*<sup>31)</sup>. Reife bedeutet in der älteren Sprache auch *expeditio militaris*, und das keymszuche, welches gar keinen Sinn geben würde, für Heimsuche steht, wird wohl nicht in Zweifel gezogen werden.

Landfrieden ist gleichbedeutend mit Frieden überhaupt. Es liegt in der Entwicklung des Staatswesens, daß bei der politischen Eintheilung an die Stelle von Volk, Stämmen, Geschlechtsgenossenschaften das

26) S. folgende Seite.

27) S. folgende Seite.

28) Frauenraub, in den vorstehenden Capitularien durch *raptus* bezeichnet, bildete im altteutschen Strafrechte ein von der Entführung (mit Zustimmung der Frau, aber gegen Willen ihrer Eltern oder Vormünder) und der Rothzucht unterschiedenes Verbrechen. S. Wilsa, Strafrecht der Germanen S. 839 fig.

29) Ebendas. S. 953 fig.

30) Dieß sagen die, in der in vorhergehender Note angegebenen Art mitgetheilten Stellen aus den Volksrechten, den angelsächsischen und scandinavischen Rechtsquellen, denen allen dieses Verbrechen der Heimsuchung bekannt ist. Daß ein gesammeltes Gefolge hier zum Thatbestande gehört, ergibt sich aus mehreren Stellen, wo von jener Missethat die Rede ist, L. Sal. em. XVI. XLIV. 1. L. Baiuv. III. 8. 1. L. Fris. XVII. 4. L. Angl. et Wer. X. 9., wo es heißt: *villam alienam cum contubernio adsalire; hominem in domo adsalire; liberum (in domo sua) hostili manu cingere; manu collecta hostilitur villam vel domum alterius circumdare*. Vgl. Wilsa, Strafrecht der Germanen S. 618, 619, 620, 624.

31) *Henrici R. curia Francofurtana Sententia de violatione trengarum. Paris, Mon. T. Leg. II. p. 300.*

Land, die Landschaften, Landesdistricte (Grafschaften oder wie sie heißen mögen), Ortsgemeinden treten. So geschah es auch bei den Teutschen. So wie das Volkrecht zum Landrechte, die Volksgerichte zu Landgerichten wurden, so wurde der (Volksgemein-) Frieden zum Landfrieden. Doch tritt in dem Worte Landfrieden auch noch die Beziehung auf das ganze Land, im Gegensatz zu den einzelnen Theilen, daher auch dem Frieden innerhalb der einzelnen Gemeinden, hervor; so daß man unter Landfrieden einen durch das ganze Land gehenden allgemeinen Frieden oder gesicherten Rechtszustand verstand. In diesem Sinne kommt das Wort in den Reichsgesetzen gegen das Ende des 13. Jahrhunderts vor, während bis dahin die, die Erhaltung, Sicherung, Wiederherstellung des Landfriedens bezweckenden Reichsgesetze und Verordnungen der Kaiser: Pax, Constitutio pacis, Frieden, Friedebriefe genannt wurden<sup>32)</sup>. Daher sagt auch der Abt Conrad von Lichtenau in dem Chronicon Ursperg. zum J. 1187 (1156): *Eo anno Fridericus imp. conventum principum apud Nürimberc coadunavit: ubi de pace terrae disposuit et literas redigi iussit; quas literas Alemanni usque in presens Friedebrief i. e. literas pacis vocant, nec aliis legibus utuntur tanquam gens agrestis et indomita.* Erst in den Reichsgesetzen Kaiser Rudolfs I. v. J. 1281 und 1287<sup>33)</sup> begegnen wir dem Worte Landfrieden statt Frieden. Es ergibt sich hieraus, daß Landfriedensbruch mit Friedensbruch überhaupt gleichbedeutend ist<sup>34)</sup>, worunter man auch jetzt noch im weiteren Sinne jede Missethat (Ungericht), dann aber insbesondere die schwereren Verbrechen, die Verletzung der gelobten, beschworenen Frieden, so wie der höheren Frieden verstand, wie dieses nicht nur eine Vergleichung der hierher gehörigen Stellen des Sachsenspiegels und anderer Rechtsquellen ergeben wird, sondern insbesondere auch die oberröhmten Friedebriefe. Es enthalten dieselben eine Menge Sägungen über die Bestrafung der am gewöhnlichsten vorkommenden Verbrechen, als Tödtung, Verwundungen, Diebstahl, Frauenraub u. s. w., und zwar sind diese Sägungen großentheils nur Wiederholungen dessen, was schon längst als geltendes Recht angesehen wurde, theils wohl auch verschärfte Strafbestimmungen, oftmals nur für eine gewisse Zeitdauer sanctionirt, um den arg gefährdeten und gestörten Rechtszustand möglichst wiederherzustellen<sup>35)</sup>. Es trugen

32) *Constitutio Pacis Henrici I. Imp. a. 1103.* Pertz, Mon. T. Leg. II. 60. — *Constit. de pace tenenda et eius violatoribus Friderici I. Imp. 18 Sep. 1156.* Pertz l. c. p. 101. — *Henrici R. Trenga Sal. 1230.* Pertz l. c. p. 266.

33) Pertz l. c. p. 432. 436. 448.

34) So auch Wächter, Revision der Lehre von dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit, im neuen Archive des Criminalrechtes Bd. 12, S. 369.

35) Pertz, Mon. IV. p. 60.: *Anno ab incarnatione Dei 1103 Henricus Mogontiae pacem sua manu firmavit et instituit et archiepiscopi et episcopi propriis manibus firmaverunt. Filius regis iuravit et primates totius regni duces, marchiones, comites aliique quam multi. Dux Welfo et dux Bertolfus et dux Fridericus iuraverunt eandem pacem usque ad pentecosten et inde per quatuor annos.*

diese Friedensbriefe dann oftmals den Charakter vertragsmäßiger Einigungen, indem der Kaiser mit den zum Reichstage versammelten Beamten und Großen sie beschwor<sup>36)</sup>, zugleich aber auch alles Volk sie beedigen mußte, so daß derjenige, welcher sich dessen weigerte, als ein Feind der Friedensgenossen betrachtet wurde, und wer etwas gegen die Bestimmungen des Friedensbriefes beging, sich dadurch zugleich der Verletzung eines gelobten Friedens, eines Treubruches schuldig machte<sup>37)</sup>. Man sieht aus diesen Maßregeln, welche ein Zustand wilder Gewalt in den zum fränkischen Reiche gehörigen Ländern nach Auflösung und Verfall der Einrichtungen Karl des Großen hereingebrochen war; in der Zeit, als der alte Freienstand sich in Ael und Hörige auflöste, die alten Gemeinden versielen, das Streben der Großen, ihre Macht und Besizthum auf Kosten der Schwächeren zu vermehren und sich zugleich von dem Könige und ihrem Lehnsherrn möglichst unabhängig zu machen, immer weiter um sich griff, die neu sich bildenden Corporationen nach größtmöglicher Selbstständigkeit trachteten, die Centralgewalt, so weit eine solche im Reiche und in den einzelnen Provinzen bestand, immer schwächer wurde<sup>38)</sup>. Keineswegs kann aber jener Zustand daraus hergeleitet werden, daß Gewalt für Recht gegolten, und die Waffenmacht eines Jeden den Maßstab für seine Befugnisse gegeben habe. Es ist schon zuvor bemerkt worden, wie ein derartiges Fehderecht auch den Germanen schon in ferner Vorzeit fremd gewesen ist, und Rache und Selbsthilfe, welche den Begriff und die Herrschaft des Rechtes voraussetzen, ihre bestimmt gezogenen Grenzen hatten. Offenbar zeigt sich auch in der Gesetzgebung, unter Einwirkung der Kirche, das Streben, die Rache und Selbsthilfe immer mehr zu beschränken. Zu einer gänglichen Aufhebung derselben — welcher die im Volke herrschende Ansicht auch noch oftmals zu sehr widerstrebte — konnte es nicht kommen, so lange keine in jedem Falle sichere und prompte Rechtshilfe zu erlangen war. Es besaßen aber die Inhaber der Gerichtsbarkeit oftmals keine hinlängliche Macht, um den Frevler, der sich zu Recht zu stehen offen weigerte, oder sich der Verfolgung heimlich entzog, zu zwingen, und es mochte ihnen wohl oft selbst an dem Willen fehlen, den rechtlichen Beistand, so weit sie ihn zu leisten

36) S. die vorstehende *Constitutio Pacis v. J. 1103.*

37) *Constit. pacis provincialis a. 1103.*: *Talis pax iurata est a Duce Friderico et multis comitibus etc. — Hanc pacem unusquisque ante proximum festum stae Mariae debet iurare vel cum iuramento septem veracium virorum debet se expurgare, quod ipse non audierit hanc pacem esse iurata; qui hoc fecerit manum perdat. Si quis corrupit istam pacem et aufugerit et latere voluerit donec pax ista transierit, si quando reversus fuerit eandem penam paciatur quam modo pati deberet. Si quis noluerit iurare: dicens nulli noceo, ne quisquam noceat mihi — eandem penam quam pacis violator subire debet. — Der fogen. erste Landfrieden Kaiser Friedrich I. v. J. 1158 sollte von fünf zu fünf Jahren von neuem beschworen werden. S. Pertz l. c. p. 112. Kaiser Ludwig Landfrieden v. J. 1323 Cap. 8.*

38) S. auch Rosshirt, *Geschichte und System des teutschen Strafrechtes* Bd. 1, S. 68.

vermochten, dem Schwachen gegen den Mächtigen, gegen den Standesgenossen, dem Fremden gegen den Angehörigen derselben Gemeinde, desselben Territoriums, zu Theil werden zu lassen. Es blieb daher nichts übrig, als in den Fällen, wo es unmöglich war, den Friedbrecher zur Verantwortung zu ziehen und zur Strafe zu bringen, oder wo man sonst zu dem Seinigen nicht gelangen konnte, Fehde und Pfändung, nachdem man die Rechtshilfe vergeblich in Anspruch genommen hatte<sup>39)</sup>, für zulässig zu erklären<sup>40)</sup>. Das Interesse des Rechtes selbst forderte die Anerkennung der Zulässigkeit der Rache und Selbsthilfe unter den angegebenen Bedingungen, von welchen aber auch die Rechtmäßigkeit derselben abhing. So heißt es in dem Friedebriefe Kaiser Heinrich's gegeben zu Frankfurt am 11. Febr. 1234: Si quis alium laeserit vel guerram ei moverit, absque praecedente quaerimonia, si princeps extiterit centum marcas auri regie camere praesentabit etc. Viel ausführlicher und bestimmter erklärt sich darüber der Landfrieden Kaiser Friedrich II. v. 15. Aug. 1235: Ad hoc magistratus et iura sunt prodita, ne quis sui doloris vindex sit; quia iuris cessat autoritas, excedit licentia seriendi. Statuimus igitur, ut nullus in quacunque re dampnum ei vel gravamen fuerit illatum, se ipsum vindicet, nisi prius querelam coram suo iudice propositam secundum ius usque ad definitivam sententiam prosequatur; nisi in in continenti ad tutelam corporis sui vel honorum suorum vim vi repellat, quod dicitur notwere. Si quis aliter processerit ad vindictam, dampnum illatum adversario solvat in duplum, nullam actionem sibi de dampnis vel gravaminibus illatis sibi de cetero competente. Si quis coram iudice sicut predictum est in causa processerit, si ius non fuerit consecutus et necessitate cogente, oportet eum diffidare inimicum suum quod dicitur widersage, hoc diurno tempore faciat u. s. w.

Da die Begründung eines dauernden Friedens aber nicht möglich war, so lange es den Parteien selbst noch überlassen bleiben mußte, sich, wo die Macht der Gerichte nicht ausreichte, Recht zu verschaffen, den wirklichen oder vermeintlichen Friedbrecher, der etwa trotzig nicht zu Recht stehen wollte, zu züchtigen, — so suchte man mindestens den so gewissermaßen legalisirten Fehdezustand zu mildern, zu regeln und weniger verderblich zu machen. Es bezweckte dieses namentlich der zunächst von der Geistlichkeit in Aquitanien im J. 1031, angeblich auf eine unmittelbare Eingebung und Anordnung Gottes, begründete Gottesfrieden<sup>41)</sup> (treuga<sup>42)</sup>

39) Daß zunächst immer der Weg Rechtens betreten werden mußte, ist schon im Landfrieden Kaiser Friedrich I. v. 1158 ausgesprochen: Si quis aliquod ius de quacunque re vel facto contra aliquem habere putaverit, iudicialium adeat potestatem et per eam ius sibi competens exequatur.

40) In dieser Weise, wie es hier geschehen, ist auch das Fehderecht von Wächter, a. a. O. S. 354, aufgefaßt und begrenzt worden.

41) Ueber den Ursprung s. bes. Datt, de pace publica I. c. 2. §. 25 sq. Heinrichs, deutsche Reichsgesch. Bd. 2, S. 294.

42) Treuga, tregia, treva, verwandt mit triwa, triawa, goth. triggow, Treue, bezeichnet den fest gelobten und insbesondere unverbrüchlich zu haltenden Frieden. Vgl. Wilda, Strafrecht der Germanen S. 179, 230.

Dei), welcher sich allmählig über ganz Frankreich verbreitete und von der römischen Kirche anerkannt<sup>43)</sup>, auch in Deutschland Geltung erhielt. Es waren besonders die Kaiser Konrad II. und Heinrich III., welche sich die Einführung und Befestigung angelegen sein ließen. Der Gottesfrieden ist aber seinem Wesen nach nur eine Erweiterung des bereits schon aus heidnischer Zeit stammenden Friedens, welcher an den hohen Festzeiten waltete und welcher auch auf die christlichen Festzeiten übertragen wurde. Die Geistlichen verkündeten nun aber gleichsam als ein Gebot Gottes, daß dieser Frieden auch in der Advent- und Fastenzeit und dann weiter, daß er in jeder Woche von Mittwoch Abend bis Montag früh beobachtet werden sollte. Bei Strafe der Excommunication sollten in dieser Zeit die Waffen ruhen, keine Fehde stattfinden, auch keine Pfändung zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen, wodurch leicht weitere Gewaltthätigkeit veranlaßt wurde, vorgenommen werden dürfen<sup>44)</sup>. — Als eine Beschränkung des Fehderechtes wurde dann auch oftmals von neuem wiederholt: daß keine auch sonst erlaubte Gewalt an Personen, die wehr- oder waffenlos waren und als solche oder um anderer Ursache willen unter dem besonderen Schutze des Königs standen, geübt werden durfte, so wie auch nicht an besonderen Orten oder an besonderen gefriedeten Sachen<sup>45)</sup>. Endlich machten es die Friedebriefe besonders zur Pflicht, die Fehde, welche man aus gerechter Ursache, nothgedrungen, d. h. wenn man durch Hilfe des Gerichtes sein Recht nicht hatte erreichen können, erheben wollte, seinem Gegner drei Tage zuvor anzukündigen<sup>46)</sup>. Der Zweck hiervon war wohl, dem, welchem die Fehde an-

43) C. 1. X. de treuga et pace. (1. 34.) (Alexander III. in concil. Lateran. 1179.)

44) Glaber Rodolph hist. Franc. V. 1. (du Chesne IV. p. 55.) Contigit vero ipso in tempore (Henrici III.) firmari pactum propter timorem dei pariter et amorem, taliter ut nemo mortalium a feriae quartae vespere usque ad secundam feriam incipiente luce ausa temerariò praesumeret quippiam alicui hominum per vim auferre, neque ultionis vindictam a quocunque inimico exigere, nec etiam a fideiussore vadimonium sumere. Quodsi ab aliquo fieri contigisset, contra hoc decretum publicum, aut de vita componeret, aut a Christianorum consortio expulsus patria pelleretur, hoc insuper placuit universis — ut treuga Domini vocaretur. — Vgl. ferner sächs. Landrecht II. 66. §. 2.

45) S. sächs. Landrecht II. 66. §. 1. vgl. mit Landfrieden Kaiser Heinrich's v. J. 1230 bei Pertz IV. p. 267. Landfrieden v. 1389 §. 12. Reichsabsch. v. 1442 §. 6—8. — Wer in des Königs Frieden begriffen war, sollte daher auch keine Waffen führen. Sächs. Landrecht III. 2. vgl. mit II. 71.

46) Es ist dies zuerst verordnet in der Constitutio contra incendiarios 1187. (bei Pertz I. c. p. 183.) Ferner Const. Friderici II. a. 1234. (bei Pertz I. c. p. 301.) Constit. pacis. 1235. c. 5. (Pertz I. c. p. 315.) Kaiser Rudolf's Landfrieden v. 13. Dec. 1281 (Pertz I. c. p. 437.): Ewer aver sine clage vullen furet, als da gesorven ist wirt eme nicht gerichtet, und muoz er durch not sinen vienden widersagen daz sol er bi tage tun, und von dem tage daz er ime widersaget hat, unz an den vierden tach, sol er ime nich einen scaden tun, weder an libe, noch an gute. So hat er dri ganze tage vriede. — Auch goldene Bulle Cap. 17. Sammlung der Reichsabschiede Bd. 1, S. 72.

gekündigt, war es noch möglich zu machen, seinem Gegner sich zu Recht zu erbieten, oder ihn wohl selbst noch des Friedensbruches anzuklagen, wenn er ohne gerechte Ursache Gewalt zu üben Willens war; ferner sollte dadurch ein heimliches Ueberfallen verhindert werden, weil nach germanischem Rechte stets nur offene Rache für ehrlich und des freien Mannes für würdig erachtet wurde<sup>47)</sup>. Die Absagebriefe enthielten daher auch stets eine Verwahrung der Ehre<sup>48)</sup>. Diese hatten offenbar ursprünglich die Bedeutung, dadurch zu erklären, daß man nur um sein gutes Recht geltend zu machen, frei und offen an dem Beleidiger und Friedbrecher Gewalt üben, nicht um schlechter Ursache willen einen Schuldlosen seiner Habe berauben oder sonstige Frevel gegen denselben verüben wollte. Freilich kam es dann dahin, daß die Ritter meinten, durch das bloße Absagen genug zur Verwahrung gethan zu haben, um nun ohne Beeinträchtigung ihrer ritterlichen Ehre Raub und Gewaltthätigkeit jeder Art üben zu können<sup>49)</sup>. Dieß ergibt sich z. B. auch noch aus dem Landfrieden der sechs Churfürsten v. J. 1438 §. 8 (Sammlung der Reichsabsch. Bd. 1, S. 154): Daß Niemandt dem Andern Schaden thun soll, er habe ihn dann zuvor zu rechten erfordert, und ob ihm das Recht nit gediehen und widerfahren möchte, so soll er dennoch nit angreifen noch beschedigen, er habe ihn dann das drey Tage und drey Nachte ganze zuvor in sin Huse, da er sin gewöhnliche Wonunge hat, verkündet und sich bewahret. Es war dabei aber außer Acht gelassen, daß jede ehrliche Fehde sowohl eine rechtmäßige Ursache voraussetzte, als auch, daß man im Wege Rechtens keine Genugthuung oder Erstattung des Seinigen habe erlangen können. Diese letztere Bedingung einer rechtmäßigen Fehde wurde indeß am wenigsten beachtet, theils weil in vielen Fällen es wohl unmöglich war, die Rechtshilfe auch nur nachzusuchen und eine Verurtheilung seines Gegners, wenn auch nur in contumaciam, erlangen zu können, theils weil sich die Ansicht zu verbreiten anfang, daß jeder, der das Waffenrecht und die Waffenehre habe, damit auch die Befugniß habe, sie zum Geltendmachen seines Rechtes zu gebrauchen. Diese Ansicht konnte aber um so mehr einen gewissen Schein des Rechtes gewinnen, als ein Theil des Herrenstandes, so wie der städtischen Gemeinden, durch Erwerb der Landeshoheit, so wenig diese auch noch als eine ausgebildete Staatsgewalt angesehen werden konnte, in eine unabhängigere, selbstständigere Stellung gegen einander, wie zum

47) *Bilba*, Strafrecht der Germanen S. 158.

48) Beispiele solcher Absagebriefe findet man bei *Datt*, de pace publ. Lib. 1. c. 15. p. 115. 116.; in *Lehmann's* speyerscher Chronik B. VII, S. 86, S. 894, S. 89, S. 901, S. 100, 101, S. 924, S. 103, S. 931. — Als Curiosum mag es bemerkt werden, daß im J. 1471 einige „Schuchnechte“ zu Leipzig der dortigen Universität einen Absagebrief wegen einer zugesägten Beleidigung, wofür sie keine Genugthuung erhalten konnten, schickten. Er findet sich in *Senkenberg*, selecta iuris et histor. T. IV. p. 416., und daraus in *Heinrich's* deutscher Reichsgesch. Bd. IV, S. 566.

49) S. hierüber die richtigen Bemerkungen von *Bächter* a. a. D. S. 360.

Reiche, in ein gewissermaßen völkerrechtliches Verhältniß, könnte man sagen, kam.

Seit dem vierzehnten Jahrhunderte sehen wir aber allmählig das Streben hervortreten, aller Selbsthilfe und Rache, allem Fehdewesen ein Ende zu machen. Die Versuche dazu, wobei man sich des eigentlichen Zieles wohl nicht einmal recht bewußt war — denn die alten Grundsätze blieben noch in Kraft, und es verging noch lange Zeit, ehe allgemeine Unzulässigkeit von Fehden im teutschen Reiche ausgesprochen wurde — traten noch sehr partial, in einzelnen Kreisen, aber doch mehr vorübergehend hervor<sup>50</sup>). Die ersten Anfänge einer solchen gänzlichen Beiseitigung des Fehdewesens finden wir in den Städtebündnissen, die im 14. Jahrhunderte eine weitere Ausdehnung gewannen, so wie in den Einigungen, welche der Adel den Städten gegenüber einging. Alle diese Verbindungen hatten den Zweck des gegenseitigen Rechtsschutzes, der gemeinschaftlichen Vertheidigung gegen unrechte Gewalt; man konnte sie gewissermaßen erweiterte Gilden nennen. In allen diesen Einigungen mußten aber die Mitglieder die Verpflichtung übernehmen, sich einander nicht zu befehlen, sondern ihre Streitigkeiten vor gefornen Richtern zu Güte oder Recht austragen zu lassen, d. h. sich dem von jenen Richtern (Aussträgern) getroffenen Vergleich oder Rechtspruch zu unterwerfen. Ohne eine solche Anordnung würden die Einigungen selbst nicht haben bestehen können; auch muß man dabei sich erinnern, daß auch die Gilden ein feindliches Verfahren der Genossen gegeneinander nicht gestatteten<sup>51</sup>). So lange es aber noch mehrere Bündnisse der Art gab, deren Interessen selbst einander entgegengesetzt waren, wie namentlich die Bündnisse der Städte und des Adels, so lange konnte es an Streitigkeiten, die nun nur mehr den Charakter von Kriegen, als bloßen Fehden annahmen, nicht fehlen. Kaiser Wenzeslaus strebte zuerst dahin, diese verschiedenen Parteien und Einigungen in eine große, gleichsam das ganze Reich umfassende Eidgenossenschaft zu vereinigen und an die Stelle der kaiserlichen Land- und Hofgerichte, welche seit der Entstehung der Landeshoheit dem Bedürfnisse nicht mehr entsprachen, zur Entscheidung aller Streitigkeiten, die zu Fehden Veranlassung geben konnten, allgemeine Austräge zu setzen, und Anordnungen zur Vollziehung der Rechtsprüche und Ueberwachungen zu treffen<sup>52</sup>). — Es kann hier nicht erzählt werden, wie diese Bestrebungen, bald nur einen geringen, bald gar keinen Erfolg hatten, wie denn ähnliche Versuche unter den folgenden Kaisern Albrecht II. und Friedrich III. gemacht wurden<sup>53</sup>), durch welche doch allmählig, so wenig

50) S. Datt, de pace publica p. 1—81. — Eichhorn's Staats- und Rechtsgesch. §. 401. Wächter a. a. D. S. 366.

51) Wilda's Gildenwesen im Mittelalter S. 136, 338.

52) Es geschah dies zuerst durch den Nürnberger Landfrieden v. 11. März 1383 (n. Sammlung der Reichsabsch. Th. 1, S. 88), den Landfrieden zu Eger v. 5. Mai 1389 (a. a. D. S. 91) und zu Frankfurt v. 1398 (a. a. D. S. 101).

53) S. Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. §. 402, 408.

das Mißlingen derselben auch einen Erfolg zu versprechen schien, die Sache endlich zur Reife kam. Dem Kaiser Maximilian gelang es im Jahre 1495 auf dem Reichstage zu Worms, eine Vereinigung der Reichsstände zu einem Landfrieden, der allgemein in Deutschland beobachtet, dessen Dauer an keine Zeit gebunden und durch den alles Fehderecht (als offen Wehde und Verwahrung durch das ganz Reich) unbedingt aufgehoben (aufgehoben und abgethan) sein sollte, zu Stande zu bringen<sup>54</sup>). Von der Verkündung dieses Friedens an, heißt es in demselben, sollte Niemand, von was Würden, Stände oder Wesen er sey, den andern bevehden, bekriegen, berauben, wähen, überziehen, belagern u. s. w., sondern wer zu dem andern zu sprechen vermeint, der soll solichs suchen und thun an den Enden und Gerichten, da die Sach hivor oder jez in der Ordnung des Cammergerichts zu Austrag verdinget sein, oder künfftiglich würden, oder ordentlich hingehören. Wer aber diesen Friedensgebotten zuwider handeln würde, der sollte mit der That (ipso facto) außer anderen Strafen in des Reiches Acht verfallen sein und keines Schutzes für Leib und Gut mehr genießen. In Verbindung mit dieser Aufrichtung eines allgemeinen, ewigen Landfriedens steht die Errichtung sowohl des Reichskammergerichtes, welches die Streitigkeiten der unmittelbaren Reichsstände — den Austrägen unbeschadet — entscheiden sollte, und an welches auch jeder, welcher dem Reiche nur mittelbar unterworfen, sich sollte wenden können, wenn ihm sein Recht vor den ordentlichen unteren Gerichten werde verweigert oder verzögert werden, so wie das im Jahre 1500 begründete, aber bald wieder in Abgang gekommene Reichsregiment, und die Kreiseintheilung und Verfassung, welche nachmals weiter ausgebildet wurde und insbesondere auch bestimmt war, den Landfrieden zu bewachen und zu handhaben<sup>55</sup>). Die Landfriedensconstitution Kaiser Maximilian's von 1495 wurde dann durch mehrere ähnliche Reichsgesetze im 16ten Jahrhundert ergänzt, erläutert, von neuem bestätigt, weiter fortgebildet<sup>56</sup>). Es zeigen diese Wiederholungen, Erneuerungen selbst, wie wenig es wirklich erreicht wurde, einen wahren Friedenszustand, wie er dem Princip nach, welches alle Fehden als unrechtmäßig erklärte, anerkannt war und bestehen sollte, in Deutschland zu begründen. Die Religionskriege brachten vollends Alles gegen einander in Waffen, und erzeugten einen Zustand arger Ver-

54) Eichhorn a. a. D. §. 409.

55) Eichhorn a. a. D. §. 409, 529.

56) Hierher gehören: Erklärung des Landfriedens. Augsburg 1500 (Sammlung der Reichsabsch. Th. 2, S. 63—67). — Erweiterter Landfrieden. Worms 1521 (a. a. D. S. 194, 203). Erklärung des Landfriedens Rürnberg v. 1522, Eintheilung in Kreise enthaltend (a. a. D. S. 229—241). Erneuerter Landfrieden. Augsburg. 1548 (a. a. D. S. 574, 587). Ohne besondere Zusätze und Abänderungen wurde er dann wiederholt zu Augsburg 1555, Regensburg 1557, Augsburg 1559. Wichtig ist besonders für den Landfrieden die Reichs-erercutionsordnung v. 1555, so wie die späteren Reichsabschiede, wie der von Augsburg 1566, Speyer 1576, welche Bestätigungen der früheren Fassungen und Erweiterungen derselben, insbesondere die Vollziehung betreffend, enthielten. Vgl. Wächter a. a. D. S. 372, 376.



wilderung. Auffallend aber, fast unerklärlich ist es, daß die peinliche Halsgerichtsgeordnung (die Bambergensis sowohl als die Carolina), im offenbaren Widerspruche mit dem ewigen Landfrieden, nur die ohne rechtssichtige Ursache begonnene Fehde für peinlich strafbar erklärt, und selbst nicht einmal, wie die alten Landfriedensbriefe, erfordert, daß man vor erhobener Fehde erst den Weg Rechtens vergebens müsse betreten haben, sondern hinterher die Ausführung gestattet, daß der, welcher die Fehde begonnen, eine rechtmäßige nöthigende Ursache gehabt habe<sup>57</sup>). Man sucht vergebens bei der Interpretation der Carolina nach einer Erklärung, wie eine solche mit der ganzen damaligen Reichsgesetzgebung streitende Bestimmung in die Carolina gekommen ist. Wie dem aber auch sei, so muß dieselbe mindestens wieder durch die späteren Gesetze als außer Kraft gesetzt betrachtet werden, indem nicht nur die beiden Religionsfrieden von 1552 und 1555 die Bevehdungen, auch des Glaubens wegen, für unzulässig erklären<sup>58</sup>), sondern auch im westphälischen Frieden ausdrücklich bestimmt wurde, daß die Stände des Reiches ihre Streitigkeit niemals durch Waffen und Gewalt mit einander ausmachen sollten, und Alles streng zur Vollziehung kommen sollte, was die früheren Landfriedensconstitutionen angeordnet hätten<sup>59</sup>).

Da mit vollendeter Ausbildung der Landeshoheit, der vermehrten Macht der Landesherren, die Fehden unter Landeseingefessenen seltener geworden waren, die öffentliche Gewalt in den einzelnen Territorien in der Regel stark genug war, um die Rechtsordnung und Ruhe aufrecht zu erhalten, die öffentliche Sicherheit, der Bestand des Reiches aber vorzüglich nur durch die Streitigkeiten der Landesherrschaften, durch die Gewaltübungen derselben gegen einander, ihre Besitzungen und Unterthanen gefährdet wurde, so war nun der hauptsächlichste Zweck des Landfriedens, jedem Stande des Reiches seine Besitzungen und Rechte

57) C. C. C. 129.: Item welcher jemandt wider Recht und Billigkeit mutwilliglich bevehet den richtet man mit dem Schwert vom Leben zum todt. Doch ob eyner seiner bevehde halb von Uns oder unsern nachkommen am Reich, Römischen Kaysern oder Königen erlaubnuß hett, oder der, den er also bevehdet, sein, seiner gestipten Freundschaft oder Herrschaft oder der iren feindt war, oder sunst zu solcher vhehde rechtmäßig gedrungen vrsach het, so soll er auff sein ausführung derselben gutten vrsachen peinlich nit gestrafft werden. In solchen fällen vnd zweifeln soll bei den rechtverständigen vnd an den enden vnd ortten, wie zu ende dieser vnser ordnung angezeigt, raths gebraucht werden. Vgl. über diesen Art. Xegg, Untersuchungen S. 236 fig., 240.

58) Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. §. 490, 588.

59) Instr. Pacis Gnad. XVII. §. 7.: Nulli omnino statuum imperii liceat ius suum vi vel armis persequi, sed si quid controversiae sive iam exortum sit, sive posthac inciderit, unusquisque iure experiatur, secus faciens reus sit fractae pacis. Quae vero iudicis sententia definita fuerint, sine discrimine statuum executioni mandentur, prout imperii leges de exequentis sententiis statuunt. Ibid. §. 8.: Ut etiam pax publica tanto melius conservari possit, redintegrentur circuli, et statim ac undecunque turbatum vel motuum aliqua initia apparent, observentur ea, quae in constitutionibus imperii de pacis publicae executione et conservatione disposita fuerint.

gegen jeden widerrechtlichen Eingriff und Störung von Seiten eines anderen Standes oder der Unterthanen desselben zu sichern, insbesondre Gewaltthätigkeiten der Reichsstände gegen einander zu verhindern. Wie dieser Zweck immer bestimmter hervortrat, wird man erkennen, wenn man die Friedensconstitutionen aus der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts mit dem ersten ewigen Landfriedensgesetze vergleicht. Während es in diesem im §. 1 (der die Hauptsatzung enthält) nur geboten wird, daß Niemand, wes Standes, u. s. w. er sey, den andern bekriegen, befehden, berauben u. s. w., dessen Schloß, Städte u. s. f. einnehmen oder gefährlich mit Brand oder in andrer Weise beschädigen soll, — heißt es dagegen in dem entsprechenden §. des erneuerten Landfriedens vom Jahre 1548: daß von Zeit der Verkündigung desselben Niemand, wes Würden, Standes oder Wesens er sei, um keinerlei Ursachen willen den andern befehden, bekriegen, berauben, fahen, überziehen, belagern, noch einige verbottene Conspiration oder Bündnuß wider den andern aufrichten oder machen; daß auch keiner den andern seiner Possession, Inhabeat, oder Gewere, es wären Schloß, Stadt, Dörfer, liegend und fahrende Haab, Regalia, und aller anderer Gerechtigkeiten, nichts ausgenommen, mit gewehrter Hand und gewaltiger That, freventlich entfesen, noch seine Unterthanen abziehen oder zum Ungehorsam wider ihre Obrigkeit bewegen, oder dieselben ohngemeldet ihrer Obrigkeit Wissen und Willen in Schutz nehmen, sondern soll ein jeder den andern, bei den Seinen geruhiglich und ungehindert bleiben, darzu des andern Unterthanen, geistlich und weltlich, durch seine Fürstenthum, Landschaften, Graffschaften, Herrschaften, Obrigkeit und Gebiet, frei, sicher und ungehindert wandern, ziehen und wohnern lassen, und den Seinen keinesweges gestatten, dieselben an ihren Ehren und Freiheiten, wider Recht mit gewaltiger That anzugreifen, zu vergewaltigen, zu beleidigen, zu beschweren in keiner Weis<sup>60)</sup>. Zu der Auffassung des Landfriedens von diesem Standpunkte aus und der dadurch hervorgerufenen Erweiterung des Begriffes eines Landfriedensbruches haben besonders die durch die Religionskriege hervorgerufenen Zustände Veranlassung gegeben.

Ein Landfriedensbruch in dem Sinne der Reichsgesetze wird daher nicht sowohl begangen<sup>61)</sup> durch jede von Mehreren verübte Gewalt mit gewaffneter Hand, wodurch die öffentliche Ordnung, der Rechtsfrieden überhaupt (nicht etwa nur in Bezug auf denjenigen, gegen welchen das Unternehmen gerichtet ist) gestört wird, — welches unsere Criminalisten fast ausschließlich vor Augen haben, wenn sie von einem besonderen in den Reichsgesetzen begründeten Verbrechen des Landfriedensbruches handeln — sondern vielmehr: 1) Durch jedes feindsel-

60) Diese letztere findet sich schon im Reichsabschiede zu Speyer v. J. 1529 §. 10.

61) Es ergibt sich dies insbesondre auch aus dem Reichsabschiede v. 1555 §. 12—14.

lige unrechtmäßige Verhalten der Reichsstände gegen einander, wodurch der Frieden im Reiche möglicher Weise gestört werden konnte, so daß dazu keinesweges eine Gewalt erforderlich war<sup>62)</sup>, welche unsere Criminalisten sonst fast einstimmig als das wesentliche Erforderniß eines Landfriedensbruches ansehen; denn in diesem Sinne konnte ein Landfriedensbruch begangen werden durch das bloße Eingehen eines Bündnisses gegen einen Reichsstand<sup>63)</sup>, so wie dadurch daß man ihm seine Unterthanen zu entziehen suchte, dieselben widerrechtlich behandelte oder eine solche Behandlung gestattete. Es ist daher auch nicht eigentlich richtig, wenn man den Begriff des Landfriedensbruches dahin beschränken wollte, daß er nur von Privatpersonen begangen werden könnte<sup>64)</sup>; gerade Landesherren konnten sich desselben vorzugsweise gegen Mitstände schuldig machen. 2) Zum Landfriedensbruche im Sinne der Reichsgesetze gehörte ferner jede Gewaltthat, wodurch der Frieden im Reiche (nicht innerhalb eines einzelnen Territoriums, als solches, sondern nur insofern es ein Bestandtheil des Reiches war, und was in dem einen Gebiet geschah, auch die anderen Länder berühren und darauf zurückwirken mochte<sup>65)</sup>) gestört worden war. Der Landfriedensbruch ist daher in dieser seiner späteren Ausbildung eigentlich ein Reichsverbrechen, welches recht eigentlich im Interesse des Reiches verfolgt und bestraft wurde, und daher auch vor die Reichsgerichte gehörte<sup>66)</sup>. Im Reichsabschiede von 1594 §. 69 ist die Frage: wie viel Personen dazu vereinigt gewesen sein müßten, damit ein Landfriedensbruch angenommen werden könne, dahin entschieden, daß dieses dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben solle. Dann heißt es aber weiter: Da sich aber ein solcher Fall begeben, wann nur eine einzige Person, sonderlich die mit Mittel dem Reich unterwerfen, auf freier Landstraßen einen Andern bößlich erschießen, oder dergleichen Mißhandlung thäte, wiewohl man in Zweifel stehen

62) Richtig bemerkt dieses Häberlin, im Repertorium des Staats- und Lehnrrechtes Bb. 3, S. 68.

63) J. J. Moser, von Deutschland und dessen Staatsverfassung S. 254: Wenn zwei oder mehrere ein Bündniß mit einander machen, daß sie auf gewisse Fälle sich in des Dritten Land theilen oder ihm dieses oder jenes wegnehmen wollen; so ist dieses ohne allen Zweifel ein, ob zwar geheimer, doch wahrer und wirklicher Landfriedensbruch u. s. f.

64) Martin, Criminalrecht §. 209.

65) Dieses war wohl auch der Gesichtspunkt, von welchem aus das Kammergericht im J. 1789 wegen Landfriedensbruch, von Amtswegen, bei der im Sächsischen ausgebrochenen Empörung eingeschritten ist. S. Häberlin a. a. D. S. 76.

66) Thomas Maul, de pace publica s. profana imperii. (Francof. 1734 u. 1784. 4.) t. 13. p. 45.: Quia persecutio et vindicta fractae pacis non modo privatorum est, sed etiam totius imperii, ut videlicet pax in eo sarta integraque servetur; partis laesae transactio Caesareae Majestati vel camerae aut fisco nihil praeiudicabit. Violator enim pacis in poenam constitutam et bannum Caesaris et imperii condemnatus ex ipsa constitutione est, de facto, ipso iure. Unde concluditur, Caesari, camerae aut fisco imperiali sicuti nec cuiquam alii interesse habenti transactione privata nihil praeiudicari.

Können, ob dieselbige Person durch die ordentliche Orts-, da die That geschehen, oder die unmittelbare Obrigkeit zu straffen, welcher Orts der Beschädigte seine Klage anbringen möge: So setzen wir doch, daß in diesen Fällen, damit unser kaisert. Kammergericht mit demselbigen nicht überhäuft werde, der Beschädigte bei der ordentlichen Obrigkeit um Recht nachsuchen soll. Es ergibt sich aber aus dieser Bestimmung, daß man die That, deren hier erwähnt ist, ebenfalls für einen Landfriedensbruch, d. h. für eine Störung des Friedens im Reiche, angesehen hat, was wohl keinen anderen Grund haben kann, als daß jene Tödtung, wiewohl nur von einem Einzelnen vollführt, auf des Reiches Strafe stattgefunden hat, und daß man dieselbe daher eigentlich zur Cognition der Reichsgerichte gehörig betrachtete, indem die Untersuchung, nur um die Reichsgerichte zu erleichtern, den Landesgerichten überlassen wurde<sup>67</sup>). Die Reichsgerichte waren bei einem reichskundigen Landfriedensbruche auch von Amtswegen einzuschreiten befugt und verpflichtet<sup>68</sup>). — Je mehr das Ansehen und die Wirksamkeit der Reichsstaatsgewalt geschwächt wurde, um so mehr fiel die Sorge für Erhaltung des Landfriedens den Landesherrschaften anheim, ein Einschreiten des Reiches mit einigem Erfolge konnte von Seiten des Kaisers und der Reichsbehörden kaum stattfinden, und von Landfriedensbruch, als Reichsverbrechen, war nur selten noch die Rede. Allein die Criminalisten scheinen mir meist darin gefehlt zu haben, daß sie ganz außer Acht gelassen haben, wie die Reichsgesetze des 16. Jahrhunderts fast nur von dem Landfriedensbruche als einer Störung des Friedens im Reiche, namentlich durch das Verhalten der Reichsstände gegeneinander, reden, vielmehr statt dessen immer von der Voraussetzung ausgegangen sind: die Reichsgesetze hätten unter Landfriedensbruch lediglich eine von mehreren bewaffneten Personen verübte Gewalt, wovon die Erhebung einer Fehde (eines Privatkrieges) nur eine Art sei, verstanden<sup>69</sup>). Heffter macht die richtige Bemerkung: Erst durch die Praxis sei die Form des Verbrechens, als das eigentliche Wesentliche im Begriff desselben, auf den Grund einiger Aeußerungen der Gesetze näher festgestellt worden, wodurch freilich Manches, was nach dem Landfrieden selbst für Landfriedensbruch erklärt sei, davon ausgeschlossen werde<sup>70</sup>). Die Reichsgesetze, welche nämlich Landfriedensbruch in der Regel in einer andern Bedeutung neh-

67) Ich sehe nicht, wie in der mitgetheilten Bestimmung des Reichsabschiedes „gewissermaßen“ enthalten ist, daß die Reichsgerichte nur dann zu erkennen hatten, wenn die Landesgerichte die Rechtshilfe verweigern oder erschweren, wie es Häberlin, Repertorium Bb. 3, S. 71, behauptet.

68) Bayer. Gerichtsordn. Th. 2, Tit. 9, §. 2, Tit. 10, §. 7, Tit. 11, §. 10. Reichsabsch. v. 1548 Tit. 14, §. 12. Maul l. c. p. 45. — Noch im J. 1756 stellte der Reichsfiscal bei dem Reichshofrath eine Klage auf Landfriedensbruch gegen den König von Preußen wegen seines Einalles in Sachsen an.

69) Dagegen sagt Wächter, a. a. D. S. 378: Bios das Erheben eines jener Sanction zuwiderlaufenden Privatkrieges bildete von jetzt an (1495) einen Landfriedensbruch (?).

70) Heffter, Lehrbuch des röm. Rechtes §. 345, Note 3. Auch Aegg, Lehrb. §. 387, bemerkt: Der Begriff des Landfriedensbruches hat sich erst durch die spätere Praxis und die wissenschaftliche Abstraction gebildet.

men, als die Criminalisten, enthalten auch Andeutungen, welche denen, auf welche hin die Praxis die Form des Verbrechens festgestellt haben soll, geradezu entgegenstehen; z. B. daß ein Landfriedensbruch auch ohne Öffentlichkeit, ohne Waffen, ohne Gewaltthätigkeit, ohne Vereinigung Mehrerer begangen werden könne<sup>71)</sup>. Die Praxis scheint bei Aufstellung des Landfriedensbruches als Verletzung des von Kaiser und Reich gebotenen allgemeinen inneren Friedens durch öffentliche Gewaltthätigkeit, welche unbefugter Weise von mehreren bewaffneten Personen innerhalb der Landesgrenzen, jedoch nicht der Landesobrigkeit als solche verübt, imgleichen durch Beförderung und Begünstigung eines solchen Unternehmens begangen wird<sup>72)</sup>, — nicht sowohl den Reichsgesetzen gefolgt, als vielmehr von einer altgermanischen Rechtsvorstellung geleitet worden zu sein. Diese Vorstellung ist allerdings auch den Reichsgesetzen (durch welche überhaupt die Satzungen der älteren Landfriedensconstitutionen ja keinesweges aufgehoben, sondern vielmehr nur verstärkt und erweitert werden sollten) nicht fremd gewesen, wie sich dieß auch in einzelnen Aeußerungen, auf welche sich die Juristen zur Unterstützung ihrer Theorie des Landfriedensbruches bezogen, kund gibt, aber sie tritt demungeachtet weniger hervor, weil die Reichsgesetze meist nur von der Störung des Friedens im Reichsverbande, als solchen, welche auch ohne verübte Gewalt oder Vorbereitungen dazu stattfinden konnte, gehandelt haben<sup>73)</sup>.

Das altgermanische Strafrecht, welches nämlich die heimlich verübten (und daher unsittlicheren) Missethaten von den mit offener Gewalt verübten unterschied, betrachtete indeß die letzteren als schwerer, wenn sie mit einem gesammelten Gefolge: cum contubernio, collecta multitudine armata, mit begabbertem Volk, mit einem unrechten Heer, begangen worden waren. Es bildete sich dadurch, wie wir oben gesehen haben, der Begriff des Heerwerks (Harighut in den Capitulationen), auch schlechtlich: vis, fortia genannt. Man wird nun aber finden, daß dasjenige, was unsere Criminalisten übereinstimmend zum Thatbestande des Landfriedensbruches zählen, auch dazu erfordert wurde, damit eine That als Heerwerk angesehen werden konnte. Zum Landfriedensbruche wird aber erfordert: 1) Eine Vereinigung a) mehrerer, b) bewaffneter Personen, zur Verübung von Gewaltthätigkeiten. — Was die Vereinigung Mehrerer betrifft, so bemerkt Heffter hierzu, daß dieses Requisite in den Reichsgesetzen zwar ausdrücklich nur ad fundandam jurisdictionem cameralem als wesentlich aufgestellt sei (Reichsabschied von 1594 §. 68, 69), daß es jedoch von der Praxis immer als gemeinrechtlich angesehen worden<sup>74)</sup>.

71) Es ergibt sich dieses aus den oben mitgetheilten Stellen aus dem Landfrieden v. 1548 §. 1, und dem Reichsabsch. v. 1594 §. 69.

72) Vgl. Heffter a. a. D. §. 345.

73) Reichsabsch. v. 1555 §. 12.

74) Carpzov, pract. quaest. 35. nr. 17. Böhmer, observ. ad Carpzovii pract. obs. 3. Duisstorp, peini. Recht §. 109. — Indes erklärte die Juristenfacultät zu Halle nach Böhmer, consult. T. 11. c. 1155., einen Geistlichen zu Hildesheim, der durch seine aufreizenden Predigten Veranlassung zu unmittelbar darauf erfolgten Angriffen der katholischen Einwohner gegen die protestantischen gegeben, des Landfriedensbruches schuldig.

Die angezogenen Stellen der Reichsgesetze setzen aber, sofern ich sie richtig verstehe, voraus, daß ein eigentlicher Landfriedensbruch eine Mehrheit von Menschen erfordere, daß aber die Competenz der Reichsgerichte bei allen Handlungen begründet sei, durch welche die Ruhe im Reiche gestört werde, wenn sie auch, als Handlungen von einem Einzelnen vollführt, eigentlich nicht unter die Kategorie des Landfriedensbruches fallen. Das teutsche Heerwerk läßt über das Erforderniß einer Mehrheit keinen Zweifel. Wie stark diese Mehrheit aber sein müsse, darüber ist, sowohl in Bezug auf das ältere Heerwerk, als den neueren Landfriedensbruch von jeher Zweifel gewesen. Mehrere der älteren teutschen Volksrechte nannten einen Haufen von 5 Personen ein Heer<sup>75)</sup>, während Andere dieses nur für eine bei weitem größere Zahl gebrauchten<sup>76)</sup>. Die Reichsgesetze haben es in das richterliche Ermessen gestellt, ob die Zahl der jedesmal vereinigten Personen eine hinreichende gewesen sei, um die Handlungen zu einem Landfriedensbruch zu qualificiren<sup>77)</sup>. Bei dieser gänzlichen Unbestimmtheit, durch welche es sogar zweifelhaft geworden, ob nicht von einer einzigen Person ein Landfriedensbruch begangen werden kann, dürfte das altgermanische Recht, welches zu einem Heerwerk mindestens 5 Personen erfordert, einen mit unseren Zuständen durchaus vereinbaren Anhalt gewähren<sup>78)</sup>. Um das Erforderniß der Bewaffnung gesetzlich zu begründen, beruft man sich auf den Landfrieden von 1548 (S. 1), worin es heißt, es solle Niemand den Andern seiner Possession mit gewehrter Hand und gewaltiger That entsetzen; in derselben Stelle wird aber, wie es zuvor bemerkt worden, als Landfriedensbruch erklärt, wenn Reichsstände gegen einen anderen Bündnisse eingehen, ihm Unterthanen abziehen u. s. w., wozu es einer gewehrten Hand noch nicht bedarf. Heerwerk konnte der Natur der Sache nach nur mit bewaffneter Menge (*multitudine armata*) begangen werden. Unter Waffen versteht man aber jetzt allgemein, der Erklärung des römischen Rechtes gemäß, alle Werkzeuge, womit Körperverletzungen bewirkt, und wie man dann hinzusetzt, Sachen zerstört und vernichtet werden können<sup>79)</sup>, wäh-

75) Edictum Rotharis c. 19.: Si quis pro iniuria sua vindicanda, super quemcunque hominum manu armata aut cum exercitu usque ad quatuor homines (er selbst ist der 5.) in vicum intraverit etc. R. Erich's seeländ. Gesetz II. Cap. 20: Gehe Leute zu einem freien Hof um irgend eine Gewalt zu thun, so mag dieses nicht anders für Heerwerk gehalten werden, als wenn es ihrer fünf sind und jeder die drei Volkswaffen hat. Mehreres s. Wilsa, Strafrecht der Germanen S. 614.

76) L. Bainv. III. 8. §. 1.: Si quis liberum hominem hostili manu cinxerit, quod herire ita dicunt i. e. cum quadraginta duobus clypeis etc. R. Ine's (angelsächs.) Ges. Cap. 15, §. 1: Bis 7 heißen wir Diebe, von sieben bis 35 Bande (hlódh), dann ist es ein Heer (here).

77) Reichsabsch. v. 1594 §. 69: Ebenermassen ist man bishero im Zweifel gewesen, durch wie viel Personen der Landfriede geschwächt werden könne, indem wir diese Verordnung thun, daß solches zu des Richters Discretion gestellt sein soll u. s. w.

78) Auch L. 4. §. 3. D. de vi bonor. rapt. (47. 8.) ist damit vereinbar, da vier noch keine turba genannt werden sollen.

79) L. 3. §. 2. D. de vi. L. 9. 11. §. 1. D. ad L. Jul. de vi publ.

rend das ältere germanische Recht die Ausrüstung mit eigentlichen Kriegswaffen vorausgesetzt zu haben scheint.

2) Es muß aber die bewaffnete Menge in der Absicht, um eine Gewaltthat zu verüben, versammelt worden sein oder sich vereinigt haben. Mit Recht sagt Böhmer<sup>80)</sup>, dem dann auch die Neueren gefolgt sind<sup>81)</sup>: *Desideratur dolus, non quivis, sed cum praemeditato consilio conjunctus, ex quo summus gradus colligitur.* — — *Cum itaque hominem extreme malitiosum esse oporteat patet non omnem vim dolosam, quae ex impetu et praecipitantia, in rixa subito exorta, huc trahi posse. u. s. w.* Allein mit Unrecht will man dieses in den Reichsgesetzen hinlänglich begründet finden, denn wenn diese sagen<sup>82)</sup>: es soll Niemand des Andern Schloß, Städte mit gewaltiger That freventlich einnehmen; und es soll Niemand einem solchen Thäter Vorschub thun, noch sie wissenlich oder gefählich herbergen, behausen, äßen, trenken, so ergibt sich aus dem Letzteren insbesondre, daß hier zwar von einer bewußten Widerrechtlichkeit die Rede ist, allein keinesweges zeigen die Worte in diesem Zusammenhange die Prämeditatio an. Dagegen heben es schon die alten Volksrechte hervor, daß das, was von einer zufällig zu einem anderen Zwecke vereinigten Menge, ohne vorherigen Plan, z. B. bei plötzlich entstandenem Streit, gewaltsam begangen wird, nicht als Heerwerk, daher auch nicht als ein eigentlicher Friedensbruch angesehen werden kann. Es darf hier aber nicht auf die Carolina Bezug genommen<sup>83)</sup> werden, welche das bössliche, muthwillige Befehlen für ein Capitalverbrechen erklärt; denn dieses bössliche Befehlen steht entgegen der Fehde, die man aus guten Ursachen oder sonst in gerechtfertigter Weise unternimmt; allein durch den Landfrieden von 1495 und dann insbesondre auch von 1548, ist, wie zuvor bemerkt, jede Fehde für unerlaubt erklärt. Ein Landfriedensbruch wird daher durch jede Gewaltthat mit bewaffneter Menge, auch wenn man dadurch nur sein gutes Recht geltend machen, z. B. eine widerrechtlich gepfändete Sache dem Pfänder wieder abholen

L. 54. §. 2. D. de furtis. Martin, Criminalrecht §. 208, Note 12. Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. 3, S. 270. Heffter, Criminalrecht §. 346, Note 6 (1. Ausg.)

80) Böhmer ad C. C. C. art. 129. p. 539.

81) Z. B. Heffter, Henke a. a. D.

82) Landfrieden v. 1495 I. 1. Reichsabsch. v. 1594 §. 69. — Häberlin, Repertorium Bd. 3, S. 69. Mit der Lex Alem. XLV. 1. 2. vgl. man das jütische Low II. 30. S. 171 (Kosfeninge). — Kommen sie aber alle friedlich in eines Mannes Haus zusammen, gerathen sie dann in Uneinigkeit, so ist es kein Heerwerk, weil es von Ungefähr geschieht. — Upland's Gesetz, Abschnitt vom Königsfrieden V. §. 2, S. 90 (Schlyter). Kommen Leute in einem Hofe einträchtig zusammen, gerathen sie aber in Uneinigkeit, so ist doch, wenn es gleich zu Gewaltthätigkeiten unter ihnen kommt, der Königsfriede (d. h. der beschworene Landfrieden) nicht gebrochen und keine Heimsuchung begangen, außer wenn sie aus dem Hofe fortgehen in einen andern, sich Waffen und Folgschaft holen, zurückkehren und rechte Gewaltthat verüben, so ist es Heimsuchung. S. Wilda, Strafrecht der Germanen S. 272 u. 954.

83) Wie es auch Marezzoli, Criminalrecht §. 67, Note 2, gethan hat.

wollte, begangen<sup>84</sup>). Dadurch unterscheidet sich aber der Landfriedensbruch von dem Heerwerk des altgermanischen Rechtes. Freventlich, gefährlicher Weise handelt jetzt jeder (Privatmann), der eine bewaffnete Menge, um mit ihr gewaltsam zu verfahren, zusammenbringt, oder sich ihr anschließt; da obrigkeitliche Personen aber oftmals mit Gewalt zu verfahren berechtigt und verpflichtet sind, da bei dem Landfriedensbruche nicht sowohl die Rücksicht auf die dem Einzelnen angethane oder anzuthuende Gewalt, als auf die Störung des allgemeinen Rechtsfriedens vorwaltet, so werden dieselben eines Landfriedensbruches nur dann schuldig gehalten werden können, wenn sie mit dem bestimmten Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, des Mißbrauches ihrer Amtsbefugniß gehandelt haben<sup>85</sup>). Rechtmäßige Vertheidigung gegen Unrecht schließt das Verbrechen des Landfriedensbruches aber aus<sup>86</sup>).

3) Gehört zur Vollendung des Verbrechens, daß wirkliche Gewaltthätigkeiten verübt worden sind<sup>87</sup>). Dieses wird allgemein von den Juristen anerkannt, und durch die in den Reichsgesetzen sich findenden Ausdrücke: mit gewaltiger That, dem Landfrieden zuwider gewaltiglich überziehen, begründet<sup>88</sup>), wiewohl diese Worte mehr die Art des Unternehmens beschreiben, als auch entscheiden, daß es zur Verübung einer Gewalt wirklich gekommen sein muß. Aber auch schon in alter Zeit scheint zum Heerwerk wirkliche Verübung der Gewalt erfordert worden zu sein<sup>89</sup>). Auf die Art und den Grad der Gewaltthätigkeit kommt aber weiter nichts an<sup>90</sup>). Es macht auch keinen Unterschied, ob die Gewalt gegen den, gegen welchen das Unternehmen ursprünglich gerichtet war (den man z. B. in seinem Hause, um ihm irgend einen Zwang anzuthun, überfallen wollte), verübt wird oder gegen einen Anderen<sup>91</sup>).

84) Wichtig bemerkt Henke, a. a. D. S. 272, daß es gleichgiltig sei, ob Racheübung oder Verfolgung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechtes, ob Gewinnsucht, politischer und kirchlicher Parteihaß das Motiv der Handlung sei.

85) S. F. Böhmer ad Carpzov, quaest. 35. obs. 3. Henke a. a. D. S. 271. Peffter a. a. D. §. 347, Note 4.

86) J. H. Böhmer, cons. III. 3. nr. 835. S. F. Böhmer l. c. Henke a. a. D. S. 269.

87) Littmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft §. 313, sagt: Zum Thatbestand wird weiter nichts erfordert, als 1) Vereinigung mehrerer Personen und 2) Ausübung öffentlicher Gewaltthätigkeiten. Martini, Criminalrecht §. 208 a. G. Peffter a. a. D. §. 346, Note 3 (1. Ausg.) und Abegg a. a. D. §. 388 u. X.

88) Landfrieden v. 1548 §. 1. G. G. D. v. 1555 II. 9. §. 3.

89) Wilda, Strafrecht der Germanen S. 955, vgl. mit S. 607 u. 242.

90) Marejoll, Criminalrecht §. 67, S. 206.

91) Gail, de pace publica Lib. 1. cap. VII. §. 18., sagt: Ad obtinendam citationem in camera super pace rupta haec tria requisita — (sc. vis publica et quidem maior quam cui resisti possit; vis armata, quae sit coactis et coadunatis hominibus; dolus malus, verus propositus et praemeditata offendendi voluntas) — quae in supplicii libello, simul commemorari et coepto iudicio luculenter probari debent: alterutrum horum non sufficit, quia non omnis vis publica est fracta pax, licet e contrario



Weiter pflegt noch hervorgehoben zu werden: daß das Verbrechen nur innerhalb der Landgrenze verübt werden kann<sup>92)</sup>, d. h. jest mit hin innerhalb eines jeden Bundesstaates. Die Landfriedensconstitutionen bezweckten aber vorzüglich die Aufrechterhaltung des Friedens im Reiche, und hatten daher den Begriff des Verbrechens weit über seine eigentlichen Grenzen, innerhalb welcher wir es hier nur betrachten, erweitert. Unmittelbares Object des Verbrechens ist im allgemeinen jede im Schutze des Staates stehende physische oder moralische Person, nicht aber der Staat<sup>93)</sup>, denn eine Gewaltthat gegen diesen — ausgenommen in Ansehen der ihm zustehenden Privatrechte, z. B. in Beziehung auf Domainalbesitz — nimmt einen anderen verbrecherischen Charakter an, kann z. B. den Umständen nach in Hochverrath, Majestätsverbrechen u. s. w. übergehen. Der Gesichtspunkt bei Aufstellung des Landfriedensbruches ist indeß nicht sowohl die durch ein solches gewaltsames Unternehmen gefährdete oder verletzte Sicherheit der Einzelnen als die Störung der allgemeinen Ruhe und Ordnung<sup>94)</sup>, die Gefahr für dieselbe, da Gewalt der Art anderweitige Gewaltthätigkeit hervorzurufen pflegt.

Die Strafe, welche die Landfriedensconstitutionen seit dem Jahre 1495 dem Reichsfriedensbrecher drohen, ist die Reichsacht<sup>95)</sup>. Man hat dieses auch auf den Bruch des Landfriedens im engeren Sinne bezogen; auffallend ist es aber, daß die C. C. C. 129. verordnet, daß die, welche andere muthwillig beedhen, mit dem Schwerte gerichtet werden sollen; die ältere Praxis hatte aber auch längst die Schwertstrafe der Reichsacht, welche schon, wo die Landesgerichte erkannten, nicht verhängt werden konnte, als Strafe des Landfriedensbruches betrachtet<sup>96)</sup>, und seitdem man das alte Straffsystem mehr und mehr zu verlassen, zu

omnis fracta pax sit vis publica; — quolibet horum deficiente, cessat poena pacis violatae, puta Banni Imperialis, sed ad poenas iuris communis, de vi publica, ratione simplicis spoliis agi potest.

92) Marezoll a. a. D. S. 207.

93) Heffter a. a. D. §. 347.

94) Martin a. a. D. §. 208, Nr. 1. Henke a. a. D. S. 266.

95) Landfrieden v. 1495 §. 8: Die sollen mit der That, von Recht, zusamt andern Penen in unser und des heyligen Reichs Acht gefallen sein. Auch Landfrieden v. 1548 III. §. 1 und C. C. D. II. 10. 2. Die Reichsacht sollte ipso iure mit der That eintreten. Es ist dieses eine Bestimmung, in welcher das altgermanische Strafrecht in seiner alterthümlichsten Weise wiederklingt. S. Wilda, Strafrecht der Germanen, die Friedlosigkeit vor dem Urtheile S. 305, 313, vgl. mit S. 163. So wie denn auch die Oberacht als eigentlich unmittelbare Strafe ganz die alte Friedlosigkeit ist. Auch lassen die Reichsgesetze (Landfr. v. 1548 Tit. 13) die Verwandlung der Acht in eine Selbststrafe zu, was ebenfalls sich auf altgermanisches Recht zurückführen läßt. Die anderen Pönnen, die neben der Oberacht noch eintreten sollten, versteht Heffter von den gemeinrechtlichen Strafen der Selbsthilfe, dem Marezoll, a. a. D. S. 206, Note 2, beistimmt. Der Landfriedensbruch war aber nicht immer ein Mittel der Selbsthilfe. Sollte es nicht heißen: daß die Landfriedensbrecher auch noch die Strafe der von ihnen verübten Frevel treffen soll?

96) Carpov, quaest. 35. nr. 10. Böhmor ad C. C. C. art. 129. S. 5. Quistorp a. a. D. §. 174. Martin a. a. D. §. 209. Abegg a. a. D. §. 389.

mildern angefangen, haben die Juristen eine, nach Verschiedenheit der Umstände zu bemessende Zuchthaus- oder Gefängnißstrafe von 2—10 Jahren an die Stelle gesetzt<sup>97</sup>). — Nach den Reichsgesetzen sollte gleiche Strafe alle Theilnehmer an dem Landfriedensbruche, und nicht nur die sich einer wissentlichen Begünstigung der Thäter vor, bei oder nach der That durch Gestattung eines Aufenthaltes, durch Unterstützung mit Speise und Trank schuldig gemacht<sup>98</sup>), sondern selbst diejenigen treffen, die die Nothwehr, wo ein Friedbrecher auf frischer That verfolgt würde, unterlassen haben<sup>99</sup>). Es möchte dieses aber zu sehr unseren Ansichten und Verhältnissen widersprechen, um noch zur Anwendung gebracht werden zu können.

Es läßt sich aber nicht wohl behaupten, daß da, wo noch zur Zeit das gemeine teutsche Strafrecht gilt, die Grundsätze über den Landfriedensbruch als antiquirt angesehen werden müssen. Von einer Störung des Reichsfriedens als solchen kann freilich nicht mehr die Rede sein, und die darauf beziehenden Bestimmungen der Reichsgesetze haben ihre Anwendbarkeit verloren. Wenn auch die Bundesstaaten einander nicht vergewaltigen oder verletzen dürfen, so kann doch kein Strafverfahren gegen dieselben stattfinden. Dagegen können innerhalb der Bundesstaaten Störungen der Rechtsordnung, welche ihrer Beschaffenheit nach unter die Kategorie des Landfriedensbruches gehören, vorkommen, für welche es an einer Straffsagung insbesondre dann fehlen würde, wenn nicht die Handlung durch gröbere Verletzung von Personen oder Eigenthum in ein anderes Verbrechen übergeht und die Bestimmungen des römischen Rechtes über Gewaltthätigkeit nicht aushilfsweise zur Anwendung gebracht werden können<sup>100</sup>). Die Veränderungen der Rechtsverfassung nöthigen weder noch berechtigen sie, die früher geltenden Rechtsgrundsätze über Landfriedensbruch für ungiltig zu erklären<sup>101</sup>). Da Gewaltübun-

97) Littmann a. a. D. §. 311 a. G.

98) Landfr. v. 1495 §. 1, v. 1548 pr. §. 2, Tit. 16, §. 1. C. G. D. II. 10. §. 1, vgl. mit Erkl. des Landfr. v. 1522 Tit. 8.

99) Landfr. v. 1548 Tit. 6, §. 3. — Pfeffter meint, dieses sei nach den Worten des Gesetzes auf den Fall zu beschränken, wenn der Friedensbruch an einem Stande des Reiches begangen. Es sind dieses aber die Friedensbrüche, welche die Reichsgesetze vorzugsweise vor Augen haben. — Den Friedbrecher zu verfolgen war eine altgermanische Rechtspflicht. C. Strafrecht der Germanen S. 139 u. 635.

100) E. über den Thatbestand des *crimen vis*: Wächter a. a. D. Bd. 13, S. 374 flg.

101) Gegen Kleinschrob, der im (älteren) Archive des Criminalrechtes Bd. VII, S. 365, nachzuweisen gesucht hat, daß dem Landfriedensbruche im heutigen Strafrechtssystem keine Stelle mehr gebühre, s. Martin a. a. D. §. 211, besonders Henke a. a. D. Bd. 3, S. 264. Pfeffter a. a. D. §. 365, Note 4. Warezoll a. a. D. S. 207. Jarke, a. a. D. Bd. 2, S. 184, bemerkt zwar, daß heutzutage noch manche Fälle übrig bleiben, die am passendsten als Störung des Landfriedens ein besonderes Verbrechen im Systeme des Strafrechtes bilden können; demzufolge handelt er auch S. 215 flg. von der Störung des Landfriedens, indem er jedoch das Gebiet dieses Verbrechens zu enge begrenzt, wie Henke, a. a. D. S. 266, bemerkt hat.

gen mit einer absichtlich vereinigten bewaffneten Menge indeß weniger häufig sind, als sie es wohl in früheren Zeiten waren, und die gemeine Gefahr, welche dergleichen heutigen Tages herbeiführen, der Regel nach weit geringer ist, als in jenen Jahrhunderten, wo die Neigung zur Gewaltthat, zur Selbsthilfe und Rache stärker und allgemeiner, die öffentliche Ordnung weniger befestigt, Deutschland durch innere Kriege und Streitigkeiten zerrüttet war, und ein Zustand der Verwilderung herrschte, so ist das Verbrechen des Landfriedensbruches nicht nur dem Namen, sondern auch der Sache nach aus mehreren der neueren Strafgesetzbüchern verschwunden, wogegen sie aber zum Theil ein Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit annehmen, welches dem Landfriedensbruche mehr oder weniger nahe kommt<sup>102</sup>). Nur das bayerische Strafgesetzbuch kennt ein Verbrechen des Landfriedensbruches, dessen Thatbestand fast ganz mit dem gemeinrechtlichen, wie wir ihn zuvor kennen gelernt haben, zusammenfällt<sup>103</sup>).

Als ein mit dem Landfriedensbruche in naher Verwandtschaft stehendes Verbrechen wird in einigen Systemen des Strafrechtes der Hausfriedensbruch aufgestellt<sup>104</sup>); andere geben demselben eine mehr oder weniger entfernte Stellung<sup>105</sup>), oder übergehen denselben wohl ganz<sup>106</sup>). Gleichbedeutend mit Hausfriedensbruch wird jetzt auch Heimsuchung gebraucht. In der altgermanischen Zeit verstand man unter Heimsuchung aber, auf welche, wie zu Anfang dieses Artikels bemerkt worden, vorzugsweise die Bezeichnung: Heerwerk (Harizuth), Gewalt (vis, fortia) angewendet wurde, — einen mit einer zu dem Zwecke zusammengebrachten bewaffneten Menge verübten Angriff auf die Wäse (die Hof- und Wohnstätte) eines freien Mannes<sup>107</sup>). Die Heimsuchung war ein Friedensbruch im vorzugsweisen Sinne; sie forderte zu ihrer Vollendung nur, daß der Angriff geschehen, z. B. Geschoß in die Wäse geworfen worden. Der Hausfriedensbruch im eigentlichen Sinne dagegen konnte auch von einem Einzelnen begangen werden<sup>108</sup>); erforderte aber auch

102) Preuß. Landrecht §. 1488. Oesterr. Gesetzb. §. 72. Bayer. Strafgesetzb. §. 332 flg. Sächs. Criminalgesetzb. Art. 118. Württemb. Gesetzb. Art. 189.

103) S. Bestimmungen neuerer Gesetzbücher und Entwürfe bei Jarke, Handb. des Strafrechtes Bd. 2, S. 217 flg., und Henke a. a. D. Bd. 3, S. 274 flg.

104) So Jarke a. a. D. S. 222. Henke a. a. D. S. 284. Abegg a. a. D. §. 393, welche von demselben als von einer besonderen verbrecherischen Handlung unmittelbar nach dem Landfriedensbruch handeln.

105) So Quistorp a. a. D. §. 191. Tittmann a. a. D. §. 540. Heffter a. a. D. §. 358.

106) So Martin, a. a. D. §. 187, der des Hausfriedensbruches ganz gelegentlich beim Verbrechen der Gewalt nur unter Berufung auf Arg. L. 5. pr. et §. 2-5, de iniuriis erwähnt. So auch Marezzoli, wo wir gar keine Erwähnung des Hausfriedensbruches finden.

107) Ueber dieses Verbrechen Wilsa, Strafrecht der Germanen S. 952 flg. und 612 flg.

108) Ebenfallselbst S. 241.

überlegte Entschließung und Verübung von Gewalt innerhalb der Werc an dem Herrn des Hauses oder seinen Genossen<sup>109</sup>). Dagegen wurde das bloße eigenmächtige Eingehen in die Werc eines freien Mannes — (das Eindringen mit Ueberwindung von Widerstand mußte in der Regel in Friedensbruch übergehen) — wenn eine solche Gewalt entweder gar nicht, oder doch nicht an den Genossen des Hauses (auch wohl nicht an Gästen, die der Herr bei sich aufgenommen hatte<sup>110</sup>)) verübt worden war, nicht als Friedensbruch, sondern nur als ein Rechtsbruch, als eine Injurie im weiteren Sinne, angesehen<sup>111</sup>), wofür eine besondere Buße, die mit anderen Büßen, welche durch die verübte Widerrechtlichkeit verwickelt waren, concurriren konnte, entrichtet werden mußte<sup>112</sup>). — Nachmals wurde aber Heimsuchung die übliche Benennung für alle schweren Verletzungen des Hausrechtes, für die eigentlichen Hausfriedensbrüche, wenn sie auch nicht mit einer bewaffneten Menge begangen worden waren<sup>113</sup>). So kommt Heimsuchung in Stadt-

109) L. Sax. III. 4.: Qui hominem propter laidam in propria domo occiderit capite puniatur. L. Angl. et Werin. VIII. 7.: Qui alterum intra septa propria occiderit in triplum componat vel quidquid ibi damni commiserit in triplum emendet. R. Erich's seeländ. Gesetz II. 12: Diese vier Mißthaten sind unfühnbar: Jemanden in der Kirche erschlagen, Jemanden erschlagen, nachdem er bereits Buße für die Sache gezahlt hat oder dieselbe bereits sonst abgemacht ist, Jemanden beim Dinge erschlagen, oder in seinem Hause, seiner Scheuer, Stall oder Mühle. — R. Magnus (v. Norwegen) Selatlingsgef. M. c. 3. p. 136.: Das ist auch eine unfühnbare That, wenn Jemand einen Mann innerhalb seiner Pfähle (seines Hauses) erschlägt, oder des Hofes draußen, oder innerhalb des Zaunes, welcher Feld oder Acker umgibt neben seinem Hause, außer wenn er es thut, um sich zu wehren.

110) Darüber scheinen die germ. Rechte nicht übereingestimmt zu haben, ob ein eigentlicher Hausfriedensbruch, eine qualifizierte Verletzung des Hausrechtes, auch durch Gewalt an Fremden, die nicht eigentlich in den Schutz des Hauses aufgenommen waren, verübt wurde. Gäste gelten in jedem Falle als Genossen.

111) Darüber Wlba a. a. D. S. 781 flg. Es wurde eine solche Verletzung des Hausrechtes *curtis ruptura* (bei den Longobarden auch *overòs, hoberòs*, *hoberus*, bei den Angelsachsen *edorbrýce, tanbrýce*, in den nordischen Rechten *garþgang, Eingehen in den Hof*) genannt. — In dem edictum Rotharis c. 375. heißt es: *Si serus Regis hoberus, aut vecoverin* (Bejweh rung) *aut maraworfin* (Wurf vom Pferde, von der Mähre) *aut aliam quamlibet minorem culpam fecerit etc.*

112) Ed. Rotharis c. 282.: *Si quis in curtem alienam hoste animo ingressus fuerit.. XX solidos componat*, vgl. mit c. 19. L. Baiuv. X. 1.: *Si quis curtem alterius per vim contra legem intraverit cum III solidos componat*, vgl. mit III. 8. 1.

113) Magdeburg-Sörliger Recht Art. 13. Gaupp, Magdeb.-Hall. Recht S. 275, Art. 13: *Eut ein man dem anderen heym sucher, nachtes oder tages um bellacget mit unrechter gewalt, oder notegget ein man wib oder maget, unde wirt her gebangen in der handhaften Tat — iz get jeme an den Hals u. s. w.* — Auch schon in dem von mir herausgegebenen Magdeb. Recht im Uffenbacher'schen Codex (im Rhein. Museum für röm. Rechtsw. Bd. 7, S. 358). Alt. Sächsisches Recht (herausg. von Leman) S. 30. Sächs. Weichbild S. 88. — Augsburgs Stadtrecht v. 1276 S. 284, 285 (Walch, Beitr. Bd. 4, S. 192—197), wo Heimsuchung noch weiter ausgedehnt ist. Münchener

rechten und anderen Rechtsquellen des Mittelalters vor<sup>114</sup>). Besonders lehrreich sind hier die Hamburgischen Statuten. In den ältesten von 1270 (VII. 1.) heißt es: Wo ein Mann mit berathenem Muth oder<sup>115</sup>) mit geladenen Freunden in eines anderen WERE geht und ihn schlägt, und wird er in der WERE behalten, so soll er mit seinem Halse büßen; entkommt er aber aus der WERE, und wird er dessen (der That) überwiefen, so soll er es mit einem ganzen Vorsatz und für den Hausfrieden 10 Mark Silber zu der Stadt Kühre und dem Manne die Brüche, nach Masgabe des verübten Frevel (in berne dat schüt, nach dem was geschieht) und jeder der mit ihm gewesen ein jeder eben so viel: kommen die Leute aber in ein Wirthshaus (veile taberne) und geschieht da etwas von Ungefähr (vngerade: ohne vorgefaßte Entschliesung) dem Wirth oder sonst jemand, so ist kein Hausfrieden gebrochen, noch eine WERE befochten<sup>116</sup>). Damit stimmen auch noch die späteren Statuten, namentlich von 1497, überein<sup>117</sup>), nur daß daselbst bemerkt wird, daß es nicht darauf ankomme, ob die That in einem Privat- oder Wirthshause, sondern ob es mit vorgefaßtem Entschlusse, und nicht etwa geschieht, wenn Leute bei einander sitzen und dann in Streit gerathen. Dagegen in den neuesten Statuten von 1603 ist dieses wieder verwischt und der Unterschied zwischen Wirths- und Privathaus mehr hervorgehoben. Der aus bösem Vorsatz und vorbedachtem Gemüthe einen andern eigenthätlich in einem Gasthause, oder Krug, überfällt oder beleidigt (sic), soll in 200 Rthlr. Strafe den Gerichtshaltern verfallen sein, und kann er die nicht bezahlen, so soll er dieser Stadt und Gebiete, so lang bis er solchen Bruch erlegt, sich enthalten. Der aber einen anderen in seinem eigenen, oder in eines Bürgers oder Einwohners Hause vorsätzlich überfällt, und demselben allda Frevel oder Gewalt thätlich zufüget, der soll nach Befinden des geübten Frevels und der

Stadtrecht Art. 13, 275 (bei X u e r, s. Glossar daselbst: Haimsvochen). Saalfelder Statuten (aus dem 13. Jahrh.) Art. 1: Wer den andern daheymesfuget komt der Schullheize darzu; vnde horet daz wafinheiz (Geräusch mit den Waffen) u. s. w., bei W a l c h a. a. D. Bb. 1, S. 13.

114) Auch in den nordischen Rechten finden wir wiederholt die Bestimmung, daß, im Gegensatz zu der älteren Zeit, auch ein Mensch Heerwerk (Friedensbruch, grobe Gewalt ist darunter jetzt zu verstehen) und so auch Heimsuchung begehen könne. Im ostgothländ. Gesetze (13.—14. Jahrh.) S. 36 (Schlyter): Jetzt kann auch ein einzelner Mensch Heimsuchung thun und den Königeid (Landfrieden) brechen u. s. w. Schönisches Ges. XII. 4.: Ein Mann kann auch Heerwerk begehen dadurch, daß er eine Frau oder Mädchen nothzücktigt u. s. w. Jüt. Low II. 30: Geht ein Mann mit berathenem Muth in eines anderen Haus oder Hof, erbricht er das Haus, nimmt er entweder Vieh — — — so ist das Heerwerk u. s. w. S. W i l d a, Strafrecht der Germanen S. 954, vgl. mit S. 242, 832.

115) In dem aus den Hamburgischen Statuten entnommenen Theile des Lübisches Rechtes steht statt offte: vnde.

116) A n d e r s o n, Hamb. Privatrecht Bb. 1, S. 96. Alt. Lübisches Stadtrecht Codex III. (bei F a c h a. a. D. S. 537) Art. 390, stimmt damit überein.

117) Hamb. Statuten v. 1292 L. 1; von 1497 R. Art. 1.

Bergewaltigung an Leib oder Leben, oder mit ewiger Verfestung bestraft werden<sup>118</sup>).

Wenn es auch in den älteren Zeiten, wo Rache und Selbsthilfe oftmals als rechtmäßig angesehen wurden, die öffentliche Sicherheit noch weniger befestigt war, um so nothwendiger und wohlthätiger sein mochte, daß das Haus als eine Art Freisätte (was es freilich niemals für den, welcher aus dem Frieden gekündigt war, gewesen ist) betrachtet wurde, und der Staat jetzt, wie Henke sagt<sup>119</sup>), selbst zu einem gemeinsamen großen Hause geworden ist, so hat der sowohl nach den Ansichten der Römer<sup>120</sup>) wie Germanen begründete Hausfrieden<sup>121</sup>) doch auch bei uns nicht die Bedeutung so sehr, wie es dieser Autor anzunehmen scheint, verloren. Es gewinnt derselbe vielmehr auch eine politische Bedeutung, insofern es sich jetzt eben so darum handelt, den Hausfrieden gegen Uebergriffe von Behörden und ihren Dienern, als gegen Verletzung von Privatpersonen zu sichern<sup>122</sup>). Es dürfte sich aber auch jetzt noch unterscheiden lassen: 1) Die Heimsuchung im älteren Sinne, welche jetzt unter die Kategorie eines Landfriedensbruches, oder wenn man wollte, eines qualificirten Landfriedensbruches, fallen würde, und daher jetzt wohl wieder 2) von dem Hausfriedensbruche, womit die Statuten des Mittelalters sie zusammenfallen ließen, getrennt werden muß, so wie auch 3) von der einfachen Verletzung des Hausrechtes. Ein Hausfriedensbruch würde aber anzunehmen sein, wenn entweder die Form, in welcher die Friedensstörung stattgefunden hat, eine gewaltsamere war, z. B. wenn sie mit Waffen oder von mehreren Personen geschehen ist, ohne daß die Sache sich als Landfriedensbruch darstellt, oder wenn in dem Hause von dem Eingedrungenen schwere Mißhandlung von Personen, Zerstörung von Sachen stattgefunden haben. In dem ersten Falle würde die Strafe einer schweren Gewalt auch dann begründet sein, wenn auch ein weiterer arger Frevel nicht stattgefunden; wenn z. B. in dieser Weise nur Selbsthilfe geübt, etwa eine gekündete Sache wieder abgeholt worden ist u. dgl., und es würde der Bruch des Hausfriedens hier mehr als ein eigenes Verbrechen denn als Erschwerung eines anderen erscheinen; im anderen Falle würde bei Bestimmung der Strafe allerdings zunächst auf die anderweitigen verübten Verbrechen gesehen werden müssen<sup>123</sup>). Es würde

118) Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statute IV. 51.

119) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. 3, S. 284.

120) Cicero pro domo c. 41. — L. 18. 21. D. de in ius vocando. L. 4. §. 5. D. de damno infecto. L. 103. D. de R. S.

121) Wilsa, Strafrecht der Germanen S. 241. Vgl. auch Henke, Strafrecht Bd. 1, S. 212. K begg, Untersuchungen S. 163 fig.

122) Ueber diesen Gegenstand überhaupt: G. Beyer, de violatione pacis domesticae. Opusc. 156. F. G. Struv, de pace domestica. Jenae 1713. Ph. G. Bechtold, de crimine fractae pacis domesticae. Arg. 1724. C. F. Walch, Progr. III. de pace domestica. Jenae 1772—1778.

123) Darnach ist die Ansicht derer zu berichtigen, welche den Hausfriedensbruch nur noch als ein erschwerendes Moment der Strafbarkeit anderweitiger Mißthaten angesehen wissen wollen, wie z. B. Henke a. a. D. S. 287.

im ersten Falle nach den von der Praxis befolgten Grundsätzen Gefängniß, selbst Zuchthausstrafe eintreten können<sup>124</sup>). Ähnliches findet sich auch in den neueren Strafgesetzgebungen<sup>125</sup>). Eine einfache Verletzung des Hausrechtes würde aber durch das absichtliche Eindringen in eine fremde Behausung, ohne die obengenannten erschwerenden Umstände (Vereinigung Mehrerer, Waffen, Verübung grober Mißhandlungen u. s. w.), begangen werden und sowohl nach teutschen als römischen Rechtsgrundsätzen würde eine solche Verletzung des Hausrechtes an sich als Injurie zu betrachten und demgemäß auch zu bestrafen sein, wenn nicht die Handlung sich bestimmt als Versuch einer anderen schweren Mißthat herausstellt<sup>126</sup>).

Von dem Hausfriedensbruche ist noch der Burgfriedensbruch zu unterscheiden. Die älteren Juristen insbesondere verstehen darunter den den fürstlichen Burgen beigelegten besonderen Frieden, den sie so heilig gehalten wissen wollten, daß Störung desselben, selbst durch bloßes Schlagen, mit Lebens- und Leibesstrafe, besonders durch Abhauen der Hand, gebüßt werden sollte<sup>127</sup>). Man sah diesen Burgfrieden als einen gleichsam noch mehr geheiligten höheren Hausfrieden an, allein es trafen hier vielmehr Hausfrieden und Königsfrieden, so daß dieser letztere aber dabei überwo, zusammen. Unter Königsfrieden<sup>128</sup>) ist aber zu verstehen: 1) Ein unter besonderem Schutze des Königs stehender Frieden von Personen und Sachen, welcher durch Gesetz und Herkommen begründet, auch wohl durch besonderes Gelöbniß des Königs ertheilt, oder doch in Beziehung auf einzelne Personen u. s. w., welche dieses Friedens theilhaft werden, besonders bestätigt war, und 2) der Frieden, der gleichsam von der Person des Königs ausgehend auch alles umfaßte, was sich in seiner Nähe befand, und daher nicht nur sich auf seine Residenz<sup>129</sup>), sondern auf seinen jedesmaligen Aufenthaltsort bald in en-

124) Leyser, spec. 591. Böhmer ad Carpzov, qu. 40. obs. 2. Koch, inst. crim. §. 611. Meister, princ. ius crim. §. 321. Littmann a. a. D. §. 540. Heffter a. a. D. §. 358.

125) S. Jarke a. a. D. Bd. 2, S. 225. Henke a. a. D. S. 287 fig. Die Nachweisungen bei Marezzoli a. a. D. §. 67, Note 4 a. E.

126) Quistorp a. a. D. §. 191. Dorn, pract. Commentar Bd. 1, §. 248. Littmann a. a. D. §. 540 a. E. Heffter a. a. D. §. 358, vgl. §. 299, Nr. 3.

127) A. Fritzs ch, de palatiis et curiis domin. Jen. 1661. E. F. Boch, de pace burgorum. Arg. 1681., in Estor's H: Schriften II. S. 425. J. S. Stryck, de sanctitate residentiarum. Hal. 1697., in Operib. Vol. XI. p. 223. Winckler, de violata domus domin. sanctitate; in Opusc. min. Vol. 1. p. 184. Auch Carpzov, quaest. 40. nr. 30. und Pfeffinger, Vitr. illustr. T. III. p. 1250.

128) S. Wilba, Strafrecht der Germanen S. 253 fig.

129) Edict. Rotharis c. 36.: Si quis intra palatium, ubi Rex praesest, scandalum perpetrare praesumpserit, animae incurrat periculum. — L. Alam. XXIX. 12. Baiuv. II. 11. Fris. XVII. 2. Gesetze der Angelsachsen Anhang VI, Cap. 15, S. 203 (bei R. Schmid): Und wenn jemand in des Königs Burg oder seiner Nähe sich oder stiehlt, habe er sein Leben verwirkt, wenn nicht der König erlauben will, daß man ihn auslöst.

germ, bald in weiterm Umkreis übertrug<sup>130)</sup>. So wie aber die besondern und höheren Frieden ihre Bedeutung größtentheils verloren, indem alle Personen aller Orten im Allgemeinen einer steten Sicherheit und Unverletzlichkeit genießen sollen, so ist es auch mit dem besonderen Königs- und Burgfrieden der Fall. Es hat sich im gemeinen Rechte nur davon der Grundsatz erhalten, daß an sich strafbares Unrecht, besonders Gewaltthätigkeiten, in den Residenzen der Fürsten begangen, mit einer erschwerenden Strafe belegt zu werden pflegt<sup>131)</sup>. Doch in die neueren Gesetzbücher ist auch dieses meist nicht übergegangen. — Die älteren Criminalisten nehmen dann fast durchgängig an, daß ein solcher Burgfrieden auch anderen öffentlichen Gebäuden und Plätzen zukomme; wie sich dieses in Particularrechten auch ausdrücklich festgesetzt findet. So heißt es z. B. in dem noch geltenden Lübeckischen Stadtrecht (Th. IV., T. 15, Art. 2): Verbricht einer vor dem Rathe oder dem Gerichte mit Worten und Werken, desgleichen in den Kirchen, Kirchhöfen, auf dem Rathhause, Gerichtsbuden, in der Marktzeit, Weinkeller, Markt, Fleischschranken, Waagen, auf dem Stads bei den Traven, der soll nach Gelegenheit der Verbrechen mit mehrer Strafe, dann sonsten gedrücklichen belegt werden, denn diese Orten haben Burgfrieden. Es ist dieses aber ein Beleg dafür, wie lange sich die urgermanischen Ansichten und Grundzüge auf dem Gebiete des Strafrechtes erhalten haben. Was in der späteren Zeit als eine Erweiterung oder Uebertragung des Burgfriedens aufgefaßt wurde, ist augenscheinlich nur der höhere Ding-, Markt- und Kirchenfrieden<sup>132)</sup>, welche höheren Frieden ihrem Ursprunge nach in heidnische Vorzeit heraufreichen, und mit welchen der Königsfrieden, den man, auf den Aufenthalt des Fürsten übertragen, Burgfrieden genannt hat, seiner Entstehung und Bedeutung nach nahe verwandt, wenn man will, gewissermaßen identisch ist<sup>133)</sup>. Da man sich des Principes nicht recht bewußt war: daß ein höherer Frieden überall und aller Zeiten, wo eine größere Zusammenkunft von Leuten stattzufinden pflegt, herrschen sollte, so wie an den zur Rechtspflege bestimmten Orten, so gerieth man in allerlei Zweifel, ob ein solcher Frieden den Sitzungshäusern landesherrlicher Collegien, den Universitätsgebäuden<sup>134)</sup> u. s. w. zuzuschreiben sei.

130) Aethelbirch's (von Kent) Gesetze Cap. 8: Wenn der König in jemandes Wohnung trinkt und jemand daselbst Schaden anrichtet, so büße er es doppelt. — Schonisches Gesetz (aus dem 13. Jahrh.) V. 13.: Zur Zeit, wenn der König im Lande ist, soll jedermann Frieden haben, und wird jemand erschlagen, da wird des Todtschlägers Frieden verlegt u. s. w. — Edict. Rotharis c. 37—40.

131) Koch, inst. iur. crim. §. 610. Quistorp a. a. D. §. 191. Eittmann a. a. D. §. 541. Henke a. a. D. Bd. 3, S. 287. Puffendorf a. a. D. §. 357.

132) Wilda's Strafrecht der Germanen S. 233 flg., S. 248 flg.

133) Eittmann, a. a. D. §. 541, nimmt mit Recht daran Anstoß, daß man von einem Burgfrieden der Kirchen redet.

134) Eittmann a. a. D. meint, es sei dem Begriffe nicht entgegen, die Auditorien zu den befriedeten Orten zu rechnen, worunter jedoch die öffentlichen Hörsäle (in welchen Disputationen und andere öffentliche academ. Feiern



Mit Unrecht schelmt Heffter diese ganze Erweiterung des Burgfriedens gleichsam als eine, eines gemeinrechtlichen Fundamentes ermangelnde, Erfindung der Juristen betrachet zu wollen.

Auch die Aufstellung der Wegelagerung<sup>135)</sup> als einer besonderen Mißthat, wie wir dieselbe in den älteren Systemen des Criminalrechtes finden<sup>136)</sup>, ist in dem älteren teutschen Strafrecht begründet. Es ist dieses aber bisher ganz unbeachtet geblieben. Die Wegelagerung ist nämlich ein der Heimsuchung ganz analoges Verbrechen; wie diese der Angriff auf die Ware eines Mannes mit gesammeltem Gefolge, wurde unter jener ein solcher Angriff auf eine Person auf offener Landstraße verstanden. Sie fällt daher unter die Kategorie der Friedensbrüche im engeren Sinne. Wie die Heimsuchung besonders hervorgehoben und als ein ausgezeichnete Friedens- (Land-) Bruch angesehen wurde, weil hier sowohl die Form des Verbrechens, nämlich das Sammeln des bewaffneten Gefolges, als die Verletzung des Friedens der Ware in Betracht kamen, so auch die Wegelagerung, da die öffentlichen Landstraßen, unter besonderen Schutz des Königs gestellt, eines besonderen Friedens genossen<sup>137)</sup>. Zur Wegelagerung gehörte daher, wie zu jedem Friedensbrüche, nach älterem Rechte auch ohne Zweifel die Verübung einer Gewalt, ein Angriff; wenn dieser geschehen war, war die Strafe des Verbrechens verwickelt, ohne Rücksicht darauf, welchen Erfolg der Angriff gehabt haben mag<sup>138)</sup>. Es ergibt sich dieses am deutlichsten aus den angelsächsischen Rechtsquellen. Forsteal, wie die Wegelagerung daselbst genannt wird, wird mit Heimsuchen zusammen den größeren Friedensbrüchen zugezählt<sup>139)</sup>. Es heißt in der Compilation, welche unter dem Namen *leges Henrici I.* bekannt ist: *Si in via regia fiat assaltus super aliquem, Forstal est etc. — Forestal est si quis ex tranverso incurrat, vel in via expectet et assaliat inimicum suum*<sup>140)</sup>. Auch das salische Gesetz scheint einmal auf eine solche Mißthat hingedeutet zu haben<sup>141)</sup>, die dann auch in teutschen Rechtsquellen des Mittelalters, namentlich dem magdeburgischen Rechte, als ein ausgezeichnete Friedens-

schleiten stattfinden) nicht mit begriffen werden können. Was sich L. dabei gedacht hat, ist mir nicht klar.

135) Joach. Neger, de obsessione viarum. Jenae 1668. J. G. Simon, de obs. viarum. Jenae 1714.

136) J. B. Koch, inst. iur. crim. §. 603—605. Meister, principia iur. crim. §. 331. Püttmann, elem. iur. crim. §. 213. Quistorp a. a. D. §. 178—180. Auch noch Litzmann a. a. D. §. 519, 520.

137) Sächs. Landr. II. 66. §. 1: unde des Königes strate in watere unde in velde, die solen steten vrede hebben, unde allet dat dar binnen kumt.

138) Sehr mit Unrecht wird daher die Wegelagerung von manchen Criminalisten zu den strafbaren Drohungen gerechnet.

139) *Leges Henrici I. c. XII. §. 1. XXXV. §. 1.*

140) *Leges Henrici I. c. LXXX. §. 1. 4.* Vgl. mein Strafrecht der Germanen S. 453, 701.

141) L. Sal. c. Cod. Monac. XIV. 3.: *Si quis hominem migrantem assalierit hoc est quanti in eo contubernio vel superventu fuisse probantur LXII sol. unusquisque ex illis culp. iud.*

bruch erwähnt wird<sup>142</sup>). Es darf diese Wegelagerung nicht mit der Wegweh rung, der Wegsperr e (dem *viam obstare, viam claudere, contradicere, der via lacinia, wegq, weri, weiwendene*<sup>143</sup>)) verwechselt werden, denn diese letztere wurde nur als eine Injurie betrachtet, war ein bloßer Rechtsbruch, während die Wegelagerung ein schwerer Friedensbruch war, und verhielt sich zu dieser, wie die Verletzung des Hausrechtes zur Heimsuchung<sup>144</sup>). — Die älteren Criminalisten beschreiben nun die Wegelagerung als die böswillige Erwartung eines Anderen auf öffentlicher Straße, um ihm Böses zuzufügen; und erklärten dieselbe, wenn die bezweckte Mißthat: Beraubung, Tödtung, Nothzucht, Entführung, auch nicht zur Ausführung gekommen, für ein todeswürdiges Verbrechen<sup>145</sup>). Von der Wegelagerung unterscheiden sie aber das bloße Vorwarten<sup>146</sup>), wobei man sich offenbar ein Auflauern dachte, bei welchem aber der Absicht, dem Mittel nach u. s. w. ein Friedensbruch nicht angenommen werden konnte<sup>147</sup>). Es ging aber das Bewußtsein des Grundes dieser Unterscheidung immer mehr verloren, so daß die Criminalisten als Wegelagerer nur die auf Raub und Mord ausgingen betrachteten wollten, alle übrigen nur der Vorwärtung schuldig erklärten<sup>148</sup>). Nachmals wurde

142) Halle-Neumärker Recht v. 1235 (Gaupp, Magdeb. Recht S. 223). §. *Profectus etiam noster omnes causas indicat et decedit. Tribus causis exceptis. Scilicet vi illata quod not dicitur et vim in propriis domibus factam quod dicitur heym suche. et excepta insidia quod lage dicitur. quas burggravinus iudicat et decedit.* Magdeb.-Breslauer Recht v. 1261 §. 40: *E age und daß man vrouwen notet und heimliche richtet die burggrave und anderes nieman u. s. w.* Vgl. Görtinger Recht v. 1304 §. 17. Alt. Culm. Recht II. 30. Magdeb. Weichbild (Eubovici) Art. 88. — Alt. Culm. Recht III. 32.: *Beschulbiget man eynen man ume weigelage abir nottzoqe u. s. w.* In einem Magdeb. Klageformular in dem Uffenb. Gobei des Magdeb. Rechtes Cap. 74 (neues rhein. Museum für Jurispr. Bd. VII, S. 366) heißt es: *hie is kommen bins wickbilde, an die stat da Rumprecht soultde haben vrede in de gnabe inde haet eme gewegelaget an des riches straesse; iade in des riches vrede, inde hat wickvrede an eme gebrochen u. s. w.*

143) E. Wilda, Strafrecht der Germanen S. 780.

144) Ebendas. S. 782, Note 4, S. 783, Note 1.

145) Berlich, P. IV. concl. 20. nr. 14. Böhmer ad Carpov, qu. 4. obs. 4. in Medit. ad C. C. C. 128. §. 2. Koch l. c. §. 605.

146) Böhmer ad C. C. C. 128.: *Aliud dicendum de his qui dum inter se rixantur, aut alio odio provocati, latibula pro inferendis iniuriis realibus quaerunt, ut inter rusticos compotantes fieri solet. — Hi extra ordinem coercentur lenius vel gravius, prout propositum erupit in actum externum vel non. Strictius hoc dicitur das Vorwarten.*

147) Ein Beweis dafür liegt auch darin, daß man es nur Vorwarten, nicht Wegelagerung nannte, wenn das Auflauern bloß auf einer Gasse, einem Fußsteige, Dorfwege geschehen war. Erhard, Handbuch des sächs. Rechtes Bd. 1, §. 152. Die Wegelagerung fand nämlich nur auf der Königsstraße statt.

148) Koch l. c. §. 604.: *Proprie — vocantur Wegelagerer qui praedae caedisque causa vias obsident, reliquorum facinus Vorwarten, aufpassen.* §. 605.: *Qui praedae facilitandae causa homines obsessos vulnerare aut plane occidere voluit, gladio punitur, ob solam obsessionem. — Qui autem vindictae caedisque solius causa aut petulantiae erga vias ob-*

dann die Ansicht herrschend, daß die Wegelagerung an sich niemals als ein schweres Verbrechen, namentlich nicht mit dem Tode, bestraft werden könne, sondern theils nur als Versuch zu einem anderen Verbrechen in Betracht komme, theils als ein erschwerender Umstand bei Bestrafung des anderweitig verübten Verbrechens<sup>149)</sup>. In neuerer Zeit hat man denn auch die Berücksichtigung der Wegelagerung aus diesem letzteren Gesichtspunkte aufgegeben, so daß es bei Heffter heißt: Gegenwärtig ist man jedoch fast allgemein darüber einig, daß in Ermangelung bestimmter Gesetze und Begriffe derartige Handlungen (Wegelagerung, Vorwarten) nur unter den Gesichtspunkt strafbarer Versuchshandlungen fallen<sup>150)</sup>. Deshalb wird in neueren Werken über Criminalrecht die Wegelagerung gar nicht mehr erwähnt. Zum Theil hat dazu, daß man die Wegelagerung mehr und mehr aufgegeben hat, beigetragen, daß die gemeinrechtlichen Quellen des geschriebenen Rechtes ihrer gar nicht erwähnen, man aber von der Begründung des Verbrechens in dem älteren deutschen Strafrechte keine gehörige Kenntniß hatte. Dagegen ist der Umstand, daß die Carolina in einem eigenen Artikel von dem Landzwange handelt, wohl eine Hauptursache, daß von demselben in allen Lehr- und Handbüchern des Criminalrechtes bis auf die neueste Zeit herab verhältnißmäßig ausführlich die Rede ist. In Uebereinstimmung mit mehreren Satzungen der Landfrieden und Reichsabschiede des 16. Jahrh.<sup>151)</sup> verordnet die Carolina nämlich im Art. 128<sup>152)</sup>: daß Personen, welche sich von ihrem gewöhnlichen Aufenthaltsorte entfernend oder fern haltend (ohne Zweifel wohl, um sich außer dem Bereich der Obrigkeit zu setzen) und sich mit Leuten, von denen Unterstützung bei frevelhaften Unternehmungen zu erwarten steht, vereinigend, andern Personen (Einzelnen oder Gemeinden<sup>153)</sup>) Drohungen von gegen sie zu verübenden

*sedit, pro ratione admissi aut relegatur, aut fustigatur, aut manus ipsi abscindatur.*

149) Meiser l. c. §. 331.: *Utriusque speciei poena secundam viororem sententiam est arbitraria ex principiis tum conatus aliorum delictorum tum violatae securitatis viae publicae, definienda etc.* Aehnlich Wittmann a. a. D. §. 520 u. X.

150) So auch Martin a. a. D. §. 210, Note 11, wo der Wegelagerung nur ganz beiläufig erwähnt wird, ebenso Salchow §. 459, die Note am Ende. Henke a. a. D. Bd. 3, S. 640. Hegg a. a. D. §. 390, Anm.

151) Reichsabsch. v. 1512 §. 15. Landfr. v. 1521 Tit. 8, §. 8. Landfr. v. 1548 Tit. 16, §. 3. Reichsabsch. v. 1555 §. 45. C. G. D. v. 1555 II. 14.

152) Straf derjenigen so bösslich austraten. Item nachdem sich vielfältig begiebt, das mutwillige person die leut wider recht und billigkeit betrdhen, entweichen und austreten, und sich an end und solchen leuten thun, da mutwillige beschädiger entheilt, hilfe, fürschub und beistand finden, von denen die leut je zu zeitten wider recht und billigkeit merklich beschedigt werden, auch farbe und beschedigung von selbigen leichtfertigen personen erwarten müssen, die auch mehrmals die leut durch solche drohe und forcht wider recht und billigkeit tringen, auch an gleich und recht sich nicht lassen begnügen, derhalb für recht Landzwinger gehalten werden sollen.

153) Manche Juristen waren der Meinung, das Object beim Landzwange

Miſſthaten in irgend einer Weiſe zukommen laſſen, — ſo wie alle, die ihnen Hilfe und Beiſtand leiſten, mit dem Schwerte gerichtet werden ſollen; ſelbſt wenn die gedrohte Miſſthat an ſich eine geringere Strafe nach ſich ziehen würde oder der Drohende gar nicht einmal die Abſicht gehabt hat, die Drohung auszuführen, ſofern dieſes nur den Umſtänden nach erwartet werden konnte. Die Juristen wollten dann ſtatt der Todesſtrafe meißt eine mehrjährige Gefängnißſtrafe zur Anwendung bringen<sup>154)</sup>, und in dieſer Lage iſt die Sache der Theorie nach bis in die neueſte Zeit verblieben<sup>155)</sup>. Dem älteren teutſchen Strafrechte iſt der Landzwang durchaus fremd. Er verdankt ſeinen Urfprung einer Zeit, als man bei dem ſo vielfachen Hinderniſſen begegnenden Beſtreben, den Landfrieden zu befeſtigen, bei der Erfahrung, wie der Erfolg der Bemühung nicht entſprach, was nur entfernt als Beihilfe zu einer Störung, als Anfang deſſelben betrachtet werden konnte, mit der Strafe des Landfriedensbruches ſelbſt oder doch mit anderer ſchwererer Strafe<sup>156)</sup> belegte. — Wenn ſchon Drohungen einen ſtrafrechtlichen Charakter auch bei uns tragen können<sup>157)</sup>, ſo paßt doch jene Beſtimmung der Carolina mit ihren beſonderen Vorausſetzungen durchaus nicht für unſere Zuſtände, und es iſt auch aus den Beſtimmungen der Reichsgeſetze durchaus nicht zu entnehmen, welche Drohungen überhaupt und in welchem Maßſtabe dieſelben für ſtrafbar zu erachten ſind. Die neueren Geſetzbücher, welche meißt Beſtimmungen über die ſtrafbaren Drohungen enthalten, bezeichnen zwar dieſe zuweilen mit dem Namen Landzwang, ohne ſich aber irgend an den Begriff und Thatbeſtand der Carolina und übrigen Reichsgeſetze zu halten<sup>158)</sup>.

Wilde.

### Landſtände ſ. am Ende des L.

**Legat**<sup>1)</sup> hieß im römischen Rechte das ältere civilrechtliche Vermächtniß, d. i. eine letztwillige Verfügung, wodurch Jemandem auf

Konten nicht Einzelne, ſondern nur Gemeinden ſein. **S.** Heffter a. a. D. §. 362, Note 4. **Abegg** a. a. D. §. 390.

154) **Quistorp** a. a. D. §. 177. **Littmann** a. a. D. §. 518 a. G.

155) **Feuerbach** a. a. D. §. 434. **Selchow** a. a. D. §. 456, 459.

**Martin** a. a. D. §. 210. **Henke** a. a. D. Bd. 3, S. 635 ſq. **Bauer**

a. a. D. §. 288. **Heffter** a. a. D. §. 362. **Abegg** a. a. D. §. 390, 391.

**Marzoll** a. a. D. §. 68.

156) **So Reichsabſch. v. 1594 §. 41:** So wollen wir, daß diejenigen ſo ſich zu Abſagebriefen zu ſchreiben, ziehen oder vermögen laſſen, oder deſſelben unterfangen thäten, nicht weniger als Diffidant nach Inhalt unſrer und des Reiches Ordnung mit unnachläßiger Straf angeſehen werden ſollen.

157) **Henke** a. a. D. Bd. 3, S. 636.

158) **Preuß. Landrecht §. 1555.** **Code pénal art. 305.** **Bayer. Geſeb.**

**Art. 242, 243.** **Sächſ. Criminalgeſeb. Art. 170.** **Württemb. Geſeb. Art.**

**282.** **Hannov. Geſeb. Art. 192.**

1) **Inst. de legatis. (2. 20.) Dig. de legatis et fideicommissis I. II.**

**III. (lib. 30—32.) Cod. de legatis. (6. 37.) — Cai. II. §. 192—245.**

**Ulp. XXIV. Paull. III. 6. — Vgl. G. G. Beſtphal, Darstellung der**

**Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen, 2 Bde. Leipzig 1791. G. F.**

Kosten der Erbschaft ein Vermögensvorteil zugewendet wird<sup>2)</sup>. Ein solches konnte nur dem eingesezten Erben, im Testamente oder in einem durch das Testament bestätigten Codicill, auferlegt werden<sup>3)</sup>. Auch mußte der Wille des Erblassers in befehlender Weise, *legis modo*, i. e. *imperative*, und in lateinischer Sprache ausgesprochen sein<sup>4)</sup>. Es konnte aber dadurch entweder eine Forderung gegen den Erben oder auch geradezu ein dingliches Recht, namentlich das Eigenthum einer Sache, gewährt werden. Zu jenem Zwecke bediente man sich gewöhnlich der Formel: *heres damnas esto*, z. B. *Titio Stichum servum dare*. Daher hieß ein solches Vermächtniß *legatum per damnationem*, wenn gleich auch andere befehlende Ausdrücke gleichen Inhaltes, z. B. *dato*, *facito* u. dgl. mit gleicher Wirkung gebraucht werden konnten. Man konnte auf diese Weise dem Erben jede überhaupt mögliche obligatorische Leistung auflegen; der Legatar erlangte dadurch eine streng civilrechtliche persönliche Klage gegen den Erben auf Erfüllung dieser Verpflichtung, sowohl wenn eine Sache der Erbschaft selbst, als wenn irgend etwas anderes Gegenstand derselben war<sup>5)</sup>. Eine Abart des Damnationslegates war das *legatum sinendi modo*, z. B. *heres damnas esto sinere Titium Stichum servum sibi sumere, habere*. Dieß war nur wirksam, wenn es eine Sache betraf, die entweder zur Erbschaft oder dem Erben selbst gehörte; denn in Ansehung fremder Sachen konnte dem Legatar das bloße Zulassen des Erben nichts nützen<sup>6)</sup>. Jemandem aber geradezu ein dingliches Recht, z. B. das Eigenthum einer Sache, zu gewähren, ohne Vermittelung durch eine *obligatio* des Erben, das war nur möglich, wenn der Erblasser selbst das Eigenthum, und zwar das römische Eigenthum der Sache hatte, nicht nur zur Zeit des Todes, sondern auch schon zur Zeit der Testamentserrichtung, wovon nur bei vertretbaren Sachen eine Ausnahme zugelassen war. Ein Legat dieser Art gab sofort, wie es wirksam wurde, dem Legatar eine dingliche Klage zur Geltendmachung seines Rechtes, in *rem actio* oder *vindicatio*; daher hieß es *legatum per vindicationem*. Die übliche Formel desselben war: *do lego*, z. B. *Titio Stichum servum*, weshalb es auch *do-lego-legatum* genannt wurde; doch waren auch hier andere Ausdrücke, z. B. *Titius servum habeto, capito* u. a. mit gleicher Wirkung anwendbar<sup>7)</sup>. Verwandt dem Vindicationslegate, jedoch in einigen Punkten davon abweichend, war endlich das *legatum*

Rosshirt, die Lehre von den Vermächtnissen nach röm. Rechte, 2 Bde. Heidelberg. 1835.

2) L. 36. D. de legat. II.: *Legatum est donatio testamento relicta. L. 116. D. de legat. I.: Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alieni quid collatum velit.*

3) Cai. II. 270. 271. Ulp. XXIV. 20. XXV. 8. Auch durfte das Legat nicht der Erbeinsetzung, welche es betraf, voranstehen. Cai. II. 229. Ulp. XXIV. 15. Cf. Paull. III. 6. §. 2.

4) Ulp. XXIV. 1. Cai. II. 281.

5) Cai. II. 201—205. Ulp. §. 4. 8. 9. Paull. §. 10. 17.

6) Cai. 209—214. Ulp. 5. 10. Paull. 11.

7) Cai. 193—200. Ulp. 3. 7. Paull. 7. 17. Vat. Fragm. §. 57. 75.

per praeceptionem, mit der üblichen Formel: praecipito, z. B. Titius Stichum servum, wodurch einem von mehreren Erben vor den anderen etwas voraus vermacht wurde, daher praelegatum<sup>8)</sup>. Diese ganze Unterscheidung war nicht eine willkürliche Erfindung; sie war durch innere Verschiedenheit der Fälle hervorgerufen. Aber man hielt sie mit zu starrer Consequenz fest; ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers erklärte man das Legat wegen unpassender Form für ungiltig, wenn es gleich in anderer Form unter den vorliegenden Umständen vollkommen wirksam sein würde, und so wurde es namentlich für ungiltig angesehen, wenn der Erblasser, obgleich wissentlich, eine fremde Sache in der Form eines Fideicommissionslegates, mit den Worten: do lego, vermacht hatte. Es bedurfte eines Senatsbeschlusses, des SC. Neronianum, um es durchzusetzen, daß in solchem Falle das Legat mit der Wirkung eines Damnationslegates aufrecht erhalten werde<sup>9)</sup>, wornach man denn im zweifelhaften Falle dem Legatar die Wahl gab, ob er das Recht des Vermächtnisses mit der dinglichen oder der persönlichen Klage geltend machen wollte<sup>10)</sup>. Uebrigens blieb jener Unterschied noch ferner bestehen, bis Justinian denselben dadurch beseitigte, daß er jedem Legate, ohne Rücksicht auf die verschiedene Form des Ausdruckes, die gleiche Wirkung beilegte, so weit es der Inhalt zuließ<sup>11)</sup>.

Wichtiger noch war die ebenfalls durch Justinian bewirkte Gleichstellung der Legate mit den Fideicommissen. Die letztern waren eine freiere Art von Vermächtnissen, womit nicht bloß testamentarische Erben, sondern auch andere Personen, die vom Erblasser etwas erhielten, beschwert werden konnten. Sie enthielten ihrer Form nach nur ein Gesuch (verbis precativis), dessen Erfüllung auch ursprünglich nur dem guten Willen anheimgestellt war, fidei commissum; daher fanden die civilrechtlichen Bestimmungen über Legate keine Anwendung darauf. Seitdem aber, zuerst von Augustus, rechtlicher Zwang zur Erfüllung derselben zugelassen worden, bildeten sich die Fideicommissa zu wahren Vermächtnissen aus, von ähnlicher materieller Bedeutung, wie das Damnationslegat, und sie wurden nun allmählig auch größtentheils den für Legate geltenden gesetzlichen Beschränkungen unterworfen. Sie erzeugten jedoch nicht, wie das Legat, eine civilrechtliche actio, sondern konnten nur extraordinaria cognitione geltend gemacht werden. Auch blieben sie in Ansehung der Form, obwohl sie ihnen auch darin sich mehr näherten, von den Legaten unterschieden, und ein in Legatsform hinterlassenes Vermächtniß war, wenn an den Voraussetzungen der Legate etwas fehlte, ungiltig, obgleich ein

8) Cai. 216—222. Ulp. 6. 11.

9) Cai. 196. 197. 218. 221. 222. Ulp. 11.

10) L. 88. L. 84. §. ult. L. 85. D. de legat. I. Cf. Cai. §. 194. Man verband aber auch wohl die beiden Formen: do lego heredesque damnato esto dare, miteinander.

11) L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicommiss. (6. 43.) — §. 2. J. h. t. Vgl. überhaupt Wargoll, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proc. S. 63—116, 274—310.

Vermächtniß desselben Inhaltes als Fideicommiss gültig gewesen wäre<sup>12)</sup>. Justinian aber hat denn auch diesen Unterschied beseitigt. Er verordnete, daß auf den Gebrauch befehlender oder ersuchender Ausdrucksweise nichts mehr ankommen, vielmehr jede ihrem Inhalte nach zulässige Verfügung in der einen oder anderen Form gleiche Wirkung haben und gleiche rechtliche Vortheile gewähren, übrigens aber in den Punkten, worin bisher noch eine Verschiedenheit zwischen dem Rechte der Legate und Fideicommiss stattfand, das günstigere Recht der Fideicommiss den Ausschlag geben solle<sup>13)</sup>. Von einem practischen Unterschiede zwischen Legaten und Fideicommissen kann darnach keine Rede mehr sein; man kann nun das Fideicommiss auch Legat nennen und umgekehrt<sup>14)</sup>, und so auch Legat gleichbedeutend mit Vermächtniß nehmen. Allerdings besteht noch ein practisch bedeutender Unterschied zwischen solchen Vermächtnissen, welche dem Erben, und solchen, welche anderen Personen auferlegt werden; aber dieß ist nicht der alte Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen, und im Ganzen gelten auch von allen Vermächtnissen gleiche Grundsätze. Daher werden wir in diesem Artikel die Lehre von den Vermächtnissen überhaupt darstellen, und zwar wollen wir zuerst die allgemeinen Grundsätze über dieselben entwickeln, dann die besonderen Bestimmungen über einzelne ihrem Gegenstande nach verschiedene Vermächtnisse anknüpfen.

#### I. Allgemeine Grundsätze.

Wir betrachten hier A. die Errichtung von Vermächtnissen und deren Erfordernisse, B. die mögliche Aufhebung derselben, C. den Erwerb derselben und dessen Wirkungen.

A. Bei der Errichtung der Vermächtnisse kommen vor allem

1) die dabei theilhaftigen Personen in Betracht. Diese sind der Erblasser, welcher das Vermächtniß gibt, der Belastete oder Dnerirte, d. i. derjenige, welcher das Vermächtniß entrichten soll, und der Vermächtnißnehmer oder Honorirte, d. i. derjenige, welchem dasselbe zugesacht ist.

a) Ein Vermächtniß zu geben ist nur derjenige fähig, welcher sich einen Erben ernennen kann; auch um ein Fideicommiss zu hinterlassen,

12) Cai. II. 246—289. Ulp. XXV. Paull. IV. 1. Inst. de fideicommissar. hered. (2. 23.) de singulis rebus per fid. relictis. (2. 24.) Cod. de fideicommissis. (6. 42.) Vgl. den Art. Fideicommissum in diesem Werke Bb. IV, S. 280—295. Marezoll a. a. D. S. 116—134.

13) L. 2. Cod. commun. de legat. et fideicommiss. (6. 43.) (a. 529.) — Omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inherere intelligantur, et e contrario quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est quod non habet naturam (natura, vielleicht valet natura?) legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodatur, et sit omnibus perfectus eventus. — Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommissio quasi humaniori aggregatur et secundum eius dirimatur naturam. Vgl. §. 3. J. de legat. (2. 20.) L. 1. D. de legat. I.: Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis. Marezoll a. a. D. S. 257—268.

14) L. 2. Cod. cit.: Et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur.

musste man testamentstfahig sein<sup>15</sup>). Die Fideicommissse waren zwar, weil sie gar keiner Formlichkeit bedurften, insoweit vor den Legaten begünstigt, daß sie ungeachtet anfänglich mangelnder Fähigkeit des Erblassers doch wirksam waren, wenn dieser nur vor seinem Tode testamentstfahig geworden und bei demselben Willen behärend gestorben war, vorausgesetzt jedoch, daß sie nicht bloß als ein Theil oder Anhang eines Testaments errichtet waren<sup>16</sup>). Mit Recht aber wird behauptet, daß dieß nur insoweit gelten könne, als Fideicommissse ohne Formlichkeit wirksam errichtet werden können, d. h. nach Justinianischem Rechte, wie sich unten ergeben wird, nur noch insoweit, als die Existenz derselben bloß vom Eide des Belasteten abhängig gemacht wird<sup>17</sup>).

b) Wer mit einem Vermächtnisse belastet werden könne, darüber entscheidet nun die Regel der Fideicommissse, also lautend: *eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum iis datur vel dum iis non adimitur*<sup>18</sup>). Demnach kann vor allen dem Erben ein Vermächtniß aufgelegt werden, sowohl dem gesetzlichen, wie dem testamentarischen Erben<sup>19</sup>), auch dem Erben des Erben<sup>20</sup>), und demjenigen, welchem der Nachlaß als erbloses Vermögen zufallen möchte, wie dem Fiskus<sup>21</sup>); aber auch einem bloßen Vermächtnißnehmer und dessen Erben<sup>22</sup>), und jedem, der durch den Tod des Erblassers mittelbar oder unmittelbar aus dessen Vermögen etwas gewinnt, was ihm derselbe durch letztwillige Verfügung entziehen könnte, daher namentlich auch dem auf den Todesfall Beschenkten, wenn nicht der willkürliche Widerruf ausdrücklich ausgeschlossen ist<sup>23</sup>). Wer dagegen, ohne es irgend dem Erblasser zu verdanken<sup>24</sup>) oder selbst gegen dessen Willen etwas erwirbt<sup>25</sup>) oder nur das, was ihm der Erblasser rechtlich nicht entziehen könnte<sup>26</sup>), dem kann er auch kein Vermächtniß aufbürden. Und überall ist Regel, daß Jemand höchstens in dem Maße mit Vermächtnissen beschwert werden könne, als

15) L. 2. 114. pr. D. de legat. I. L. 1. pr. §. 2. 3. D. de legat. III. L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. D. de iure codicill. (29. 7.)

16) L. 1. §. 1. 5. D. de legat. III. Vgl. L. 3. §. 2. D. de iure codicill. Rhein. Mus. V. S. 247—249.

17) Sangerow, Pand. II. S. 411, 412. Rosshirt a. a. D. I. S. 237, Note 1. Mühlensbruch, Lehrb. §. 732, erkennt in L. 1. §. 1. 5. cit. nur eine besondere Ausnahme von der Regel.

18) L. 1. §. 6. D. de legat. III.

19) L. 1. §. 7—10. D. l. c. L. 92. §. 2. D. de legat. I. L. 8. §. 1. D. de iure codicill. (29. 7.)

20) L. 5. §. 1. L. 6. pr. D. de legat. III. Ebenso auch dem Vater, insoweit er durch die Erbeinsetzung des Kindes gewinnt. Ulp. XXV. 10. vgl. mit XXIV. 21. L. 11. D. de legat. I. Sangerow a. a. D. S. 412—416.

21) L. 114. §. 2. D. de legat. I.

22) Pr. J. de sing. reb. per fid. rel. (2. 24.) L. 5. §. 1. cit.

23) L. 3. D. de legat. III. L. 77. §. 1. D. de legat. II. L. 9. C. de fideicomm. (6. 42.) Cf. L. 35. §. 4. D. de mort. causa donat. (39. 6.) Vgl. auch L. 96. §. 4. D. de legat. I.

24) L. 6. §. 1. D. de legat. III.

25) L. 2. D. l. c. L. 31. C. de fideicomm. (6. 42.)

26) L. 114. §. 1. D. de legat. I. L. 67. §. 1. 2. D. de legat. II.



der Betrag desjenigen reicht, was ihm mittelbar oder unmittelbar durch des Erblassers Willen zufließt<sup>27)</sup>, so weit sich beides gegen einander abrechnen läßt<sup>28)</sup>. Der Vater insbesondere kann auch dem Erben seines unmündigen Kindes, sowohl dem gesetzlichen Erben als dem Pupillarsubstituten, Vermächtnisse auflegen, aber nur insoweit, als aus seinem Vermögen entweder in die Erbschaft des Kindes etwas übergegangen oder unmittelbar jenem zugewendet ist<sup>29)</sup>, und die dem Pupillarsubstituten des enttöbten Kindes aufgelegten Vermächtnisse sollen nach einer Verordnung Justinian's selbst dann ungiltig sein, wenn auch dem Kinde Vermächtnisse hinterlassen waren, welche doch durch die Erbschaft des Kindes auch dem Pupillarsubstituten zufallen können<sup>30)</sup>.

Hat der Erblasser im einzelnen Falle nicht ausgesprochen, welche Person das Vermächtniß zu entrichten haben<sup>31)</sup>, so versteht sich von selbst, daß es den Erben zur Last fällt, und zwar nach Verhältnis ihrer Erbtheile, jedem unabhängig von dem andern<sup>32)</sup>, sofern nicht die Untheilbarkeit des Gegenstandes eine solidarische Haftung mit sich bringt<sup>33)</sup>, welche zudem aber auch durch besondere Bestimmung, namentlich durch alternative Belastung Mehrerer, begründet werden kann<sup>34)</sup>. Sehr streitig aber ist die Frage, wie zu entscheiden sei, wenn mehreren Erben mit namentlicher Benennung derselben, ohne Bestimmung der Theile, ein Vermächtniß auferlegt ist? Die Quellen selbst widersprechen sich darüber. Eine Stelle nimmt überall die Erbtheile als Maßstab der Belastung der einzelnen Erben an<sup>35)</sup>; eine andere erklärt sich für gleichzeitige Vertheilung der Last, wenn das Vermächtniß einigen von mehreren Er-

27) §. 1. J. de sing. reb. per fid. rel. (2. 24.) L. 114. §. 3. D. de legat. I. Auch die gewonnenen Früchte kommen in Betracht. L. 114. §. 3. cit. L. 70. §. 1. 2. D. de legat. II.

28) L. 70. §. 1. cit. Wegen Nichterrichtung eines Inventars kann der Erbe auch über den Bestand der Erbschaft hinaus verpflichtet werden, nach Nov. 1. cap. 2. Vgl. dieses Werk Bd. IV, S. 22, Note 158, 161.

29) L. 92. §. 2. — L. 94. D. de legat. I. Vgl. Wangerow, Pand. II. S. 416—419, und unten Note 317 fig.

30) L. 24. C. de legat. (6. 37.) Cf. L. 41. §. 3. D. de testam. milit. (29. 1.)

31) L. 29. §. 1. D. de legat. II. L. 98. D. de legat. III.

32) L. 33. pr. L. 44. pr. D. de legat. II. L. 86. §. 3. D. de legat. I.

33) L. 11. §. 23. 24. D. de legat. III. L. 7. D. de servitute leg. (33. 3.) L. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

34) L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 25. pr. D. de legat. III.: Titius aut Maevius X dato. In L. 9. pr. D. de duob. reis. (45. 2.) ist ohne Zweifel auch Titius aut Maevius zu lesen. Cuiacii quaest. Papin. ad b. l. (opp. edit. Neapol. vol. IV. p. 681. VII. 974. 1115.) Anderer Meinung freilich ist Faber, coniect. lib. XI. cap. 19. Vgl. Ribbentrop, von Correalblig. S. 117—119.

35) L. 17. D. de duob. reis. (45. 2.) Paull. lib. VIII. ad Plant. — Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Attilcinus, Sabinus, Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt, quia hereditas eos obligat; idem est, quum omnes heredes nominantur.

den namentlich aufgelegt ist<sup>36)</sup>; nach einer dritten soll überall die namentliche Aufzählung der Erben die Wirkung haben, daß sie durch das Legat gleichmäßig verpflichtet werden, wo sich sonst die Verpflichtung nach Maßgabe ihrer Erbtheile unter ihnen theilen würde<sup>37)</sup>. Vergeblich hat man versucht, diesen Widerspruch durch Kritik oder Interpretation zu beseitigen<sup>38)</sup>, und ungegründet ist es namentlich, der ersten Stelle vor den anderen deshalb den Vorzug zu geben, weil sie von dem jüngeren Juristen Paullus herrühre<sup>39)</sup>; denn die Berufung auf andere weit ältere Autoritäten, die Paullus nur mit stillschweigender Billigung anführt, ergibt, daß dieß eine alte Streitfrage war, die nicht etwa in der neueren Entwicklung des Rechtes ihre Erledigung gefunden<sup>40)</sup>. Es bleibt nur übrig, die Aussprüche der Quellen, so weit sie unvereinbar sind einander sind, zu ignoriren, und die Frage nach der Natur der Sache zu entscheiden. Vor Allem ist natürlich zu prüfen, ob nicht im einzelnen Falle die eine oder andere Auslegung durch irgend einen Umstand überwiegend wahrscheinlich gemacht werde. Dieß kann z. B. der Fall sein, wenn der Erblasser vorzugsweise auf die Erbenqualität der Genannten hindeutet; wenn er z. B. erklärt: meine sämtlichen Erben, A, B, C, D, sollen schuldig sein u. s. w., wo die Namen nur als näher bezeichnende Apposition zu sämtlichen Erben erscheinen<sup>41)</sup>. Im Zweifel aber, wo ein solcher Anhaltspunkt mangelt, muß man voreerst, wenn alle Erben namentlich onerirt sind, unbedenklich für gleichzeitige Theilung der Last entscheiden; nicht nur spricht dafür der innere Grund, daß ja bei anderer Willensmeinung des Erblassers die namentliche Bezeichnung der Onerirten ganz überflüssig und unpassend gewesen wäre, sondern es kann auch für diesen Fall die klare Entscheidung der dritten Stelle, wenn gleich nicht ohne von der uns durch Justinian gegebenen Berechtigung Gebrauch zu machen<sup>42)</sup>, mit den anderen allenfalls vereinigt werden<sup>43)</sup>.

36) L. 54. §. 3. D. de legat. I. Pompon. lib. VIII. ad Sab. — Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent; si vero omnes, hereditarias.

37) L. 124. D. l. c. Neratius lib. V. membran. — Si heredes nominati enumerati dare quid damnati sunt, propius est ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequantur in legato, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debitori essent.

38) Cujacius will in L. 54. §. 3. cit. lesen: si personae heredum nominatae sunt. Vgl. dessen recitat. solenn. ad h. l., opp. edit. Neap. VII. p. 1141. Gordon aber versteht: hereditarias p. h. d., s. v. o., viriles. Otto, thesaur. II. p. 843. Vgl. übrigenes Rosshirt a. a. D. II. S. 238—245. Bangerow, Pand. II. S. 419—425.

39) So z. B. Göltschen, Vortef. III. 2. S. 570.

40) Vgl. Savigny, System II. S. 282 fig.

41) Arg. L. 37. D. de stipulat. servor. (45. 3.) L. 8. §. 1. D. de statu lib. (40. 7.) L. 23. 24. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Bangerow a. a. D. S. 423.

42) L. 2. §. 15. L. 3. §. 15. C. de vet. iure enucl. (1. 17.) Savigny a. a. D. S. 274.

43) Man kann nämlich mit Cujacius annehmen, in L. 17. u. 54. cit. sei der Fall: quum omnes heredes nominantur, so zu denken, daß bios schlecht-hin „alle Erben“ genannt würden. Bangerow a. a. D.

Aber auch wenn nur einige von den Erben namentlich genannt sind, ist es das Einfachste, gleichzeitliche Belastung derselben anzunehmen, wenn der Erblasser nicht etwas anderes andeutet. Der Grund, welchen Paulus für seine abweichende Ansicht angibt — quia hereditas eos obligat — ist nicht treffend, da es unzweifelhaft ist, daß der Erblasser die Erben ohne alle Rücksicht auf das Verhältniß ihrer Erbtheile belasten kann, und einen anderen durchgreifenden Grund für jene Meinung gibt es nicht<sup>44</sup>). Wenn jedoch der Testator im allgemeinen seinen Erben das Vermächtniß auflegt, und nur einen oder anderen davon ausnimmt, so gilt für die übrigen die Größe ihrer Erbtheile als Maßstab ihres Antheiles an dieser Last; denn dieses ist ohne Widerspruch in den Quellen ausgesprochen<sup>45</sup>), und ist auch an sich natürlich. Jedenfalls übrigens müssen die namentlich onerirten Erben das ganze Vermächtniß entrichten<sup>46</sup>).

Wenn durch das Anwachsungsrecht ein Erbtheil anderen als den zunächst dazu berufenen Personen zufällt, so müssen jene auch die diesen auferlegten Vermächtnisse anerkennen<sup>47</sup>). Nach älterem Rechte zwar war dieses für den Fall, wenn ein Vermächtniß dem wegfallenden Erben namentlich auferlegt war, nicht so entschieden und unzweifelhaft<sup>48</sup>); nach Justinian's neuerer Verordnung aber ist es für jeden Fall ausgemacht, wofern nur die Auflage von der Art ist, daß jeder sie erfüllen kann, und nicht etwa wesentlich die Rücksicht auf persönliche Eigenschaften des

44) Ahd. Mein. ist Wangerow, a. a. D. S. 424, mit Gajacius a. a. D. Er hält es für das Natürlichste, den Maßstab der Honorirung auch für die Onerirung entscheiden zu lassen, und stützt sich auf die Analogie von L. 7. D. de stip. serv. (45. 3.) und L. 22. D. de statu lib. (40. 7.) Mein sobald der Erblasser nur einige namentlich genannte Erben onerirt, so weicht er dadurch schon von dem Maßstabe der Honorirung ab und es ist keineswegs wahrscheinlich, daß er die Vertheilung der Last unter ihnen nach einer so künstlichen Rechnung, wie sie die obige Ansicht nöthig macht, gewollt habe; z. B. unter 6 Erben ist dem A, der zu  $\frac{2}{6}$ , und dem B, der zu  $\frac{1}{6}$  Erbe ist, auferlegt, dem Z 12 zu geben: ist es wohl wahrscheinlich, daß hier A  $4\frac{1}{2}$ , B  $7\frac{1}{2}$  geben solle, nach der Rechnung:  $\frac{2}{6} : \frac{1}{6} = \frac{2}{24} : \frac{1}{24}$ , also  $4 : 10 = X : 12$ , und  $6 : 10 = X : 12$ ? Die Analogie obiger Stellen aber hat wenig zu bedeuten, wo wir wissen, daß über die unmittelbar vortiegende Frage verschiedene Meinungen herrschten, um so weniger, da L. 67. §. 1. D. de legat. I. allerdings eine entgegengesetzte Analogie gewährt, indem sie einen dem Falle der L. 22. cit. naheverwandten Fall betrifft.

45) L. 17. D. cit. in den Worten: sive ab omnibus excepto aliquo.

46) L. 17. cit. in den Worten: totum eos legatum debituros. Bedenken dagegen könnte L. 81. §. 6. D. de legat. I. erregen; sie erklärt sich aber durch die Eigenthümlichkeit des vindicationislegates, und kann im Justinianischen Rechte höchstens noch so viel bedeuten, daß der Legatar pro parte der nicht onerirten Erben nicht sofort vindiciren kann, sondern von den onerirten die Prästation des ganzen Legates fordern muß.

47) L. 49. §. 4. D. de legat. II.

48) L. 29. §. 1. D. ibid. (Celsus). Cf. L. 61. §. 1. D. ibid. (Ulpian), wo in Beziehung auf Intestatfideicommissa erst aus einem Rescripte des Severus gefolget wird, daß sie auf den Miterben übergehen.

Belasteten dabei zum Grunde liegt<sup>49</sup>). Unter derselben Voraussetzung muß ebenso auch der Substitut die dem Vormanne auferlegten Vermächtnisse erfüllen<sup>50</sup>), und auch von dem entfernteren Intestaterben, der kraft der *successio ordinum* oder *graduum* in die Stelle des namentlich onerirten nächsten Intestaterben einrückt, möchte man consequent dasselbe behaupten, wenn nicht in einer anderen Stelle ausdrücklich das Gegentheil ausgesprochen wäre<sup>51</sup>).

c) Vermächtnisnehmer (honorirt) ist derjenige, welchem der Erblasser durch seine Verfügung mit Absicht einen Vermögensvorteil zuwendet. Dieses kann wohl auf eine Weise geschehen, daß der eigentlich Honorirte, *cui prospectum voluit, cuiusque contemplatione fecit testator*, in der betreffenden Verfügung gar nicht einmal genannt wird<sup>52</sup>), und so kann auch dieselbe Verfügung zugleich auf den Vorteil mehrerer Personen berechnet sein und für mehrere ein Vermächtniß enthalten, wenn gleich sie den Worten nach nur zu Gunsten einer Person lautet<sup>53</sup>). Es kann aber auch ein Legat mehreren alternativ gegeben sein, in welchem Falle diese als *Correalgläubiger* anzusehen sind<sup>54</sup>). In Betreff der Bezeichnung der Person des Vermächtnisnehmers gilt dasselbe, was bei der Erbinsetzung darüber bemerkt ist<sup>55</sup>). Fähig aber, mit einem Vermächtnisse bedacht zu werden, ist ebenfalls derjenige, welcher zum Erben eingesetzt werden kann<sup>56</sup>); mit der Erweiterung, daß schon nach römischem Rechte Corporationen jeder Art ein Legat hinterlassen werden kann, obgleich ihnen die Fähigkeit, zu Erben eingesetzt zu werden, nicht allgemein beigelegt war<sup>57</sup>). Das dem Unfähigen zuge dachte Vermächtniß ist nichtig<sup>58</sup>). Fideicommissa waren zwar früher weniger beschränkt als Legate, aber diese Unterschiede sind später aufgehoben oder unpractisch geworden<sup>59</sup>).

49) L. un. §. 4. 9. 10. C. de caduc. toll. (6. 51.) Vgl. dieses Werk Bb. I, S. 301, 311.

50) L. 61. §. 1. D. de legat. II.

51) L. 1. §. 9. D. de legat. I. — Das L. 61. §. 1. cit. von dem Miterben sagt: *sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur, et hic quasi substitutus cum suo opere consequetur accrescentem portionem*, sollte man sonst glauben noch mit mehr Recht von dem nächstfolgenden Intestaterben sagen zu können.

52) L. 11. §. 22. D. de legat. III. L. 49. §. 4—6. L. 69. §. 1. D. de legat. I.

53) L. 11. §. 18—20. D. de legat. III. L. 49. D. cit.

54) L. 16. D. de legat. II.

55) §. 29. J. de legat. (2. 20.) L. 33. pr. §. 1. L. 34. pr. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 4. D. de reb. dub. (34. 5.) L. 54. pr. D. de legat. I. Vgl. dieses Werk Bb. III, S. 919, 920.

56) Ulp. XXV. 6. Cai. II. 218. §. 24—27. J. de legat. Vgl. dieses Werk Bb. III, S. 908—917. — Eine Ausnahme gilt bei dem Vermächtniß der Alimente. L. 11. D. de aliment. leg. (34. 1.)

57) Ulp. XXIV. 28. L. 20. D. de reb. dub. (34. 5.) L. 33. D. de annis leg. (33. 1.) L. 38. §. 6. D. de legat. III. L. 117. D. de legat. I. Vgl. dieses Werk Bb. III, S. 913—916.

58) L. 3. pr. L. 4. D. de his quae pro non script. hab. (34. 8.)

59) Cai. II. 274. 275. 286. 287.

Die Hadrianische Vorschrift insbesondere, daß das einem Peregrinus hinterlassene Fideicommiss dem Fiscus vindicirt werden solle<sup>60</sup>), ist in das Justinianische Recht nicht übergegangen, und ist also nach diesem ein solches Fideicommiss ebenso wie das Legat als nichtig anzusehen, was aber jetzt freilich nicht mehr practisch ist.

Auch einem Erben selbst kann ein Vermächtniß gegeben werden. Ist dieses einer bestimmten anderen Person aufgelegt, so hat es nichts Eigenthümliches<sup>61</sup>). Ist aber einem von mehreren Erben, ohne damit bestimmte andere Personen zu belasten, ein Vermächtniß gegeben, so erscheint die ganze Erbschaft damit belastet oder jeder Erbe nach Verhältniß seines Erbtheiles, und so fällt denn ein Theil der Last auch auf demjenigen selbst, welchem das Vermächtniß — Prälegat — gegeben ist<sup>62</sup>). Nun kann aber doch Niemand von sich selbst ein Vermächtniß erhalten<sup>63</sup>); daher kann jenes, insofern es dem Erbtheile des Legatars selbst zur Last fällt, als Vermächtniß nicht wirksam sein<sup>64</sup>); nur so weit es den Erbtheil der Miterben trifft, ist es ein wirksames Legat; das übrige hat und behält der Prälegatar als Erbe, nicht als Legatar<sup>65</sup>). Wenn nun der Prälegatar einen Collegatar hat, so soll der ungiltige Theil des Prälegates vermöge des Anwachsungsrechtes ausschließlich dem letzten zufallen, während derselbe zugleich in Betreff des auf die Miterben fallenden Theiles des Vermächtnisses mit dem ersten concurrirt<sup>66</sup>). Wenn aber der Collegatar selbst der Miterbe, also ebenfalls Prälegatar ist, so führt dieselbe Consequenz weiter dahin, daß beider Antheile an dem gemeinschaftlichen Legate sich gerade umgekehrt zu einander verhalten, wie ihre Erbtheile, also z. B. der zu  $\frac{1}{12}$  eingesetzte Erbe  $\frac{11}{12}$  des Legates bekommt, der zu  $\frac{11}{12}$  eingesetzte aber nur  $\frac{1}{12}$ <sup>67</sup>); was denn consequent auch für den Fall, wenn mehr als zwei Erben eingesetzt und alle mit einem Prälegat bedacht sind, durchgeführt werden muß<sup>68</sup>). Und wenn nur einigen von mehreren Erben ein Prälegat gegeben ist, so ist zwar im Zweifel anzunehmen, daß sie gleiche Theile daran haben sollen<sup>69</sup>); aber es tritt doch nach derselben Consequenz diese gleiche Theilung nur in Ansehung des auf den Erbtheilen der übrigen Miterben

60) Cai. II. 285.

61) Nur das läßt sich wohl behaupten, daß das Legat, wenn die Miterben damit belastet sind, auch im Erbtheilungsprozeße geltend gemacht werden könne. L. 17. §. 2. D. de legat. I. Rosshirt a. a. D. I. S. 253.

62) Vgl. Pfeiffer, de praelegatis. Marburg 1798. von der Pfordten, de praelegatis. Erlang. 1832. Rosshirt a. a. D. I. S. 250—287. Wangerow, Pand. II. S. 428—439.

63) L. 116. §. 1. D. de legat. I.

64) L. 18. D. l. c.

65) L. 1. §. 6. D. quod legat. (43. 3.) Cf. L. 1. C. si cert. pet. (4. 2.) — L. 18. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 90. D. ad leg. Falcid. (85. 2.)

66) L. 116. §. 1. L. 84. §. 11. D. de legat. I.

67) L. 34. §. 12. D. l. c.

68) Vgl. Rosshirt a. a. D. S. 275. Wangerow a. a. D. S. 432 flg.

69) L. 67. §. 1. D. de legat. I.

ruhenden Theiles des Vermächtnisses wirklich ein; der Theil des Legatar, welcher den Erbtheil des einen Collegatar trifft, muß auch hier ausschließlich dem anderen Collegatar zufallen, und wenn z. B. A zu  $\frac{1}{3}$ , B zu  $\frac{1}{3}$ , C zu  $\frac{1}{3}$  eingesetzt und dem A und B zusammen 12 prälegirt sind, so bekommt A  $3 + 4 = 7$ , B  $3 + 2 = 5$ <sup>70</sup>). Wer dagegen nur als Erbe in die Stelle eines onerirten Erben eintritt, behält stets den ihm ursprünglich zukommenden Antheil am Legate<sup>71</sup>). Wie scharfsinnig übrigens auch die obigen Sätze erscheinen, so werden sie doch heutzutage kaum anwendbar sein, ohne gegen den Willen des Erblassers zu verstoßen<sup>72</sup>). Auch zeigt sich in der Behandlung der Prälegate im römischen Rechte noch folgende Inconsequenz. Wenn der Prälegatar die Erbschaft ablehnt, und eben so, wenn er sich vermöge des *beneficium abstinenti* derselben enthält, so soll er das ganze Legat behalten<sup>73</sup>), wosfern nicht etwa der Erwerb desselben durch die Annahme der Erbschaft bedingt war<sup>74</sup>); und mit gleicher Milde wird demselben auch, wenn ihm wegen Unwürdigkeit nur die Erbschaft entziffen wird, das ganze Legat vorbehalten, auch so weit es auf seinem eigenen Erbtheile ruht<sup>75</sup>). Wenn dagegen der Prälegatar vor Antretung der Erbschaft, *postquam dies legati cedit*, stirbt, so soll auf seine Erben das Vermächtniß nur insoweit, als es auf den Erbtheil der Miterben fiel, übergehen, und wird hier also in Rücksicht des übrigen Theiles als nichtig behandelt<sup>76</sup>). Man hat diese Verschiedenheit der Behandlung dadurch erklären wollen, daß der Theil des Prälegates, in Beziehung auf welchen der Prälegatar selbst als onerirt erscheint, als ein bedingtes Legat angesehen werde, indem nämlich dem präsumtiven Willen des Erblassers gemäß die Bedingung hinzugebracht werde: wenn der Legatar nicht Erbe wird<sup>77</sup>). Allein es

70) L. 2. pr. D. de instrument. leg. (33. 7.) Vgl. Wangerow a. a. D. S. 434, 435, der jedoch L. 67. §. 1. cit. anders auslegt.

71) L. 34. §. 13. D. de legat. I.

72) Es ist natürlich, daß Niemand sich selbst ein Legat geben kann, daß also der Erbe einen Theil des Prälegats schon als Erbe hat und behält. Bei den weiteren Folgerungen aber ist nicht bedacht, was L. 13. §. 2. D. de his quae ut indign. (34. 9.) sagt: *neque enim rationem iuris et possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis*. Bei dem *legatum per damnationem* konnten jene nach älterem Rechte auch nicht Anwendung finden (*quia partes ab initio fiebant*); sie sind erst im Justinianischen Rechte stillschweigend auf alle Legate ausgebehnt worden. Man hätte aber auch bei dem *legatum per vindicationem*, wo *partes concursu fiebant*, aus dem Satze: *a se vindicare non potest* (L. 116. §. 1. D. de legat. I.) nicht so strenge Folgerungen zu ziehen brauchen, weil die *vindicatio* nicht bloß gegen den onerirten Erben, sondern gegen jeden Besitzer der Sache stattfindet; also der Prälegatar als *Vindicant* immerhin mit seinem Collegatar concurriren konnte, wenn man auch den Ausbruch: *praecipito, habeto* u. dgl. möglichst streng buchstäblich auslegte.

73) L. 17. §. 2. L. 18. L. 91. §. 2. D. de legat. I. L. 12. C. de legat. L. 87. D. l. c.

74) L. 88. D. l. c. Cf. L. 27. §. 14. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

75) L. 18. §. 2. D. de his quae ut indign. (34. 9.)

76) L. 75. §. 1. D. de legat. II.

77) So namentlich mit der Glosse, mit Cujacius und Donellus neuer-

ist gewiß unzulässig, hier auf solche Weise die Rücksicht auf den präsumtiven Willen des Erblassers einzumischen, wo man nur die Strenge der Consequenz walten ließ, und es konnte auch insbesondre bei der üblichsten Form des Prälegates (per praeceptionem<sup>78)</sup>) ein solcher präsumtiver Wille nur sehr gezwungen herausbuchstabirt werden. Vielmehr scheinen sich in obigen Entscheidungen nur einzelne innerlich unvereinbare Folgerungen aus verschiedenen Auffassungswesen erhalten zu haben, wie wir denn auch sonst von mannichfaltigen Streitfragen, die diesen Gegenstand berührten, Kunde haben<sup>79)</sup>.

2) Was die Form der Vermächtnisse betrifft, so können diese entweder in einem Testamente oder auch durch besondere letztwillige Verfügungen, die keine Erbesezung enthalten, hinterlassen werden. Die letzten nennt man jetzt allgemein Codicille, und unterscheidet denn, wie bei Testamenten, schriftliche und mündliche Codicille (codicilli scripti und nuncupativi), obgleich die Römer unter dem Worte codicilli nur schriftliche Urkunden verstehen<sup>80)</sup>. Die Codicille aber bestehen entweder neben einem Testamente und beziehen sich also auf die testamentarische Erbfolge (codicilli testamentarii), oder sie sind auf die Intestaterbfolge berechnet (codicilli sine testamento oder ab intestato facti<sup>81)</sup>. Im ersten Falle können sie entweder durch das Testament bestätigt sein, im voraus oder nachher, oder nicht. Diese Unterscheidung zwischen bestätigten und unbestätigten Codicillen (codicilli confirmati und non confirmati) ist aber für die Lehre von den Vermächtnissen nach Justinianischem Rechte nicht mehr von Bedeutung, da Fideicommissa von jeher in unbestätigten Codicillen hinterlassen werden konnten, und dieses nunmehr von allen Vermächtnissen gelten muß<sup>82)</sup>. Dagegen bedarf die Errichtung aller Codicille, bestätigter oder unbestätigter, regelmäßig einer gewissen Form, um ihnen ihre Wirksamkeit zu sichern. Nach älterem Rechte war dieß zwar durchaus nicht der Fall gewesen; aber nachdem zuerst Constantin für Intestaticodicille die Zuziehung von sieben oder fünf Zeugen vorgeschrieben hatte, wie bei Testamenten<sup>83)</sup>, verordnete Theodosius II. dasselbe überhaupt für

ding's Wangerow a. a. D. S. 438. Dagegen vertheidigt Rosshirt, a. a. D. S. 257 flg., mit Duaren die Ansicht, daß das Prälegat pro parte hereditaria praelegatarii anfänglich nichtig sei, wobei die in Note 73 citirten Stellen nur als singuläre durch die Billigkeit motivirte Entscheidungen erklärt werden; Pfeiffer aber und v. d. Pfordten halten dafür, das Prälegat werde nur theilweise ungiltig, wenn der Prälegatar wirklich Erbe werde, wobei denn L. 75. §. 1. cit. unerklärt bleibt.

78) Vgl. Note 8. Auf diese Form weist auch L. 75. §. 1. cit. hin, durch das Wort praeceptiones.

79) Cai. II. 217—222.

80) Vgl. Inst. de codicillis. (2. 25.) Dig. de iure codicill. (29. 7.) Cod. de codicillis. (6. 36.) — Codicilli bei den classischen Juristen immer pluraliter: L. 148. D. de v. s., in späteren Constitutionen auch codicillus im Singular, z. B. L. 1. Theod. Cod. de testament. et codicill. (4. 4.) L. 28. C. de testament. (6. 23.)

81) L. 3. §. 2. L. 16. D. l. c. §. 1. J. l. c.

82) Vgl. oben Note 3, 12, 13.

83) L. 1. Theod. C. l. c.

alle letztwilligen Verfügungen, mündliche oder schriftliche<sup>84)</sup>, und diese Constitution hat Justinian aufgenommen, mit einer Interpolation, welche anspricht, daß bei allen letztwilligen Verfügungen, mit Ausnahme des Testaments, die Zuziehung von fünf Zeugen erforderlich, aber auch genügen solle<sup>85)</sup>. Nach dieser Verordnung<sup>86)</sup>, von der auch die Notariatsordnung nicht abweicht<sup>87)</sup>, ist nun bei Codicillen überhaupt dieselbe Förmlichkeit zu beobachten, wie bei Testamenten, nur mit der Ausnahme, daß fünf Zeugen genügen und daß schriftliche Codicille von diesen nicht besiegelt zu werden brauchen<sup>88)</sup>. Es ist namentlich Einheit der Handlung erforderlich<sup>89)</sup>, ferner Rogation der Zeugen und Fähigkeit derselben wie bei Testamenten<sup>90)</sup>, endlich bei schriftlichen Codicillen insbesondere Unterschrift der Zeugen<sup>91)</sup> und, wenn nicht der Codicill ganz von seiner Hand geschrieben ist, auch des Erblassers oder im Nothfalle eines Anderen, der für diesen unterschreibt<sup>92)</sup>. Bei Codicillen eines Blinden sollen zudem dieselben Vorsichtsmaßregeln beobachtet werden, die für das Testament desselben vorgeschrieben sind<sup>93)</sup>, während sich von selbst versteht, daß diejenigen, welche selbst ein Testament unter minder feierlicher Form errichten können, bei Errichtung von Codicillen nicht eine strengere Form zu beobachten brauchen<sup>94)</sup>.

84) L. 7. Theod. C. l. c., nach der Ausgabe von Hanel (vgl. auch Haubold, opusc. II. p. CLI.): ... In omni autem genere testamenti, sive id praetorio iure sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta ultima voluntas praetendatur, id volumus observari, ut eodem die quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum (s. et perfectam) sui plenitudinem sortiatur nihilque eius in diem alterum differatur; quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque vel rogati aut qui fortuito venerint, possint testimonium perhibere.

85) L. 8. §. 3. C. de codicill.: In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes vel rogati vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi: sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur, testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam adcommodantibus.

86) Vgl. L. 21. 28. C. de testament. (6. 23.) L. 8. C. qui test. fac. (6. 22.)

87) R. D. I. §. 2.

88) Danz, über die äußere Form der Codicille, in der Zeitschr. für Civiltrecht und Proz. IX. 8. Grundlos ist die von Manchen, namentlich von den beiden Böhmern, aufgestellte Behauptung, daß bestätigte Codicille dieser Form nicht bedürfen, weil sie durch das Testament gehalten werden. Vgl. Bangerow, Pand. II. S. 452. Gbschen, Vorles. III. 2. S. 561.

89) L. 8. §. 3. cit.: In uno eodemque tempore. Cf. L. 7. Theod. C. cit. L. 28. C. de testament. (6. 23.)

90) Vgl. Danz a. a. D. S. 232—236. Nicht entgegen sind die Worte: vel qui fortuito venerint, in L. 7. u. 8. §. 3. cit., denn vgl. L. 21. §. 2. D. de testament. (28. 1.)

91) L. 8. §. 3. cit. in fine.

92) L. 28. §. 1. C. de testam. (6. 23.) Marejoll, in Eber's Mag. IV. S. 162. And. Rein. ist Rosshirt a. a. D. I. S. 28 fig. Vgl. dagegen Danz a. a. D. S. 241—244.

93) L. 8. C. qui testamenta fac. (6. 22.)

\* 94) L. 17. C. de test. milit. (6. 21.) L. 31. C. de testament. (6. 23.)



Ist jene äußere Form der *Codicille* beobachtet, so kommt es auf die Ausdrucksweise, deren sich der Erblasser bedient, nicht an, wenn sich nur der Wille, desselben deutlich genug zu erkennen gibt. Dies kann auch indirect durch eine Verfügung geschehen, die nicht als Vermächtniß erscheint, ja, die ihrem wörtlichen Sinne nach nicht einmal gültig ist, z. B. durch ein Veräußerungsverbot oder das Verbot, ein Testament zu errichten, zum Vortheil der Intestaterben, oder durch die Auflage, Jemanden zum Erben zu ernennen u. dgl.; denn auf solche Weise könnte nach altem Rechte ein Fideicommiss und kann nun nach Justinianischem Rechte überhaupt ein Vermächtniß gegeben werden<sup>95</sup>).

Aber auch die Beobachtung jener äußeren Form ist nicht unbedingt erforderlich zur Gültigkeit des Vermächtnisses. Justinian hat nämlich verordnet: wenn ohne Schrift und ohne Zuziehung von Zeugen ein Fideicommiss gegeben sei, so könne der Fideicommissar, indem er selbst zuvor den Gefährdeid schwöre, den Dnerirten zum Eide darüber auffordern, ob ihm nicht wirklich das Vermächtniß auferlegt sei, und wenn der letzte diesen Eid verweigere, so solle er das Vermächtniß als vollkommen bewiesenes anerkennen und erfüllen<sup>96</sup>). Hiernach kommen nun die Förmlichkeiten der Errichtung gar nicht in Betracht, wenn der Vermächtnißnehmer es bloß auf den Eid des Beschwerten selbst will ankommen lassen. Zwar hat man geglaubt, es finde dieser Eidesantrag nur dann statt, wenn behauptet werde, daß der Erblasser mündlich dem persönlich gegenwärtigen Erben oder Legatar das Vermächtniß auferlegt habe<sup>97</sup>), und man hat dieses daher *Draufideicommiss* oder *fideicommissum heredi (vel legatario) praesenti iniunctum* genannt. Allein diese Meinung, nur auf eine ängstliche Buchstabenerklärung sich stützend<sup>98</sup>), entspricht keineswegs dem wahren Sinne des Justinianischen Gesetzes, welches nur darauf das entscheidende Gewicht legt, ob der angeblich Dnerirte schwören könne, daß ihm die fragliche letzte Willensmeinung des Erblassers nicht

Nov. 107. cap. 1. *Nov. D. I. §. 2. Cf. L. 8. §. 4. D. de iure cod. (29. 7.)*

95) *L. 114. §. 6. 14. D. de legat. I. L. 69. pr. L. 77. §. 24. 25. D. de legat. II. L. 11. §. 4. L. 38. §. 4. L. 93. pr. D. de legat. III. L. 17. pr. L. 19. §. 1. L. 74. pr. L. 78. pr. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)*

96) *L. 32. C. de fideicommiss. (6. 42.) Cf. §. 12. J. de fideicommiss. hered. (2. 23.)*

97) So mit vielen Anderen z. B. noch Mühlenbruch, *Lehrb. §. 730. Thibaut, System §. 934. Götschen, Vorles. III. 2. S. 550.*

98) Man beruft sich auf die Worte: *sine scriptura et praesentia testium* in *L. 32. cit.*, und: *quod nihil tale a testatore audirit* in *§. 12. J. cit.*; aber jene sind nur auf den Mangel eines förmlichen *Codicills* zu deuten, und diese darf man nicht so streng nehmen, daß schlechterdings ein Hören mit den Ohren vorausgesetzt werde, wornach der Laube, dem der Erblasser seinen Willen auf der Schreibtafel erklärt hat, getrost schwören könnte: *se nihil tale a testatore audivisse*, während er nicht schwören könnte, wie Theophilus angibt, *non esse relictum fideicommissum*.

auf zuverlässige Weise kund gegeben sei, was denn allerdings auch wohl auf anderem Wege, als durch mündliche Erklärung geschehen sein kann<sup>99</sup>).

Aus dem Obigen geht übrigens hervor, daß wohl eine letzte Willensordnung, die nach der Absicht des Urhebers ein Testament sein sollte, als solches ungiltig sein kann, während sie als Codicill vollkommen zu Recht bestehen könnte. Man könnte nun glauben, und es ist auch wirklich behauptet worden<sup>100</sup>), daß sie dann ohne weiteres in der letzten Eigenschaft aufrecht zu halten sei. Aber diese Behauptung ist offenbar falsch<sup>101</sup>). Der Erblasser muß, um jenes zu bewirken, die Absicht aussprechen, daß sein im Testamente erklärter Wille jedenfalls bestehen solle, so weit es dem Rechte gemäß möglich sei<sup>102</sup>). Eine solche Erklärung heißt Codicillarclausel (clausula codicillaris). Vermöge derselben wird der Inhalt des Testamentes, wenn es als solches nicht bestehen kann, wirksam, als ob der Erblasser von Anfang an nicht ein Testament, sondern nur einen Codicill hätte errichten wollen, wozu aber natürlich die Erfordernisse eines giltigen Codicills vorausgesetzt werden. Die Erbeinsetzungen insbesondere werden dann als den Intestaterben auferlegte Universalfideicommissie behandelt<sup>103</sup>); den eingefetzten Erben aber steht die Wahl zu, ob sie in dieser Eigenschaft die Erbschaft vindiciren oder nur vermöge der Codicillarclausel das Fideicommiss in Anspruch nehmen wollen; haben sie einmal das Eine ergriffen, so können sie nicht mehr zu dem Anderen zurückgreifen<sup>104</sup>); nur Ascendenten und Descendenten des Testators, bis zum dritten oder vierten Grade einschließlich<sup>105</sup>), können noch das Fideicommiss fordern, nachdem sie bereits die Erbschaftsklage ohne Erfolg angestellt haben<sup>106</sup>).

3) Der Inhalt der Vermächtnisse kann von der mannichfaltigsten

99) Arg. L. 32. cit. verb.: Ad satisfactionem compelli, quam ipse sibi index et testis inveniatur — nullis testibus nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis. — Quum is, qui aliquid ex defuncti voluntate lucratur, — dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, quis locus testibus relinquatur, vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata relicta? Vgl. Eöhr, im Arch. für civ. Prax. II. S. 188 flg. Rosshirt a. a. D. I. S. 66 flg. Wangerow, Pand. II. S. 462 flg. — Böllig verwerflich ist dagegen andererseits die Meinung von Süptig, über den Beweis eines mündlich aufgelegten Fideicommisses. Braunschweig 1804., wonach es dem Fideicommissar gestattet sein soll, auch andere Beweismittel, außer dem Fidesantrage, zu gebrauchen. S. Wangerow a. a. D. 100) Alef, de otio clausulae codicillaris. Heidelberg. 1750., und in dessen dieb. academ. nr. 23.

101) L. 1. 13. §. 1. D. de iure codicill. L. 41. §. 3. D. de vulg. et pupill. subst. (28. 6.) L. 11. C. de testament. manum. (7. 2.) Wangerow a. a. D. S. 454.

102) L. 29. §. 1. D. qui test. fac. (28. 1.) L. 88. §. 17. D. de legat. II. L. 8. §. 1. C. de codicill. — Eine Ausnahme s. in L. 21. §. 3. C. de test. (6. 23.)

103) L. 88. §. 17. cit.

104) L. 8. pr. §. 1. C. de codicill.

105) Usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium.

106) L. 8. §. 2. C. l. c.

Beschaffenheit sein. Vermögenrechtliche Vortheile jeder Art können durch sie gewährt werden, Rechte an Sachen oder Forderungen des verschiedenartigsten Inhaltes oder Befreiung von Verbindlichkeiten und Lasten. Es versteht sich aber von selbst, daß es eine mögliche und rechtlich zulässige Leistung sein müsse, welche dem Beschwerten auferlegt wird. Daher ist auch das Vermächtniß einer dem Verlehre gänzlich entzogenen Sache, ebenso wie die Stipulation, völlig ungiltig, und es kann nicht etwa der Werth derselben dafür gefordert werden<sup>107</sup>). Dasselbe wird consequent<sup>108</sup>) auch für den Fall ausgesprochen, wenn nur dem Legatar das *Commercium* in Ansehung der vermachten Sache fehlt, obwohl diese nicht allgemein dem Verlehre entzogen ist<sup>109</sup>); jedoch wird demselben in solchem Falle ein Anspruch auf den Werth der Sache beigelegt, wenn die vermachte Sache eine fremde ist<sup>110</sup>), und gleiches wird auch dann angenommen, wenn dem Legatar nur aus zufälligen factischen Gründen, nicht kraft eines eigentlichen gesetzlichen Verbotes, der Erwerb der vermachten Sache unmöglich ist<sup>111</sup>). Der Mangel des *Commercium* auf Seiten des Dnerirten aber steht der Gültigkeit des Legates gar nicht im Wege<sup>112</sup>): Von selbst versteht sich ferner, daß der Gegenstand des Vermächtnisses auch hinreichend bestimmt sein müsse, so daß es nicht etwa in die bloße Willkür des Verpflichteten gestellt ist, ob er überhaupt etwas und was er geben wolle<sup>113</sup>). Ein Irrthum oder Fehler in der Bezeichnung des Gegenstandes aber hindert die Gültigkeit des Legates ebenso wenig, wie ein Fehler in der Bezeichnung der Person des Vermächtnißnehmers (*falsa demonstratio non nocet*), wenn nur der wahre Wille des Erblassers erkennbar gemacht ist<sup>114</sup>).

Uebrigens kann der Inhalt des Vermächtnisses auch durch Nebenbestimmungen beschränkt werden<sup>115</sup>). Das Vermächtniß kann vorerst an Bedingungen geknüpft werden. In dieser Beziehung gelten bei Vermächtnissen im Ganzen dieselben Grundsätze, wie bei Erbseignungen<sup>116</sup>).

107) §. 4. J. de legat. L. 39. §. 9. 10. D. de legat. I. L. 14. C. de legat. Cf. L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de v. o. (45. 1.)

108) L. 34. D. de v. o. (45. 1.)

109) L. 49. §. 2. D. de legat. II. (Paull. ad leg. Jul. et Pap.)

110) L. 40. D. de legat. I. (Ulp. lib. II. fideicommiss.) Manche erklären jedoch diese Stelle anders, mit Donell., comm. ad tit. Dig. de verb. obl. L. 34. §. 8., oder Duaren. ad L. 40. cit.; Anderen scheint diese Stelle unvereinbar mit L. 49. §. 2. cit. und daher einer Emendation bedürftig, weßhalb sie mit Cuiac. ad §. 4. J. cit. das zweite non (*cui ius possidendi non est*) ausstrichen oder mit Cannegieter ad Ulp. p. 111. statt non lesen modo. Vgl. über diese Streitfrage J. C. Chr. Glück, diss. inaug. ad fragm. Julii Paulli, quod extat in L. 49. §. 2. D. de legat. II. Erlang. 1817. Noßirt, Vermächtn. I. S. 224—236. Wangerow, Pand. II. S. 440—443.

111) L. 114. §. 5. D. de legat. I. Vgl. Glück l. c. p. 72 sq.

112) L. 49. §. 3. D. de legat. II. Cf. L. 40. D. de legat. I.

113) L. 69. §. 4. D. de iure dot. (23. 3.)

114) §. 29. 30. J. de legat. L. 34. pr. D. de cond. et dem. (35. 1.)

115) Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. (35. 1.)

116) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 927, 928, Bd. I, S. 763, 785. — Cod. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis. (6. 46.)

Dem Vermächtnisse kann aber auch eine Resolutivbedingung, so wie ein Endtermin, wirksam hinzugefügt werden<sup>117</sup>). Ferner sind Zeitbestimmungen überhaupt in jeder Art bei Vermächtnissen zulässig, sowohl dies certus als incertus, mit der Wirkung, daß dadurch entweder nur die Geltendmachung des Anspruches hinausgeschoben oder das Recht des Vermächtnisses selbst bedingt wird<sup>118</sup>). Vom Modus aber gilt wieder dasselbe, wie bei der Erbeinsetzung, nur mit dem Unterschiede, daß bei Vermächtnissen insbesondere der Dneritte auf Erfüllung des Modus zu dringen und deshalb auch bei Entrichtung des Vermächtnisses Caution zu verlangen berechtigt ist<sup>119</sup>).

Auch eine Substitution kann bei Vermächtnissen stattfinden. Es kann dasselbe Vermächtniß einem Anderen gegeben werden für den Fall, daß derjenige, dem es zuvor zugedacht ist, es nicht erwerbe. Es liegt darin nur eine besondere Bedingung des Vermächtnisses für jenen Anderen, ganz entsprechend der Vulgarsubstitution bei der Erbeinsetzung<sup>120</sup>). Nach dem Rechte der Fideicommissie ist aber eine Substitution auch in dem Sinne möglich, daß Mehrere nach einander denselben Gegenstand haben sollen, indem demjenigen, dem er zuerst gegeben ist, aufgelegt wird, denselben zu irgend einer Zeit, z. B. nach seinem Tode, einem Anderen zu restituieren, welcher denn eben so wieder einem Dritten zur Restitution verpflichtet werden kann u. s. w. Man nennt dieß heutzutage precaria substitutio, oder auch, namentlich bei Universalfideicommissen, indirecta substitutio, im Gegensatz der directa heredis substitutio<sup>121</sup>), und Vermächtnisse der Art nennt man auch successive Fideicommissie. Eine Art derselben sind die Familienfideicommissie (fideicommissa familiae relicta), d. i. solche, welche den Angehörigen einer bestimmten Familie erhalten bleiben sollen<sup>122</sup>). Der Erblasser kann dabei zugleich die Ordnung bestimmen, in welcher die Mitglieder dieser Familie einander folgen sollen; in Ermangelung einer näheren Bestimmung darüber aber kann der Dneritte unter denselben wählen oder es wird den näheren vor den entfernteren das Anrecht auf das Fideicommiss gegeben<sup>123</sup>). Die aber zur Veräußerung des Gegenstandes ihre Einwilligung geben, verlieren ihren Fideicommissanspruch und durch Uebereinkunft Aller kann daher das Fideicommiss ganz aufgehoben werden<sup>124</sup>). Nach einer Verordnung von Ju-

117) L. 26. C. de legatis. (a. 532.) Nach älterem Rechte war dieß unzulässig. Cf. L. 55. D. de legat. I.

118) Vgl. unten Note 205—211.

119) Vgl. dieses Werk Bb. III, §. 939. L. 19. D. de legat. III. L. 16. 17. D. de usu leg. (33. 2.)

120) L. 50. pr. L. 77. §. 13. D. de legat. II. L. 3. D. de adimend. legat. (34. 4.) L. un. §. 7. C. de cad. toll. (6. 51.)

121) Vgl. dieses Werk Bb. III, §. 907, Note 2.

122) de Retes, de fideicommissio perpet. fam. rel. in Meermannii thesaur. vol. VII. p. 625 sq. — Vgl. aber dieses Werk Bb. IV, §. 237—255, insbesondere §. 243.

123) L. 114. §. 14—18. D. de legat. I. L. 32. §. 6. L. 67. pr. — §. 7. L. 69. §. 1. 3. 4. D. de legat. II. Cf. L. 5. C. de v. s. (6. 38.)

124) L. 120. §. 1. D. de legat. I. L. 77. §. 27. D. de legat. II. L. 11. C. de fideicommissis.

stinian soll das Familienfideicommiss zudem in der Hand des vierten Inhabers (post quatuor generationes s. successiones) von selbst auflösen und dieser also freies Verfügungsrecht über den Gegenstand desselben erlangen; jedoch, nach dem buchstäblichen Inhalte des durch einen besondern Rechtsfall hervorgerufenen Gesetzes, nur unter der Voraussetzung, daß der letzte einen unmündigen Vorgänger gehabt habe<sup>125</sup>).

Bei der Lehre von der Errichtung der Vermächtnisse ist schließlich noch die allgemeine Regel zu beachten, die nach ihrem Urheber Catoniana regula genannt wird<sup>126</sup>). Sie lautet: Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere<sup>127</sup>). Wenn zur Zeit der Errichtung ein Umstand obwaltet, wegen dessen das Legat erfolglos sein würde, falls der Testator augenblicklich stirbe, so soll dasselbe auch in Folge späterer Aenderung der Umstände, vor dem wirklichen Tode des Testators, nicht wirksam werden. Darnach wäre nun ein Legat unter einer Bedingung, die noch erst bei Lebzeiten oder durch den späteren Tod des Erblassers erfüllt werden müßte, gar nicht möglich, weil dieses immer, falls derselbe sogleich mit Tode abginge, ohne Erfolg wäre. Aber für diesen Fall wird die Regel als unpassend bezeichnet; das Legat ist gültig<sup>128</sup>). Bedingte Legate dagegen, deren Bedingung noch nach dem Tode des Testators erfüllt werden kann, werden von der Catonianischen Regel, selbst nach ihrem buchstäblichen Sinne, gar nicht betroffen, weil das gegenwärtig bestehende Hinderniß ihrer Wirksamkeit, auch wenn der Testator sofort stirbt, noch vor dem Anfälle des Vermächtnisses beseitigt, also nicht behauptet werden kann, daß im Falle sogleich eintretenden Todes jenes Umstandes wegen das Legat nothwendig erfolglos sein würde<sup>129</sup>); und aus gleichem Grunde findet auch auf unbedingte Legate, wenn deren Anfall nicht der Regel gemäß im Augenblicke des Todes eintritt, jene Regel keine Anwendung<sup>130</sup>). Uebrigens kommen in den Quellen mehrere Fälle vor, in denen das Legat nach unserer Regel ungültig ist, die jedoch zum Theil entweder schon nach Justinianischem oder doch nach heutigem Rechte nicht mehr practisch sind<sup>131</sup>). Wenn man aber auch den Fall, wo dem Lega-

125) Nov. 159. cap. 2. 3. Vgl. darüber Martzoll, in Eöhr's Mag. IV. S. 203 flg. Pfeiffer, pract. Ausführ. III. S. 54. flg.

126) Dig. de regula Catoniana. (34. 7.) Vgl. Harnier, de regula Catoniana diss. Heidelb. 1820. Köpffert, im civ. Arch. X. 14. Guyet, Abh. Nr. V. Müller, im civ. Arch. XIV. 13. Arnolds, im rhein. Mus. V. 9. (Die beiden letzten gleichzeitig.) Köpffert, Verm. I. S. 413—424. Bangerow, Pand. II. S. 514—526.

127) L. 1. pr. D. l. c.

128) L. 1. §. 1. 2. L. 2. D. l. c. Arnolds a. a. D. S. 207.

129) L. 3. 4. D. l. c. L. 41. §. 2. D. de legat. I.

130) L. 3. D. cit. Cf. L. 7. §. 6. L. 8. L. 17. D. quando dies leg. ced. (36. 2.) L. 86. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 13. D. de opt. leg. (33. 5.)

131) Vgl. Cai. II. 244. 245. Ulp. XXIV. 23. 24. §. 32. 33. J. de legat. L. 25. 91. pr. D. de legat. I. L. 17. D. quando dies. (36. 2.) L. 41. §. 2. cit. Arnolds a. a. D. S. 216—231.

tar die testamenti factio fehlt, hierher gerechnet hat, so ist dieses gewiß insofern unrichtig, als testamenti factio des Legatars, unabhängig von der Catonianischen Regel, jedenfalls, auch bei bedingten Legaten und solchen überhaupt, deren Anfall nicht mit dem Todestage eintritt, schon zur Zeit der Errichtung erfordert wird<sup>132</sup>). Und eben so muß man auch das Vermächtniß einer absolut dem Verlehre entzogenen Sache, sei es bedingt oder unbedingt, schlechthin für nichtig erklären<sup>133</sup>). Eine sehr streitige Frage ist aber endlich die, ob denn die Catonianische Regel nach Justinianischem Rechte überhaupt noch irgend eine practische Bedeutung habe? In neuerer Zeit ist dieß von Mehreren geleugnet worden, und zwar aus dem Grunde, weil die Regel bei Fideicommissen niemals gegolten habe, nun aber nach Justinianischem Rechte das Vermächtniß immer wirksam sei, sofern es nur als Fideicommiss bestehen könnte, wenn es auch nach dem Rechte der Legate nichtig wäre<sup>134</sup>), während dagegen ältere Juristen fast allgemein annahmen, daß seit der Lex Julia et Pap. Popp. bis auf Justinian's L. un. Cod. de caducis tollendis die Catonische Regel unpractisch gewesen und gerade erst durch diese Justinianische Verordnung wieder practisch geworden sei<sup>135</sup>). Allein so gewiß dieses letzte ein Irrthum war<sup>136</sup>), so wenig ist auch jene neuere Meinung zu billigen. Daß die Regel auf Fideicommiss überhaupt nicht angewendet worden sei, ist eine ungegründete Voraussetzung; jedenfalls aber wird die fortdauernde practische Anwendbarkeit derselben, bei allen Arten von Vermächtnissen, durch eine ganze Reihe von Stellen bewiesen, deren Aufnahme in die Justinianische Compilation nach jener Meinung hätte unterbleiben müssen<sup>137</sup>).

B. Die Aufhebung gültig errichteter Vermächtnisse kann entweder durch den Willen des Erblassers bewirkt werden oder aus anderen Gründen eintreten.

1) Nach der Regel: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad*

132) L. 59. §. 4. D. de hered. instit. (28. 5.) Vgl. oben Note 56. Arndts a. a. D. S. 209—214, womit auch übereinstimmt Puchta, Lehrb. §. 516, Note a. Bangerow a. a. D. S. 515 flg. And. Meinung bleibt Rosshirt a. a. D.

133) §. 4. J. de legat. L. 39. §. 9. D. de legat. I. Ulp. XXIV. 9. vgl. mit L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de v. o. (45. 1.) §. 2. in f. J. de inutil. stip. (3. 19.) Arndts a. a. D. S. 214 flg. — Abweichender Meinung ist darüber auch Bangerow a. a. D. S. 443, 514.

134) So zuerst Schoemann, Handb. II. 8., nach ihm Edhr, im Mag. III. S. 196. Guyet, in der angef. Abh. u. X. m.

135) Cuiac., obs. IV. 4. Heinecc. ad leg. Jul. et Pap. Popp. III. 2. §. III.

136) Harnier l. c. §. 11. Die L. 5. D. h. t.: *Regula Catoniana ad novas leges non pertinet*, hat nur den Sinn, daß die Capacität nach der Lex Julia et Pap. Popp. nicht schon im Zeitpunkte der Testamentserrichtung gefordert werde. Arndts a. a. D. S. 213.

137) Vgl. Note 127—131 mit §. 10. J. de legat. L. 13. C. de legat. L. 8. §. 1. D. de legat. III. L. 4. C. l. c. L. 30. §. 8. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) Cuiac., obs. XIV. 10. — Vgl. Harnier l. c. §. 14—17., desgl. Rosshirt, Müller, Arndts, Bangerow a. a. D. Mühlensbruch, Lehrb. §. 778. Puchta a. a. D. §. 516 u. X. m.

vitae supremum exitum<sup>138</sup>), kann der Erblasser jederzeit sowohl einzelne Vermächtnisse zurücknehmen, als auch die ganze Willensordnung, Testament oder Codicill, worin sie enthalten sind, aufheben. Errichtet er ein neues Testament, so wird dadurch stillschweigend nicht bloß das frühere Testament aufgehoben, sondern auch der Inhalt früher errichteter Codicille, also natürlich auch ein mit der Codicillarclausel versehenes früheres Testament<sup>139</sup>), sofern sich nicht ein anderer Wille des Erblassers kund gibt<sup>140</sup>). Ein neuer Codicill dagegen hebt den Inhalt der früheren immer nur insoweit auf, als er damit unvereinbar ist<sup>141</sup>). Den Willen, einzelne Vermächtnisse zurückzunehmen, kann der Erblasser durch Ausstreichen der betreffenden Stelle des Testaments oder Codicills, eben so gut, wie durch ausdrückliche Erklärung an den Tag legen<sup>142</sup>); es genügt überhaupt, um das Vermächtniß unwirksam zu machen, jeder Beweis der Willensänderung des Erblassers. Zwar wurden Legate nur durch ausdrückliche Erklärung in einer der Errichtung entsprechenden Form (ademptio legati im n. S.) ipso iure aufgehoben<sup>143</sup>); allein nicht nur galt bei Fideicommissen die Regel, daß sie durch einfache Willenserklärung (nuda voluntate), wie errichtet, so auch wieder aufgehoben werden könnten<sup>144</sup>), sondern es konnte auch die Geltendmachung des Legates wegen bewiesener Willensänderung durch doli exceptio ausgeschlossen werden<sup>145</sup>), und diese Grundsätze sind auch ins Justinianische Recht übergegangen<sup>146</sup>). Ja, das Vermächtniß wird als aufgehoben angesehen, wenn der Erblasser auch nur in Betreff des Gegenstandes solche Handlungen vorgenommen hat, die eine Aenderung seines Willens schließen lassen, wenn er z. B. die vermachte Sache ohne Noth veräußert oder gar verschenkt hat<sup>147</sup>), und selbst wegen anderer Umstände, die nur beweisen, daß die dem Vermächtnisse zum Grunde liegende wohlmeinende Gesinnung des Erblassers gegen den Legatar nicht fortgedauert habe, also namentlich wegen entstandener heftiger Feindschaft unter ihnen, die nicht wieder ausgeöhnt worden<sup>148</sup>).

Es kann nun aber im einzelnen Falle wohl zweifelhaft sein, auf

138) L. 4. D. de adimendis vel transferend. legatis vel fideicommissis. (34. 4.)

139) Doch haben in dieser Beziehung, inconsequent, Einige das Gegentheil behauptet. Berger, oeconom. iur. II. 4. §. 22. not. 8. Dagegen Sangerow a. a. D. II. S. 460.

140) L. 5. D. de iure codicill. (29. 7.) §. 1. J. de codicill. Cf. L. 18. D. de legat. III.

141) §. 3. J. l. c. L. 6. §. 1. D. de iure codicill.

142) L. 16. 17. D. de adimend. legat.

143) Ulp. XXIV. 29. cf. II. 12., pr. J. de ademptione legat. (2. 21.) und Theophil. ad h. l.

144) L. 3. §. 11. D. l. c. L. 27. C. de fideicommissis.

145) L. 3. §. 11. in f. L. 15. D. l. c.

146) Cf. pr. J. l. c. verb.: Sive non contrariis, id est aliis quibuscunque verbis.

147) L. 15. 18. 24. §. 1. D. l. c. L. 11. C. de legat.

148) L. 3. §. 11. L. 4. D. l. c.

welches von mehreren Vermächtnissen die Zurücknahme zu beziehen sei, z. B. wenn mehreren Freunden gleiches Namens etwas vermacht war und nun eins von diesen Vermächtnissen nur mit Nennung dieses Namens zurückgenommen wird und nicht etwa durch andere Umstände der Zweifel beseitigt wird. Hier ist sehr streitig, ob nun keins von diesen Vermächtnissen gefordert werden könne oder vielmehr die Ademtion wegen ihrer Ungewißheit unwirksam sei? Zwei Fragmente, beide von Ulpian, geben darauf widersprechende Antwort<sup>149)</sup>, und vergeblich sucht man sie nach der gewöhnlichen Lesart durch Interpretation zu vereinigen<sup>150)</sup>. Nur durch Textesverbesserung ist der Widerspruch zu beseitigen, und diese hat man in der einen oder anderen Stelle versucht, je nachdem man sich aus inneren Gründen für die eine oder andere Ansicht entscheidet<sup>151)</sup>. Die Natur der Sache aber spricht entscheidend für die Ansicht, daß die zweifelhafteste Ademtion nichts wirke. Denn der Erblasser hat einmal den Will-

149) L. 3. §. 7. D. l. c.: Si duobus Titius separatim legaverit et unum ademerit, nec appareat cui ademptum sit, utrique legatum debetur: quomodo admodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicimus neutri legatum. — L. 10. pr. D. de reb. dub. (34. 5.): Si fuerit legatum relictum: ex cognatis meis qui primus Capitolium ascenderit, et simul duo venisse dicantur, nec appareat, quis prior venerit, an impediatur legatum? ... sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum et duo sint aequa caritate coniuncti. Sed et si duobus hominibus eiusdem nominis fuerit legatum, puta Sempronii, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat, cui ademptum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademptio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis eiusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est: et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademptionem autem in utrumque valere.

150) Die verschiedenen älteren Versuche sind geprüft von Göschen, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. I. S. 102—116. Einen neuen unglücklichen Versuch macht Siegen, jur. Arb. (Götting. 1834), S. 127 flg., indem er annimmt, im Falle der L. 10. pr. cit. habe der Testator bei der Ademtion irrthümlich nur einen Sempronius genannt, ungefähr so, als wenn er „seine Kleider“ vermacht hätte, und nachher das Legat „seiner Kleider“ zurücknahm. Eben so unbefriedigend ist der Versuch von Sigler (in Eber's Themis, neue Folge I. 11.), die alte Meinung von Unterscheidung der coniunctio und disiunctio in neuer Weise zu rechtfertigen. Dagegen glaubt Klüpfel, im civ. Arch. II. 7., in L. 3. §. 7. cit. enthalte der Satz bis debetur nur die Meinung des Sabinus, der Nachsatz: dicimus neutri legatum, die abweichende Entscheidung des Ulpian.

151) Diejenigen, welche an L. 10. cit. festhalten, lesen meistens in L. 3. §. 7. cit. neutri statt utrique, eine Lesart, die auch schon den Glossatoren bekannt war; Sans und Herrestorf, im civ. Arch. I. 33. 34. Sangerow a. a. D. II. S. 529; oder sie wollen debetur verwandeln in debitor, Wunderlich, in Sell's Jahrb. I. 8.; oder nach debitor ein Fragezeichen setzen, so daß das Folgende die Antwort enthalte. Hepp, im civ. Arch. IX. 20., wogegen Wächter, in Lübing. krit. Zeitschr. II. S. 185 flg. Puchta, in Schunk's Jahrb. VI. S. 13 flg. — Andere dagegen lesen mit Göschen a. a. D. S. 120—123 in L. 10. cit. in ademptione autem utrumque valere, statt ademptionem autem in utrumque valere, welche Lesart theilweise ebenfalls diplomatische Beglaubigung für sich hat. Vgl. Rühlensbruch, Lehrb. S. 784. Puchta, Lehrb. S. 528.



len gehabt, beide Vermächtnisse zu hinterlassen; wer nun behauptet, daß er diesen Willen in Ansehung des einen oder anderen Vermächtnisses geändert habe, muß die Willensänderung beweisen<sup>152)</sup>, und dazu kann ihm die zweifelhafte Zurücknahme, die auf beide Vermächtnisse bezogen werden kann und doch nur auf eins bezogen werden soll, nicht dienen<sup>153)</sup>; diese kann hier eben so wenig beachtet werden, wie das Vermächtniß vom Anfang gültig ist, wenn sich nicht erkennen läßt, welcher von mehreren Personen dasselbe zugebacht sei<sup>154)</sup>. Man denke sich nur z. B. den Fall, der Erblasser habe etwa seinen acht Brüdern ein Legat von 1000 Fl. einem jeden hinterlassen, nachher aber dem einen von ihnen dasselbe wieder genommen und dabei seinen Namen anzugeben vergessen: soll hier keinem der acht Brüder das Vermächtniß zu Theil werden<sup>155)</sup>?

Die Zurücknahme eines Vermächtnisses kann übrigens auch bedingt geschehen, was gleiche Wirkung hat, als ob das Vermächtniß unter der entgegengesetzten Bedingung errichtet wäre<sup>156)</sup>. Auch kann die Zurücknahme eines Vermächtnisses mit der Anordnung eines anderen Vermächtnisses verbunden sein, was insbesondere *translatio legati* genannt wird<sup>157)</sup>. Natürlich wird dabei irgend eine Verschiedenheit des neuen Vermächtnisses von dem früheren vorausgesetzt, sei es in der Person des Dnerirten oder Honorirten oder im Gegenstande oder in den Nebenbestimmungen<sup>158)</sup>. Auch muß der Wille des Erblassers darauf gerichtet sein, nicht beide Vermächtnisse neben einander bestehen zu lassen, sondern das eine an die Stelle des anderen zu setzen, was im Zweifel angenommen wird, wenn der Erblasser bei dem neuen Vermächtnisse auf das frühere Bezug nimmt,

152) L. 22. D. de probat. (22. 3.)

153) L. 2. D. de his quae pro non script. hab. (34. 8.) L. 73. §. 3. D. de R. J.

154) L. 14. §. 1. D. de adimend. legat.

155) Vangerow a. a. D. bemerkt: Welchen Unterschied kann es auch wohl für den Unbefangenen machen, ob der Erblasser sagte: ich vermache dem Titius 100, und man weiß nicht, an welchen Titius er gedacht hat, oder ob er sagte: ich vermache den beiden Titius einem jeden 100, und nachher hinzufügte: Titius soll die 100 nicht haben, und man weiß nicht, welchem Titius er das Legat wieder habe nehmen wollen. Offenbar ist es in beiden Fällen gleich ungewiß, welchem Titius das Legat vom Erblasser zugebacht sei. Aber im letzten Falle ist es ja gewiß, daß das Legat zuerst beiden zugebacht war, und ungewiß ist nur, welchem von beiden es wieder genommen sein soll; die *datio legati* war durchaus nicht dunkel; nur die *ademptio* ist es. Dieß ist vollends klar, wenn die letzte nicht etwa in demselben Testamente, was B. nur im Auge zu haben scheint, sondern vielleicht Jahre lang nachher in einem Codicill erfolgt. — Rosshirt, a. a. D. I. S. 440, sagt: Nun aber ist der bestimmte Wille des Testators dafür, daß Beide es nicht haben sollen (verstehe: daß nicht Beide es haben sollen), also kann es keiner haben — — — weil man eben nicht weiß, wem der Testator das Legat lassen wollte. Man kann eben so gut sagen: Nun aber ist der bestimmte Wille dafür, daß es nicht Beiden entzogen sein soll, also kann es keinem vorenthalten werden, weil man eben nicht weiß, wem der Testator es wieder nehmen wollte.

156) L. 10. 14. pr. D. de adimend. legat.

157) §. 1. J. eodem.

158) L. 6. D. l. c.

nicht in einer Weise, die gerade einen anderen Willen kund gibt<sup>159</sup>). Ist das neue Vermächtniß, abgesehen von anderen Verschiedenheiten, zugleich an eine Bedingung geknüpft, so ist dieß im Zweifel so auszulegen, daß das frühere Vermächtniß unter der entgegengesetzten Bedingung bestehen bleibe<sup>160</sup>); besteht aber die ganze Aenderung nur in der Hinzufügung einer Nebenbestimmung, so gilt nun auch nur das letzte Vermächtniß in der veränderten Gestalt<sup>161</sup>). Außerdem werden die Nebenbestimmungen des früheren Vermächtnisses im Zweifel auch auf das neue übertragen<sup>162</sup>). Die in der Uebertragung enthaltene Zurücknahme eines Vermächtnisses aber wirkt als solche auch dann, wenn gleich das neu angeordnete Legat wegen irgend eines Mangels nicht zu Recht besteht<sup>163</sup>).

2) Abgesehen von der Aufhebung durch den Willen des Erblassers kann ein Vermächtniß noch aus folgenden Gründen seine Gültigkeit verlieren: a) dadurch, daß der Geber desselben die *testamenti factio* verliert<sup>164</sup>); b) durch Wegfallen des Dnerirten, wenn nicht ein anderer die Last übernehmen muß<sup>165</sup>); c) dadurch, daß der Legatar vor dem Anfalle des Vermächtnisses stirbt<sup>166</sup>) oder zur Zeit des Anfalles dasselbe zu erwerben unfähig ist<sup>167</sup>); d) durch völligen Untergang des Gegenstandes oder was dem gleichsteht<sup>168</sup>), vorausgesetzt, daß nicht der Dnerirte dafür verantwortlich ist<sup>169</sup>); e) durch *concursum causarum lucrativarum*<sup>170</sup>). Endlich hat auch f) der Regel nach jede Ungültigkeit des Testaments zugleich die Ungültigkeit der angeordneten Vermächtnisse zur Folge, wenn gleich diese nicht in dem Testamente selbst, sondern in einem Codicill enthalten sind, und wenn gleich der Grund der Ungültigkeit zunächst nur die Erbsetzung betrifft<sup>171</sup>); und zwar gilt dieß auch dann, wenn das Testament nur nach prätorischem Rechte unwirksam ist, z. B. vermöge des *beneficium abstinenti* des eingesetzten Erben<sup>172</sup>), oder vermöge der

159) §. 1. J. cit. L. 5. 6. §. 1. 2. D. l. c. Cf. L. 33. 34. pr. D. de legat. I. L. 87—89. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 7. C. de legat.

160) L. 7. D. h. t.

161) L. 9. D. ibid. L. 87. 89. D. de cond. et dem.

162) L. 24. pr. D. h. t.

163) L. 20. D. ibid. L. 34. pr. D. de legat. I.

164) Vgl. oben Note 15—17.

165) Vgl. oben Note 47—51. L. 29. pr. D. de legat. II. L. 19. D. de adimend. legat. (34. 4.)

166) Vgl. unten Note 196.

167) L. 59. §. 4. D. de hered. instit. (28. 5.)

168) §. 16—18. J. de legat. L. 22. §. 2. D. de legat. III. Cf. L.

44. §. 4. D. de legat. I. L. 39. D. de legat. II. L. 79. §. 2. D. de legat. III.

169) §. 16. J. cit.: *Si res legata sine facto heredis perierit.* L. 22. §. 2. c. Antequam mora fiat.

170) §. 6. J. de legat. L. 34. §. 1. 2. D. de legat. I. L. 66. §. 1—3. D. de legat. II. Vgl. dieses Werk Bb. II, S. 870—875.

171) L. 2. §. 3. L. 16. D. de iure codicill. (29. 7.) L. 1. §. 1. in f. D. de legat. III. L. 2. Cod. si quis om. caus. (6. 39.) L. 181. D. de R. J. Cf. L. 9. D. de testament. tut. (26. 2.)

172) L. 1. §. 4. D. ut in poss. legat. (36. 4.) Vgl. dieses Werk Bb. I, S. 865.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die geschehene Antretung<sup>173</sup>), wohingegen aber die Vermächtnisse auch bestehen bleiben, wenn das Testament auch nur nach prätorischem Rechte aufrecht erhalten wird<sup>174</sup>). Jene Regel erleidet jedoch mehrere Ausnahmen<sup>175</sup>). Ihre Anwendung kann nämlich *a*) durch die Codicillarclausel ausgeschlossen werden, vorausgesetzt, daß der Grund der Ungiltigkeit des Testaments an sich nicht notwendig auch die Vermächtnisse ergreife<sup>176</sup>). Aus diesem Grunde werden auch die Vermächtnisse, welche zu entrichten der Erblasser der zum Erben eingesetzten Intestaterben beschwört, ungeachtet der Nichtigkeit des Testaments aufrecht erhalten, indem sich darin der Wille, daß diese jedenfalls gelten sollen, genügend ausdrückt<sup>177</sup>). *β*)<sup>178</sup>) Wenn der eingesetzte Erbe in der arglistigen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln, und ohne anderen rechtfertigenden Grund<sup>179</sup>), die testamentarische Erbschaft ausgeschlagen hat<sup>180</sup>), so können nach Bestimmung des prätorischen Edictes jene Vermächtnisse<sup>181</sup>) dennoch, obwohl sie civilrechtlich ungiltig sind, geltend gemacht werden, gegen den Dmittenten selbst, insofern dieser auf andere Weise, z. B. als Intestaterbe<sup>182</sup>), nicht aus einem singulären Rechtsgrunde<sup>183</sup>), die Masse der Erbschaft oder einzelne Bestandtheile derselben besitzt<sup>184</sup>), oder arglistiger Weise des Besizes sich entäußert hat<sup>185</sup>), oder auch nur einen Preis dafür, daß er die Erbschaft ausschlage, empfangen hat<sup>186</sup>), aber in subsidium auch gegen den Dritten, welcher in Folge der Ausschlagung in den Erbschaftsbesitz gekommen ist<sup>187</sup>), nicht nur, wenn dieß arglistig verabredet war, sondern auch wenn sonst nur in der bösen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln, die Erbschaft abgelehnt worden<sup>188</sup>). Gleicherweise kann auch der onerirte Ver-

173) L. 22. 31. D. de minor. (4. 4.) L. 3. C. de testament. manumiss. (7. 3.)

174) L. 8. §. 3. D. de iure codicill. (29. 7.) Cf. L. 12. D. de iniusto test. (28. 3.)

175) Vgl. Francke, Beiträge I. S. 136 flg.

176) Vgl. Note 100—106.

177) L. 77. §. 23. D. de legat. II.

178) Dig. si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. (29. 4.) Cod. si omissa sit causa testamenti. (6. 39.)

179) L. 1. §. 13. L. 5. 6. pr. §. 1. 3. L. 26. §. 1. D. h. t. L. 77. §. 31. D. de legat. II. L. 8. §. 9. in f. D. de inoff. test. (5. 2.)

180) L. 1. §. 6. 7. D. h. t. L. 17. D. de iniusto test. (28. 3.); auch, wenn er sich durch Richterfüllung einer Pötestativbedingung die Antretung absichtlich unmöglich macht. L. 1. §. 8. D. h. t. Auch auf den Fall, wenn die bonorum possessio contra tabulas verschmäht wurde, ist dasselbe angewendet worden. L. 6. §. 9. L. 23. D. h. t.

181) Nicht auch andere Verfügungen: L. 8. 9. 22. pr. D. h. t.,

182) L. 1. pr. §. 1—4. 9. L. 6. §. 7. D. h. t.

183) L. 30. D. h. t.

184) L. 13—16. D. h. t.

185) L. 1. §. 10—13. L. 6. §. 5. 6. D. h. t.

186) L. 2. pr. D. h. t. L. 1. C. h. t.

187) L. 2. §. 1. D. h. t.

188) L. 3. 4. D. h. t. Wenn der Legatar selbst omissa causa testa-

mächtnisnehmer, welcher arglistig die Ablehnung der testamentarischen Erbschaft veranlaßt hat, um das ihm auferlegte Fideicommiss zu vereiteln, mit Erfolg in Anspruch genommen werden<sup>189</sup>). 7) Wenn durch rechtskräftiges Urtheil gegen das Testament entschieden ist, aber nur in Folge offenbarer Verschümmnis des eingesetzten Erben oder einer arglistigen Verabredung desselben mit dem Sieger, so können die Legatarien ihren Anspruch auch gegen die Intestaterben noch verfolgen<sup>190</sup>). 8) Wenn der Nachlaß als erblos dem Fiscus zufällt, so muß dieser doch die in dem verfallenen Testamente hinterlassenen Vermächtnisse entrichten<sup>191</sup>), und dasselbe gilt natürlich auch von denjenigen, welchen vor dem Fiscus ein Recht auf den erblosen Nachlaß gegeben ist. 9) Wenn der Erblasser in der irrigen Voraussetzung, daß seine nächsten gesetzlichen oder früher eingesetzten Erben gestorben seien, andere Erben ernannt hat, so müssen jene, indem sie mit Befreiung dieses späteren Testaments zur Erbschaft gelangen, doch die darin enthaltenen Vermächtnisse anerkennen<sup>192</sup>): Endlich 10) bleiben die Vermächtnisse auch gültig, wenn das Testament nach Nov. 115 wegen Verletzung des Rechtes der Notherben ungültig ist<sup>193</sup>), so wie bei der *honorum possessio contra tabulas* wenigstens gewisse Vermächtnisse aufrecht erhalten wurden<sup>194</sup>).

### C. Erwerb der Vermächtnisse und dessen Wirkungen.

In gewissem Sinne wird das Recht des Vermächtnisses in einem bestimmten Zeitpunkte dem Legatar ganz von selbst, *ipso iure*, ohne sein Wissen und Wollen, erworben. Dies *legati vel fideicommissi cedit*<sup>195</sup>). Diesen Zeitpunkt muß der Legatar erleben und in diesem Zeitpunkte muß er fähig sein, das Vermächtniß zu empfangen<sup>196</sup>); alsdann geht dasselbe auch auf seine Erben über, sofern dieses nach der Natur seines Gegenstandes möglich ist<sup>197</sup>), obwohl der Zeitpunkt der Geltendmachung des Vermächtnisses, *ubi dies legati venit*, noch weit hinausgerückt sein kann<sup>198</sup>). Jener Zeitpunkt aber ist der Regel nach der des Todes des Erblassers; die Regel ist: *dies legati cedit mortis tempore*

menti als Intestaterbe besitzt, so kann er sich auf das Edict nicht berufen. L. 7. 10. §. 1. Cf. L. 22. §. 2. D. h. t.

189) L. 4. §. 2. D. h. t.

190) L. 17. §. 1. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 50. §. 1. D. de legat I. L. 14. D. de appellat. (49. 1.)

191) L. 96. §. 1. D. de legat. I. Cf. L. 3. D. de his quae in test. delentur. (28. 4.) Dieses Werk Bd. III, S. 944.

192) L. 92. D. de hered. instit. (28. 5.) L. 28. D. de inoff. test. (5. 2.)

193) Nov. 115. cap. 3. in f. cap. 4. in f.

194) Dig. de legatis praestandis contra tabulas honorum possessione petita. (37. 5.) Dieses Werk Bd. II, S. 321 fig.

195) Dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedit. (36. 2.) Cod. 6. 53.

196) L. 59. §. 4. D. de hered. instit. (28. 5.) Cf. L. 5. §. 7. L. 14. §. 3. D. h. t. L. 5. C. de cond. insert. (6. 46.)

197) L. 5. pr. D. h. t.

198) L. 21. D. h. t. L. 213. D. de v. s.

testatoris<sup>199</sup>), wenn gleich die Antretung der Erbschaft, von welcher doch die Wirksamkeit der Vermächtnisse regelmäßig abhängt<sup>200</sup>), erst später erfolgt. Wenn also der Honorirte nur den Erblasser überlebt, so wird durch Verzögerung der Erbantrittung, falls jener vor dieser stirbt, das Legat nicht vereitelt, sondern geht auf dessen Erben über<sup>201</sup>). Ist aber das Vermächtniß bedingt, so muß erst die Erfüllung der Bedingung abgewartet werden, wenn sie nicht schon vor dem Tode des Testators eingetreten war<sup>202</sup>), vorausgesetzt, daß es eine giltige und wahre Bedingung ist, welche dem Legat hinzugefügt war<sup>203</sup>), als welche hier aber auch die Bedingung: wenn der Legatar will, anzusehen ist, weil eben der Regel nach der Anfall des Vermächtnisses ohne Willen des Legatars stattfindet<sup>204</sup>). Eine bloße Zeitbestimmung dagegen schiebt den Anfall des Vermächtnisses nicht hinaus<sup>205</sup>), sofern sie nicht eben zugleich eine Bedingung enthält. Dieß letzte ist nothwendig der Fall bei einem sogen. dies incertus an et quando<sup>206</sup>); ist es nur ungewiß, ob der Tag eintreffen werde, gewiß aber, wann er eintreffen wird, sofern er überhaupt eintritt (dies incertus an, certus quando), wie namentlich bei einer Altersbestimmung, so wird dieses zwar gewöhnlich auch als Bedingung aufgefaßt<sup>207</sup>), es kann aber auch aus den Umständen sich ergeben, daß es als ein bloßer Zahlungstag gedacht ist, der den Anfall des Legates nicht zweifelhaft macht<sup>208</sup>); und dasselbe gilt auch umgekehrt, wenn es gewiß ist, daß der Tag eintreten werde, ungewiß wann (sogen. dies incertus quando), wobei nämlich im Zweifel angenommen wird, daß der Legatar das fragliche Ereigniß erleben solle<sup>209</sup>). Durch diese Absicht aber kann selbst eine in jeder Beziehung gewisse Zeitbestimmung zu einer Bedingung

199) L. 5. §. 1. D. h. t. Nach der Lex Julia et Pap. Popp. sollte zwar der Anfall des Legates regelmäßig erst mit der Testamentseröffnung eintreten: Ulp. XXIV. 31., aber dieß ist von Justinian beseitigt. L. un. §. 1. 5. C. de caduc. toll. (6. 51.)

200) Vgl. Note 171.

201) L. 7. D. h. t. L. 6. C. h. t.

202) L. 5. §. 2. D. h. t. L. 41. D. de cond. et dem. (35. 1.)

203) L. 5. §. 3—5. L. 7. §. 5. L. 22. §. 1. D. h. t. L. 107. D. de cond. et dem.

204) L. 65. §. 1. D. de legat. I. L. 69. D. de cond. et dem.

205) L. 5. §. 1. L. 21. pr. D. h. t.

206) L. 21. pr. cit. Cf. L. 8. C. de testam. manum. (7. 2.) L. 56. D. de cond. indeb. (12. 6.)

207) L. 21. pr. L. 22. pr. D. h. t. L. 36. §. 1. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 49. §. 1—3. D. de legat. I. L. 3. C. h. t.

208) L. 26. §. 1. D. h. t. L. 5. C. h. t. L. 46. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Vgl. Zimmermann, im civ. Arch. IX. 18. Savigny, System III. S. 269.

209) L. 4. pr. L. 13. D. h. t. L. 1. §. 2. L. 79. §. 1. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 12. §. 1. D. de legat. II. Cf. L. 75. D. de cond. et dem. In diesen Stellen wird die Zeitbestimmung: cum morietur heres, dato, als bedingende behandelt; eben so wirkt auch die: cum volet heres (s. oneratus), wenn der Onerirte sich bis zu seinem Tode nicht erklärt hat. L. 11. §. 6. L. 41. §. 13. D. de legat. III.

werden. Die Zeitbestimmung „zur Todeszeit des Legatars“ (quando morietur legatarius) dagegen ist niemals bedingend, weil es von vorn herein gewiß ist, daß der Legatar diesen Zeitpunkt lebend erreiche<sup>210</sup>). Ist das Vermächtniß von solcher Beschaffenheit, daß es obnehin auf die Erben des Legatars nicht übergehen kann, z. B. das Vermächtniß einer persönlichen Servitut, so wird, auch wenn es unbedingt ist, der Anfall desselben, nicht vor der Antretung der Erbschaft oder vor dem festgesetzten Tage (dies certus) angenommen<sup>211</sup>).

Vermöge jenes von selbst eintretenden Anfalles des Vermächtnisses bedarf es also keiner besonderen Willenserklärung von Seiten des Legatars, um das Recht des Vermächtnisses zu erwerben<sup>212</sup>). Aber der Legatar oder dessen Erbe kann das Vermächtniß ausschlagen (repudiare legatum), wornach es so gut ist, als ob ihm dasselbe nicht gegeben wäre<sup>213</sup>), und insofern kann denn auch von Annahme der Vermächtnisse die Rede sein, indem die einmal erklärte Annahme die Ablehnung ausschließt und umgekehrt, jedoch nur postquam dies legati venit<sup>214</sup>). So kann denn der Legatar auch unter mehreren ihm hinterlassenen Vermächtnissen das eine annehmen, das andere ablehnen, wenn dieß nicht dem Willen des Erblassers offenbar zuwider ist, wie es z. B. der Fall sein würde, wenn der Legatar gerade nur, die unbeschwertten Vermächtnisse annehmen, die beschwertten ablehnen wollte<sup>215</sup>). Aber dasselbe Vermächtniß kann er nicht zum Theil annehmen, zum Theil ablehnen<sup>216</sup>), woraus denn folgt, daß wer entschieden einen Theil erworben haben will, eben dadurch das Ganze erwirbt<sup>217</sup>). Dagegen können mehrere Erben desselben Legatars, welcher ohne erklärte Annahme oder Ablehnung post diem legati cedentem gestorben ist, ein jeder unabhängig von dem anderen ihren Antheil annehmen oder ablehnen<sup>218</sup>).

Was nun das Recht des erworbenen Vermächtnisses betrifft, so erzeugt jedes Vermächtniß eine persönliche Verbindlichkeit des Dnerkten, quasi ex contractu<sup>219</sup>), dem Vermächtnißnehmer den Gegenstand desselben wirklich zu gewähren. Jener kann, ubi dies legati venit, mit einer persönlichen Klage (actio personalis ex testamento, actio legati) auf Erfüllung belangt werden<sup>220</sup>). Nach älterem Rechte entstand zwar nur aus dem Damnationslegatate eine civilrechtliche persönliche Klage; aber nach dem SC. Neronianum konnte auch aus dem in Form eines Vindications-

210) L. 4. §. 1. D. h. t. L. 79. pr. D. de cond. et dem. (35. 1.)

211) L. 2. 3. 5. §. 1. D. h. t. tit. Dig. quando dies usufructus legati cedat. (7. 3.) — Vgl. auch L. 7. §. 6. L. 8. 16. §. 1. 2. D. h. t.

212) L. 77. §. 3. D. de legat. II. L. 6. C. quando dies. (6. 53.)

213) L. 38. §. 1. L. 44. §. 1. L. 86. §. 2. D. de legat. I.

214) L. 45. §. 1. D. de legat. I.

215) L. 5. D. de legat. II.

216) L. 4. 6. 23. D. de legat. II.

217) L. 58. D. ibid.

218) L. 38. pr. D. de legat. I.

219) Vgl. dieses Werk Bd. IV, S. 21 flg.

220) In manchen Fällen reicht auch schon eine exceptio hin, um das Recht des Vermächtnisses vollkommen geltend zu machen.

legates errichteten Vermächtnisse eine solche hervorheben<sup>221</sup>), während die Fideicommissse stets durch eine ebenfalls als persönliche Klage aufzufassende *persecutio* geltend gemacht werden konnten<sup>222</sup>). Und Justinian hat denn allgemein für alle Vermächtnisse eine *personalis actio* als regelmäßiges Mittel der Geltendmachung anerkannt<sup>223</sup>), indem er zugleich eine bisher für Fideicommissse üblich gewesene eigenthümliche *missio in possessionem* aufhob<sup>224</sup>). Formell war es nach Justinianischem Rechte gleichgiltig, ob man nun diese persönliche Vermächtnisklage der alten *actio ex legato per damnationem* oder der *persecutio fideicommissi* gleichachte; sofern aber zwischen diesen beiden Klagen auch eine materielle Verschiedenheit in Betreff der Wirkungen bestand, und etwa selbst in den Justinianischen Rechtsbüchern noch hervortritt, muß nun die dem Vermächtnisse günstigere Norm entscheiden<sup>225</sup>). Die Klage geht auf vollständige und wirksame Gewährung desjenigen, was nach Inhalt des Vermächtnisses der Erblasser dem Legatar zuwenden wollte<sup>226</sup>). Wird jedoch die genaue Erfüllung dem Dnerirten unbillig erschwert oder ist sie ihm mit dem besten Willen zu bewirken nicht möglich, so muß er wenigstens den Schätzwert dafür geben<sup>227</sup>). Ist aber die Erfüllung absolut unmöglich geworden, so wird doch jedenfalls der Verpflichtete wegen Verzuges<sup>228</sup>), so wie wegen begangener Versehen und bösen Willens verantwortlich, und zwar haftet er gewöhnlich für jedes Versehen (*levis culpa*)<sup>229</sup>); wenn ihm selbst jedoch nach Entrichtung des Vermächtnisses kein Vortheil übrig bleibt, nur für grobes Versehen (*dolus et lata culpa*)<sup>230</sup>). Im Falle des Verzuges muß der Dnerirte überhaupt für den Nachtheil, der daraus für den Legatar hervorgeht, einstehen und so denn auch für entgangene Früchte und Zinsen Ersatz leisten. Nach älterem Rechte war zwar dieß letzte bei dem Damnationslegate nicht anerkannt, wenigstens nicht allgemein<sup>231</sup>); aber es galt entschieden bei Fideicommissen, und so gilt es im Justinianischen Rechte überhaupt als Regel<sup>232</sup>). Dagegen ist ein anderer Vortheil, welchen nach älterem

221) Vgl. Note 9, 10.

222) Vgl. dieses Werk Bb. II, S. 281.

223) L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicom. (6. 43.)

224) Vgl. darüber Marezzoli, in der Zeitschr. IX. S. 130—134.

225) L. 2. C. l. c. Vgl. Note 13. Marezzoli a. a. D. S. 275 flg.

226) L. 11. §. 25. D. de legat. III. Cf. L. 44. §. 9. L. 116. §. 4.

D. de legat. I. L. 39. pr. D. ibid.

227) L. 11. §. 17. L. 14. §. 2. D. de legat. III. L. 71. §. 3. 4.

D. de legat. I.

228) L. 39. §. 1. L. 47. §. 6. D. de legat. I. L. 3. C. de usuris legat. (6. 47.)

229) L. 47. §. 4. 5. L. 26. §. 1. D. de legat. I.

230) L. 108. §. 12. D. de legat. I. Bei dem Universal-fideicommiss muß der Erbe, sofern er nicht Alles restituirt, *diligentiam quam suis rebus præstiteren*, gleich einem Miterben. L. 22. §. 3. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

231) Cai. II. §. 280. Cf. Cai. epitome II. 7. §. 8. L. 23. D. de legat. I. Marezzoli a. a. D. S. 99—103.

232) Cai. l. c. L. 78. §. 2. L. 84. D. de legat. II. L. 26. D. de legat. III. L. 8. D. de usur. (22. 1.) L. 1. C. de usur. et fruct. legat.

Rechte das Damnationslegat hatte, nämlich daß es durch Leugnen verdoppelt wurde, weshalb auch das ohne wirkliche Verbindlichkeit Gezahlte nicht zurückgefordert werden konnte, im Justinianischen Rechte verschwunden, und nur den Vermächtnissen zu milden Zwecken (*ad pias causas*), welcher Art sie sein mögen, ist die besondere Begünstigung gegeben, daß der Dnerirte nicht nur, wenn er leugnet, sondern selbst wenn er nur auf ergangene Mahnung mit der Erfüllung zögert und es bis zur Klage kommen läßt, das Doppelte zahlen muß<sup>233</sup>). Zudem soll er ein solches Vermächtniß mindestens in sechs Monaten von der Bekanntmachung des letzten Willens an selbst ohne Mahnung entrichten, widrigenfalls von der Zeit des Todes an Früchte und Zinsen vergüten, als ob er von da an schon im Verzuge gewesen<sup>234</sup>).

Die Vermächtnißforderung ist übrigens noch gesichert durch ein gesellschaftliches Pfandrecht an denjenigen Gütern, welche der Verpflichtete vom Erblasser her erhalten hat<sup>235</sup>). Auch kann der Vermächtnißnehmer, wenn die Entrichtung des Vermächtnisses einen Aufschub erleidet, sei es wegen einer noch schwebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung oder auch wegen eines bloß factischen Hindernisses, von Seiten des Verpflichteten Cautionsleistung mit Bürgen verlangen<sup>236</sup>), und wenn ihm diese nicht gewährt wird, sich in den Besiß aller aus der Erbschaft herrührenden Güter des Verpflichteten einweisen lassen, *legatorum seu fideicommissorum causa*<sup>237</sup>), unter Umständen auch in den Besiß derjenigen Erbschaftsgüter, deren Sich der Verpflichtete arglistig entäußert hat<sup>238</sup>). Diese Verpflichtung zur Cautionsleistung kann jedoch durch Verfügung des Erblassers, so wie durch

(6. 47.) Von der bloß aus dem obligatorischen Verhältnisse hervorgehenden Erfagverbindlichkeit für entgangenen Fruchtgewinn muß man übrigens noch den Anspruch auf die Früchte unterscheiden, der sich aus der Natur des durch das Vermächtniß erworbenen Rechtes ergibt und daher auch durch in *rem actio* geltend gemacht werden kann. L. 39. §. 1. D. de legat I. L. 1. 4. C. l. c. Vgl. Mühlensbruch, Lehrb. §. 755, 756. Rosshirt, Verm. I. S. 488—492.

233) Cai. IV. 171. Pauli sent. I. 19. §. 1. §. 7. J. de obl. quasi ex contr. (3. 27.) §. 19. 23. 26. J. de action. (4. 6.) §. 1. J. de poena temere litig. (4. 16.) Cf. L. 46. §. 7. C. de episcop. et cler. (1. 3.) (*lex restituta*). Vgl. Marezoll a. a. D. S. 276 flg.

234) Nov. 131. cap. 12. Cf. L. 46. §. 4. C. l. c. Rabat, von der Mora S. 158—160.

235) L. 1. 2. Cod. commun. de legat. (6. 43.)

236) Dig. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. (36. 3.) Cod. ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa mittatur, et quando satisfacere debeat. (6. 54.)

237) Dig. ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat. (36. 4.) Cod. tit. cit. Man hat zwar behauptet, diese *missio* sei durch Justinian aufgehoben. Eöhr, im Mag. III. S. 195, im civ. Arch. V. S. 208. Zuverlässig aber war die von Justinian aufgehobene den Fideicommissen eigenthümliche *missio in rem* von der hier in Frage stehenden verschieden. Vgl. oben Note 23 und Marezoll a. a. D. S. 306 flg. Rosshirt a. a. D. I. S. 516 flg.

238) L. 5. §. 5. L. 8. 15. D. 36. 4. L. 6. C. l. c.



Bewilligung des Legatars erlassen werden<sup>239)</sup>, und von selbst fällt sie weg, wenn der Vermächtnisnehmer ohnehin sicher gestellt ist<sup>240)</sup>, so wie wenn derselbe, ohne Caution zu verlangen, sofort die Klage auf Entrichtung des Vermächtnisses angestellt und darüber *litem contestat* hat<sup>241)</sup>. Der Fiskus ist von dieser Caution, wie immer, befreit<sup>242)</sup>, und auch Städte brauchen nur Verbalcaution zu leisten<sup>243)</sup>. Auch kann der Vater, welchem zu Gunsten der in seiner Gewalt befindlichen Kinder ein Vermächtnis auferlegt ist, nicht zur Caution angehalten werden<sup>244)</sup>. Und endlich hat eine Verordnung von Zenon<sup>245)</sup>, die auch Justinian noch anerkennt<sup>246)</sup>, insbesondre bestimmt, daß, wenn ein Ascendent seine Kinder zu Erben eingesetzt hat, mit der Auflage für die einzelnen, ihren Erbtheil im Falle kinderlosen Absterbens an die überlebenden Geschwister, oder auch mit der Auflage, die Erbschaft den Enkeln oder Urenkeln zu restituiren, wegen dieses Vermächtnisses die Caution nicht gefordert werden solle, wenn sie der Erblasser nicht vorschreibt, ausgenommen wenn Vater oder Mutter eine andere Ehe eingeht. Man gibt zwar gewöhnlich dieser Verordnung einen viel umfassenderen Sinn, so daß Vater und Mutter, und wohl gar auch Geschwister, überhaupt bei allen Vermächtnissen von der Caution frei sein sollten<sup>247)</sup>; aber es ist dieß offenbar nicht dem Inhalte des Gesetzes gemäß<sup>248)</sup>. Wenn übrigens jene Besitzeinweisung in die Erbschaftsgüter ohne Erfolg bleibt und nach sechs

239) L. 3. 7. C. h. t. L. 12. D. 36. 3. L. 46. D. de pactis. (2. 14.)

240) L. 1. §. 2. D. 36. 4.: Si debitori liberatio sit relicta.

241) L. 1. §. 9. 10. D. 36. 3. Cf. L. 3. D. 36. 4. L. 5. §. 1. D. 36. 3. Cuiacii obs. XV. 10. — Manche, z. B. Voet ad tit. 36. 3. §. 1., Rosshirt a. a. D. I. S. 515, führen auch noch den Fall an, wenn das Vermächtnis unter einer Potestativbedingung hinterlassen sei und nur wegen Nichterfüllung derselben noch Aufschub erleihe, weil dann der Vermächtnisnehmer es in seiner Gewalt habe, diesen Aufschub zu beseitigen. Aber es läßt sich nach der Natur der Sache nicht behaupten, daß der Legatar, wenn es ihm angemessener scheint, mit der Erfüllung der Bedingung noch zu zögern, deshalb auf die Sicherheit verzichten müsse, die sonst für bedingte Vermächtnisse gefordert werden kann. L. 1. §. 11. D. l. c. aber gibt für jene Behauptung keinen Anhaltspunkt. Sie bespricht den Fall, wenn dem Legatar der Gegenstand des Vermächtnisses im Falle des Verlustes oder der Verschleuderung abermals vermacht sein soll, und entscheidet: non oportere ei cavere, quum in suo arbitrio habeat, ne perdat id quod sibi relictum est, quamvis, si quis inspexerit, quod sub conditione relictum est, dici debeat satisfactionem exigendam. Der Grund dieser Entscheidung liegt also nicht darin, daß der Legatar die Erfüllung der Bedingung, d. i. die Verschleuderung des Empfangenen, in seiner Gewalt hat, sondern darin, daß er es in seiner Gewalt, sich das Empfangene zu erhalten und so die wiederholte Auszahlung des Vermächtnisses zu vermeiden.

242) L. 1. §. 18. D. 36. 3.

243) L. 6. §. 1. D. ibid.

244) L. 7. D. 36. 3. L. 50. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)

245) L. 6. pr. §. 1. C. ad SC. Trebell. (6. 49.)

246) Nov. 22. cap. 41.

247) So noch Rosshirt a. a. D. I. S. 515.

248) Vgl. Marezoll, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. V. S.

Monaten noch die verlangte Caution nicht geleistet ist, so wird nach der bisher gewöhnlichen Meinung eine zweite Immission, die sich auch auf die übrigen eigenen Güter des Dnerirten erstreckt, zugelassen, von Manchen Antoniniana missio genannt, weil sie sich angeblich auf ein Rescript des Antoninus Caracalla gründet<sup>249</sup>). In der That aber ist diese Besitzweisung nach Inhalt der Gesetze von ganz anderer Beschaffenheit, und auch da zulässig, wo obige Cautionleistung erlassen ist. Sie soll nämlich stattfinden, wenn der Verpflichtete, nachdem er schon bei dem competenten Richter belangt worden, noch sechs Monate lang mit der Auszahlung des Vermächtnisses widerrechtlich zögert. Dann soll der Vermächtnisnehmer den Besitz des Vermögens des Dnerirten erhalten, um sich durch den Fruchtgenuss allmählig so weit möglich bezahlt zu machen<sup>250</sup>).

Bisher war nur von der obligatorischen Wirkung der Vermächtnisse die Rede. Es kann aber auch unmittelbar das Eigenthum einer Sache oder ein anderes dingliches Recht an derselben durch Vermächtniß erworben werden, welches denn sofort durch in rem actio geltend gemacht werden kann. Nach älterem Rechte konnte dieß freilich nur in Folge des Vindications- und des Præceptionslegates stattfinden<sup>251</sup>). Allein Justinian verordnete, daß ohne Unterscheidung der verschiedenen Legatsformen, und eben sowohl auch bei Fideicommissen wie bei Legaten, dem Vermächtnisnehmer die Vindication der vermachten Sachen durch in rem actio zustehen solle<sup>252</sup>). Dadurch hat nun jedes Vermächtniß, wenn nur die materiellen Voraussetzungen dazu nicht fehlen, die Natur und Wirkung eines Vindicationslegates erhalten, obwohl es dem Vermächtnisnehmer frei steht, sich auch der persönlichen Klage gegen den Verpflichteten zu bedienen. Zu jenen materiellen Voraussetzungen gehört aber nicht nur, daß der Erblasser wirklich Eigenthum oder sonst ein dingliches Recht an einer bestimmten Sache gewähren wollte, sondern auch, daß er dieses dingliche Recht unmittelbar zu gewähren vermöchte, wenn er als Lebender darüber verfügte. Nur an solchen Sachen, welche dem Erblasser gehörten oder zur Erbschaft gehören, wobei es aber auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht mehr ankommt<sup>253</sup>), kann der Legatar unmittel-

249) L. 5. §. 16. D. 36. 4. L. 6. C. h. t. Mühlenbruch, Lehrb. §. 739, Note 3. Köpffert a. a. D. S. 510.

250) L. 5. §. 16—21. 23—25. D. l. c. L. 6. C. cit. Wal. Marejoll, in der Zeitschr. IX. S. 127—130. Wentg.-Jungheim, Lehrb., 5. Ausg., §. 523 a. F.

251) Vgl. oben Note 7, 8.

252) L. 1. Cod. commun. de legat. (6. 43.): Rectius igitur censemus... omnibus tam legatariis quam fideicommissariis (tam legatis quam fideicommissis) unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda.

253) Es ist nicht, wie Marejoll, a. a. D. S. 284, behauptet, eine Inconsequenz, hier die Gatonianische Regel, wenn man sie auch sonst noch für anwendbar hält, außer Acht zu lassen. Denn erfolglos würde das Legat niemals sein, wenn auch der Erblasser sofort gestorben wäre, und eine Unterschei-

bar durch das Vermächtniß Eigenthum oder andere dingliche Rechte erwerben<sup>254</sup>). Es ist von selbst einleuchtend, daß an der Sache eines Dritten der Erblasser Niemandem Rechte gewähren kann, die ihm selbst nicht zustehen; hier kann offenbar der Erbe nur verpflichtet werden, daß er dem Legatar das ihm zugedachte Recht verschaffe. Aber auch in Ansehung der Sachen, welche dem Erben oder Dnerirten selbst gehören, kann jener directe Erwerb des dinglichen Rechtes nicht stattfinden, sondern diesem nur eine Verpflichtung auferlegt werden. Zwar sind Manche in diesem Punkte anderer Meinung<sup>255</sup>), und insbesondre ist behauptet worden, die von Justinian gewährte in rem actio finde allerdings auch in diesem Falle Anwendung, dieselbe sei jedoch nicht eine wahre Eigenthumsklage, sondern nur eine utilis rei vindicatio oder in rem actio, zu mehrerem Schutze des Vermächtnißnehmers gegen dritte Besitzer, und man müsse davon noch den Fall des eigentlichen Vindicationslegates, das unter obigen Voraussetzungen auch im Justinianischen Rechte noch mit eigenthümlichen Wirkungen bestehe, unterscheiden<sup>256</sup>). Allein die Gründe für diese letzte Behauptung sind durchaus ungenügend<sup>257</sup>); die in rem actio der L. 1. C. cit. ist nichts anderes als die wahre reine Eigenthumsklage, die eben den directen Erwerb des Eigenthums nothwendig voraussetzt. Daß aber dieser directe Erwerb auch bei Sachen, welche dem Dnerirten gehören, eintreten solle, das könnte man, als eine gegen die ratio iuris auffallend verstößende Neuerung, nicht ohne die deutlichste gesetzliche Bestimmung annehmen. Nun drückt sich zwar unser Gesetz in dem hierher gehörigen Hauptsatze scheinbar sehr allgemein aus<sup>258</sup>), aber wenn doch einmal zugegeben wird, daß man es nicht auf alle Vermächtnisse beziehen könne, so braucht man es auch nicht auf das Vermächtniß einer Sache des Erben zu beziehen, um so weniger als die Constitution zudem durch mehrere Wendungen deutlich genug an den Tag legt, daß ihr Urheber nur Vermächtnisse von Gegenständen, die zur Erbschaft gehören, im Auge hatte<sup>259</sup>).

bung der verschiedenen Legatsformen nach den Erfordernissen ihrer Errichtung findet überall nicht mehr statt; sondern es fragt sich nur, welche Wirkungen das Vermächtniß nach Verschiedenheit seines Gegenstandes haben könne.

254) S. das Nähere unten.

255) Schon in der Glosse ad L. 1. 2. C. l. c. findet sich diese Meinung neben der richtigen. Vgl. Puchta, Lehrb. §. 532.

256) Warezoll a. a. D. S. 280—305. Vgl. dieses Werk Bd. IV, S. 284 flg.

257) Ein Hauptargument soll L. 3. §. 2. 3. C. l. c. gewähren; aber vgl. darüber unten. Das andere Argument wird aus L. 8. Cod. ad SC. Trebell. (6. 49.) geschöpft, worin allerdings ausgesprochen wird, daß der Dnerirte die vermachte Sache zu tradiren verbunden sei, aber keineswegs, daß der Vermächtnißnehmer nur durch Tradition das Eigenthum der Sache erlangen könne.

258) Vgl. Note 52. Doch sollte vielleicht durch das quatenus liceat etc. eine Andeutung gegeben sein, daß es noch auf andere Umstände und nur durchaus nicht auf die Form des Vermächtnisses ankomme, ob die in rem actio anwendbar sei.

259) Es kann allerdings Niemandem einfallen, dafür die Worte: in res

Bei der Lehre von den Rechten der Vermächtnisnehmer wäre noch das Anwachsungsrecht der Collegatarien zu berücksichtigen; aber davon ist schon in einem anderen Artikel gehandelt worden<sup>260</sup>). Dagegen muß hier nun noch von den Rechten des Onerirten in Ansehung der ihm auferlegten Vermächtnisse die Rede sein.

Vorerst können dem Onerirten unter Umständen gewisse Gegenansprüche in Betreff des zu entrichtenden oder entrichteten Vermächtnisses zustehen, die er dann durch *exceptio* oder *condictio* verfolgen kann<sup>261</sup>). Sodann soll der Vermächtnisnehmer der Regel nach nicht eigenmächtig sich in den Besitz der ihm vermachten Gegenstände der Erbschaft setzen, sondern die Entrichtung derselben vom Erben fordern. Diesem ist für den Fall, daß jener ohne seine Gestattung den Besitz erlangt hat, ein eigenes *interdictum adipiscendae possessionis* verliehen, gerichtet auf Herausgabe der Sache oder Ersatz des Interesse<sup>262</sup>). Das wichtigste Recht des onerirten Erben aber ist dieses, daß er wegen übermäßiger Belastung der Erbschaft mit Vermächtnissen den letzten einen Abzug machen kann, und zwar nach Bestimmung der *Lex Falcidia*<sup>263</sup>).

Nachdem zuerst die *Lex Furia* bestimmt hatte, daß mit Ausnahme von nahen Angehörigen Niemand mehr als 1000 Asses durch Legat erhalten sollte, dann die *Lex Voconia*, daß Niemandem durch Legate mehr zugewendet werden könne, als die Erben behielten, verordnete endlich die *Lex Falcidia* (a. u. 714.), mit Aufhebung jener älteren Vorschriften, es solle fortan die Hinterlassung von Legaten nur mit der Beschränkung statthaft und gültig sein, daß den Erben mindestens der vierte Theil der Erbmasse ohne Belastung übrig bleibe<sup>264</sup>). Darnach ist nun der Erbe,

---

*mortui praestare* anzuführen, da sich diese deutlich nur auf die *utilis Serviana actio* beziehen. *Marezoll* a. a. D. S. 301, Note 4. Wohl aber sind beweisend die Worte: *praefatas actiones* (d. i. die *actio in rem* und die *actio hypothecaria*) *contra res testatoris esse instituendas* und *non tantum personalem sed etiam in rem et hypothecariam extendere in rebus quas a testatore consecutus est*, wo um so weniger zulässig ist, die letzten Worte nur auf die *hypothecaria actio* zu beziehen, weil für diese unmittelbar nachher noch besonders bestimmt wird, daß sie sich nur auf die Erbschaftsgüter beschränke. Vgl. *Bangerow*, *Pand.* II. S. 468, und dieses Werk *Bd.* III, S. 871, Note 118.

260) Vgl. dieses Werk *Bd.* I, S. 313–325. — Nur beiläufig sei zu bemerken erlaubt, daß der Verf. dieses Artikels die dort vertheidigte Meinung, wornach auch bloß *verbis coniuncti* ein Anwachsungsrecht ober, wie es dort heißt, eine *caducorum vindicatio* haben sollen, unmöglich theilen kann. Vgl. auch *Puchta*, *Lehrb.* §. 533. *Bangerow*, *Pand.* II. S. 535 *fig.*

261) *L.* 58–61. *L.* 70. §. 1. *L.* 116. §. 4. *D. de legat.* I.

262) *Dig. quod legatorum.* (43. 3.) *Cod.* 8. 3. *Cf. Vat. fragm.* §. 90. Vgl. in diesem Werke *Bd.* V den *Art. interdictum quod legati.*

263) *Inst. de lege Falcidia.* (2. 22.) *Dig. ad legem Falcid.* (35. 2.) *Cod.* 6. 50. *Cf. Cai.* II. 224–227. *Paul. sent.* III. 8.

264) *Cai. l. c. Ulp. XXIV. 32. Pr. J. l. c. — L. 1. pr. D. l. c.: Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano iure publico dare legare velit, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus*

wenn er in höherem Maße mit Legaten beschwert ist, berechtigt, von jedem Legate nach Verhältniß so viel in Abzug zu bringen, als nöthig ist, um das ihm gehörende Viertel (*quarta Falcidia*) zu ergänzen. Das Gesetz spricht nur von Legaten; aber durch das SC. *Pegasianum* (unter *Vespasian*) wurde dieselbe Bestimmung auch auf die seitdem als erzwingbar anerkannten *Fideicommissa* ausgedehnt<sup>265</sup>), und durch eine Constitution von *Divus Pius* insbesondere auch auf *Intestatfideicommissa*<sup>266</sup>), so wie durch die *interpretatio* und kaiserliche Constitutionen auch andere *mortis causa capiones* derselben Beschränkung unterworfen wurden<sup>267</sup>). Ueberall aber ist es nur der Erbe, der testamentarische oder *Intestaterbe*, zu dessen Gunsten diese gesetzliche Beschränkung stattfindet; ein mit *Vermächtnissen* beschwerter Legatar oder *Fideicommissar*, sei er auch *Universal-fideicommissar*, kann sie nicht für sich in Anspruch nehmen, wenn ihm etwa mehr als drei Viertel seines *Vermächtnisses* entzogen werden<sup>268</sup>). Nur insofern ein *Vermächtnisnehmer* selbst einen Abzug durch den Erben erleidet, oder der Erbe, wo er dazu berechtigt wäre, nur zu dessen Gunsten darauf verzichtet, kann auch er von den ihm auferlegten *Vermächtnissen* einen verhältnißmäßigen Abzug machen, indem im Zweifel anzunehmen ist, daß der Erblasser die ursprüngliche Proportion zwischen dem, was ihm bleibt, und dem, was er abgibt, beibehalten wissen wolle<sup>269</sup>), es möchte denn überwiegend wahrscheinlich sein, daß der Erblasser darauf keine Rücksicht genommen habe, wie es z. B. bei dem *Vermächtnisse* von *Alimenten* oder jährlichen *Renten* zu vermuthen ist<sup>270</sup>).

Das Recht des Abzuges von den einzelnen *Vermächtnissen* kann der Erbe durch *exceptio* oder *Retention* geltend machen, so lange er noch im Besitze ist<sup>271</sup>), und in dieser Beziehung ist ihm das *interdictum quod legatorum* wichtig, weil er sich dadurch den Besitz verschaffen kann<sup>272</sup>). Auch kann sich der Erbe bei *Entrichtung* des *Vermächtnisses*, falls sich etwa später erst ergeben möchte, daß dasselbe einen Abzug erleidet

---

quam partem quartam hereditatis eo testamento capiant. Eis quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare quam damnatus esto.

265) *Cai. II. 254. §. 5. J. de fideicommiss. hered. (2. 23.) L. 2. 3. C. h. t.*

266) *L. 18. pr. D. h. t. Cf. L. 5. Cod. ad SC. Trebell. (6. 49.)*

267) *L. 32. §. 1. D. de donat. int. v. et u. (24. 1.) L. 77. §. 1. D. de legat. II. L. 5. 12. 18. C. h. t. L. 2. C. de mort. c. donat. (8. 57.)*

268) *L. 47. §. 1. D. h. t. L. 22. §. 5. L. 55. §. 2. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)*

269) *L. 32. §. 4. 5. D. h. t. Cf. L. 1. §. 19. D. ad SC. Trebell. (36. 1.)*

270) *L. 25. §. 1. D. h. t. L. 21. §. 1. D. de annuis legat. (33. 1.) L. 77. §. 1. D. de legat. II.*

271) *L. 14. §. 1. L. 80. §. 1. D. h. t.*

272) *Vgl. Note 262.*

den müsse, wegen Rückerstattung des Uebermaßes Caution leisten lassen<sup>273</sup>). Außerdem kann sich derselbe, wenn der Vermächtnisnehmer schon das ganze Vermächtniß ohne Abzug erhalten hat, nach Umständen durch in factum actio oder indebiti condictio helfen<sup>274</sup>), oder auch wohl durch actio doli mali<sup>275</sup>), und wo eine Sache der Erbschaft Gegenstand des Legates ist, kann er auch pro parte vindiciren, indem das Eigenthum der vermachten Sache, insoweit das Vermächtniß das gesetzliche Maß überschreitet, nicht auf den Legatar übergeht<sup>276</sup>). Wenn aber der Erbe ohne Vorbehalt, aus Rechtsirrtum oder wissentlich, das ganze Vermächtniß entrichtet hat, so kann er nichts zurückfordern<sup>277</sup>).

Um nun aber im einzelnen Falle zu ermitteln, ob und in welchem Maße der Erbe in dem ihm gebührenden Vierteltheile beeinträchtigt sei, wie viel er also den Vermächtnissen abziehen könne, muß vorerst der gesammte wahre Vermögensbetrag der Erbschaft ermittelt werden, wie sie im Zeitpunkte des Todes des Erblassers vorliegt. Zu diesem Zwecke werden zunächst die activen Bestandtheile des erbchaftlichen Vermögens nach ihrem wahren Werthe zur Zeit des Todes geschätzt und zusammengerechnet<sup>278</sup>). Späterer Zuwachs oder Abgang, Erhöhung oder Minderung des Werthes, kommt nicht in Betracht, weder zum Vortheile, noch zum Nachtheile der Vermächtnisse<sup>279</sup>), es wäre denn nur von späterer Entscheidung über schwebende juristische Verhältnisse die Rede, die ihrer Wirkung nach auf jenen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden müssen<sup>280</sup>). So kommen bedingte Forderungen der Erbschaft allerdings in Betracht, obwohl es ungewiß ist, ob die Bedingung werde erfüllt werden. Man kann sie entweder zu dem Werthe anschlagen, zu welchem man sie jetzt, ungeachtet jener Ungewißheit, verkaufen könnte, oder man kann ja nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit der Erfüllung dieselben einstweilen schon einrechnen oder einstweilen noch ganz außer Ansatz lassen und dafür wegen künftiger Rückerstattung des Uebermaßes den Legatarien oder wegen Ergänzung der Legate dem Erben Caution auflegen<sup>281</sup>). Forderungen, die noch nicht fällig sind, werden mit Berechnung der Zwischenzinsen auf ihren Werth im Zeitpunkte des Todes reducirt<sup>282</sup>). Außerdem kommt es auch darauf an, ob die Erbschaftsschuldner zahlungsfähig sind; nur so weit die Forderung wirklich eingezogen werden kann, ist sie

273) L. 1. §. 12. L. 31. D. h. t. L. 1. et sqq. D. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicitur. (35. 3.)

274) L. 77. §. 2. D. de legat. II. L. 1. §. 11. D. h. t. L. 9. C. h. t.

275) L. 23. D. de dolo malo. (4. 3.)

276) L. 26. pr. D. h. t.

277) L. 1. 9. 19. C. h. t. L. 9. §. 5. D. de iur. et facti ignor. (22. 6.) Nov. 1. cap. 3. Cf. L. 16. D. h. t. Vgl. unten Note 336.

278) L. 42. 62. §. 1. L. 63. D. h. t. Cf. L. 3. pr. L. 9. pr. D. h. t.

279) §. 2. J. h. t. L. 73. pr. D. h. t.

280) L. 43. L. 73. §. 1. D. h. t.

281) L. 73. §. 1. cit.

282) Arg. L. 73. §. 4. D. l. c.

dem Erben anzurechnen, und daher kann auch aus diesem Grunde noch eine Ungewißheit über die Verlesung der Falcidia bestehen<sup>283</sup>); aber was der onerirte Erbe selbst dem Erblasser schuldig war, wird jedenfalls ganz in den Betrag der Activa eingerechnet, obwohl die Schuld durch Confusion erloschen ist<sup>284</sup>). Auch nicht klagbare Forderungen sind in Anschlag zu bringen, so weit sie für den Erben Erfolg haben<sup>285</sup>), und eben so kommt es auch bei Correalforderungen auf den Erfolg an, ob der Erbe oder ein anderer Mitgläubiger dieselbe einziehe, wenn nicht wegen des unter den Gesamtgläubigern bestehenden Gesellschaftsverhältnisses von vorn herein der Erbschaft ein bestimmter Theil des Ganzen gesichert ist<sup>286</sup>).

Von dem Betrage der Activa müssen nun vor allem die Schulden der Erbschaft abgezogen werden<sup>287</sup>), ebenfalls mit Rücksicht auf die Zeit des Todes berechnet, wobei denn zum Theil ähnliche Rücksichten eintreten, wie bei der Berechnung der Forderungen der Erbschaft<sup>288</sup>), und zwar kommen auch hier die Ansprüche, die der Erbe selbst an die Erbschaft machen könnte, als Lasten derselben in Betracht, wie dort die Forderungen des Erblassers an den Erben als Activa<sup>289</sup>). Außer den eigentlichen Erbschaftsschulden werden aber auch die Kosten der Leichenbestattung des Erblassers vorabgezogen<sup>290</sup>), desgleichen die Kosten der Uebernahme und Liquidation des erbchaftlichen Vermögens<sup>291</sup>), dann der Pflichttheil, welchen der Erbe an einen anderen zu entrichten hat<sup>292</sup>), und nach canonischem Rechte auch der eigene Pflichttheil des Erben selbst<sup>293</sup>).

Der Ueberschuß an activem Vermögen, der sich nach dieser Berechnung ergibt, ist es nun, wodurch die Vermächtnisse gedeckt werden müssen, so daß mindestens ein Viertheil dem Erben übrig bleibt. Zur Vergleichung muß also auch der Gesamtbetrag aller dem Erben aufgelegten wirksamen Vermächtnisse, ebenfalls mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des Todes, festgestellt werden. Die Gegenstände derselben werden ebenfalls

283) L. 56. pr. §. 1. L. 63. §. 1. D. h. t.

284) L. 1. §. 18. L. 82. D. h. t.

285) L. 1. §. 17. L. 21. pr. L. 56. §. 2. D. h. t.

286) L. 62. pr. D. h. t.

287) §. 3. J. h. t. L. 39. D. h. t.

288) Note 81, 82, 85, 86.

289) L. 54. 81. §. 1. 2. D. h. t. L. 6. pr. C. h. t. Vgl. Note 84.

290) §. 3. J. h. t. L. 1. §. 19. L. 2. D. h. t.

291) L. 72. D. h. t. L. 22. §. 9. C. de iure delib. (6. 30.)

292) Arg. L. 36. §. 2. D. de inoff. test. (3. 28.)

293) Cap. 16. 18. X. de testament. Daß schon nach römischem Rechte der onerirte Pflichttheilsberechtignte erst den Pflichttheil und dann noch insbesondere die quarta Falcidia in Anspruch nehmen könne, wie noch Mühlensbruch, Lehrb. §. 759, Note 6, behauptet, läßt sich nicht dargeth. Vgl. Koschirt a. a. D. I. §. 548 fig. Nach römischem Rechte mußte dagegen auch noch der Werth der durch letztwillige Verfügung freigelassenen Sklaven von dem Vermögensbetrage schlechthin abgezogen werden, da eine Minderung des Vermächtnisses der Freiheit nicht möglich war, und dem Erben doch auch nicht der Werth derselben allein angerechnet werden konnte. §. 3. J. h. t. L. 34—39. D. h. t.

nach ihrem wahren Vermögenswerthe zur Zeit des Todes geschätzt und angeschlagen<sup>294</sup>), ohne daß man an eine etwa vom Erblasser gegebene Schätzung gebunden wäre<sup>295</sup>). Bei Berechnung der Vermächtnisse, deren Fälligkeit aufgeschoben bleibt, müssen denn auch wieder die Früchte und Zinsen der Zwischenzeit (*commodum repraesentationis*) berücksichtigt werden<sup>296</sup>), und, wenn bedingte Legate in Betracht kommen, so werden die übrigen einstweilen ohne Rücksicht auf dieselben entrichtet, gegen Cautionsleistung für den Fall, daß späterhin durch Erfüllung der Bedingungen noch eine Schmälerung der *Falcidia* sich ergebe<sup>297</sup>).

Sofern nun die Gesamtsomme der Vermächtnisse (und der ihnen gleichzuachtenden Zuwendungen auf den Todesfall) mehr als drei Vierteltheile des wahren Vermögensbetrages der Erbschaft ausmacht, kann der Erbe jenen allen nach Verhältniß ihres Betrages den zur Erhaltung seines Vierteltheiles erforderlichen Abzug machen<sup>298</sup>). In dieses Vierteltheil muß der Erbe Alles, aber auch nur das, was er als Erbe bekommt oder behält, sich einrechnen lassen. Dahin gehört nicht, was er selbst als Vermächtniß bekommt<sup>299</sup>), oder zum Zwecke der Erfüllung einer Bedingung, *conditionis implendae causa*, die einem Anderen auferlegt ist<sup>300</sup>), und vollends nicht, was er zwar aus Anlaß der Erbschaft aber nur durch eigene vortheilhafte Geschäfte über den Werth derselben gewinnt<sup>301</sup>); wohl aber gehört dahin, was er an Früchten von vermachten Erbschaftsachen gewinnt, wo das Vermächtniß nicht sogleich fällig ist<sup>302</sup>), ferner der Betrag der ungiltigen oder hinfälligen Vermächtnisse, sollte er sie auch irrthümlicher Weise gezahlt haben<sup>303</sup>), und ebenso denn auch der Theil eines Prälegates, der auf den eigenen Erbtheil des Erben fällt<sup>304</sup>). Wenn aber einem Erben zugleich ein Vermächtniß auf Kosten des Mit-erben gegeben und ein anderes zum Vortheile desselben auferlegt ist, so kann er diesem höchstens so viel abziehen, als jenes weniger beträgt, wie der Abzug, den das letzte sonst zu erleiden hätte, und den übrigen Le-

294) L. 30. §. 4. D. h. t. Cf. L. 19. L. 61. D. *ibid*.

295) L. 15. §. 8. D. h. t.

296) L. 45. pr. L. 73. §. 4. Cf. L. 66. pr. L. 88. §. 3. D. h. t.

297) L. 45. §. 1. L. 73. §. 2. Cf. L. 1. §. 12. D. h. t. Von der Berechnung gewisser Vermächtnisse wird noch unten bei den einzelnen Arten derselben die Rede sein.

298) L. 73. §. 5. Cf. L. 66. §. 1. D. h. t.

299) L. 74. 91. D. h. t. Wenn ihm aber das Vermächtniß deshalb gegeben ist, daß er die ihm aufgelegten Vermächtnisse voll auszahlen sollte, so wird jenes als ein *legatum sub modo* betrachtet, und wenn er daher vorzieht, von der *Falcidia* Gebrauch zu machen, so kann er das Vermächtniß nicht geltend machen. L. 75. D. h. t. Indessen ist in solcher Verfügung wohl zugleich ein Verbot des Abzuges enthalten, was nach Nov. 1. cap. 2. wirksam ist. Auch was der Erblasser schon *inter vivos* dem Erben auf Abrechnung der *falcidischen* Quart gegeben hat, muß dieser sich anrechnen. L. 56. §. 5. D. h. t.

300) L. 76. pr. L. 40. §. 1. D. h. t.

301) L. 3. pr. §. 1. D. h. t.

302) L. 15. §. 6. L. 24. §. 1. D. h. t. Vgl. Note 296.

303) L. 11. pr. L. 50. 51. L. 76. §. 1. D. h. t.

304) L. 91. D. h. t. Vgl. Note 65.



gatarien gegenüber kann er das dem Miterben zu leistende Vermächtniß auch nicht höher in Anschlag bringen, als so viel es mehr beträgt, als was er von demselben empfängt<sup>305</sup>).

Einer besonderen Erörterung bedarf nun noch die Frage, wie die Falcidia zu berechnen ist, wenn die Erbschaft in mehrere Theile getheilt und insbesondere, wenn mehrere ursprünglich geschiedene Erbtheile sich in einer Person vereinigen<sup>306</sup>)?

Bei der Concurrenz mehrerer Erben gilt die Regel, daß jedem der Erben für seinen Erbtheil selbstständig, und unabhängig von den Miterben, das Recht der falcidischen Quarta zustehe. Einem jeden muß mindestens der vierte Theil seines Erbtheiles, wie dem einzigen Erben der vierte Theil der ganzen Erbschaft, unbeschwert übrig bleiben; widrigenfalls kann er von den ihn treffenden Vermächtnissen verhältnißmäßigen Abzug machen, ohne darnach zu fragen, ob seine Miterben in gleichem Maße beschwert und also auch mehr als drei Vierteltheile der ganzen Erbschaft durch die Vermächtnisse erschöpft seien<sup>307</sup>). Diese Regel ist dann von Wichtigkeit, wenn nicht alle Vermächtnisse schlechtthin der Erbschaft, sondern verschiedene den verschiedenen Erben namentlich auferlegt sind. Nun können aber verschiedene in verschiedenem Maße beschwerte Erbtheile auf mehrfache Weise in der Person eines und desselben Erben sich vereinigen; es fragt sich, ob auch hier jene Trennung der Erbtheile in Berechnung der Falcidia festzuhalten sei? Man unterscheide folgende Fälle:

1) Wenn Jemand zu seinem eigenen ursprünglichen Erbtheile hinzutreten aus besonderem Rechtsgrunde auch den seinem Miterben bereits erworbenen Erbtheil erlangt, z. B. als Erbe desselben, oder nach älterem Rechte als Arrogator, so bewirkt dieses in Berechnung der Falcidia keine Aenderung<sup>308</sup>).

2) Bekommt ein Erbe mehrere Erbtheile vermöge des Anwachsungsrechtes, so wird zwar die Quarta für jeden insbesondere berechnet, aber was der Erbe durch den Ueberschuß des anwachsenden Erbtheiles gewinnt, muß er, da er es als Erbe gewinnt, den Legatarien seines ursprünglichen Erbtheiles zu Gute anrechnen<sup>309</sup>).

3) Ebenso muß der Vater, der mit dem in seiner Gewalt befindlichen Kinde zum Erben eingesetzt ist, obwohl auch hier für beide Erb-

305) L. 22. pr. D. h. t.

306) Vgl. darüber Rosshirt, Verm. I. S. 530—538, vorzüglich aber von der Pfordten, Abh. aus dem Pandektenrechte, 1840, Nr. I, S. 1—112, mit Bangerow, Pand. II. S. 472—485, und Hoffmann, in Sell's Jahrb. I. 9. S. 331—390. S. auch Stemann, in Elver's Thems I. 10.

307) §. 1. J. h. t. L. 77. D. h. t.: In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam (Vulg. computandam) esse, non dubitatur.

308) L. 1. §. 15. D. h. t.

309) L. 78. D. h. t. Vgl. v. der Pfordten a. a. D. S. 26 flg. Zu widersprechen scheint L. 1. §. 14. D. h. t., aber diese ist gewiß auf die antiquitäre caducorum vindicatio zu beziehen. v. b. Pfordten a. a. D. S. 13 flg.

theile die Quarta besonders zu berechnen ist, doch dasjenige, was er durch die Erbeinsetzung des Kindes gewinnt, also nach Justinianischem Rechte in der Regel den Werth des Nießbrauches an dessen Erbtheil, zu Gunsten seiner Legatarien sich in sein Viertel einrechnen lassen<sup>310</sup>).

4) Wenn dieselbe Person durch mehrfache Erbeinsetzung zu verschiedenen Erbtheilen berufen ist, etwa zu dem einen unter einer Bedingung, zu dem anderen unbedingte, so werden diese alle zusammengerechnet und die Quarta, wie von einem Erbtheile, berechnet<sup>311</sup>). Dieses muß denn auch gelten, wenn dieselbe Person zugleich als Institutus und als Substitutus zur Erbschaft gelangt; denn die Substitution ist nichts anderes als eine bedingte Erbeinsetzung<sup>312</sup>), und natürlich gehört dahin auch der Fall, wenn der Pupillarsubstitut nicht als solcher, sondern weil er stillschweigend zugleich vulgariter substituiert ist, auch den Erbtheil seines unmündigen Miterben erhält<sup>313</sup>). Zwar behaupten Manche, wenn bei der Substitution die dem weggefallenen Erben namentlich auferlegten Vermächtnisse nicht ausdrücklich wiederholt seien, so würden diese durch die Vereinigung der Erbtheile nicht erhöht<sup>314</sup>); dieses wäre aber, da im Zweifel die Vermuthung gilt, daß die Vermächtnisse wiederholt sein sollen, nicht consequent<sup>315</sup>), und durch L. 1. §. 13. cit. wird es nicht begründet, indem man die zweite Hälfte der Stelle von dem Falle verstehen kann, wenn der Substitut die Erbschaft ausgeschlagen hat, und daher das Anwachsungsrecht eintritt<sup>316</sup>). — Der schwierigste Fall aber ist

5) wenn Jemand zugleich als eingefesteter Erbe des Vaters und als Pupillarsubstitut des Kindes erbt. Es ist hierbei vorerst zu bemerken, daß der Vater das nicht von ihm herrührende Vermögen des Kindes nicht mit Vermächtnissen belasten kann, obgleich er demselben einen Erben ernennet. Die Vermächtnisse, die er anordnet, sind nur gültig als Gaben auf Kosten seines eigenen Nachlasses, und nur mit Rücksicht auf diesen muß auch die falcidische Quarta berechnet werden<sup>317</sup>). Nun lassen sich hier folgende Fälle denken: a) Weder der Pupill noch der Pupillarsubstitut ist zum Erben des Vaters eingefest. Hier sind die dem letzten auferlegten Vermächtnisse ganz ungültig<sup>318</sup>), wofern sie ihm nicht etwa als Legatar des Vaters auferlegt sind<sup>319</sup>). b) Dem nicht erbenden Kinde

310) L. 21. §. 1. L. 25. pr. D. h. t. Vgl. v. b. Pfordten a. a. D. S. 105—110.

311) L. 11. §. 7. L. 87. §. 3. D. h. t.

312) L. 1. §. 13. L. 87. §. 4. 5. 8. in f. D. h. t.

313) Arg. L. 87. §. 4. cit.

314) v. der Pfordten a. a. D. S. 17 fig. Bangerow a. a. D. S. 473.

315) Vgl. oben Note 50.

316) Hoffmann a. a. D. S. 385 fig.

317) L. 14. §. 2. L. 87. §. 5. D. h. t. Vgl. Note 29, 30, und f. auch Rühlensbruch, Erläut. der Pand. Bd. 40, S. 391—408.

318) L. 94. pr. L. 126. pr. D. de legat. I. L. 41. §. 3. D. de vulg. et pupill. subst. (28. 6.) L. 41. §. 3. D. de testam. milit. (29. 1.)

319) Vgl. Note 22, 23. In L. 41. §. 3. cit. sind die Schlussworte: licet ampla legata reliquerit, auf Vermächtnisse, die dem enterbten Pupillen hinter-

ist ein Erbe des Vaters pupillariter substituirt. In diesem Falle sind die bei der Pupillarsubstitution angeordneten Vermächtnisse als bedingte Vermächtnisse zu betrachten, die dem Pupillarsubstituten eben auch als Erben des Vaters auferlegt seien; die Quarta ist daher, unter Zusammenrechnung dieser und der im väterlichen Testamente selbst angeordneten Vermächtnisse, nach dem Bestande der väterlichen Erbschaft zur Zeit des Todes des Vaters zu berechnen, ohne Rücksicht auf das, was dem oerirten Erben außerdem durch die Erbschaft des Kindes zukommt, und sofern es noch ungewiß ist, ob jene Vermächtnisse wirksam werden, und ob daher durch dieselben das dem Erben des Vaters gebührende Viertel der väterlichen Erbschaft werde geschmälert werden, muß diesem bei Entrichtung der übrigen Legate wegen künftiger Erstattung des Uebermaßes Caution geleistet werden<sup>320</sup>). c) Das Kind ist Erbe des Vaters und demselben ein Anderer, der nicht sein Miterbe ist, substituirt. Hier mögen dem Kinde allein, oder dem Pupillarsubstituten allein, oder beiden Legate auferlegt sein, immer sind alle diese als Vermächtnisse zur Last der väterlichen Erbschaft des Pupillen, theils unbedingte, theils bedingte, aufzufassen und, wenn die Pupillarsubstitution wirksam wird, zusammenzurechnen. Drei Vierteltheile der väterlichen Erbschaft darf der Gesamtbetrag derselben nicht überschreiten, widrigenfalls erleiden alle einen verhältnißmäßigen Abzug; und in Betracht dieser Möglichkeit kann denn auch wieder bei Entrichtung der dem Pupillen selbst auferlegten Legate, wenn gleich diese für sich noch nicht das Maß der Falcidia überschreiten, Caution von Seiten der Empfänger gefordert werden<sup>321</sup>). Aber dabei ist auf den Bestand des Vermögens zur Zeit des Todes des Vaters zu sehen, und indem weder spätere Verminderung noch Vermehrung des Vermögens in Betracht kommt, kann es sich ergeben, daß der Pupillarsubstitut mehr oder weniger als ein Vierteltheil des vorhandenen väterlichen Erbvermögens behält, ja wohl selbst noch anderweitiges Vermögen zur Berichtigung der Vermächtnisse angreifen muß<sup>322</sup>). Sind jedoch mehrere ungleich beschwerte dem Kinde substituirt, so berechnet doch von ihnen wieder nach obiger Regel ein jeder für sich selbstständig seinen Anspruch, wenn gleich alle Vermächtnisse zusammengenommen dem Pupillen selbst noch nicht überlassen würden<sup>323</sup>). d) Der Pupillarsubstitut ist zugleich mit dem Kinde zum Erben des Vaters eingesetzt, und erbt auch wirklich in beiden Eigen-

lassen sind, zu beziehen, ungeachtet welcher die dem Pupillarsubstituten desselben auferlegten Fideicommissie nach L. 24. C. de legat. ungiltig sein sollen (Note 31). Der Verfasser jener Stelle aber wollte in diesem Falle wohl nur die Legate, nicht auch Fideicommissie für ungiltig erklären.

320) L. 10. 11. §. 8. Cf. L. 1. §. 12. D. h. t.

321) L. 1. §. 12. L. 31. D. h. t. L. 1. pr. §. 1. D. si cui plus. (35. 3.)

322) L. 79. L. 11. §. 5. D. h. t. v. b. Pfordten a. a. D. S. 83 flg. Hoffmann a. a. D. S. 345 flg.; zum Theil unrichtige Sätze hat Mühlenbruch a. a. D. Bb. 40, S. 399 flg.

323) L. 11. §. 6. L. 80. pr. D. h. t. und darüber v. b. Pfordten a. a. D. S. 47 flg. Hoffmann a. a. D. S. 348 flg. Wangerow a. a. D. S. 477 flg.

schaften, so daß er also theils unmittelbar, theils mittelbar einen zweifachen Theil der väterlichen Erbschaft erlangt. Für diesen Fall ist vorerst klar ausgesprochen, daß der Pupillarsubstitut die dem Pupillen selbst auferlegten Legate, die er eben nur als dessen Erben schuldet, nicht in höherem Maße zu entrichten braucht, als dieser selbst, daß er also jedenfalls denselben, wenn der Pupill schon überschwert war, eben so viel abzuziehen berechtigt ist, als dieser, wenn gleich der Institutionserbtheil des Pupillarsubstituten gar nicht oder nur wenig belastet ist<sup>324</sup>). Abgesehen davon kann der Pupillarsubstitut keinen Anspruch machen, im Ganzen mehr von der väterlichen Erbschaft zu bekommen, als ein Viertel von seinem eigenen Erbtheile und ein Viertel von dem Erbtheile des Pupillen, als bildeten beide einen Erbtheil, bereits wiederum nach dem Zeitpunkte des Todes berechnet. War also derselbe als Institutus bereits mit Vermächtnissen überschwert, so gereicht es seinen Legatarien zum Vortheil, wenn der Erbtheil des Pupillen gar nicht oder zu weniger als drei Viertel beschwert ist<sup>325</sup>), und ebenso muß er auch, wenn er in seiner Eigenschaft als Substitut (secundis tabulis) überlastet ist, den unmittelbar erhaltenen Theil der väterlichen Erbschaft mit in Anschlag bringen<sup>326</sup>). Dabei sind aber auch die verschiedenen Vermächtnisse, sie mögen dem Pupillen oder dem Pupillarsubstituten, und zwar diesem als solchem oder als Institutirtem, auferlegt sein, auf gleiche Linie zu stellen, als ob sie alle, theils unbedingt, theils bedingt, schon durch das väterliche Testament auf die Erbschaft des Vaters gelegt waren<sup>327</sup>), nur mit der Ausnahme, daß die dem Pupillen auferlegten Legate keine Erhöhung erfahren können, während sie allerdings durch das Zusammentreffen mit den übrigen Vermächtnissen eine Minderung erleiden, wenn sie für sich allein den pupillarischen Erbtheil gar nicht überlasten oder doch in geringerem Maße, als die beiden combinirten Erbtheile durch die sämmtlichen Vermächtnisse (primis et secundis tabulis) überlastet sind<sup>328</sup>).

6) Es ist Jemand von demselben Vater mehreren zu Erben eingesetzten Kindern pupillariter substituirt worden und wird in Folge dessen wirklich deren Erbe. In diesem Falle muß der Substitut mit einem Viertel der ganzen Erbschaft des Vaters zufrieden sein, wenn die sämmtlichen ihm selbst und den Pupillen auferlegten Vermächtnisse drei Viertel oder mehr ausmachen, und die Quarta wird von diesen Vermächtnissen gleichmäßig abgezogen<sup>329</sup>). Jedoch muß auch hier conse-

324) L. 87. §. 4. D. h. t. Cf. L. 11. §. 7. *ibid.*

325) L. 87. §. 5. D. h. t.

326) L. 41. §. 6. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

327) L. 41. §. 6. L. 87. §. 5. 8. D. h. t.

328) Die vorliegende Frage ist auch jetzt noch sehr streitig. In den Re-sultaten übereinstimmend mit dem Obigen ist Hoffmann, a. a. D. S. 363—370, 386—389, etwas abweichend Wangerow, a. a. D. S. 481 fig., wesentlich abweichend v. b. Pfordten, a. a. D. S. 73 fig. Zur Prüfung dieser verschiedenen Meinungen wäre eine ausführlichere exegetische Erörterung erforderlich, als hier am Platze wäre.

329) L. 14. §. 2. D. h. t.



quent festgehalten werden, daß der Substitut die dem einen oder anderen Pupillen selbst auferlegten Legate, nachdem dieser Erbe geworden, nur so weit anzuerkennen braucht, als dieser selbst dazu verpflichtet gewesen<sup>330</sup>). Auch muß man den Fall unterscheiden, wenn Jemand nur dem leztlebenden von mehreren Pupillen substituiert worden ist. Dieser beerbt nämlich — wenn nicht etwa beide gleichzeitig sterben<sup>331</sup>) — nur einen Pupillen als Substitut, nämlich den zuletzt sterbenden, und nur von dessen pupillarischer Erbschaft kann nach den oben entwickelten Grundsätzen die Quarta berechnet werden. Ist auch der väterliche Erbtheil des anderen Pupillen, durch Leerung desselben, in die Erbschaft des überlebenden übergegangen, so kommt dieser doch nun bei der Berechnung der Falcidia nicht in Betracht, und die dem Substituten für den anderen Substitutionsfall auferlegten Legate sind ungiltig; die dem erstverstorbenen Pupillen auferlegten aber braucht der Substitut als Erbe des Erben desselben natürlich nur, so weit sie für ihn selbst giltig waren, anzuerkennen<sup>332</sup>).

Zuletzt ist noch eine Reihe von Fällen zu erwähnen, in welchen der Abzug der falcidischen Quarta nicht stattfindet. Er ist, ungeachtet wirklicher Ueberlastung mit Legaten, völlig ausgeschlossen 1) bei den in einem Soldatentestamente oder Codicill hinterlassenen Vermächtnissen<sup>333</sup>). 2) Wenn der Erblasser den Abzug untersagt. Dies war nach älterem Rechte unwirksam. Justinian aber hat es für zulässig und wirksam erklärt<sup>334</sup>). Es ist dazu nicht gerade ein ausdrücklich erklärtes Verbot erforderlich, wenn nur der Wille, die Falcidia auszuschließen, deutlich an den Tag gelegt wird; aber verwerflich ist auch die Meinung, daß es schon genüge, wenn nur aus der Verfügung hervorgehe, daß der Erblasser über den Bestand seines verfügbaren Vermögens nicht irre, und daß nun bei einem Fideicommiss der ganzen Erbschaft, da hier ein solcher Irthum undenkbar sei, der Abzug der Quarta gar nicht mehr stattfinden könne<sup>335</sup>). 3) Wenn der Erbe auf sein Recht verzichtet; es sei nun, daß er wirklich die Vermächtnisse ganz auszahlt oder auch nur dieselben ohne Abzug auszuführen verspricht<sup>336</sup>). Es soll sogar als ein stillschweigender Verzicht in Ansehung aller Vermächtnisse gelten, wenn der Erbe auch nur einigen Vermächtnisnehmern wirklich und ohne Vorbehalt das Ganze

330) Vgl. Note 324. Vgl. Hoffmann a. a. D. S. 356 fig. Abweichend v. d. Pfordten a. a. D. S. 89 fig.

331) L. 9. pr. D. de reb. dub.

332) L. 14. §. 3. D. h. t. L. 42. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

333) L. 7. C. h. t. L. 12. C. de test. milit. (6. 21.) L. 3. §. 1. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Cf. L. 17. §. 4. L. 18. D. de test. milit. (29. 1.) L. 17. 92. 96. D. h. t.

334) Nov. 1. cap. 2. §. 2. Auth. sed quum testator. Cf. L. 27. D. h. t.

335) So gegen die herrschende Meinung Marzoll, in Edhr's Mag. IV. S. 354 fig. Dagegen Wangerow a. a. D. II. S. 503 fig.

336) L. 19. C. h. t. L. 46. 71. D. h. t. L. 20. §. 1. D. de donat. (39. 5.) Vgl. Note 277. Unwirksam ist ein solches Versprechen bei Lebzeiten des Erblassers nach L. 15. §. 1. D. h. t.

entrichtet hat, so daß er alsdann auch den übrigen Vermächtnissen keinen Abzug machen kann<sup>337</sup>). 4) Wenn der Erbe die Errichtung eines gehörigen Inventars versäumt<sup>338</sup>).

Außerdem kann auch aus verschiedenen Gründen bloß bei einzelnen Vermächtnissen der Abzug der Falcidia ausgeschlossen sein, und zwar 1) bloß zum Nachtheile des Erben, so daß dieser nicht etwa deshalb anderen Vermächtnissen mehr abzuziehen berechtigt ist. Dies ist der Fall, wenn der Erblasser es also verordnet hat<sup>339</sup>); wenn der Erbe nur in Ansehung einzelner Vermächtnisse darauf verzichtet hat<sup>340</sup>), und wenn der Erbe böswillig einzelne Vermächtnisse zu vereiteln suchte<sup>341</sup>). 2) Zum Nachtheile der übrigen Vermächtnisnehmer, so daß diese einen so viel stärkeren Abzug erleiden, damit der Erbe das volle Viertheil der Erbschaft oder seines Erbtheiles erhalte. Auch dieses kann der Erblasser anordnen, und zwar war dies schon nach älterem Rechte zulässig<sup>342</sup>). 3) So daß das einzelne Vermächtniß gleich einer Schuld von dem Vermögen vorabgezogen wird, was denn sowohl dem Erben als den übrigen Vermächtnisnehmern zum Nachtheile sein kann. Dies kann ebenfalls wieder auf einer Anordnung des Erblassers beruhen; nach Rechtsvorschrift aber findet es statt bei dem Vermächtnisse, welches die Zuwendung oder Ergänzung des Pflichttheiles, dem auch der gesetzliche Erbtheil der dürftigen Wittwe gleichsteht, bezweckt<sup>343</sup>), und bei dem Vermächtnisse zu milden Zwecken<sup>344</sup>), dann auch, wenn der Frau vom Manne Sachen hinterlassen werden, die nur ihretwegen angeschafft waren<sup>345</sup>). Von selbst aber versteht sich, daß auch bei solchen Vermächtnissen von dem Abzuge keine Rede sein könne, welche dem Legatar nichts mehr gewähren, als er ohnehin fordern könnte, wie bei dem Vermächtnisse einer Schuld, wenn es dem Gläubiger nicht wenigstens den Vortheil des Interusuriums gewährt<sup>346</sup>), so wie bei dem Vermächtnisse solcher Gegenstände, die für den Erben keinen Vermögens-

337) Nov. 1. cap. 3. Anders versteht dieses Gesetz Rosshirt a. a. D. I. S. 586, Note 4. Bekommt derselbe Legatar verschiedene Vermächtnisse, so kann nach voller Auszahlung des einen von dem anderen auch für jenes der gesetzliche Abzug zurückgehalten werden. L. 16. pr. D. h. t. Daher kann hier jene Auszahlung noch nicht die obige Wirkung haben. Vgl. auch L. 15. §. 2. D. h. t. Wangerow a. a. D. S. 506.

338) L. 22. §. 14. C. de iure delib. (6. 30.) Nov. 1. cap. 2. Bei dem Universalfideicommiss insbesondre fällt der Abzug auch weg, wenn der Erbe gezwungen angetreten hat. Vgl. dieses Werk Bd. IV, S. 288 flg.

339) S. Note 334.

340) S. Note 336, 337, 277.

341) L. 59. pr. D. h. t.

342) L. 88. pr. §. 2. D. h. t.

Man bezieht darauf gewöhnlich auch L. 64. D. h. t., aber diese Stelle wird wohl richtiger von dem Falle verstanden, wenn der Erbe Alles, was er über die Quarta hat, einem Vermächtnisse noch zulegen soll. Vgl. Wangerow a. a. D. S. 503.

343) L. 87. §. 4. D. de legat. I. S. Note 291, 292.

344) Nov. 131. cap. 12.

345) L. 81. §. 2. D. h. t.

346) L. 28. §. 1. D. de legat. I. L. 57. 81. §. 1. D. h. t. Cf. L. 1. §. 10. ibid. L. 1. §. 12. D. de dote praeleg. (93. 4.)

wertb haben und von denen sich daher die Quarta gar nicht berechnen läßt<sup>347</sup>).

In zwei Fällen wird die Quarta, zu deren Abzug der Erbe den Legatarien gegenüber berechtigt wäre, dem Fiscus zugesprochen. Wenn nämlich der Erbe Sachen der Erbschaft entwendet hat, so wird ihm so viel, wie der den Vermächtnissen zu machende Abzug wegen des Vermögenswerthes jener Sachen mehr beträgt, als wenn sie nicht zur Erbschaft gehörten, dem Erben zum Vortheile des Fiscus entzogen<sup>348</sup>). Und wenn der Erbe ein tacitum fideicommissum übernommen hat, so wird ihm ebenso die Quarta von demselben, wie dem Fideicommissar selbst das Fideicommiss entzogen<sup>349</sup>).

So viel von den allgemeinen Grundsätzen über Vermächtnisse. Wir müssen jetzt noch

II. einzelne Arten von Vermächtnissen insbesondere näher betrachten. Die wichtigste Unterscheidung ist die zwischen Universalvermächtnissen und Singularvermächtnissen, je nachdem nämlich die ganze Erbschaft oder doch ein aliquoter Theil der Erbschaft den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, oder sonst ein Vermögensvortheil dem Legatar zugedacht ist. Von Universalfideicommissen ist aber schon in einem besonderen Artikel gehandelt worden<sup>350</sup>), und soll daher hier nur noch die streitige Frage berührt werden, inwiefern neben demselben im Justinianischen Rechte noch ein Vermächtniß der Theilung der Erbschaft (legata partitio) mit eigenthümlichen Wirkungen anzuerkennen sei? Nach älterem Rechte konnte durch ein Damnationslegat unter anderem dem Erben auch aufgegeben werden, die Erbschaft nach gewissem Verhältnisse mit einem Anderen zu theilen<sup>351</sup>). Daraus entstand für diesen (legatarius partiarus) eine Forderung darauf, daß ihm der Erbe zu dem festgesetzten Theile, jedoch nach der Lex Falcidia nicht über  $\frac{1}{4}$ , das Vermögen der Erbschaft übertrage und also die einzelnen Vermögensobjecte gemeinschaftlich mache, wobei aber natürlich nach gleichem Verhältnisse auch die Schulden und Lasten der Erbschaft auf Beide repartirt werden mußten<sup>352</sup>), und wobei auch diejenigen vermögensrechtlichen Verhältnisse mit in Betracht kamen, welche zwischen dem Erblasser und dem Erben oder dem Legatar bestanden hatten<sup>353</sup>). Zur Regulirung des

347) L. 15. C. h. t. Mühlenbruch, Lehrb. §. 761, Note 2, versteht diese Stelle von dem Vermächtnisse des Sutsinventars, das zu einem vermachten Grundstücke gehört (instrumentum fundi); vgl. auch Puchta, Lehrb. §. 540, Note c.; aber sie ist gewiß nur von dem Vermächtnisse der das Grundstück betreffenden Erwerburlunden zu verstehen.

348) L. 6. D. de his quae ut indign. (34. 9.) L. 24. pr. Cf. L. 68. §. 1. D. h. t.

349) L. 11. D. de his quae ut indign. (34. 9.) L. 13. L. 59. §. 1. D. h. t. L. 3. C. h. t. L. 49. D. de iure fisci. (49. 14.) Vgl. dieses Werk Bb. IV, §. 60.

350) Vgl. dieses Werk Bb. IV, §. 286—295.

351) Ulp. XXIV. 25. L. 15. pr. D. de legat. I.

352) Cf. L. 23. D. de legat. I. L. 8. §. 5. L. 9. D. de legat. II.

353) L. 104. §. 7. D. de legat. I.

gegenseitigen Rechtsverhältnisses zwischen dem onerirten Erben und einem solchen Legatar waren sogen. *stipulationes partis et pro parte* üblich, zu dem Zwecke, *ut lucrum et damnum pro rata parte inter eos commune esset*<sup>354</sup>). Indessen hatte der Erbe es auch in seiner Gewalt, anstatt dem Legatar alle einzelnen Sachen der Erbschaft mitzutheilen, denselben durch Auszahlung des Geldwerthes seines Antheiles abzufinden, und dieses war zumal bei solchen Gegenständen, die sich nicht füglich wahrhaft theilen ließen, das angemessenste Verfahren<sup>355</sup>). Nun hat aber Justinian den Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen aufgehoben, und deshalb hat man denn behauptet, daß nun jedes Legat dieser Art die Natur und Wirkung eines Universal-fideicommisses habe und dasselbe als eine von diesem verschiedene Art des Vermächtnisses nicht mehr vorkomme<sup>356</sup>). Diese Ansicht wird auch sehr scheinbar unterstützt durch die Art und Weise, wie die Justinianischen Institutionen davon reden<sup>357</sup>). Allein man übersieht dabei, daß es in der That ganz unpractisch wäre, dem Erblasser die Möglichkeit eines solchen Vermächtnisses mit den Wirkungen der alten *partitio legata* ganz zu entziehen; denn es kann ja sehr wohl dem Erblasser angemessen scheinen, Jemandem ein Legat nach Proportion des Vermögens, das er hinterlassen werde, zu bestimmen, während er ihn doch nicht, wie es die rechtliche Folge des Universal-fideicommisses ist, gewissermaßen als Miterben neben dem eigentlichen Erben stellen will, es sei nun aus Rücksicht auf diesen, damit er allein die Erbschaft als solche zu vertreten habe, oder auch aus Rücksicht auf jenen, damit er ohne die Beschwerde und Verantwortlichkeit des Erben den bestimmten Antheil von dem Vermögensbetrage der Erbschaft erhalte<sup>358</sup>). Warum sollte dieß dem Erblasser nicht gestattet sein? Daß es wirklich nicht die Absicht der Justinianischen Rechtsbücher war, es ganz auszuschließen, beweist die Aufnahme einer Reihe von Stellen, in welchen, vielleicht sogar durch absichtliche Zusätze, die eigenthümlichen Wirkungen des sogen. *legatum partitionis* mit aller Bestimmtheit als noch practisch bezeichnet werden<sup>359</sup>). Wir müssen also vielmehr der auch von jeher vorherrschenden Ansicht beistimmen, welche dasselbe noch als eine eigene Art des Vermächtnisses anerkennt. Nur kann es nach Justi-

354) Cai. II. 254. Ulp. XXV. 15.

355) L. 26. §. 2. L. 27. D. de legat. I. Cf. L. 32. §. 8. D. de usu legato. (33. 2.)

356) So unter den Neueren z. B. Edhr, im Rag. IV. S. 94 flg. Puchta, Lehrb. §. 544, Note v. Vgl. dieses Werk B. IV, S. 289.

357) §. 5. J. de fideicommiss. hered. (2. 23.): *Cui pars bonorum legabatur — quae species legati partitio vocabatur — quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem, u. s. w.*

358) Cf. L. 39. pr. D. de vulg. et prop. subst. (28. 6.)

359) Vgl. Note 51—53, 55, 58. Der Zusatz L. 23. D. cit.: *ut hodie fit, und in L. 22. §. 5. D. ad SC. Trebell. (36. 1.): legari enim posse etiam portionem hereditatis placet nobis, sieht ganz aus, wie eine Interpolation, die andeuten sollte, daß das *legatum partitionis* nicht schlechthin antiquirt sei. Denn daß Paulus und Ulpian dieß zu bemerken nöthig gefunden, ist gewiß unwahrscheinlich.*



nianischem Rechte nicht mehr auf die Form des Legates oder Fideicommisses als das entscheidende Merkmal ankommen, sondern nur darauf, ob jene Absicht des Erblassers sich deutlich zu erkennen gebe (wofür jedoch bei den Römern der Gebrauch der Legatsformel wohl als ein Zeichen gelten konnte); denn im Zweifel ist sonst jedes Vermächtniß eines Theiles der Erbschaft jetzt als Universal-fideicommiss zu behandeln<sup>360</sup>).

Was nun die Singularvermächtnisse angeht, so sind insbesondere hervorzuheben:

A. Vermächtnisse, welche dem Legatar das Eigenthum bestimmter einzelner Sachen gewähren sollen (sogen. *legatum speciei*). Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Die Sache gehört zur Erbschaft. Alsdann geht das Eigenthum unmittelbar auf den Legatar über, als ihm von dem Erblasser selbst übertragen<sup>361</sup>). Er kann die Sache vindiciren<sup>362</sup>). Die Proculianer zwar waren in Beziehung auf das Vindicationslegat der Meinung, daß der Legatar erst durch erklärte Annahme des Vermächtnisses das Eigenthum erwerbe, und diese Meinung schien dem *Cajus* sogar durch eine Constitution des *Divus Pius* bestätigt zu sein<sup>363</sup>). Aber das Uebergewicht blieb der Ansicht der Sabinianischen Schule, nach welcher der Legatar selbst ohne Wissen und Willen das Eigenthum erwirbt<sup>364</sup>), und nur dann, wenn er das Legat ausschlägt, so angesehen wird, als ob er das Eigenthum nie erworben hätte<sup>365</sup>). In einer Stelle des Justinianischen Rechtes könnte man zwar eine Billigung der Proculianischen Ansicht finden, indem sie dem Legatar die *legis Aquiliae actio* wegen des ihm vermachten Sklaven abspricht, wenn er das Legat erst nach geschעהner

360) *Roßhirt a. a. O. I. S. 132—147. Mühlenbruch, Lehrb. §. 745, Note 2.* In der That übereinstimmend sind auch *Marezoll, Zeitschr. IX. S. 268 fig. Wangerow, Pand. II. S. 562—564. Wening-Ingenheim, Lehrb., 5. Ausg., §. 542*, obgleich sie gegen die erstgenannten Schriftsteller polemisiren.

361) *L. 64. in f. D. de furtis. (47. 2.) L. 80. D. de legat. II. Cf. L. 81. §. 6. D. de legat. I.*

362) *L. 1. Cod. commun. de legat. (6. 43.) §. 2. J. de legat. (2. 20.) Cf. L. 84. §. 13. D. de legat. I.*

363) *Cai. II. 195.* In der That berührte die Constitution diese Streitfrage nicht; denn wenn Antonin in Beziehung auf ein einer Colonie hinterlassenes Vindicationslegat gesagt hatte: *deliberent decuriones, an ad se velit pertinere, proinde ac si uni legatus esset*, so lag das Bedeutende nur in der Anerkennung der Gültigkeit des Legates und des Beschlusses der Decurionen, als der Repräsentanten der Colonie, über Annahme oder Ablehnung desselben, wovon ja auch nach der Sabinianischen Ansicht die Rede sein konnte.

364) *L. 80. cit. (Papinian.) L. 81. §. 6. cit. (Julian.)* Die letzte Stelle erklärt, wenn der Legatar, ohne den Anfall des Legates zu wissen, gestorben sei und die Sache einem Anderen vermacht habe, so könne dieser letzte vindiciren, was voraussetzt, daß die Sache als schon dem ersten erworben betrachtet wird. *Vgl. L. 44. §. 1. D. de legat. I. (Ulpian.)*

365) *L. 38. §. 1. D. de legat. I. (Pompon.) L. 86. §. 2. D. ibid. (Julian.)*

Tödtung desselben annimmt<sup>366</sup>); aber nach der Lesart der Haloandrischen und Vulgatausgaben<sup>367</sup>) ergibt dieselbe Stelle gerade das entgegengesetzte Resultat, und diese Lesart ist eben deswegen vorzuziehen<sup>368</sup>), um so mehr, da auf die Autorität des Julian Bezug genommen wird, welcher entschieden (der Sabinianischen Ansicht huldigte, und da auch in einer anderen Stelle klar angedeutet wird, daß wegen der nach Antretung der Erbschaft geschehenen Tödtung dem Legatar die actio legis Aquiliae, gegen den Erben selbst wie gegen einen Dritten, zustehe<sup>369</sup>). Jener Eigenthümerwerb, und somit die Möglichkeit der vindication, tritt jedoch nicht eher ein, als bis dies legati codit et venit<sup>370</sup>); daher bei unbedingten Legaten jedenfalls nicht vor Antretung der Erbschaft<sup>371</sup>), bei bedingten Legaten natürlich nicht vor Erfüllung der Bedingung<sup>372</sup>); und auch darüber bestand dann wieder eine Streitfrage unter den Juristenschulen, wer inzwischen Eigenthümer der Sache sei, indem die Sabinianer nach Antretung der Erbschaft einstweilen dem Erben das Eigenthum beilegen, während die Proculianer die Sache so lange als Niemandem zugehörig betrachteten<sup>373</sup>); aber auch hier ist der Sabinianischen Ansicht der Sieg geblieben<sup>374</sup>). Jedenfalls wird jedoch durch die Verfügungen, welche der Erbe inzwischen in Ansehung der Sache vornimmt, das Recht des Legatars nicht beeinträchtigt; vielmehr kann dieser, falls das Legat in Wirksamkeit tritt, die Sache gegen jeden vindiciren, als ob das Eigenthum unmittelbar vom Erblasser auf ihn übergegangen wäre, und alle Rechte, welche der Erbe Anderen an der Sache eingeräumt hat, werden von selbst rescindirt<sup>375</sup>). Nach Justinian's Verordnung soll zudem in

366) L. 13. §. 3. D. ad leg. Aquil. (9. 2.): Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliae actionem legatario, si non post mortem servi agnovit legatum; quodsi repudiavit, consequens esse ait Julianus dicere, heredi competere.

367) Sie lautet, mit Weglassung der Negation: si post mortem servi agnovit legatum.

368) Man entgegne nicht, es müßte dann heißen: etsi oder licet post mortem servi agnovit legatum, weil man sonst glauben sollte, daß der Legatar, wenn er schon vor der Tödtung das Legat angenommen hatte, die Aquilische Klage nicht habe. Denn daß sie in diesem Falle ihm zustehe, war unzweifelhaft, weil er dann ja nach Aller Meinung Eigenthümer geworden war; §. 3. cit. setzt gerade einen Fall voraus, wo Annahme oder Ablehnung des Legates noch unentschieden war, und bestimmt nun die rechtlichen Folgen, wenn nachher (post mortem servi) der Legatar annimmt oder ablehnt.

369) L. 7. §. 5. D. de dolo malo. (4. 3.): Item si servum legatum heres ante aditam hereditatem occiderit, quoniam prius quam factus sit legatarii, interemptus est, cessat legis Aquiliae actio.

370) L. 45. §. 1. D. de legat. II.

371) Cai. II. 194. L. 69. pr. D. de legat. I. Cf. L. 13. §. 3. L. 7. §. 5. cit. L. 26. D. de usu leg. (93. 2.) L. 38. D. de legat. II.

372) L. 45. §. 1. cit. L. 66. D. de rei vind. (6. 1.)

373) Cai. II. 200.

374) L. 66. cit. L. 12. §. 2. D. fam. ercisc. (10. 2.) L. 1. §. 4. D. de SC. Silan. (29. 5.)

375) L. 69. §. 1. D. de legat. I. L. 105. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 11. §. 1. D. quemadm. servitut. amitt. (8. 6.) Cf. L. 16. 17. D. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4.) — L. 81. pr. 82. pr. D. de legat. I.

Folge der vom Erben vorgenommenen Veräußerung dem Legatar auch keine Berufung auf ordentliche Erßbung (*usucapio vel longi temporis praescriptio*) im Wege stehen<sup>376</sup>). Dem vindicirenden Legatar gebühren dann auch die Früchte der Sache nach den bei der Eigenthumsklage geltenden Grundsätzen, von der Zeit an, da ihm das Eigenthum erworben war; denn bis dahin fallen sie im Zweifel dem Erben zu<sup>377</sup>). Auch vindicirt er zugleich dasjenige, was zu der vermachten Sache entweder von Rechtswegen (z. B. *alluvio, insula in flumine nata*) oder durch Bestimmung des Erblassers als Zuwachs hinzugekommen oder als Pertinenz der Hauptsache zu betrachten ist<sup>377a</sup>). Er muß sich dagegen auch die auf der Sache haftenden Lasten und Rechte anderer Personen in der Regel gefallen lassen<sup>377b</sup>), und auch die dem Onerirten selbst zustehenden Servituten anerkennen oder wiederherstellen<sup>378</sup>). Wenn aber das Eigenthum des Erblassers durch *Ususfructus* beschränkt war — und dasselbe muß auch bei anderen persönlichen Servituten und noch viel mehr bei der *Emphyteuse* und *Superficies* gelten —, so treten gleiche Rücksichten ein, als wenn eine dem Erblasser nicht gehörende Sache vermacht ist. Den ihm selbst zustehenden *Ususfructus* kann der Onerirte gegen den Legatar nicht ferner geltend machen<sup>379</sup>), und wenn einem Dritten der *Ususfructus* zusteht, so muß, falls der Erblasser das Recht kannte und nicht einen anderen Willen an den Tag legt, der onerirte Erbe den *Ususfructus* ablösen oder dessen Werth dem Legatar ersetzen<sup>380</sup>). Ebenso muß auch das auf der Sache haftende Pfandrecht, wenn es dem Erblasser bekannt war — was der Legatar zu beweisen hat — in der Regel durch den Erben abgelöst werden, wozu derselbe im anderen Falle nur

376) L. 3. §. 2. 3. *Cod. commun. de legat.* (6. 43.) Man hat in dieser Verordnung Justinian's, die etwas später ist, als L. 1. C. *ibid.*, den Beweis finden wollen, daß durch die letzte Constitution dem Legatar noch nicht wahres Eigenthum an der vermachten Sache gegeben worden sei, indem sonst das Verbot der Veräußerung durch den Erben keinen Sinn gehabt hätte. *Marrezoll, Zeitschr.* IX. S. 291 flg., und dieses Werk Bd. IV, S. 285. Allein Justinian drückt es deutlich genug aus, daß diese Unzulässigkeit der Veräußerung bei unbedingten Legaten eine natürliche Folge des nach L. 1. cit. eintretenden Eigenthumsverwerbes sei — *quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alio posse transferre etc.* — und so erklärt er auch von bedingten Legaten nur, was nach Pandektenrechte schon bei dem bedingten *Vindicationslegat*e galt. Was er eigentlich Neues verordnet, besteht nur in der Ausschließung der Verjährung, falls der Erbe dennoch die Sache veräußert hat.

377) L. 42. D. de *usur.* (22. 1.) L. 32. §. 1. D. de *legat. II.* Cf. L. 43. §. 3. D. *ibid.* L. 3. §. 3. D. de *usur.*

377a) L. 24. §. 2. D. de *legat. I.* L. 39. D. de *legat. II.* L. 16. 91. §. 3—6. D. de *legat. III.* — Cf. L. 44. 86. *ibid.*

377b) L. 45. §. 2. D. de *legat. I.* Cf. L. 69. §. 3. *ibid.*: *Quodsi (fundus) ita legatus sit: uti optimus maximusque, liber praestandus est.*

378) L. 116. §. 4. D. de *legat. I.* L. 18. D. de *servitut.* (8. 1.)

379) L. 26. 76. §. 2. D. de *legat. II.* Vgl. *Rosshirt a. a. D. II.* S. 154 flg.

380) L. 66. §. 6. D. de *legat. II.*

dann verpflichtet ist, wenn aus besonderen Umständen sich ergibt, daß der Erblasser dem Legatar die Sache jedenfalls frei von solcher Belastung zugebacht habe<sup>381</sup>). Ist die vermachte Sache dem Legatar selbst verpfändet, so erlischt das Pfandrecht von selbst durch confusio; die Forderung aber bleibt bestehen, wenn nicht der Erblasser dieselbe durch das Vermächtniß zu decken Willens war<sup>382</sup>); daß aber der Erbe auch verpflichtet sei, dem Legatar eine andere Sicherheit für seine Schuldforderung zu bestellen oder dieselbe zu bezahlen, wenn gleich ein Dritter der Schuldner ist, das läßt sich nicht behaupten<sup>383</sup>). — Uebrigens ist das Vermächtniß einer Sache des Erblassers auch vollkommen wirksam, wenn gleich dieser dieselbe für eine fremde gehalten<sup>384</sup>).

2) Die Sache gehört dem Dnerirten. Alsdann ist das Vermächtniß zu erfüllen, wenn auch der Erblasser dieselbe für seine eigene gehalten hat<sup>385</sup>).

3) Die Sache gehört einem Dritten. Hat diese der Erblasser als eigene Sache vermacht, so kann wohl der rechtmäßige Erwerb derselben dem Legatar Usucapionsbesitz gewähren<sup>386</sup>) und zwar, falls auch der Erblasser in bona fide war, mit Zurechnung der Besitzzeit desselben<sup>387</sup>), so wie ihm auch geradezu die dem Erblasser zugestandene Publiciana actio in Ansehung der Sache zuzusprechen ist<sup>388</sup>); aber er kann nicht vom Dnerirten die Gewährung des Eigenthums oder Ersatz des Werthes verlangen<sup>389</sup>), und daher auch wegen Eviction der Sache denselben nicht in Anspruch nehmen<sup>390</sup>), es möchte denn durch besondere Umstände, z. B. durch nahe Verwandtschaft des Legatars mit dem Erblasser, dargethan werden, daß der Erblasser gewiß dieselbe Sache oder einen entsprechenden Werthbetrag dem Legatar vermacht haben würde, wenn er auch gewußt hätte, daß jene ihm nicht gehöre<sup>391</sup>). Wenn dagegen der Erblasser wußte, daß die Sache eine fremde sei, was der Legatar erweisen muß, so ist das Vermächtniß vollkommen gültig und begründet die persönliche Ver-

381) §. 5. J. de legat. L. 21. D. de probat. (22. 3.) L. 6. C. de fideicomm. (6. 42.) L. 57. D. de legat. I., und über diese letzte Stelle namentlich Mühlenbruch, im civ. Arch. XV. 18. Roßhirt a. a. D. II. S. 165 flg.

382) L. 85. D. de legat. II.

383) Roßhirt, a. a. D. II. S. 159, behauptet es mit Bezugnahme auf Pauli sentt. III. 6. §. 8.: Si res obligata creditorum, cuius causam testator non ignoravit, per damnationem legata sit, luitio ad heredis sollicitudinem spectat. Aber der Dativus creditorum gehört hier zu dem Abiectiv obligata, so wie das Relativum cuius zu dem Subjectum res obligata, und es ist also hier keine Rede davon, daß die Sache dem Pfandgläubiger selbst vermacht sei.

384) §. 11. J. de legat.

385) L. 67. §. 8. D. de legat. II.

386) Tit. Dig. pro legato. (41. 8.)

387) L. 14. §. 1. D. de usucap. (41. 3.)

388) L. 1. §. 2. D. de Publ. act. (6. 2.)

389) L. 67. §. 8. D. de legat. I.

390) L. 77. §. 8. D. de legat. II.

391) L. 10. C. de legat. (6. 37.) Cf. L. 6. C. de fideicomm. (6. 42.) — L. 72. D. ad SC. Trebell, (36. 1.)



pflichtung des Dneriten, dem Legatar die Sache selbst zu verschaffen oder, wo ihm dieses ohne unbillige Beschwerde nicht möglich ist, wenigstens den Werth derselben zu geben<sup>392</sup>), welche Verpflichtung aber durch eintretende absolute Unmöglichkeit der Erfüllung, vorausgesetzt, daß der Verpflichtete nicht in Schuld oder Verzug ist, aufgehoben wird<sup>393</sup>). Ist die Sache nur zum Theil eine fremde, zum Theil dem Erblasser gehörig, während die Verfügung die ganze Sache umfaßt, so gilt in Ansehung des fremden Antheiles dasselbe, wie sonst in Ansehung einer ganzen fremden Sache<sup>394</sup>). Wenn übrigens die Sache zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses dem Erblasser gehörte, nachher aber von demselben veräußert ist, so gilt dieß in der Regel als Zurücknahme des Vermächtnisses, während umgekehrt dasselbe die volle Wirkung des Legats einer eigenen Sache des Erblassers hat, wenn dieser die ursprünglich fremde Sache später erworben hat.

4) Die Sache gehört dem Legatar selbst. Alsdann ist das Legat unwirksam, weil der Legatar schon hat, was ihm vermöge desselben gegeben werden soll, und nur wenn er die Sache erst nach Errichtung des letzten Willens auf onerose Weise, nicht ex lucrativa causa, und nicht vom Erblasser selbst, erworben hat, kann er Ersatz dafür in Anspruch nehmen<sup>395</sup>). Auch bleibt das Legat nach der Catonianischen Regel ungiltig, wenn gleich der Legatar das zur Zeit der Errichtung ihm zustehende Eigenthum der Sache späterhin verliert, und zur Zeit der Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht mehr Eigenthümer ist<sup>396</sup>), es sei denn die Sache gerade auf den Fall der Veräußerung vor dem Tode des Testators<sup>397</sup>) oder sonst unter einer Bedingung vermacht<sup>398</sup>). Außerdem ist das Vermächtniß der dem Legatar selbst gegenwärtig gehörenden Sache auch noch wirksam a) wenn dieser nur ein rescissibles Eigenthum an der Sache hat; denn alsdann hat es die Bedeutung, daß die Sache dem Legatar gegeben werden soll, wenn er das Eigenthum aus diesem Grunde später verlieren sollte, in welchem Falle es nämlich dem Effecte nach so

392) §. 4. J. de legat. L. 39. §. 7. L. 71. §. 3. D. de legat. I. L. 30. in f. D. de legat. III. Nicht aufgehoben ist dieß durch cap. 5. X. de testam. (3. 26.) Vgl. Püttmann, miscell. cap. 6. Böhmer, ius eccles. III. 26. §. 25.

393) L. 22. §. 2. D. de legat. III. §. 16. J. de legat.

394) L. 5. §. 1. 2. D. de legat. I. L. 30. §. 4. D. de legat. III. Vgl. Note 379.

395) §. 6. cf. §. 9. J. de legat. L. 34. §. 2. D. de legat. I.

396) §. 10. J. de legat. L. 41. §. 2. D. de legat. I. L. 82. §. 2. in f. D. de legat. II. L. 37. pr. D. de legat. III. L. 13. C. de legat. Cf. L. 66. §. 6. in f. D. de legat. II.

397) L. 1. §. 2. D. de regula Caton. (34. 7.) L. 18. D. de legat. II. (beide von Gelsus). Daß noch Gelsus, Civilrecht III. 2. §. 578, der übrigens L. 18. cit. nicht mit anführt, hierin einen unauslöselichen Widerspruch mit den Stellen in Note 396 und nur eine absonderliche nicht entscheidende Meinung des Gelsus findet, ist kaum zu begreifen. Vgl. Harnier, de reg. Cat. p. 72. Arndts, im rhein. Mus. V. §. 207. Wangerow a. a. D. II. §. 444.

398) L. 41. §. 2. cit.: Quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.

anzusehen ist, als ob derselbe schon damals nicht Eigenthümer gewesen wäre, z. B. wenn der Eigenthumswerb des Legatars durch in integrum restitutio des früheren Eigenthümers aufgehoben wird<sup>399</sup>). b) Wenn dem Erblasser oder dem Erben ein dingliches Recht an der Sache zusteht, z. B. der Nießbrauch oder die Emphyteuse oder ein Pfandrecht, indem alsdann die Befreiung von diesem Rechte als Inhalt des Legats erscheint<sup>400</sup>). Dasselbe ist auch dann anzunehmen, wenn ein solches Recht einem Dritten zusteht, jedoch nach den Grundsätzen unter Nr. 2 nur unter der Voraussetzung, daß dieß dem Erblasser bekannt war<sup>401</sup>). c) Wenn der Legatar dem Erblasser oder dem Erben die fragliche Sache zu geben persönlich verpflichtet ist, indem alsdann die Befreiung von dieser Verbindlichkeit oder die Rückgabe der Sache den Inhalt des Vermächtnisses bildet<sup>402</sup>), was, falls dem Erblasser dieses Verhältniß bekannt war, consequent ebenfalls zu behaupten ist, wenn der Legatar einem Dritten gegenüber die gleiche Verbindlichkeit hatte.

B. Vermächtnisse, die eine Gesamtheit von Sachen zum Gegenstande haben, z. B. eine Heerde, eine Bibliothek u. dgl. Dabei können vorerst dieselben Rücksichten eintreten, wie bei dem Vermächtnisse einzelner Sachen (nach A.), insofern eben jene als ein Ganzes aufgefaßt wird. Es kommen aber dabei zugleich die Eigenthümlichkeiten einer universitas rerum in Betracht, und so kann der Legatar in der Regel, wenn nicht eine andere Willensmeinung des Erblassers sich zu erkennen gibt, nur diejenigen, aber auch alle diejenigen Sachen, welche noch zur Zeit des Todes des Erblassers jene Gesamtheit bilden, in Anspruch nehmen<sup>403</sup>). Uebrigens kommt es nicht darauf an, ob der Inbegriff von Sachen schon an sich ein Ganzes darstelle; der Erblasser kann auch nach Belieben eine gewisse Art von Sachen unter einer Collectivbezeichnung zusammenfassen und zum Gegenstande eines Vermächtnisses machen. Es ist hier Sache der Willensauslegung im einzelnen Falle, was unter dem Vermächtnisse zu begreifen sei. Das römische Recht stellt darüber manche Interpretationsregeln auf, die jedoch heutzutage größtentheils nicht mehr anwendbar sind, insofern sie auf römischem Sprachgebrauche beruhen. Dahin ge-

L. 98. D. de cond. et dem. (35. 1.): *Mea res sub conditione legari mihi potest, quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus sed conditionis expletæ spectari oportet.* Daß im Angesichte dieser Stellen und der betreffenden Bemerkung bei Arnolds a. a. D. S. 253 flg. doch Mühlenbruch, Lehrb. §. 741, Note 9. Wenig-Jungenheim a. a. D. §. 456, Note y. Thibaut, System, 8. Aufl., §. 903, noch bloß in dem Falle der Note 397 das Legat für gültig halten, ist, um mit Wangerow, a. a. D. S. 445, zu reden, nimmermehr zu rechtfertigen.

399) L. 82. §. 1. D. de legat. I.

400) L. 71. §. 5. L. 56. §. 4. D. ibid.

401) L. 86. pr. L. 43. §. 3. D. ibid. Cf. L. 66. §. 6. in f. D. de legat. II. und darüber Rosshirt a. a. D. II. S. 162 flg. Wangerow a. a. D. II. S. 445 flg.

402) L. 39. §. 2. D. de legat. I.

403) §. 18. J. de legat. L. 21. D. de legat. I. L. 28. D. quando dies leg. ced. (36. 2.)

hört das Vermächtniß vorhandener Vorräthe an verzehrbaren Sachen, als Getreide, Wein, Del u. dgl.<sup>404</sup>), oder überhaupt an Lebensmitteln<sup>405</sup>), das Vermächtniß der Einrichtung eines Hauses oder Landgutes<sup>406</sup>), des Hausgeräthes<sup>407</sup>), des Gold- und Silbergeräthes, der Puz- und Schmucksachen, der Kleider oder Garderobe<sup>408</sup>), der Mobilien<sup>409</sup>), des Viehstandes oder gewisser Thiergattungen<sup>410</sup>) u. dgl. m.<sup>411</sup>). Ein solcher Inbegriff kann aber auch bloß als Zugabe oder Anhang eines anderen Vermächtnisses vermacht sein, z. B. ein Landgut mit seiner Einrichtung, ein Haus mit dem Hausgeräthe, und dann besteht es auch nur in Verbindung mit dem Hauptvermächtnisse<sup>412</sup>).

C. Das Vermächtniß einer Summe oder Quantität vertretbarer Sachen. Sind vertretbare Sachen, und so auch baares Geld, ohne Bestimmung der Quantität vermacht worden, so beschränkt sich das Vermächtniß nur auf dasjenige, was von der Art Sachen in der Erbschaft sich vorfindet, und fällt unter die vorige Kategorie von Vermächtnissen<sup>413</sup>). Ist aber die Summe oder Quantität bestimmt, so kann der Legatar die Zahlung derselben von dem Dnerirten fordern, wenn gleich in der Erbschaft nichts der Art vorhanden ist<sup>414</sup>), es sei denn, daß die Verfügung des Erblassers eine besondere Beschränkung in dieser Beziehung enthalte<sup>415</sup>). Dabei ist auch die Wahl der Qualität, wenn diese nicht näher bestimmt ist, dem Dnerirten überlassen, der jedoch nicht dem offenbaren Willen des Erblassers zuwider den Legatar verkürzen darf<sup>416</sup>).

D. Das Vermächtniß einer Rente oder terminweiser Einkünfte, z. B. einer jährlichen Rente (*annuum legatum*)<sup>417</sup>). Dieß besteht darin, daß dem Legatar nach gewissen Zeitfristen allemal eine bestimmte Summe oder Quantität ausgezahlt werden soll, wobei der Erblasser sowohl die Länge der einzelnen Fristen (nach Wochen, Monaten, Jahren), als auch die Dauer des ganzen Anspruches, die sich sonst im Zweifel auf Lebenszeit des Vermächtnißnehmers erstreckt<sup>418</sup>), nach Belieben bestimmen kann. Ein solches Vermächtniß nun ist nicht ein Vermächtniß, sondern löst

404) Dig. de tritico, vino vel oleo legato. (33. 6.)

405) Dig. de penu legata. (33. 9.)

406) Dig. de instructo vel instrumento legato. (33. 7.)

407) Dig. de supellectile legata. (33. 10.)

408) Dig. de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et status legatis. (34. 2.)

409) L. 79. §. 1. D. de legat III.

410) L. 65. §. 4. — L. 66. L. 81. §. 1—3. D. de legat. III.

411) Vgl. überhaupt Rosshirt a. a. D. II. S. 28 flg.

412) L. 1. §. 1. D. de instructo leg. (33. 7.)

413) L. 1—3. §. 1. L. 6. sq. D. de tritico leg. (33. 6.) L. 51. D. de legat. I.

414) L. 3. pr. D. de tritico leg.      \*

415) L. 5. D. l. c.

416) L. 4. D. l. c.

417) Dig. de annuis legatis et fideicommissis. (33. 1.)

418) L. 8. D. h. t.

sich in so viele verschiedene Vermächtnisse auf, als sich einzelne Termine der Zahlung ergeben, und jedes dieser Vermächtnisse hat seine eigene Zeit des Anfalles, und zwar in der Regel zu Anfang der gesetzten Fristen. Daher ist z. B. das Vermächtniß einer jährlichen Rente für das erste Jahr nach dem Tode des Erblassers ein unbedingtes und wird sofort von der Todeszeit an erworben; für jedes folgende Jahr aber ist es bedingt, und der Erwerb allemal davon abhängig, daß der Legatar in dem Zeitpunkte des Anfalles noch am Leben und auch das Vermächtniß zu empfangen fähig sei, in welchem Falle er denn das Recht auf die angefallene Rente auch auf seine Erben überträgt, welche sonst keinen Anspruch darauf machen könnten<sup>419</sup>). Ist aber ausdrücklich erklärt, daß die Rente auch den Erben des Legatars zufließen solle, so geht freilich auch auf diese das Recht über, und zwar im Zweifel auch auf die Erben des Erben u. s. f., so daß die Rente eine immerwährende ist<sup>420</sup>). Ein anderer Fall ist es auch, wenn die Absicht des Erblassers nur darauf gerichtet war, verschiedene Zahlungstermine zu Gunsten des Deterirten anzuberaumen, während der ganze Betrag jedenfalls vermacht sein soll. Hier ist nur ein unbedingtes Legat vorhanden, dessen Anfall zur Todeszeit stattfindet, und welches nur in Ansehung des Zahlungstages (quando dies venit,) getheilt ist, so daß auch die Erben des Legatars die nach und nach fällig werdenden Theilsummen zu fordern berechtigt sind<sup>421</sup>). — Die letzte Art von Vermächtnissen macht denn auch bei Berechnung des Falcidischen Viertheiles keine erhebliche Schwierigkeit; man braucht nur die sämmtlichen Renten unter Berechnung der Zwischenzinsen auf ihren Werth zur Todeszeit zu reduciren und zusammenzuzählen<sup>422</sup>). Schwierig aber ist jene Berechnung bei dem eigentlichen *legatum annuum*, weil hier je nach der längeren oder kürzeren Lebensdauer des Legatars ein verschiedener Gesamtbetrag des ganzen Vermächtnisses sich ergibt. Doch ist auch hier die Schwierigkeit leicht zu beseitigen, wenn der Erbe es nur mit diesem einen Legatar zu thun hat; er kann dann für die ersten Jahre die Rente ganz auszahlen, so lange, bis sich findet, daß sein Recht eine Schmälerung erleiden würde, indem er alsdann die fernere Zahlung ganz einzustellen berechtigt ist<sup>423</sup>). Wenn aber noch andere Legate in Betracht kommen, so muß in Betreff der später fällig werdenden Renten wie bei anderen bedingten Legaten durch Cautionsleistung wegen künftiger Rückerstattung oder Ergänzung ausgeholfen werden<sup>424</sup>); es kann aber dabei auch die Wahrscheinlichkeitsrechnung über die Lebensdauer, welche für das Vermächtniß von Alimenten aufgestellt wird, benutzt werden, um zu be-

419) L. 4. 5. 8. 11. 22. D. h. t. L. 10—12. D. quando dies leg. ced. (36. 2.) L. 1. Cod. quando dies. (6. 53.) L. 10. D. de capite minut. (4. 5.)

420) L. 65. D. de V. S. L. 22. C. de legat.

421) L. 3. D. h. t. L. 12. §. 4. L. 20. 26. §. 2. D. quando dies. (36. 2.)

422) L. 45. pr. L. 73. §. 4. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

423) L. 47. pr. D. l. c.

424) L. 1. §. 16. L. 55. D. l. c.



stimmen, wie hoch einstweilen der Betrag des Vermächtnisses anzuschlagen sei, bis durch den Tod des Legatars Entscheidung darüber gewonnen wird<sup>425</sup>). Ist aber einer Corporation, deren Aufhebung nicht zu erwarten ist, eine Rente ohne Zeitbeschränkung vermacht worden, so wird der Betrag des Vermächtnisses so hoch angenommen, daß derselbe als Capital zu 4 Procent verzinslich angelegt die Summe der jährlichen Rente ergibt oder, was dasselbe ist, es wird der fünfundzwanzigfache Betrag der jährlichen Rente als Werth des Legates angenommen<sup>426</sup>), und dieß muß denn consequent bei allen immerwährenden Renten Anwendung finden<sup>427</sup>).

E. Das Vermächtniß des Lebensunterhaltes (*alimenta legata*<sup>428</sup>)). Dieses ist dem vorigen darin verwandt, daß es auch als eine Reihe verschiedener Vermächtnisse betrachtet wird, sofern in verschiedenen Terminen das zum Lebensunterhalte des Vermächtnißnehmers Bestimmte hergegeben werden muß<sup>429</sup>). In Ermangelung einer besonderen Bestimmung erstreckt sich dasselbe ebenfalls auf Lebenszeit und endigt jedenfalls durch den Tod des Vermächtnißnehmers<sup>430</sup>). Daher findet hier auch die Wahrscheinlichkeitsrechnung über die Lebensdauer zum Zwecke der Berechnung der Falcidischen Quart Anwendung<sup>431</sup>). Das Vermächtniß der Alimente ist übrigens, wenn nicht eine Summe dafür festgesetzt ist, im Zweifel so auszulegen, daß dem Legatar alles zum eigentlichen Lebensunterhalte Nothwendige, also Nahrung, Kleidung und Wohnung, gewährt oder das erforderliche Geld dafür gegeben werden müsse; Erziehungskosten sind darin in der Regel nicht mitbegriffen, und dagegen kann eine Beschränkung auf weniger, z. B. auf bloße Beköstigung, nur durch eine beschränktere Verfügung des Erblassers (z. B. *cibaria legata*) gerechtfertigt werden<sup>432</sup>); das Maß aber der Alimente ist erforderlichen Falles durch richterliches Ermessen zu bestimmen, mit Rücksicht auf das Vermögen der Erbschaft und auf Stand und Gewohnheit des Erblassers, und auf den Stand und die Lebensbedürfnisse des Vermächtnißnehmers<sup>433</sup>). Besonders begünstigt ist

425) L. 68. pr. D. l. c. Vgl. Note 431.

426) L. 3. §. 2. D. l. c.

427) Vgl. Benning-Engenheim, Lehrb. V. §. 232, Note h. Böhmmer, exercitat. ad pand. V. 79. §. 27. Konopack, Beiträge zur Lehre von der Berechnung der Falcid. Quart (Kostock 1811), S. 16 flg. Schrauber, civ. Arch. II. S. 155.

428) Dig. de alimentis vel cibariis legatis. (34. 1.)

429) L. 20. D. quando dies leg. cod. (36. 2.)

430) L. 26. in f. D. l. c. L. 15. pr. D. h. t. L. 8. §. 10. D. de transact. (2. 15.)

431) L. 68. pr. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) Vgl. Note 425. Streitig ist es, ob diese Berechnung definitiv entscheidet oder nur provisorisch gilt. Vgl. Konopack a. a. O. Frig, in Edhr's Mag. IV. 16. Rosshirt, Verm. I. S. 558 flg. Wir halten dafür, daß die Betheiligten nicht gezwungen sind, sich eine definitive Berechnung nach solcher Wahrscheinlichkeit gefallen zu lassen, sondern diese nur dazu dient, um vorläufig zu bestimmen, wie viel der Erbe einstweilen zu entrichten angehalten werden kann.

432) L. 6. 7. 21. 23. D. h. t.

433) L. 14. §. 2. L. 22. D. h. t. L. 14. D. de annuis leg.

das Vermächtniß zum Lebensunterhalte darin, daß es auch dem Unfähigen hinterlassen werden kann<sup>434</sup>). Auch wird bei einem Vermächtnisse der Alimente bis zur Mündigkeit (Pubertas) diese bis zum achtzehnten Lebensjahre beim männlichen Geschlechte, bis zum vierzehnten beim weiblichen Geschlechte ausgedehnt (sogen. plena pubertas<sup>435</sup>), und wenn Vermächtnisse durch eine allgemein lautende Verfügung zurückgenommen sind, so soll diese Ademption im Zweifel nicht auf das Alimentenvermächtniß bezogen werden<sup>436</sup>). Endlich kann auch der Dnerkte, wenn er selbst von Seiten des Erben einen Abzug erleidet, im Zweifel doch nicht dem ihm auferlegten Vermächtnisse der Alimente einen entsprechenden Abzug machen, sofern nur, was er behält, zur Deckung des letzten noch hinreicht<sup>437</sup>).

F. Das Vermächtniß einer nach der Gattung bestimmten nicht vertretbaren Sache (genus legatum). Hier kommt es vor allem darauf an, ob sich Sachen der fraglichen Gattung in der Erbschaft vorfinden. Alsdann gebührt dem Legatar eine von diesen<sup>438</sup>), und zwar in der Regel nach seiner Wahl<sup>439</sup>). Ist aber jenes nicht der Fall, so soll nach der Behauptung vieler Juristen das Vermächtniß immer ungiltig sein<sup>440</sup>), nach der Meinung anderer aber giltig, wenn es eine bewegliche, ungiltig, wenn es eine unbewegliche Sache zum Gegenstande hat<sup>441</sup>). Nach richtiger Ansicht der Sache kann es sich nur fragen, ob der Gegenstand des Vermächtnisses genügend bestimmt oder bestimmbar sei; dann muß der klar ausgesprochene Wille des Erblassers erfüllt werden, wenn gleich keine Sachen der Art in der Erbschaft vorhanden sind. An der erforderlichen Bestimmtheit kann es wohl fehlen, auch wenn die Erbschaft Sachen der angegebenen Gattung enthält; sei es, weil die Gattung gar zu allgemein bezeichnet ist, z. B. wenn blos ein Thier vermacht wäre, oder weil kein Maßstab für die nähere Bestimmung gegeben ist, wie wenn schlechweg ein Grundstück vermacht wäre, ohne allen Anhaltspunkt für Bestimmung der Lage und der Größe<sup>442</sup>), wosern nämlich nicht der Erblasser eines von den ihm gehörenden in bestimmten Grenzen abgeschlossenen Grundstücken zu geben Willens war. Leichter noch aber wird es an der erforderlichen Bestimmtheit fehlen, wenn sich in der Erbschaft keine Sachen der Art vorfinden, auf welche das generelle Vermächtniß nach dem Willen des Erblassers bezogen werden könnte, z. B. wenn ein Haus oder ein Gebäude vermacht wäre ohne alle Bestim-

434) L. 11. D. h. t. L. 3. pr. D. de his quae ut indign. (34. 8.)

435) L. 14. §. 1. D. h. t.

436) L. 18. §. 3. D. h. t.

437) L. 77. §. 1. D. de legat. II.

438) L. 71. pr. D. de legat. I.

439) §. 22. J. de legat.

440) Bgl. darüber noch unten Note 503 flg.

441) Wangerow a. a. D. II. §. 538 flg. Wenig-Jungenheim, Lehrb., 4. Ausg., §. 538 a. G. Puchta, Lehrb. §. 523, §. 579.

442) Mühlentbruch, Lehrb. §. 744. Roghirt, Verm. II. §. 14 flg. Frits, in Wenig's Civilrecht, 5. Ausg., §. 538 a. G.

442) L. 69. §. 4. D. de iure dot. (23. 3.)

mung der Größe und Lage, worunter sowohl die elendeste Bauernhütte in entlegener Gegend, als ein prächtiger Palast in der Stadt verstanden werden kann<sup>443</sup>). Aber es kann auch in solchem Falle sehr wohl das Legat der Gattung hinreichend bestimmt sein, um es als vollkommen gültig anzusehen. Wenn z. B. einem Offizier ein dienstfähiges Reitpferd, einem Lohnkutscher ein Paar gute Wagenpferde, einem Landmanne ein Paar gute Zugochsen oder Milchkühe, ein neuer Pflug oder Erntewagen vermacht würde u. dgl. m., wer möchte den Erben aller Verpflichtung entbinden? und aus welchem vernünftigen Grunde? Und so wird auch, wenn Jemandem ein anständiges Wohnhaus in einer bestimmten Stadt, so wie es seinem Stande und Bedürfnisse angemessen ist, vermacht wäre, schwerlich ein Richter sich entschließen können, und mit Recht, dieß Vermächtniß als unwirksam zu behandeln<sup>444</sup>).

G. Vermächtniß dinglicher das Eigenthum beschränkender Rechte. Diese können in verschiedener Art Gegenstand eines Vermächtnisses sein. Der Erblasser kann nämlich 1) ein ihm zustehendes Recht an einer fremden Sache durch Vermächtniß einem Anderen als dem Erben übertragen. Dieß ist freilich nicht möglich in Ansehung der persönlichen Servituten, und in Ansehung der Grundservituten nicht anders als indem zugleich das Eigenthum des berechtigten Grundstückes dem Legatar zugewendet wird; möglich aber ist es in Betreff des Pfandrechtes, soweit überhaupt die Uebertragung desselben auf einen Anderen zulässig und wirksam ist, und vollkommen zulässig ist es in Betreff der Emphyteuse und Superficies, als vererblicher und veräußerlicher Rechte, mit der Wirkung, daß das Recht, gleich dem Eigenthum einer Sache, so wie es dem Erblasser selbst zustand, unmittelbar auf den Legatar übergeht und sofort durch dingliche Klage geltend gemacht werden kann; und zwar wird, wenn der Emphyteuta oder Superficiar den Worten nach das Grundstück selbst vermacht, dieß doch im Zweifel nur als Vermächtniß des Rechtes der Emphyteuse oder Superficies, nicht als Vermächtniß des vollen Eigenthums angesehen<sup>445</sup>). Ebenso kann übrigens auch dem Erben oder einem anderen Dnerirten auferlegt werden, das ihm zustehende Recht dem Legatar zu übertragen. — Der Erblasser kann 2) ein ihm an der Sache des Legatars selbst zustehendes Recht durch Vermächtniß erlassen (freilich wieder keine persönliche Servitut, weil diese durch den Tod des Erblassers von selbst erloschen ist), und hier muß denn consequent angenommen werden, daß jenes Recht durch das Legat ipso iure völlig aufgehoben werde<sup>446</sup>). Es kann aber auch wieder dem Dnerirten auferlegt werden,

443) L. 71. pr. D. de legat. I.: Si domus alicui simpliciter legata sit, neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellet domum ex his, quas testator habebat, legatario dare; quodsi nullas aedes reliquit, magis derisorium est quam utile legatum.

444) Vgl. auch Rosjhirt a. a. D. und Wangerow a. a. D. S. 540.

445) L. 71. §. 6. D. de legat. I. L. 1. §. 7. D. de superficie. (43. 18.) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 855, 864.

446) L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. D. de legat. I.

ein ihm zustehendes Recht dem Legatar zu erlassen oder das einem Dritten zustehende Recht zu Gunsten des Legatars abzulösen. 3) Der Erblasser kann dem Legatar ein dingliches Recht einräumen, sowohl eine persönliche oder Prädialservitut<sup>447)</sup>, zu welcher letzteren nur vorausgesetzt wird, daß der Legatar auch Eigentümer des zu berechtigenden Grundstückes sei, als auch ein Pfandrecht<sup>448)</sup> oder Emphyteuse und Superficies<sup>449)</sup>. Falls der Erblasser Eigentümer der Sache ist, wird unmittelbar durch das Vermächtniß das dingliche Recht des Legatars begründet, so wie es nach altem Rechte bei dem Vindicationslegatē der Fall war<sup>450)</sup>. Sonst aber kann der Dnerirte nur verpflichtet werden, wie es nach altem Rechte überhaupt Folge des Damnationslegatē war, das Recht an der eigenen Sache einzuräumen oder an der Sache eines Dritten dasselbe dem Legatar zu verschaffen, beziehungsweise den Werth dafür zu leisten<sup>451)</sup>, und zwar muß es im letzten Falle ebenso wie bei dem Vermächtniß des Eigenthums einer fremden Sache auf die Wissenschaft des Erblassers, daß die Sache eine fremde sei, ankommen<sup>452)</sup>. Das Vermächtniß einer persönlichen Servitut hat übrigens das Besondere, daß dabei nicht vor Antretung der Erbschaft, und wenn eine Zeitbestimmung hinzugefügt ist, nicht vor Ablauf der festgesetzten Zeitfrist dies legati cedit, weil das dingliche Recht ohnehin nicht eher dem Legatar erworben wird, und von einer Uebertragung auf die Erben dabei doch nicht die Rede sein kann<sup>453)</sup>. Ist aber die persönliche Servitut für verschiedene Zeitfristen (Jahre, Monate u. s. w.) oder z. B. ein um das andere Jahr vermacht, so gilt dieß für mehrere Vermächtnisse, deren jedes für sich erworben wird, wie das Vermächtniß einer Rente, so daß auch der Verlust des Rechtes für eine Zeitfrist den wiederholten Erwerb für eine andere nicht ausschließt<sup>454)</sup>. Auch kann die persönliche Servitut für den Fall des Verlustes abermals vermacht werden, und dieß wird als Wille des Erblassers angenommen, wenn er dieselbe ausdrücklich auf Lebenszeit vermacht hat, da es sich ja ohnehin von selbst verstände, daß sie nicht über Lebenszeit hinausgehe<sup>455)</sup>. Weil sie aber regelmäßig auf Lebenszeit sich erstreckt und jedenfalls durch den Tod des Legatars aufhört, so kommt

447) §. 4. J. de servitut. (2. 3.) §. 1. J. de usufr. (2. 4.) — Dig. de usu et usufructu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum relictis. (33. 2.) de servitute legata. (33. 3.)

448) L. 26. pr. D. de pign. act. (13. 7.)

449) Vgl. Note 445 und dieses Werk Bb. III, S. 871 flg.

450) L. 1. Cod. commun. de legat. (6. 43.) Vgl. Note 362 flg.

451) L. 3. D. de usufructu. (7. 1.) Pauli sentt. III. 6. §. 17 Fragm. Vat. §. 57. 83. 86. 87.

452) Vgl. oben Note 87 flg.

453) L. 2. 3. 5. §. 1. in f. D. quando dies leg. ced. (36. 2.) L. 1. D. quando dies usufr. leg. ced. (7. 3.) Vgl. jedoch L. 2. D. de usu legato.

454) L. 1. pr. D. quando dies usufr. ced. (7. 3.) L. 1. §. 3. L. 2. D. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.) L. 11. 13. D. de usu leg. Cf. L. 8 D. de annis leg.

455) L. 3. 5. pr. D. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.)

dabei in Beziehung auf die Berechnung des Falcidischen Viertheiles ein gleiches Verfahren zur Anwendung, wie bei dem Vermächtnisse des Lebensunterhaltes<sup>456</sup>). Von dem Nießbrauche insbesondre ist noch zu bemerken, daß derselbe, ebenso wie das Eigenthum einer Sache, auch Mehreren gemeinschaftlich oder Einem nur zum Theile vermacht werden kann, und das letzte ist namentlich auch dann im Zweifel anzunehmen, wenn Einem die Sache schlechtweg, ohne ausdrücklichen Vorbehalt des Nießbrauches, und einem Anderen der Nießbrauch derselben Sache vermacht ist, so daß hier jener nur pro parte durch den Nießbrauch des letzten beschränkt wird<sup>457</sup>). Ist aber Mehreren der Nießbrauch derselben Sache vermacht worden, so kann hier in eigener Weise ein Anwartsungsrecht eintreten, auch nachdem das Legat schon von Allen wirklich erworben war, wovon jedoch schon an einem anderen Orte die Rede gewesen ist<sup>458</sup>). Uebrigens kann auch ein Quasiususfructus an verzehrbaren Sachen und Forderungen vermacht werden<sup>459</sup>), und so ist denn auch ein Vermächtniß des Nießbrauches an der ganzen Erbschaft oder an einem Theile derselben möglich<sup>460</sup>). Sind aber Jemandem nur die Einkünfte von einer bestimmten Sache oder von einem Vermögen vermacht, so gibt dieses keinen wahren Ususfructus, sondern nur den Anspruch auf Auszahlung der fraglichen Einkünfte, wie bei dem annuum legatum<sup>461</sup>). Endlich kann der Erblasser 4) auch dadurch ein ius in re aliena begründen, daß er Jemandem eine Sache vermacht unter Vorbehalt eines solchen Rechtes, z. B. des Nießbrauches, für den Dnerirten. Hier erwirbt der Legatar, sobald dies legati venit, die Proprietät der Sache, der Dnerirte aber behält den Nießbrauch an derselben, der dann durch seinen Tod erlischt<sup>462</sup>).

H. Das Vermächtniß einer Forderung (nomen legatum). Wenn der Erblasser eine ihm zustehende Forderung gegen einen Dritten vermacht, so muß der Erbe dem Legatar die Forderungsklage abtreten<sup>463</sup>), oder es kann dieser dieselbe auch ohne Weiteres als utilis actio anstellen<sup>464</sup>), und zwar sind zugleich auch die Accessorien der Forderung, namentlich Zinsen, in dem Vermächtnisse mitbegriffen<sup>465</sup>). Sonst ist der Erbe zu nichts verpflichtet; er haftet namentlich nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, weshalb aber auch bei der Berechnung der

456) Vgl. Note 431.

457) L. 19. D. de usu leg.

458) Vgl. dieses Werk Bb. I, S. 321—325.

459) Dig. de usufr. earum rer. quae usu consum. (7. 5.)

460) L. 29. D. de usufr. L. 24. pr. L. 32. §. 1. 8. L. 37. 43. D. de usu leg. L. 1. C. de usufr. (3. 33.)

461) L. 22. 38. D. de usu leg. L. 21. pr. D. de annis leg. L. 120. pr. D. de legat.

462) L. 1. §. 4. L. 2. 3. D. de usufr. accresc. (7. 2.) L. 14. C. de usufr. (3. 33.)

463) §. 21. J. de legat. L. 44. §. 6. L. 75. §. 2. in f. L. 105. D. de legat. I. L. 10. D. de lib. leg. (34. 3.)

464) L. 18. C. de legat.

465) L. 34. pr. D. de legat. III.

Falcidia die Forderung und das Vermächtniß nur zu dem erligelten Betrage anzuschlagen ist<sup>466</sup>). Daher ist auch das Legat ganz ungiltig und ohne Inhalt, wenn die Forderung wirklich nicht begründet ist; und der Legatar kann in diesem Falle keineswegs die angegebene Forderungssumme verlangen<sup>467</sup>); daher ferner erlischt das Legat, wenn die Forderung getilgt ist<sup>468</sup>), ausgenommen, wenn erst der Erbe nach dem Tode des Erblassers den Betrag der Forderung erhalten hat<sup>469</sup>), oder wenn zwar schon der Erblasser selbst die Zahlung empfangen hat, erweislich aber die Absicht hatte, nun das Empfangene dem Legatar zuzuwenden, wie insbesondre dann anzunehmen ist, wenn der Schuldner aus freiem Stücken gezahlt und der Erblasser das empfangene Geld zurückgelegt hat<sup>470</sup>). Ist die vermachte Forderung eine alternative, wobei der Schuldner die Wahl hat, so hängt es eben von dieser Wahl ab, wie hoch das Legat anzuschlagen sei; ist aber hier nicht die Forderung selbst, sondern nur der eine von den alternativen Gegenständen derselben vermacht, so hängt es von der Wahl des Schuldners ab, ob der Legatar überhaupt etwas bekomme oder nichts<sup>471</sup>), und ebenso, wer etwas bekomme, wenn die alternativen Gegenstände verschiedenen Personen vermacht sind<sup>472</sup>). Hatte aber der Gläubiger das Wahlrecht, so geht dieses auch auf den Legatar über, und wenn diesem auch nur der eine der alternativen Gegenstände vermacht ist, worin zugleich eine Begünstigung des Schuldners enthalten sein kann, so ist das Legat doch jedenfalls giltig; wenn aber Einem der eine, einem Anderen der andere der alternativen Gegenstände legirt ist, so muß hier der Erbe dem Einen die Klage einräumen, dem Anderen aber den Werth des Gegenstandes geben<sup>473</sup>). Uebrigens hat es kein Bedenken, daß auch die einem Anderen zustehende Forderung dem Gegenstand eines Legates bilden könne.

I. Das Vermächtniß einer Schuld (debitum legatum). Wenn der Erblasser seinem Gläubiger vermacht, was er ihm schuldig ist, so ist dieses Legat ohne Inhalt und kann daher auch bei der Falcidia nicht in Betracht kommen, sofern nicht durch dasselbe dem Legatar ein materieller Vortheil gewährt wird, den er nicht durch das Schuldverhältniß an sich schon haben würde<sup>474</sup>). Ein solcher Vortheil kann darin liegen, daß das Legat eine Einrede beseitigt<sup>475</sup>) oder die Fälligkeit der Forderung

466) L. 22. §. 4. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

467) L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I.

468) §. 21. J. cit. L. 75. §. 2. L. 82. §. 5. D. de legat. I. L. 21. pr. §. 1. D. de lib. leg. (34. 3.)

469) L. 21. §. 2. D. de lib. leg.

470) L. 11. §. 13. D. de legat. III. Cf. L. 31. §. 3. D. de adimend. legat. (34. 4.)

471) L. 75. §. 4. D. de legat. I.

472) L. 50. §. 1. D. de legat. II.

473) L. 76. D. de legat. I.

474) §. 14. J. de legat. L. 11. L. 28. §. 18. in f. D. de liberat. leg. (34. 3.) L. 1. §. 10. L. 57. 81. §. 1. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

475) L. 18. D. l. c. L. 28. pr. D. de legat. I.

beschleunigt oder diese in eine unbedingte verwandelt<sup>476</sup>). Jedenfalls aber gibt es den Vortheil, daß nun der Legatar durch die bequemere und mit einem gesetzlichen Pfandrechte versehenen Legatklage sein Recht geltend machen kann<sup>477</sup>). Ja, wenn auch der Erblasser dem Legatar in der That gar nichts schuldig war, so kann dieser dennoch den angegebenen Betrag oder Gegenstand fordern, indem die Angabe, daß der Erblasser denselben dem Legatar schuldig sei, als falsa demonstratio nicht beachtet wird<sup>478</sup>), und hier muß denn natürlich auch der ganze Betrag in Betreff der Falcidia als Vermächtniß behandelt werden. Uebrigens ist man, wenn der Schuldner seinem Gläubiger etwas vermacht, nicht berechtigt zu vermuthen, daß dieß als Zahlung der Schuld gelten solle, sondern der Legatar kann das Legat und daneben noch seine ursprüngliche Forderung geltend machen, selbst wenn ihm gerade die für die letzte verpfändete Sache vermacht worden ist<sup>479</sup>). Auch kann man wohl Jemandem das, was ihm ein Anderer schuldig ist, vermachen, worin denn zugleich oder auch vorzugsweise ein Vermächtniß für den wirklichen Schuldner liegen kann, insofern er nun Befreiung von der Schuld begehren kann<sup>480</sup>), so wie es als ein Vermächtniß für die Miterben gilt, wenn einem Erben allein die Zahlung einer Schuld des Erblassers auferlegt ist<sup>481</sup>).

K. Das Vermächtniß der Schuldbefreiung (*liberatio legata*)<sup>482</sup>). Der Gläubiger kann seinem Schuldner durch Vermächtniß die Schuld erlassen, er möge nun dieses wörtlich aussprechen oder dem Erben die Klage untersagen oder dem Legatar dasjenige, was er schuldig ist, vermachen, z. B. *Titio quod mihi debet* oder *fundum quem mihi debet, lego*<sup>483</sup>). In solchem Falle kann der Legatar sich jedenfalls durch *exceptio* gegen die Klage schützen; er kann aber auch selbst Klagen auf völlige Tilgung der Schuld, nach römischem Rechte durch *acceptilatio*, nach heutigem Rechte etwa durch förmliche Quittirung, jedoch mit der Beschränkung, daß die Befreiung sich nicht weiter erstreckt, als es in der Absicht des Erblassers lag<sup>484</sup>). Daher kann nach römischem Rechte nicht Tilgung durch *Acceptilation* begehrt werden und der Hauptschuldner kann sich nicht auf das Vermächtniß berufen, wenn nur dem Bürgen die Befreiung von der Schuldbverbindlichkeit vermacht ist, während es allerdings dem Bürgen zu Statten kommt, wenn der Hauptschuldner liberirt

476) L. 14. D. l. c. L. 29. D. de legat. I. §. 14. J. cit. Cf. L. 5. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

477) L. 28. D. de legat. I. Cf. L. 1. Cod. commun. de legat. (6. 43.)

478) §. 15. J. l. c. L. 75. §. 1. D. de legat. I. L. 88. §. 10. D. de legat. II. L. 25. D. de lib. leg.

479) L. 85. D. de legat. II.

480) L. 11. §. 22. D. de legat. III. L. 49. §. 6. D. de legat. I.

481) L. 69. §. 2. L. 49. §. 4. 5. D. de legat. I. L. 7. §. 3. D. de lib. leg. (34. 3.)

482) Dig. de liberatione legata. (34. 3.)

483) L. 1—3. D. h. t. §. 18. L. de legatis. Pauli sentt. III. 6. §. 11.

484) L. 3. §. 3. L. 22. D. h. t. Cf. L. 7. §. 1. ibid.



wird<sup>485</sup>); und wenn einem von mehreren Correalschuldnern die Befreiung vermacht ist, so kann nur, falls dieselben im Gesellschaftsverhältnisse zu einander stehen, völlige Tilgung der Schuld für alle Theilnehmer begehrt werden<sup>486</sup>). Unwirksam wird das Legat, wenn die Schuld noch bei Lebzeiten des Erblassers getilgt ist; dagegen steht dem Legatar die Rückforderung zu, wenn er erst nach dem Tode des Erblassers, nicht freiwillig und von dem Vermächtnisse unterrichtet, die Schuld bezahlt hat<sup>487</sup>). Ist aber eine Schuldverbindlichkeit gar nicht vorhanden, so ist das Legat ganz ungiltig und ohne Inhalt, es mag der Gegenstand der angeblichen Schuld bestimmt sein oder nicht; der Legatar, dem die Forderung gegen sich selbst vermacht ist und dem eben dadurch nur Befreiung von der Schuld vermacht sein sollte, kann nichts fordern, wenn die Schuld nicht existirt, so wenig wie derjenige, welchem eine Forderung gegen einen Dritten vermacht ist, etwas fordern kann, wenn die Forderung nicht existirt, wofern nicht etwa erweislich der Erblasser den Willen hatte, daß dem Legatar jedenfalls ein Vermächtniß von dem angegebenen Betrage zu Theil werden solle<sup>488</sup>). Uebrigens kann auch dem Schuldner des Dneritten selbst Befreiung von dieser Schuld vermacht werden, wodurch jener ebenfalls eine exceptio gegen seinen Gläubiger erhält<sup>489</sup>), und nicht minder kann auch die Befreiung von einer Schuldverbindlichkeit gegen einen Drit-

485) L. 2. pr. L. 5. pr. D. h. t.

486) L. 3. §. 3. D. h. t. Cf. L. 31. §. 2. 3. ibid.

487) L. 7. §. 4—7. D. h. t. L. 26. §. 7. D. de cond. indeb. (12. 6.) Cf. L. 31. pr. D. h. t.

488) L. 75. §. 2. D. de legat. I. L. 13. 25. D. h. t. Ueber diesen Punkt sind freilich mancherlei abweichende Meinungen aufgestellt worden, hauptsächlich durch L. 25. cit. veranlaßt; aber diese Stelle erklärt sich vollkommen befriedigend, wenn man nur die Zweifelsäße von dem entscheidenden Ausspruche des Paulus gebrüg scheidet und insbesondere den Satz: Sed poterit hoc dici.... damnas esto non petere? als Fragesatz auffaßt, wobei in der Frage zugleich die verneinende Antwort liegt. So hat der Verf. dieses Artikels es versucht in seiner Diss. inaug. ad L. 25. D. de liberatione legata. Berolini 1825., und ihm stimmt die Mehrzahl der Rechtsgelehrten bei. Vgl. Wächter, in Tübing. krit. Zeitschr. II. S. 186 flg. Mühlentbruch a. a. D. §. 751, Note 7. Puchta, Lehrb. §. 528, Nr. 9. Wening-Ingenheim a. a. D. §. 532, Note 4. Wangerow, Pand. II. S. 557—560. Auch hat der Verf. seine Ahnung, daß wohl schon ältere Schriftsteller dieselbe Erklärung aufgestellt haben möchten (pag. 35.), bestätigt gefunden. Sie findet sich schon in der Glossa ad L. 25. cit. angebeutet, und ist ausgeführt von Westronen (praes. Ev. Otto), de liberat. ab indebito legata. Trai. ad Rhen. 1735. und in Oelrichs thesaur. nov. dissert. III. 2. p. 340 sq. Vgl. auch Gebr. Overbeck, Meditationen über versch. Rechtsmat. Bb. VIII, S. 300 flg. Im Resultate übereinstimmend, wenn gleich mehr oder minder abweichend in der Erklärung der L. 25. cit. sind unter anderen Beyer, de leg. lib. ab indeb. Viteb. 1709. und in dessen Diss. et opusc. (Lips. 1723.) p. 183—202. Pundsack, de leg. lib. ab indeb. diss. inaug. (Götting. 1753.) p. 27—29. Abweichende Ansichten verteidigen unter den Neueren noch Thibaut, Syst. §. 905 (vgl. Braun's Erörter. S. 696 flg. Froben, Erörter. II. S. 318) und Rosshirt, Verm. II. S. 294 flg.

489) L. 24. D. h. t.



ten Gegenstand des Vermächtnisses sein<sup>490</sup>), in welchem Falle der Legatar gegen den Dnerirten klagen kann, daß er die Schuld tilge oder ihn gegen den Gläubiger verteidige, zugleich aber auch für den Gläubiger, sofern der Erblasser auch dessen Vortheil im Auge hatte, das Recht begründet wird, den Dnerirten anstatt seines Schuldners in Anspruch zu nehmen<sup>491</sup>). — Auch eine bloße Stundung oder temporäre Befreiung von der Klage kann dem Schuldner vermacht werden<sup>492</sup>). Hier liegt der Betrag des Legates in dem Gewinne, den der Zahlungsaufschub gewährt (Interusurium), und nur so kann das Legat bei der Berechnung der falcidischen Quart ange schlagen werden. Dagegen ist das Vermächtniß vollständiger Schuldbefreiung zu dem vollen Betrage der Schuld anzurechnen, wenn gleich der Legatar zahlungsunfähig wäre; aber natürlich wird dann in gleichem Maße auch die Forderung bei der Schätzung des Vermögens mitgerechnet<sup>493</sup>).

L. Vermächtniß eines Inbegriffes verschiedenartiger Vermögensrechte (sogen. universitas iuris). Wenn auch Jemandem ein Vermögensinbegriff vermacht ist, so gehört dieß doch immer zu den Singularvermächtnissen, sofern es nicht einen aliquoten Theil der eigenen Erbschaft des Erblassers zum Gegenstande hat, und es wird denn dadurch auch keine wahre Universalsuccession begründet. So ist z. B. der Fall, wenn dem Dnerirten die Restitution einer fremden Erbschaft oder eines Theiles derselben auferlegt wird, was ihn verpflichtet, den Inhalt der Erbschaft, wie im Falle einer sonstigen Veräußerung derselben, auf den Legatar zu übertragen<sup>494</sup>). Ebenso begründet auch das Vermächtniß des Peculiums eines Haussohnes (oder eines Slaven), sei es an diesen selbst oder an einen Dritten, keine Universalsuccession, sondern nur einen Anspruch auf Ueberlassung seines Inhaltes, natürlich mit Abzug der Schulden, so wie es zur Zeit des Todes vorliegt<sup>495</sup>).

M. Vermächtniß einer Brautgabe (dos). Eine dos kann durch Vermächtniß bestellt werden. Dieß geschieht, indem dem Manne in Beziehung auf eine bestehende oder erst einzugehende Ehe ein bestimmter Gegenstand zum Zwecke der dos oder auch schlechtweg eine dos, deren Größe dann erst durch richterliches Ermessen zu bestimmen ist, vermacht wird. Daraus entsteht für den Mann zunächst die Legatsforderung, durch deren Existenz eben sofort die dos besteht, wie durch Versprechen dieselbe constitulert wird, und zwar kann der Mann in der Regel auch schon vor Eingehung der Ehe, gegen Cautionsleistung, die Entrichtung des Legates verlangen. Zugleich aber liegt darin auch ein Vermächtniß

490) *Pauli sentt.* III. 6. §. 10. L. 8. pr. D. h. t.

491) L. 3. §. 5. L. 7. §. 3. D. h. t. *Wgl.* Note 481.

492) L. 8. §. 1. 2. D. h. t.

493) L. 22. §. 4. D. ad leg. Falcid. (35. 2.)

494) L. 76. §. 1. D. de legat. I. L. 29. §. 2. L. 34. §. 2. D. de legat. II. L. 14. C. de hered. instit. (6. 24.) *Heise*, de aliena hered. reatit. *Goetting.* 1816.

495) *Dig. de peculio legato.* (33. 8.) §. 20. *J. de legatis.*

für die Frau, insofern es für diese ein Vortheil ist, dotirt zu sein und nach Auflösung der Ehe ihr das Heirathsgut zufällt, und es wird ihr dann auch, wenn nur durch Schuld des Mannes die Ehe nicht zu Stande kommt, das Recht zugestanden, für sich den Betrag der vermachten dos zu begehren<sup>496</sup>). Ein anderes ist es, wenn nur der Frau eine dos oder Dotation vermacht ist. Hier ist nur die Frau eigentliche Vermächtnisnehmerin und nur sie, der Mann nur mit ihrem Willen, hat die Klage auf Erfüllung des Vermächtnisses, welche darin besteht, daß entweder der Frau das Erforderliche, um es selbst zur Bestellung der dos zu verwenden, gegeben oder dem Manne unmittelbar die dos bestellt werde<sup>497</sup>). — Es kann aber ferner auch die Rückgabe der dos den Inhalt des Vermächtnisses bilden<sup>498</sup>). Geschieht dieß von Seiten des Mannes, dessen Erben ohnehin zur Restitution der dos verpflichtet wären, so ist es nichts anderes als ein debitum legatum, welches aber den Vortheil gewährt, daß die sonst geltende Restitutionsfrist wegfällt und jede Retention von der dos, ausgenommen wegen nothwendiger Verwendungen, welche den Betrag derselben ipso iure mindern, ausgeschlossen ist<sup>499</sup>). Existirte wirklich keine Brautgabe, so kann, wie bei einem jeden legatum debiti, dennoch der angebliche Gegenstand derselben, sofern er nur bestimmt ist, gefordert werden<sup>500</sup>); ist aber die dos von dem Manne schon bei Lebzeiten zurückgegeben worden, so fällt das Legat weg<sup>501</sup>). Wird endlich umgekehrt die dos demjenigen vermacht, welcher dieselbe zu restituiren schuldig ist, so ist dieß ein Fall der liberatio legata<sup>502</sup>).

Zuletzt nennen wir nun noch

N. Das alternative Vermächtniß, d. i. dasjenige, wodurch Jemandem ein oder ein anderer Gegenstand zugebacht wird, z. B. Titio fundum aut centum aureos do lego. Dabei ist vorzüglich wichtig, wer die Wahl unter den alternativ vermachten Gegenständen habe. Vor allem entscheidet darüber der erklärte Wille des Erblassers, der auch selbst einem Dritten die Wahl übertragen kann<sup>503</sup>). Falls dieser sich nicht darüber erklärt hat, mußte nach altem Rechte zwischen dem Vindications- und Damnationslegate unterschieden werden; bei jenem hatte natürlich der Legatar die Wahl<sup>504</sup>), bei diesem und ebenso bei dem Fideicommiss mußte dieselbe dem Dueritten zugestanden werden<sup>505</sup>). Nach Justinia-

496) L. 43. D. de legat. III. L. 71. §. 3. D. de cond. et dem. (85. 1.)  
Vgl. Paffe, Güterrecht der Ehegatten I. S. 327—334.

497) L. 69. §. 2. D. de legat. I. L. 77. §. 9. D. de legat. II.

498) Dig. de dote praelegata (relegata). (33. 4.)

499) L. 1. §. 2—4. L. 5. D. h. t. §. 15. J. de legatis.

500) §. 15. J. cit. L. 6. §. 1. D. h. t.

501) L. 1. §. 5. D. h. t.

502) L. 11. D. h. t.

503) L. 84. §. 9. 11. D. de legat. I. Cf. L. 3. §. 1. Cod. commun. de legat. (6. 43.)

504) L. 34. §. 14. D. de legat. I. L. 23. D. de legat. II. Cf. L. 108. §. 2. D. de legat. I.

505) L. 109. §. 1. D. de legat. I. L. 15. 19. Cf. L. 43. §. 3. D.

nischem Rechte ist es nun aber consequent, im Zweifel, wenn die Ausdrucksweise nicht einen anderen Willen zu erkennen gibt, immer dem Legatar die Wahl zu geben, zumal wenn es sich nur um Sachen, welche zur Erbschaft gehören, handelt<sup>506</sup>). Der Wahlberechtigte kann aber nur das eine oder andere Object ganz, nicht Theile des einen und des anderen, fordern oder geben<sup>507</sup>). Ähnlich dem alternativen Legate ist es, wenn der Erblasser zwar eine bestimmte von mehreren Sachen zu vermachen Willens war, aber factisch ungewiß ist, welche? z. B. wenn er den Sklaven Stichus vermacht, aber mehrere Sklaven dieses Namens besitzt. Streng genommen könnte man hier völlige Ungiltigkeit des Legates behaupten, weil der Legatar nicht beweisen kann, was ihm vermacht sein soll; da es aber gewiß ist, daß er eine von den Sachen, auf welche der Ausdruck des Erblassers sich beziehen läßt, haben solle, so wird das Legat benevolenter aufrecht erhalten, so daß der Dnerirte wählen kann, welche von jenen Sachen er geben will, und zwar wurde dieß auch schon nach altem Rechte bei dem Vindicationslegat so gehalten<sup>508</sup>). Noch näher verwandt dem alternativen Legate ist in dieser Beziehung das Legat einer nur nach der Gattung bestimmten Sache, genus legatum<sup>509</sup>). Hier mußte nach altem Rechte ebenfalls der Legatar oder der Dnerirte die Wahl haben unter den in der Erbschaft vorfindlichen Sachen der Gattung, je nachdem das Legat ein Vindications- oder Damnationslegat war, nach Justinianischem Rechte aber ist der Regel nach immer der Legatar zur Wahl berechtigt<sup>510</sup>). Jedoch soll derselbe nicht unter vielen Sachen unterscheiden gerade die beste auswählen<sup>511</sup>), so wie auch umgekehrt der Dnerirte, falls diesem die Wahl zusteht, nicht gerade die schlechteste geben darf<sup>512</sup>). Diese Beschränkung des Wahlrechtes findet aber nicht statt, wenn dem Legatar geradezu die Wahl unter den Sachen einer Gattung vermacht ist (optio oder electio legata)<sup>513</sup>). Hier kann er unbeschränkt wählen, welche er mag<sup>514</sup>). Dagegen mußte hier nach älterem Rechte der Legatar auch selbst wählen und konnte dieses Wahlrecht nicht vor Antretung der Erbschaft gültig ausüben, und daher ging das Legat nicht auf die Erben über, wenn er vor Antretung der Erbschaft oder vor erklärter Wahl starb<sup>515</sup>), während dagegen bei einem gewöhnlichen Gattungsvermächtnisse und bei dem eigentlichen alternativen Legate auch das

de legat. II. L. 29. §. 1. D. de legat. III. Cf. L. 138. §. 1. D. de V. O. (45. 1.)

506) L. 1. Cod. commun. de legat. (6. 43.) §. 22. J. de legatis.

507) L. 8. §. 2. D. de legat. I. L. 15. D. de legat. II.

508) L. 37. §. 1. L. 39. §. 6. D. de legat. I.

509) Vgl. oben Nr. F. Note 438 flg.

510) §. 22. J. de legatis. Cf. L. 13. 108. §. 2. D. de legat. I. L. 12.

D. de opt. leg. (33. 5.)

511) L. 37. pr. D. de legat. I.

512) L. 110. D. de legat. I.

513) Dig. de optione vel electione legata. (33. 5.)

514) L. 2. pr. D. h. t. §. 23. J. de legatis.

515) L. 16. D. h. t. §. 23. J. cit.

Wahlrecht auf die Erben des Legatars übergang, sobald nach der Regel dies legati cessit<sup>516</sup>). Indessen hat Justinian jene Eigenthümlichkeit der optio legata aufgehoben, so daß nun auch dabei der Regel nach dies legati mortis testatoris tempore cedit und alsdann auch die Erben des Legatars noch wählen können<sup>517</sup>), es möchte denn der Erblasser ausdrücklich die eigene Wahl des Legatars zur Bedingung gemacht haben<sup>518</sup>). Wollen mehrere Erben sich über die Wahl nicht vereinigen, so soll das Loos unter ihnen entscheiden, was auch Anwendung findet, wenn Mehreren gemeinschaftlich ein Legat gegeben ist, wobei es noch auf Wahl ankommt<sup>519</sup>). Uebrigens ist es möglich, daß bei einem alternativen Vermächtnisse für jede Alternative an sich betrachtet der dies cedens ein anderer wäre, z. B. wenn das Eigenthum eines Grundstückes oder der Nießbrauch eines anderen vermacht wäre. Hier wird nun das Legat nur als ein Legat behandelt, das nur einen dies cedens hat, es mag der Honorirte oder Dnerirte die Wahl haben, und so versteht sich von selbst, daß der Anfall nicht eher eintritt, als bis er für beide Alternativen entschieden ist<sup>520</sup>). Wenn jedoch durch den Tod des Legatars die eine Alternative wegfällt, wie in obigem Beispiele der Fall wäre, so wird nun eben dadurch für die Anderen der Anfall des Legates entschieden<sup>521</sup>). Auch berührt es die Gültigkeit des Legates in Beziehung auf das eine Object nicht, wenn dasselbe in Beziehung auf das andere nicht mehr besteht, weil dieses etwa zu Grunde gegangen oder von dem Legatar schon anderweitig aus lucrativem Grunde, sogar etwa durch Schenkung des Erblassers, erworben worden ist<sup>522</sup>). Daher es sich dann erklärt, daß das alternative Vermächtniß bald als nur ein Vermächtniß, bald als mehrere Vermächtnisse enthaltend aufgefaßt wird<sup>523</sup>).

Hiermit möge die Ausführung über einzelne Arten von Vermächtni-

516) L. 19. D. h. t. L. 12. §. 7. D. quando dies leg. ced. (36. 2.)  
Cf. L. 25. §. 17. D. fam. ercisc. (10. 2.)

517) §. 23. J. de legat.

518) Dies versteht sich nach der Natur der Sache von selbst. Es ist aber auch der Sag, daß die optio erst nach Antretung der Erbschaft wirksam stattfindet, im Justinianischen Rechte nicht abgeändert, was auch wohl übereinstimmt mit den Grundgesetzen unter Note 370, 371. Vgl. Arndts, im rhein. Mus. V. S. 226—228.

519) L. 3. pr. Cod. commun. de legat. (6. 48.) §. 23. J. cit. Ist einem Dritten die Wahl überlassen, und dieser stirbt vorher oder verzögert die Wahl über ein Jahr, so kann der Legatar selbst wählen. L. 3. §. 1. C. l. c. Ebenso kann auch, wenn der wahlberechtigte Dnerirte widerrechtlich die Leistung verzögert, geklagt werden, als wäre nichts über die Wahl verordnet. L. 25. §. 17. D. fam. ercisc. (10. 2.) Dagegen kann auch dem wahlberechtigten Legatar auf Antrag derjenigen, welche ein Interesse dabei haben, richterlich eine Frist zur Ausübung der Wahl gesetzt werden, deren Versäumung den Verlust des Legates zur Folge hat. L. 8. pr. L. 13. §. 1. L. 17. D. de opt. leg.

520) L. 14. pr. L. 16. pr. L. 25. pr. D. quando dies leg. ced. (36. 2.)

521) L. 14. §. 1. D. l. c.

522) L. 84. §. 11. D. de legat. I.

523) L. 84. §. 14. D. de legat. I. L. 25. pr. D. quando dies. (36. 2.)

nissen geschlossen sein, wobei es sich, wie schon bemerkt wurde, von selbst versteht, daß eine erschöpfende Darstellung aller Einzelheiten nicht beabsichtigt sein sollte.

**Legis actio**<sup>1)</sup>. Das älteste Verfahren, in welchem die Prozesse bei den Römern eingeleitet wurden, sind die Legisactionen, gewisse, feierliche Handlungen<sup>2)</sup> der Prozessparteien<sup>3)</sup>, welche durch eine Lex vorgeschrieben, mit Gesehworten auszudrücken<sup>4)</sup> und mit mündlichen Reden der Parteien verbunden waren<sup>5)</sup>. In einer engeren Begrenzung des Begriffes gehörte dazu noch die Gegenwart des Magistrates und des Prozessgegners<sup>6)</sup>, ferner die Vornahme der Handlung an einem fastus dies (denn Legisactionen, welche an nefasti dies vorkommen, sind in der Regel ungültig<sup>7)</sup>). Indessen hatte man sich schon zeitig daran gewöhnt, auch die pignoris capio, bei welcher diese Erfordernisse nicht

1) Die ältere Literatur über diesen Gegenstand, welcher hauptsächlich durch die Institutionen des Gaius ein neues Licht erhalten hat, ist wenig brauchbar. Herauszuheben ist etwa nur Schreiber, diss. 1. u. 2. sacramentorum in veteris Romae iudiciis solemnium antiquitates. Lipsiae 1740. 4., und Höpfner, Abhandlung von den legis actionibus und actibus legitimis, hinter dessen Institutionencommentar S. 1174—1184. — Zu den besseren Schriften der neueren Epoche gehören: van Hasselt, de legis actionibus. Groningae 1824. 8.; Olsen, de legis actionibus. Hauniae part. 1. 1825., part. 2. ib. 1827.; ferner Heffter, observv. hinter seiner Ausgabe des 4. Buches von Gaius Institutionen; Zimmern, der römische Civilprozeß §. 32—48; Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses §. 1, S. 5 flg.; Aeverus, über die legis actio sacramento. Leipzig 1837. 8.; ders., über die Denunciation der Römer. Leipzig 1843. 8.; als vorzüglich klar und durchsicht ist hervorzuheben Puchta, Cursus der Institutionen Bd. II, S. 75—91. Einzelne gute Bemerkungen von Fuschke werden an den geeigneten Stellen angedeutet werden.

2) Certas sollennesque esse voluerunt L. 2. §. 6. D. de orig. iuris (Pomponius) — immutabiles Gaius, inst. IV. §. 11.

3) Das lege agere wird überall von den Parteien gesagt. Vgl. Gaius, inst. IV. §. 11. 24. 28. 29. Vgl. Puchta, Cursus der Institutionen Bd. I. §. 78. Hiernach ist auch der Ausdruck magistratus, apud quem est legis actio (L. 4. D. 1. 7. L. 3. D. 1. 16.) zu erklären, in gleicher Redensart wie data est ei (iuridico) legis actio (L. 1. D. 1. 20.) und apud magistratus municipales, si habeant legis actionem (Paulus, sent. Recept. II. 25. §. 4.). Höpfner, a. a. D. S. 1178, erklärt sie fälschlich von der Befugniß des Magistrates zur sogen. iurisdictio voluntaria.

4) Ganz deutlich sagt dies Gaius, inst. IV. §. 11.: Vel ideo, quod legibus proditae erant — vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant. Vgl. l. c. IV. §. 24. In L. 2. §. 6. D. de origine iuris heißen sie deshalb auch legitimae actiones.

5) Von der legis actio sacramento geht dies hervor aus Gaius, inst. IV. §. 13. u. 16., von der manus iniectio aus Gaius, inst. IV. §. 21. u. 24., von der pignoris capio aus Gaius, inst. IV. §. 29. Bei der condictio muß nach Gaius, inst. IV. §. 18., dasselbe gewöhnlich gewesen sein; von der iudicia postulatio wissen wir es nicht, da die betreffende Stelle bei Gaius, inst. IV. §. 17., lückenhaft ist.

6) Gaius, inst. IV. §. 30.

7) Gaius l. c. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 5.

zutreffen, in die Reihe der Legisactionen aufzunehmen. Die allgemeinen Grundsätze, nach welchen das Verfahren abgesetzt ward, lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: 1) Mit den Legisactionen kann in der Regel nicht gegen Abwesende verfahren werden. Darauf deutet bei dem *sacramentum* die *in ius vocatio*, welche das Zwölftafelgesetz damit in besondere Verbindung gebracht hat; ferner die *manus iniectio* im Executionsverfahren; auch die *condictio* ist nur unter der genannten Voraussetzung möglich. Nur bei der Abpfändung wird es als von der Regel abweichend hervorgehoben, daß der Gegner nicht gegenwärtig zu sein braucht. 2) Die *legis actio* kommt nicht bloß von Seiten des Klägers vor, sondern umfaßt auch die Vertheidigung des Beklagten. So erklärt sich das auch von Seiten des Beklagten vorkommende *provocare sacramento*<sup>8)</sup>; in der *manus iniectio pro iudicato* beruht es auf besonderer Vorschrift des Gesetzes, daß sich der Beklagte nicht in Person vertheidigen darf, und diese Vertheidigung wird mit den Worten *pro se lege agere* bezeichnet<sup>9)</sup>. Es muß demnach die *legis actio* eine beiden Parteien gemeinschaftlich zukommende Befugniß gewesen sein; doch galt wohl eine Ausnahme bei der *condictio*, wo die *denunciatio* wohl nur von Seiten des Klägers vorkam<sup>10)</sup>, wahrscheinlich auch bei der *pignoris capio*, weil hier die ganze Sache ohne den Beklagten vollzogen werden konnte. 3) Die Legisactionen setzen die Trennung des gerichtlichen Verfahrens in *ius* und *iudicium* auf das unzweideutigste voraus. Sie werden nämlich überall als Handlungen der Parteien bezeichnet, welche vor dem eigentlichen Beweisverfahren, das vor den *iudex* gehört, bereits abgeschlossen sind; sie dienen also nicht unmittelbar zur Entscheidung der Streitsache, sondern wirken darauf nur mittelbar ein, indem sie die Constitution eines *iudicium* veranlassen. Wenn wir von den Legisactionen absehen, welche nur als Executionsformen in Betracht kommen, so erscheint das Sacramentalverfahren mit der *Provocatio* geschlossen und die *Cognitio* des Privatrichters wird erst nachher in Aussicht gestellt<sup>11)</sup>; in der *iudicis postulatio* ist die Constitution eines *iudicium* der nächste Zweck der *actio*; bei der *condictio* lautet der Inhalt der klägerischen *Denunciatio* gerade darauf, daß der Gegner sich am dreißigsten Tage zum Aufgreifen eines Richters einfinden solle<sup>12)</sup>. 4) Im Legisactionenprozeße müssen die Prozeßparteien selbst handeln und sprechen; Stellvertre-

8) *Caius*, inst. IV. §. 16.

9) *Caius*, inst. IV. §. 24, 25.

10) Nach der Fassung von *Caius*, inst. IV. §. 18.: *Nam actor adversario denunciabat.*

11) *Caius*, inst. IV. §. 16. Darauf gehen die verstümmelten Worte in §. 15.: *Ad iudicem accipiendum venirent. postea vero reversis dabatur... XXX. iudex, idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem... dabatur iudex.*

12) *Caius*, inst. IV. §. 18.

ter sind regelmäßig unzulässig<sup>13</sup>). Dieß nun hängt mit der Unveränderlichkeit der hergebrachten Formeln zusammen, welche auf die Persönlichkeit der Prozeßparteien berechnet sind<sup>14</sup>). 5) Die Anknüpfung einzelner Legisactionen an Bedingungen und künftige Termine ist mit ihrem Wesen unverträglich. Für Termine wird dieß ausdrücklich bezeugt<sup>15</sup>); für Bedingungen ergibt es sich aus der Unveränderlichkeit der erhaltenen formulae, welche sämmtlich auf die Gegenwart gestellt sind, also für Bedingungen überall keinen Raum haben<sup>16</sup>). Wahrscheinlich ist diese Eigenthümlichkeit des Institutes die Veranlassung davon geworden, daß aus der Reihe der gewöhnlichen Handlungen außer dem Prozesse schon zeitig die sogen. *actus legitimi* herausgehoben wurden, bei denen das nämliche Merkmal zutrifft.

Die Geschichte des Institutes betreffend, so läßt sich für die älteste Zeit nur so viel mit Gewißheit behaupten, daß die Legisactionen bis in das 6. Jahrhundert d. St. hinein die einzige Prozeßform waren, welche unter römischen Bürgern vorkommen konnte. Sie wurden wohl sämmtlich von Juristen gebildet<sup>17</sup>); ihre Kenntniß blieb anfänglich dem Volke vorenthalten, und ihr Zusammenhang mit den gleichfalls geheim gehaltenen Fasten war in der früheren Zeit ein Mittel, um die Plebs in einer gewissen Abhängigkeit von den Patriciern, hauptsächlich von den Pontifices zu erhalten. Daneben war in den Fremdengerichten unter der Form der *recuperatoria iudicia* schon zeitig das Verfahren *per concepta verba* ausgebildet worden, dessen Wesen in den formulae bestand. Als nun zuerst durch die *lex Aebutia*, später durch die beiden *leges Juliae* die Legisactionen aufgehoben wurden und der Formularprozeß zur ausschließlichen Herrschaft gelangte, blieb das ältere Verfahren nur noch für die *Centumviralgerichte* und bei dem *damnum infectum* zurück<sup>18</sup>), und gerade von diesem Falle wird bezeugt, daß ihn das neue Institut des prätorischen *Edictes* so gut wie aufgehoben habe<sup>19</sup>). Das Wesen der Veränderung wird durch die Bemerkung klarer, daß, wenn in den Legisactionen die Prozeßparteien handelten und sprachen, also

13) *Nemo alieno nomine lege agere potest.* L. 123. D. 50. 17. (Ulpianus.)

14) Man vergleiche nur das beiderseitige *te provoco* (Caius, inst. IV. §. 16.), dann die Formen bei der *vindication*; selbst das nur stückweise erhaltene *negas sacramento* (Caius l. c. §. 15.); ferner die Formel bei der *manus iniectione pro iudicato*. (Caius l. c. §. 21.)

15) *Fragm. Vat. §. 49.: Ex certo tempore legari potest. An in iure cedi vel an adiudicari possit, variatur. Videamus, ne non possit; quia nulla legis actio prodita est de futuro.*

16) So bei der *legis actio sacramento* (Caius, inst. IV. §. 16.) und *per manus iniectionem* (l. c. §. 21. 24.).

17) L. 2. §. 6. u. 7. D. de origine iuris. Vgl. Caius, inst. IV. §. 30. Ebenfalls ist §. 24 stehen einige Worte aus der *legis actio*, welche in ihrer Quelle — der *lex Faria testamentaria* — nicht vorkommen.

18) Caius, inst. IV. §. 30. 31.

19) Caius, inst. IV. §. 31.

der Magistrat vor ihnen gewissermaßen zurücktrat, im Formularprozeße gerade umgekehrt der Magistrat als Hauptperson erscheint, welche nach den Anträgen der Parteien die Instruction des Privatrichters concipirt, mithin die Parteien hier gewissermaßen einen Schritt zurücktreten. Diesem Formularverfahren nun, welches eine völlige Umgestaltung des Gerichtswesens herbeiführte und wahrscheinlich die Veranlassung zur weiteren Ausbildung des prätorischen Rechtes ward<sup>20)</sup>, wurden die aus der Zeit der Legisactionen stammenden Rechtsinstitute, so weit sie erhalten werden konnten, angepaßt, z. B. die in *ius vocatio*, die *iudicati ductio*, die *plus petitio*<sup>21)</sup> u. s. w., und so entwickelten sich aus zwei verschiedenen Grundlagen die Regeln, nach welchen die Prozesse zur Zeit der classischen Juristen abgeseht wurden. In diesem Zeitalter nun blieben außer dem Kreise des Centumviralgerichtes die Ausdrücke *legis actio*, *lege agere* nur noch für solche Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit fernerhin stehen, welche auf einer *in iure cessio* beruhen, also ein Vindicationsverfahren in sich enthalten, wie es bei der alten *legis actio sacramento* vorkam<sup>22)</sup>, nämlich für die *emancipatio*<sup>23)</sup>, *manumissio vindicta*<sup>24)</sup> und *adoptio* im engeren Sinne<sup>25)</sup>. Wenn also Ulpian<sup>26)</sup> für seine Zeit noch das *lege agere* als vorkommend bezeichnet, so kann er außer den oben genannten Fällen der *iurisdictio voluntaria* wohl nur noch an die Centumviralsachen gedacht haben, in welchen allerdings das alte Sacramentalverfahren zur Einleitung der weiteren Prozeßverhandlungen beibehalten worden war<sup>27)</sup>.

Das System, in welchem Caus die einzelnen Legisactionen vorträgt, ist späterhin auch die Grundlage des prätorischen Edictes geworden. In diesem Systeme nun werden fünf einzelne Arten von Actionen unterschieden, von welchen indeß die letzten beiden — *per manus iniectio* und *per pignoris capionem* — Executionsformen sind, also keineswegs die Entscheidung streitiger Rechtsfachen zum Gegenstande haben. — Die älteste von allen diesen Arten ist zweifelsohne 1) die *legis actio*

20) Hauptsächlich spricht für diese Ansicht das Zeugniß von Caus, *inst. IV. §. 11*: *Quia tunc edicta praetoris — nondum in usu habebantur*; dann der Umstand, daß zur Zeit der Legisactionen Exceptionen nicht vorkamen (Caus, *inst. IV. §. 108*).

21) *Cic. de orat. I. §. 36*: *Alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII. tabulis permiserat*. Die Sache ist so zu denken: in der *legis actio* hatte der geringste Irrthum den Verlust des Processes zur Folge (Caus, *inst. IV. §. 11. 30.*); eine Nachklage aber war überhaupt nicht möglich (Caus, *inst. IV. §. 108*).

22) Vgl. Dirksen, *Beiträge zur Kunde des röm. Rechtes S. 224* fig.

23) *L. 4. D. 1. 6. Paullus, sent. rec. II. 25. §. 4. Nov. 81. praef.*

24) *Paullus, sent. recept. II. 25. §. 4. L. 1. Th. C. 4. 9. ed. Haenel.*

25) *L. 4. D. 1. 6. L. 3. D. 1. 16. L. 1. D. 1. 20. L. 1. C. 8. 48.*

26) *Ulp. fragm. tit. 11. §. 24. 27.*

27) *Gellius, noct. Att. 16. 10. Caus, inst. IV. §. 31. 95.*



sacramento<sup>28)</sup>, welche wohl nicht, wie man in neuerer Zeit vermuthet hat<sup>29)</sup>, auf einem Zweikampfe der Parteien beruht (auf diese sonderbare Idee würde wohl Niemand gekommen sein, wenn er nicht das teutsche Recht vor dem römischen studirt hätte). Sie hat ihren Namen von dem Succumbenzgelde, welches jede von den Parteien, sowohl der Kläger als der Beklagte, im Anfange des Processes hinterlegte, und das sie erst dann, wenn der Prozeß zu ihren Gunsten entschieden ward, zurückerhielt, während der unterliegende Theil es zu Gunsten des Aetars verlor<sup>30)</sup>, als einen Beitrag zur Bestreitung der Religionskosten<sup>31)</sup>. Dieses Succumbenzgeld nun hieß nach dieser seiner Bestimmung sacramentum, hatte die Eigenschaft eines Strafgeldes<sup>32)</sup>, und betrug nach der Vorschrift des Zwölftafelgesetzes bei Sachen am Werth von 1000 Asses und mehr regelmäßig 500 Asses; bei Sachen unter jenem Werthe aber nur funfzig; in Processen über die Freiheit eines Menschen aber auch niemals mehr als funfzig, damit die Stellung der Adfertoren nicht zu sehr erschwert würde<sup>33)</sup>. In späterer Zeit trat an die Stelle der baaren Hinterlegung bei dem Pontifer eine Sponsion auf die Summe des sacramentum, welche von den gewöhnlichen Sponsionen sich nur dadurch unterschieden haben wird, daß sie nicht an den Prozeßgegner, sondern an den Prator abgegeben ward<sup>34)</sup>. — Das Verfahren, welches in dieser Prozeßart beobachtet ward, heißt in der Kunsfsprache sacramento contendere; es bestand in der gegenseitigen Provocation zur Deposition der fraglichen Strassumme, weshalb jede von den Parteien dem Prator tüchtige Bürgschaft zu leisten hatte<sup>35)</sup>; späterhin in der Provocation zur Zusage: D. aeris sacramento te provoco — similiter ego te; dadurch ward nun die Summe des sacramentum der eigentliche Gegenstand des Processes, und der Richter gezwungen, nicht auf die Sache, sondern auf das sacramentum selbst sein Urtheil zu richten<sup>36)</sup>. Die Bedingung des

28) Nicht sacramenti, wie Aeverus, über die legis actio sacramenti, will. Vgl. Hugo, in den Göttinger S. Anzeigen, 1838, November, S. 955.

29) So Aeverus a. a. D., auch Fuschke, in Richter's krit. Jahrbüchern für teutsche Rechtswissenschaft, 1839, S. 674, 677. Dagegen hauptsächlich Puchta, Cursus der Institutionen II. S. 78.

30) Varro, de l. l. lib. V. §. 180. ed. Müller, wo statt pontem mit den Aelteren wohl unbedenklich pontificem zu lesen ist, da sich darauf auch das folgende e sacro anferre bezieht. — Sobann Festus, s. v. sacramentum ed. Tac. p. 469. Caius, inst. IV. §. 16.

31) Festus l. c. Caius l. c. IV. §. 16.: Sacramenti, quod id in publicum cedebat.

32) Sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur. Festus l. c.

33) Caius, inst. IV. §. 14. u. 15., auch Varro l. c.

34) Caius, inst. IV. §. 95. Vgl. Keller, über Litiscontestation und Urtheil S. 188.

35) Caius, inst. IV. §. 16.: Alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. Dem provocare sacramento analog ist das provocare adversarium sponsione im späteren Formularprozeße. Vgl. Caius, inst. IV. §. 92.

36) Vgl. Keller a. a. D. S. 190.

Sacramentes war die Existenz oder Nichtexistenz des vom Kläger anhängig gemachten Rechtes. An dieses Verfahren nun knüpft sich unmittelbar das Beweisverfahren vor dem Iudex an; dieses wurde früher regelmäßig wohl vor den decemviri stlitibus iudicandis abgesetzt, später nach der lex Pinaria war es gestattet, auch auf die Bestellung eines Einzelrichters anzutragen<sup>37)</sup>. Abgesetzt wird das Beweisverfahren in mündlicher Rede<sup>38)</sup>; vor dem Schlusse der Verträge haben die Parteien dem Richter in einem kurzgefaßten Satze die streitig gebliebenen Punkte vorzulegen, und diese Handlung heißt *causae coniectio*<sup>39)</sup>. — Das Urtheil konnte nach dem Gesagten nur auf das *sacramentum* selbst lauten: *sacramentum nostrum iustum iudicare*, sind die Worte, mit welchen Cicero<sup>40)</sup> dessen Inhalt bezeichnet; über das streitige Recht ward nur mittelbar gesprochen, nämlich durch die Erklärung über die Strafsomme. — Bei dinglichen Klagen ging dem *sacramento contendere* noch ein besonderes *Vindicationsverfahren* voraus, welches an der ins Gericht geschafften Sache oder, wenn deren Herbeischaffung nicht thunlich war, wenigstens an einem mitgebrachten Theile derselben vollzogen ward, und zwar von jeder Prozeßpartei insbesondre unter Apprehension des Gegenstandes, Anwendung der *festuca* und Aussprechung der hergebrachten *Vindicationsformel*, worauf sodann erst das *provocare sacramento* folgte<sup>41)</sup>. — Nach den Nachrichten bei Cajus<sup>42)</sup> war das *Sacramentalverfahren* die gemeine regelmäßige Prozeßform, welche in allen Fällen eintrat, für welche keine *lex* eine andere *legis actio* aufgestellt hat; und schon aus diesem Grunde möchte man geneigt sein, es als die älteste und ursprüngliche Form des römischen Prozeßes gelten zu lassen, wenn gleich gerade dieß erst neuerlich für die folgende *legis actio* behauptet worden ist<sup>43)</sup>. 2) *Per iudicis postulationem*. Die §§. von Cajus Institutionen, welche sie behandelt haben, sind leider in der Veronesischen Handschrift nicht erhalten. Daß sie dazu bestimmt war, durch den Antrag auf Bestellung eines Iudex das Beweisverfahren einzuleiten, scheint schon der Name im Gegensatz der übrigen *Legisactionen* zu ergeben. Sollte dieser Name, wie man wohl vermuthet hat<sup>44)</sup>, bei Cajus nicht vollständig referirt sein, sondern ursprünglich gelautet haben: *per iudicis arbitrive postulationem*, so könnte man geneigt sein, in dieser Prozeßform die formelle Grundlage der freien Klagen des späteren Rechtes — der *bonae*

37) Vgl. Caius, inst. IV. §. 15., dazu Puchta a. a. D. Th. II, S. 79.

38) Caius, inst. IV. §. 15.: *Antequam apud eum causam perorarent.*

39) Caius l. c. Vgl. Puchta a. a. D.

40) *Pro Caecina* cap. 33. Vgl. dazu Keller a. a. D. S. 190.

41) Caius, inst. IV. §. 16.

42) Caius, inst. IV. §. 13.

43) In der Schrift: über die *legis actiones* und das *Centumviralgericht* der Römer, von einem Practiker (Zwickau 1839. 8.), herrscht eine traumartige Phantasie nur zu deutlich vor, als daß man glauben könnte, daß ihr Verfasser es mit der historischen Forschung ernstlich meine.

44) So Puchta a. a. D. Th. 2, S. 83.

fidei iudicia — zu erblicken<sup>45</sup>). Das Urtheil ward aber hier wahrscheinlich auf die Sache selbst gestellt, der Streitpunkt also dadurch unmittelbar entschieden. Nur beiläufig erfahren wir, daß, was späterhin den Inhalt der legis actio per condictionem ausmachte, auch auf diesem Wege eingeklagt werden konnte<sup>46</sup>). Daß sie älter ist als die conditio, ergibt das angeführte Zeugniß des Cajus; dieser wundert sich nämlich darüber, daß man für obligationes in dando eine specielle legis actio eingeführt habe, da man doch wegen dessen, was den Inhalt derselben ausmacht, ganz füglich sacramento oder per iudicis postulationem habe klagen können; sie aber auf Servius Tullius zurückzuführen, welcher über synallagmatische Verträge besondere Gesetze gegeben hat — dazu liegt überall kein geschichtlicher Grund vor<sup>47</sup>). 3) Per condictionem. In der Kunstsprache der römischen Juristen heißt conditio die Ansage eines bestimmten Tages, gewöhnlich zur Vornahme einer bestimmten, in der Ansage enthaltenen Handlung<sup>48</sup>). Prozesse auf diesem Wege einzuleiten, war zuerst in den Peregrinengerichten aufgetommen<sup>49</sup>); von da ward diese Form, wie es scheint, erst ziemlich spät auch auf die Legisactionen übertragen, indeß nur für die Fälle der obligationes in dando, welche sich die römischen Juristen nur in Beziehung auf eine certa res zu denken vermochten; für eine bestimmte Summe baar Geld war sie durch eine lex Silia von ungewissem Alter eingeführt; für andere res certae durch eine, wahrscheinlich spätere lex Calpurnia<sup>50</sup>). Das Verfahren scheint folgendes gewesen zu sein. War der Beklagte unter Anwendung der in ius vocatio vor Gericht gebracht, so erfolgte hier von Seiten des Klägers an ihn jene Ansage auf den dreißigsten Tag, daß er sich zum Aufgreifen eines Richters wiedereinfinden solle<sup>51</sup>), und das nun erinnerte, an eine, noch in späterer Zeit vorkommende Eigenthümlichkeit der Recuperatorengerichte, daß sie aus im Moment aufgegriffenen Personen zusammengesetzt waren. Auch hier ward wohl das Urtheil auf die Sache gestellt; ob die neue Anstalt ein schnelleres Verfahren bezweckte, bleibt dahingestellt. Weßhalb sie eingeführt worden, sagt Caius, sei

45) So schon Puchta, die Verfassung des Servius Tullius S. 588 fig.

46) Caius, inst. IV. §. 20.

47) Sehr überschwenglich sind hier die Bemerkungen von Aeverus, die Denunciation der Römer S. 152 fig.

48) Puchta, a. a. D. Th. II, S. 83, denkt an eine Besprechung eines Tages mit dem Gegner.

49) Vgl. Puchta, in Richter's Jahrbüchern, 1837, S. 891 fig.

50) Caius, inst. IV. §. 19.

51) Caius, inst. IV. §. 18.: Nam actor adversario denunciabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset. (Vgl. IV. §. 17.) Das iudicem capere bildet offenbar einen Gegensatz zu dem iudicem sumere, was auf die, im album iudicum verzeichneten Personen ging. Aeverus, a. a. D. S. 145, denkt sich diese Denunciation als eine private, welche vor drei männlichen Zeugen abgegeben und erst nachher in iuro wiederholt ward. Allein dem steht der Inhalt von Caius l. c. IV. §. 18. geradezu entgegen; dieser Schriftsteller anerkennt nur Eine Denunciation, und zwar nur die, welche in iuro, also vor dem Magistrat geschieht.

ihm dunkel, da ihr juristischer Inhalt mit dem Gebiete der zwei ersten Legisactionen zusammenfalle. Wahrscheinlich ist die Auscheidung dieser Actionenfalles im späteren Rechte der Grund davon geworden, daß die Conditionen auf dem Actionengebiete besonders hervorgehoben und selbstständig ausgebildet wurden. Wenigstens deutet dieß (Cajus<sup>52</sup>) ausdrücklich an, indem er die spätere Bedeutung des Wortes an unsere legis actio knüpft und dabei bemerkt, daß gleichwohl zu seiner Zeit jenes unterscheidende Merkmal — die ursprüngliche Ansage im Gerichte — bei den sogen. Conditionen nicht mehr vorkomme.

Die letzten zwei Legisactionen im Systeme des Cajus sind, wie schon Andere bemerkt haben, reine Executionsformen, von welchen die eine die regelmäßige Personal-, die andere die nur ausnahmsweise vorkommende Vermögensexecution einleitet. Auf die erste bezieht sich 4) die legis actio per manus iniectio. Mit diesem Ausdrucke bezeichnet man die Befugniß, den Beklagten zu greifen, vor den Richter zu schleppen, zum Zwecke einer im Gerichte vorzunehmenden Handlung<sup>53</sup>). Im ältesten Executionsverfahren nun, wo der mit dem Impertum bekleidete Magistrat sich keinen Eingriff in das Vermögen und die persönliche Freiheit des Verurtheilten erlaubte, tritt nach dem Grundgedanken aller legis actio der Kläger, welcher ein Judicat, oder eine confessio in iure erhalten hat<sup>54</sup>), in eigener Person als Executor auf; unter Wegfall der in ius vocatio greift er den Beklagten, wo er ihn findet, schleppt ihn vor das Gericht und nimmt hier die solenne manus iniectio vor, indem er mit feierlichen Worten den Grund dieser Handanlegung ausspricht<sup>55</sup>). Dieser Hand nun kann sich der Beklagte nicht willkürlich entziehen; vielmehr nimmt ihn der Kläger — versteht sich nach vorgängiger Abdiction von Seiten des Magistrates — aus dem Gerichte mit sich nach Hause und fesselt ihn, als Schuldknecht, bis er bezahlt. Persönliche Vertheidigung vor Gericht ist dem Beklagten nicht gestattet; nur, wenn er einen tüchtigen vindex bestellt, wird er von der Schuldhast frei. Weiterhin hängt damit das Verkaufen und Zerhauen des Schuldknechtes zusammen, was durch spätere Leges und veränderte Rechtsansichten abgekommen ist. Dieß ist der Hergang der Sache in

52) Inst. IV. §. 18.: Nunc autem non proprie conditionem dicimus actionem in personam, qua intendimus dare nobis oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denunciatio fit.

53) Ursprünglich kam sie wohl nur bei Sklaven vor, die man greifen konnte, wo man sie antraf; bei Freien trat sie wohl nur ausnahmsweise ein, wo eine Per, oder was ihr gleichsteht, sie ausdrücklich erlaubt hatte. Schon im Zwölftafelgesetze kommt das manum iniicere auch bei der in ius vocatio, freilich hier nur subsidiarisch vor: si calvitur pedemve struit, manum endolacito. Festus s. v. struere. Dirksen, Zwölftafelfragmente S. 144.

54) Aeris confessi rebuque iure iudicatis. Gellius, noct. Att. 20. 1., 15. 3. Dirksen a. a. D. S. 234 fig.

55) Caius, inst. IV. §. 21. Die Worte sive damnatus es aus der legis actio, im Gegensätze des iudicatus, können mit Danz ganz sätlich auf das legatum per damnationem bezogen werden.

der manus iniectio pro iudicato, welche zunächst auf der Vorschrift des Zwölftafelgesetzes beruht, indes wohl auch damals schon gegen den auf handhafter That ertappten Dieb und bei der Vindication in Servituten stattfinden mochte<sup>56)</sup>; vielleicht kam sie auch bei den Schulden vor, welche durch *Rezum contrahirt* waren<sup>57)</sup>; wenigstens erklärt sich daraus ungezwungen das *addici und duci*, was die Geschichtsschreiber, wie Livius u. s. w., oftmals damit in Verbindung bringen. Einige spätere *Leges* haben sie noch auf andere Fälle ausgedehnt. So ward sie durch eine *lex Publilia* dem Sponsor gegen den Schuldner gestattet, für den er sich verbürgt und Zahlung geleistet hat, wenn ihm das Bezahlte nicht binnen sechs Monaten von der Zahlung an gerechnet erstattet ward; eine *lex Furia de sponsu* ertheilte sie gegen den Gläubiger, welcher von Einem der Mitsponsoren mehr als den Kopftheil eingetrieben hatte<sup>58)</sup>; andere *Leges* haben diese Behandlungsweise auch noch auf viele andere Fälle bezogen, von denen wir weiter keine Kenntniß haben. In anderen Fällen der *legis actio* war es dem Geschleppten gestattet, sich selbst im Gerichte zu vertreten, so daß die Bestellung eines *vindex* nicht nöthig erschien, und das nannte man *manus iniectio pura* im Gegensatze der *pro iudicato*. Dann fiel natürlich die sofortige Abführung in die Schuldknechtschaft hinweg<sup>59)</sup>, und zum äußeren Zeichen, daß dieß so war, wurden in der solennen Injectionsformel die Worte *pro iudicato* weggelassen. Eine solche *legis actio* fand statt nach der *lex Furia testamentaria* gegen den, welcher aus einem Legate oder vom Todeshalber mehr denn tausend *Asses* erhalten hat, und nicht zu den im Gesetze ausgenommenen Personen gehört; ferner nach der *lex Marcia* gegen Wucherer, die ungesekliche Zinsen beigetrieben hatten<sup>60)</sup>. Späterhin wurden alle *legis actiones pro iudicato*, mit Ausnahme des *Judicatis* und des bei der *lex Publilia* vorkommenden *depensum in purae* verwanbelt<sup>61)</sup>, so daß sich jeder Beklagte der aufgelegten Hand entziehen und für sich im Gerichte auftreten konnte, ohne daß er nöthig hatte, zu diesem Zwecke einen *Vindex* zu bestellen.

5) *Per pignoris capionem*. Eine Vermögensexecution fand im älteren Rechte regelmäßig nicht statt; selbst bei der Personalhaft blieb das Gut des Schuldners unangetastet<sup>62)</sup>. Nur in einzelnen, durch Rechtsorgane ausdrücklich hervorgehobenen Fällen tritt ausnahmsweise die Abpfändung ein<sup>63)</sup>, und auch hier erscheint der Gläubiger wiederum als *Executor*. Er greift dann unter Aussprechen gewisser solennen Worte, welche den Grund der Abpfändung namhaft machen, so viel aus den Gütern des Schuldners auf, als ihm zur Deckung seiner Forderung

56) Vgl. hier Puchta a. a. D. Th. II, S. 85.

57) Dieß ist die Vermuthung Puchta's a. a. D. Th. 2, S. 86.

58) Caius, inst. IV. §. 22.

59) Caius, inst. IV. §. 23.

60) Caius, inst. IV. §. 23.

61) Caius, inst. IV. §. 25.

62) Gellius, noct. Att. 20. 1.: *Si volet, suo vivito*.

63) Caius l. c. IV. §. 26.: *De quibusdam rebus*.

hinreichend scheint<sup>64</sup>). Ward das Pfand binnen einer bestimmten Frist nicht eingelöst, so schritt man zum Verkaufe desselben<sup>65</sup>). Diese legis actio ist an die wenigsten Förmlichkeiten gebunden; sie kann ohne Zuziehung des Magistrates, selbst an einem nefastus dies, vorgenommen werden, ja sogar in Abwesenheit des Schuldners<sup>66</sup>). Wahrscheinlich war sie hauptsächlich für Fälle eingeführt, wo es dem Staate daran lag, dem Gläubiger wegen Forderungen, die ursprünglich öffentlich waren, so schnell als möglich zu seinem Gelde zu verhelfen, was bei der manus iniectio pro iudicato der Natur der Sache nach nicht immer geschehen konnte. Ein Theil der Fälle, bei welchen die pignoris capio vorkommt, ist dem Soldatengebrauche entlehnt, und dahin gehörte, was dem Soldaten zur Löhnung, zum Ankaufe und zur Fütterung eines Pferdes vom öffentlichen Schatze auf einzelne Privatleute angewiesen ist<sup>67</sup>); ein anderer Theil dieser Fälle ist durch besondere Leges eingeführt. So kommt im Zwölftafelgesetze die Abpfändung vor gegen den, welcher ein zum Opfer bestimmtes Thier gekauft und den Kaufpreis nicht gezahlt hat; ferner gegen den Abmiether eines Thieres, dessen Miethpreis zur Bestreitung eines Opfers verwendet werden sollte; auch hat eine Lex, deren Namen bei C a j u s unleserlich ist, sie den Publicanen gestattet wegen ihrer Forderungen aus den gepachteten Staatseinkünften gegen die Abgabepflichtigen<sup>68</sup>).

Heimbach.

**Legitimation** ist eine Handlung, durch welche ein Subject, auf das sie sich bezieht, eine für irgend ein Verhältniß erforderliche rechtliche Beschaffenheit erlangt, oder als ein solches nachgewiesen wird, dem diese Beschaffenheit beizohnt, z. B. legitimatio per subsequens matrimonium, per rescriptum principis und Legitimation durch einen Paß. — In der zweiten Bedeutung kommt sie im Prozesse vor. Ihr Gegenstand ist der Legitimationspunkt, d. h. jene rechtliche Beschaffenheit oder das Verhältniß, durch welches sie unmittelbar gegeben ist, z. B. ein Erbenverhältniß, dessen Benennung sich daher erklärt, daß er zum Zwecke der prozessualischen Legitimation einer ausdrücklichen Aufstellung bedarf, und sich so als ein besonderer Theil von dem übrigen Stoffe der Verhandlung absondert. — Da der Beweis keine apodiktische Gewißheit erbringt und erfordert, so kann sie vorhanden sein, ohne daß der Legitimationspunkt wirklich existirt, und sie kann also das Verufen einer Partei auf den Mangel des letzteren nicht ausschließen, es sei denn, daß das Dasein des Legitimationspunktes zwischen den Parteien rechtskräftig festgestellt wäre. — Das Verufen einer Partei auf ihren Mangel ist die

64) Vgl. Caius inst. IV. §. 26. u. 29.

65) Caius, l. c. IV. §. 32.

66) Caius l. c. §. 29.

67) Das aes militare, equestre und hordiarium (Caius l. c. IV. §. 27., Gellius, noct. att. 7. 10.). Vgl. hier hauptsächlich Puchta a. a. D. Th. II, S. 89 fig.

68) Caius, l. c. IV. §. 28.

fogen. *exceptio deficientis legitimationis*; das Berufen auf den Mangel des Legitimationspunktes kann indeß, nachdem sie erbracht worden, nur als ein Berufen auf die Nichtigkeit desjenigen, dessen Gültigkeit von dem Dasein des Legitimationspunktes abhängt, als ein Vertheidigungsmittel gedacht werden<sup>1)</sup>. In Beziehung auf das prozessualische Verfahren ist die Verhandlung, welche durch jene *exceptio* hervorgerufen wird, eine präparatorische, von welcher die Statthaftigkeit eines bevorstehenden Verfahrens abhängt<sup>2)</sup>, die durch dieses Berufen auf Nichtigkeit veranlaßte Verhandlung hat dahingegen auf ein bereits stattgefundenes Verfahren Bezug<sup>3)</sup>. Der Gebrauch jener *exceptio* braucht überall nicht zu dem Zwecke zu geschehen, um dieses letztere Berufen auf Nichtigkeit oder die Nichtigkeit selbst abzumenden<sup>4)</sup>, und hat auch keineswegs immer diesen Erfolg. Vielmehr ist ihr wesentlicher prozessualischer Zweck nur das Verfahren durch ein Bestreiten der Zulässigkeit desselben zu hemmen, und eben diesem Zwecke verdankt jene *exceptio* ihre Ausbildung<sup>5)</sup>, ein Zweck, der aber durch die Eventualmaxime größtentheils vereitelt wird. Denn da vermöge dieser Maxime das Verfahren über die Hauptsache als ein even-

1) So lange man noch nicht wegen Mangels hinsichtlich der Legitimation ein Urtheil als nichtig ansieht, wird man freilich immer nur den Mangel der Legitimation rügen, und da dazu kein Grund vorhanden sein kann, wenn man das Dasein des Legitimationspunktes anzuerkennen sich veranlaßt sieht, so liegt darin auch immer ein Bestreiten dieses letzteren Umstandes (vgl. meine Erörterungen zu v. Linde's Lehrbuch des gem. Proz. S. 337, Note 11), und damit auch ein Hinweisen auf eine Nichtigkeit, insofern nicht der Legitimationspunkt bloß auf die Zulässigkeit des Verfahrens influirt (vgl. unten Note 4). Allein so lange die Legitimation noch nicht erbracht, liegt darin das Verlangen, eine Garantie gegen die Nichtigkeit zu geben und ein Bestreiten der Zulässigkeit des Verfahrens, welches nach deren Darbringung hinwegfällt, wenn diese nicht als ungenügend angefochten werden kann. — Vgl. unten Note 26.

2) Ueber die Bedeutung präparatorischer Sachen: m. Erdr. zu Linde S. 142 flg.

3) In Beziehung auf ein noch nicht stattgefundenes Verfahren muß eine Rüge des Mangels an Legitimation sich immer als die Forderung einer Garantie für die Gültigkeit darstellen, also ausgeschlossen sein, wenn ein Nachweis für den Legitimationspunkt vorliegt (vgl. oben Note 1). Das dadurch noch nicht notwendig ausgeschlossene Berufen auf eine Nichtigkeit wegen Richteritzung des Legitimationspunktes kann aber in Beziehung auf ein künftiges Verfahren nur den Sinn haben, daß es nichtig sein werde, wenn es stattgefunden haben werde. Die dadurch veranlaßte Verhandlung kann also noch kein Streit über das Vorhandensein einer Nichtigkeit sein. — Der Unterschied zwischen der *exceptio deficientis legitimationis* und dem Berufen auf Nichtigkeit wegen Richteritzung des den Legitimationspunkt bildenden Verhältnisses tritt auch entschieden hervor in L. 24. C. de procur. (3. 3.) Vgl. c. 21. §. 2. X. de off. et pot. iud. deleg. (1. 29.) mit c. 12. X. de except. (2. 25.)

4) Eine Einrede dieser Art, die *exceptio deficientis legitimationis ad praxin*, steht in gar keiner Beziehung auf die Nichtigkeit, sondern bestrittet nur die Zulässigkeit des Verfahrens. Vgl. unten bei Note 23, auch Note 24, 25, 81. — Note 49—51.

5) Denn nur dadurch erlangt sie ihren eigenthümlichen, sie von einem bloßen Zugnen des Legitimationspunktes und einem Berufen auf Nichtigkeit unterscheidenden Charakter.

tuelles ungeachtet der Begründetheit jener *exceptio* seinen Fortgang behält, so hat sie eine eigenthümliche, nicht auch mit einem bloßen Leugnen des Legitimationspunktes verbundene, Bedeutung nur insofern, als durch das Unterlassen ihres Gebrauches eine besondere Verbindlichkeit begründet wird. Dieß ist aber dann der Fall, wenn der Legitimationspunkt ein solches präjudicielles Verhältniß ist, welches nur die rechtliche Möglichkeit des Hauptverhältnisses in seinen concreten subjectiven Beziehungen zu den Parteien, nicht aber die Gültigkeit eines Verfahrens über dasselbe zwischen ihnen bedingt. — Denn wird in diesem Falle die Einlassung auf das streitige Hauptverhältniß geleistet, ohne daß sie an die Existenz jenes präjudiciellen Verhältnisses als ihrer Bedingung geknüpft wird, so entsteht dadurch sofort ein unbedingtes Streitverhältniß über das Hauptverhältniß zwischen diesen Parteien, während es durch den Gebrauch jener *exceptio* zu einem bloß bedingten constituiert worden wäre. — Diese Unbedingtheit hat dann die Folge, daß die Entscheidung über den Hauptpunkt den durch dieses Streitverhältniß verpflichteten Theil bindet, ohne daß es einer besonderen Entscheidung über jenes präjudicielle Verhältniß bedarf, welches vielmehr durch jene Entscheidung als stillschweigend mit entschieden gelten muß, insofern als die Feststellung des Resultates dieses Streitverhältnisses es erfordert<sup>6)</sup>. Dieß tritt indeß nur bei der Sachlegitimation ein, die in dem Nachweise besteht, daß Jemand in der erforderlichen Beziehung zu dem streitigen Hauptverhältnisse stehe, um in dem Prozesse über dasselbe als parteilicher Theilnehmer auftreten zu können oder zu müssen<sup>7)</sup>. Denn wenn hier auch der Legitimationspunkt fehlt, so ist die von ihm abhängige Frage: ob das fragliche Hauptverhältniß zwischen diesen bestimmten Parteien besteht?<sup>8)</sup> doch eine Frage über deren eigenes Verhältniß zu

6) Wer also als Erbe mit einer Forderungsklage belangt wird, und sich einläßt, ohne die *exceptio* zu benutzen, der kann zwar immer noch sein Verhältniß als Erbe leugnen und seinen Gegner zu einem Beweise desselben nöthigen. Allein dieser Punkt ist dann Bestandtheil der Grundlage des Streitverhältnisses, und wird durch eine Verurtheilung in der Hauptsache gültig beseligt (Nichtigkeit behauptet hier indeß Schmid, Handb. I. S. 185, 186), während er durch den Gebrauch der *exceptio* zu einem präparatorischen und zugleich präjudiciellen Verhältnisse constituiert worden, ohne dessen abgesonderte Entscheidung eine gültige Verurtheilung in der Hauptsache schlechthin unmöglich gewesen wäre. Vgl. m. Erdörter. zu Linde S. 87, 3. 44 u. flg., Note 84, S. 136, 339, 3. 2, Note 17, 18, S. 381, Note 28 flg. W. Identität und Connerität der Rechtsverhältnisse S. 356 flg., unten Note 172.

7) Nämlich als Partei im eigenen Namen. Eine Partei in fremdem Namen, wie der römische *procurator ad agendam* es ursprünglich ist, kennt der heutige Proceß nicht, weil er im Falle einer Vertretung immer den Vertretenen als die eigentliche Partei betrachtet. Die Fälle, in denen ein solcher Nachweis nothwendig wird, sind immer solche, wo die Befugniß zur Klage von einer Succession oder von einem rechtlichen oder factischen Verhältnisse zu einem Gegenstande abhängt, also von einem der einen Partei ursprünglich fremden, aber jetzt das Klagerrecht zwischen ihnen vermittelnden Moment. S. die Fälle bei Schmid, Handb. des Civilproz. I. §. 68, S. 178, vgl. mit Danz, Grundf. des ordentl. Proz. §. 124, Note a. — Daher auch die Benennung: *fundamentum agendi intermedium*. Martin, Lehrb. des Civilproz. §. 85.

8) Diese Frage hängt zwar, wo eine wirkliche Sachlegitimation in Frage



einander, und eine solche Frage kann zwischen ihnen rechtskräftig festgestellt werden, wiewohl, da sie kein besonderes Rechtsverhältniß zwischen ihnen umfaßt, sondern nur die subjective Beziehung des fraglichen Hauptverhältnisses betrifft, nur insoweit, als es als ein Bestandtheil der Grundlage des dormaligen Streitverhältnisses in Frage kommt<sup>9)</sup>. Bei den übrigen Legitimationsarten, welche die Prozeßdoctrin kennt, bedingt dahingegen der Legitimationspunkt eine Frage, die den eigenen Angelegenheiten einer der Parteien gänzlich fremd ist, sich bloß auf die Prozeßführungsart ihres Gegners bezieht, deren Erledigung allein zur Prozeßleitung gehört, und die daher auch nicht einmal in jenem Umfange zwischen ihnen rechtskräftig festgestellt werden kann, sondern immer nur insoweit, als sie als Vorfrage für diese Legitimation in Betracht kommt<sup>10)</sup>. — Daher bezieht sich denn auch die Legitimation oder deren Nachweis hier nie auf ein Verhältniß des Gegners, während dieß bei der Sachlegitimation allerdings der Fall sein kann. — Sie sind: die Legitimation zur Praxis, bestehend in dem Nachweise, daß eine Person die gesetzliche Befähigung zur Advocatur habe, um als Advocat in einem bestimmten Prozesse zugelassen werden zu können; und die Legitimation zum Prozesse, bestehend in dem Nachweise, daß der Vertreter oder der Beistand eines parteiischen Theilnehmers an einem Prozesse die hierzu erforderliche Befähigung habe oder daß ein solcher Theilnehmer keines Vertreters oder Beistandes bedürfe oder daß er eine zur Führung des Processes erforderliche Autorisation oder Erlaubniß erlangt habe. — Im allgemeinen scheint der Legitimation die Idee zum Grunde zu liegen, daß sie ein Act sei, der durch eine ausnahmsweise subjective Lage eines Theilnehmers an einem Prozesse für die Zulässigkeit seiner Theilnahme erforderlich wird, und man braucht den Ausdruck selbst da, wo die Thätigkeit des Richters ausnahmsweise einen solchen Nachweis nöthig macht, wie bei Delegirten<sup>11)</sup>, ohne daß jedoch dieser Fall sich unter die verschiedenen Arten der prozeßualischen Legitimationen eingereicht findet. — Als Grund dieser Idee erscheint der Umstand, daß diejenigen Momente, welche regelmäßig die Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Theilnahme bilden, wie die persönliche Befähigung zur Prozeßführung im eigenen Namen, bei

steht, immer von einem Verhältnisse nur Einer Partei ab. Bei der Sachlegitimation nimmt die Frage über dieses Verhältniß aber die Gestalt an: ist jene Partei identisch mit der Person, welche jetzt Subject des zwischen ihr und ihrem Gegner streitigen Hauptverhältnisses ist? oder: sind die Parteien gegenwärtig Subjecte dieses letzteren Verhältnisses? Vgl. m. angef. Erdr. S. 327.

9) Vgl. m. angef. Erdr. S. 327, Note 17, S. 484 flg.

10) Also nur insofern als es sich darum handelt, ob die Legitimationshandlungen in ausreichender Weise geschehen sind, und nur dann, wenn beiden Parteien Gehör darüber gestattet ist. Vgl. ebenbas. S. 479—484. — Insofern aber dessenungeachtet der Mangel des Legitimationspunktes und daher entstandene Richtigkeit behauptet würde, könnte diese Rechtskraft von gar keinem Nutzen sein, weil die Rechtskraft dem Verfahren, in dem die Entscheidung entstanden, keine Gültigkeit verleihen kann.

11) B. B. v. Linde, Lehrb. des teutsch. gem. Civilproz. §. 69, bei Note 8.

dem Auftreten einer Person als Prozeßpartei einer ausdrücklichen Anführung nicht bedürfen, und insofern keine Legitimationspunkte sind, also das Unterbleiben derselben auch einen sogen. formellen Mangel der Legitimation<sup>12)</sup> nicht begründet. — Dessenungeachtet liegt aber kein Grund vor, den Nachweis jener Momente nicht ebenfalls eine Legitimation zu nennen<sup>13)</sup>, und da jede Parteienlegitimation sich entweder auf die Zuständigkeit eines Prozeßmittels (Klage, Einrede u. s. w.) oder auf die Zulässigkeit der Prozeßführung beziehen muß, so kann sie eine dritte Hauptart dieser Legitimationen nicht bilden. Ihrer Natur nach muß sie aber dann zur Prozeßlegitimation gehören<sup>14)</sup>, und es erscheint unnötig, aus ihr noch eine besondere Unterart derselben deshalb zu bilden, weil das bei ihr in Frage stehende Verhältniß kein Vertreterverhältniß ist, sobald man nicht die prozeßualischen Eintheilungen von außerprozeßualischen Verschiedenheiten abhängig machen will. — Wenn z. B. ein Minderjähriger im Prozesse ohne Curator auftreten und den Nachweis, daß ihm *venia aetatis* ertheilt worden, beibringen würde, so wäre dieser Nachweis der *legitima persona standi in iudicio* doch ohne Zweifel eine Legitimation zum Prozesse. — Auf der anderen Seite hat man aber jene Grenze wiederum überschritten, und einen Nachweis, der bei dem Gebrauche eines gewissen Prozeßmittels unter allen Umständen und ganz unabhängig von der subjectiven Lage einer Partei von ihr gefordert werden kann, die sogen. generelle Sachlegitimation<sup>15)</sup>, in den Kreis der Legitimationen gezogen. —

Die Legitimation zur Praxis, *legitimatio ad praxin advocatoriam*, unter Umständen auch *l. ad praxin procuratoriam*<sup>16)</sup>, zeichnet sich vor den übrigen Arten der Legitimation dadurch aus, daß sie zu dem Zwecke, eine Garantie für die Gültigkeit des Verfahrens zu geben, überall

12) Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 93 flg., und das. Citirte.

13) So geschieht es denn auch. Vgl. Schmid, Handb. des gem. deutsch. Civilproz. (Kiel 1843), I. §. 67, S. 174, mit Dapp, über die Lehre von der Legitimation zum Prozesse §. 1, der in den §§. 7—53 die Fähigkeit zur Prozeßführung in eigenen Angelegenheiten behandelt. — Die von ihm §. 21 flg. aufgeführten Beschränkungen der Hauskinder gehören aber nicht hierher, da sie auf einem Mangel der Klage, oder des Klagerechtes, beruhen, und dasselbe gilt von den Beschränkungen der Ehefrau in Ansehung des Dotalgutes, welche Schmid, a. a. D. S. 175—177, noch hinzufügt.

14) Vgl. Reinhardt, Handb. des gem. deutsch. ord. Proz. I. §. 45, S. 78, mit m. Erdr. zu Linde S. 325, Note 7, und dagegen v. Linde a. a. D. §. 114, Note 1. — *Iustum* oder *legitimam personam habere* oder *ostendere* wird sowohl von der Fähigkeit, ohne Beistand einen Prozeß zu führen (L. 11. C. qui dars tutores etc. [5. 34.]), als auch von der Berichtigung der Sachlegitimation (*Cons. vet. licti c. 5. 6.*) gebraucht. In gleichem Umfange nehmen ältere Prozeßualisten den Ausdruck: *personae legitimatio* (z. B. Rudolphinus, de ord. proc. in iudiciis in Romana curia praxis recentior I. c. 5. [Coloq. Agr. 1658.] fol. 44.), der also dem ausnahmsweise stattfindenden Nachweise der *legitima persona standi* ausschließlich (vgl. Schmid a. a. D. §. 67, S. 174) keineswegs zukommt.

15) Vgl. unten Note 185.

16) Vgl. unten Note 88.

nicht blent. — Da indeß der Richter durch Abweisung eines nicht legitimirten Subjectes, oder durch Zurückweisung der von ihm verfaßten Schriftsätze, die Vollziehung derjenigen Prozeßhandlungen, bei denen es thätig ist, auch von Amtswegen verhindern muß<sup>17)</sup>, so kann auch eine Partei ihn hierzu auffordern, und wegen Mangels dieser Legitimation die Zulässigkeit der gegenseitigen Prozeßhandlungen bestreiten. Als eigentlicher Legitimationspunkt kann indeß die Befugniß zur Praxis nur dann angesehen werden, wenn sie nur ausnahmsweise gewissen Personen gestattet ist. So wie noch jetzt die Befugniß zur Procuratur<sup>18)</sup>, so stand im älteren römischen und teutschen Prozesse die Befugniß zur Advocatur regelmäsig jedem zu, dessen Rechtsfähigkeit an keinem Mangel litt<sup>19)</sup>. Nachdem sich, und zwar schon im neuesten römischen Rechte, ein besonderer Advocatenstand gebildet hat<sup>20)</sup>, bedarf es einer Legitimation zur Praxis. Sie geschieht durch den Nachweis des Actes der Aufnahme in jenen Stand oder der Ertheilung einer Concession zur Advocatur durch eine dazu ermächtigte Behörde, womit denn auch der Nachweis verbunden sein muß, daß dieser Act sich auf einen gewissen Kreis der Praxis, z. B. bei einem bestimmten Gerichte, beziehe, wenn darüber Zweifel obwaltet. Insofern nicht etwa ein Verufen auf Notorität genügt, wird dieser Nachweis durch eine über jenen Act ausgefertigte Urkunde, eine Advocatenbestallung, =Matrikel, =Concession, etwa auch durch eine beschließende Verfügung in Decretsform, hergestellt. Wehe pflegt man zu dieser Legitimation nicht zu fordern<sup>21)</sup>. Da indeß auch ein Parteieninteresse vorhanden sein kann, die Thätigkeit eines unbefugten Advocaten im Prozesse abzuwenden, so wird man dagegen nicht nur den Beweis des Erlöschens jener Befugniß<sup>22)</sup>, sondern auch den directen Gegenbeweis des Mangels derselben wegen Ungiltigkeit des Actes gestatten müssen, selbst wenn sie sich auf Mängel der persönlichen Befähigung zur Advocatur stützt. Denn daß in jenem Acte der Aufnahme oder Zulassung eine

17) Vgl. Claproth, Einleit. in den ordentl. bürg. Proz. I. §. 72, Note a und b, mit L. 1. pr. §. 6. D. de postulando. (3. 1.) L. 9. §. 2. D. de officio procons. (1. 16.)

18) Vgl. unten Note 79 fig.

19) Ueber die römischen Verhältnisse: Zimmermann, röm. Rechtsgesch. III. §. 165. Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproz. I. S. 196, und über die teutschen: Nietzsche, comm. iur. germ. de prolocutoribus. Schmid, comm. iur. Rom., Germ., Sax. de advocatis. Dresd. 1841. In Deutschland pflegte man sich den Fürsprecher vom Gerichte zu erbitten und er wurde dann häufig, vielleicht durchgängig, aus den Gerichtschöffen genommen. Vgl. Maurer, Gesch. des altgerm. Gerichtsverf. §. 13, S. 24—27, §. 60, S. 73, 74, §. 103, S. 135, 136.

20) Bethmann-Hollweg, a. a. D. S. 197—204, über die römischen, und Claproth, a. a. D. I. §. 72, über die heutigen Verhältnisse.

21) Vgl. Senfeler, Handb. I. 5. §. c. Commentar zu Martini (Ausg. von Morstadt) I. S. 45. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 80, 81. Schmid a. a. D. I. §. 74, Note 39, S. 224.

22) Wenn auch nur ein temporäres, wie durch Suspension, die bereits dem römischen Rechte bekannt ist. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 197, Note 8, S. 202, Note 46.

Dispensation von solchen Mängeln liege, erscheint nicht gerechtfertigt<sup>23</sup>). Daß aber in der That die sogen. *exceptio deficientis legitimationis ad praxin* die eigentliche Wirkung einer prozessualischen Einrede habe, nämlich berechnete, bloß eventuell auf den Streit sich einzulassen und im Falle ihr nicht abgeholfen werde, die Zurückweisung der Klage zu verlangen, ist deshalb zu bezweifeln, weil die Gültigkeit des Prozesses hier nicht in Frage steht. Ihre Wirksamkeit beschränkt sich also darauf, den Richter zu demjenigen zu veranlassen, was er ohnehin von Amtswegen vornehmen könnte, wohin außer der Nichtgestattung der Prozeßhandlungen auch Geldstrafen zu gehören pflegen. — Bei dieser Bedeutung dieser *exceptio* ist sie denn auch, und zwar als *exceptio*, auch nach der Einlassung und während des ganzen Prozesses zulässig, ebenso wie dies bei der, eine Garantie gegen Nichtigkeit ebenfalls nicht fordernden<sup>24</sup>), *exceptio excommunicationis* der Fall war<sup>25</sup>), während in anderen Legitimationsfällen nach der Einlassung mit der Person, um deren Legitimation es sich handelt, und wenn nicht etwa später eingetretene Umstände ihr die zur Fortsetzung des Prozesses erforderliche Befähigung entzogen haben, in Beziehung auf sie nur von einem Verufen auf Nichtigkeit die Rede sein kann<sup>26</sup>).

Die Legitimation zum Prozesse wird zwar nicht selten als der Beweis bezeichnet, daß eine Nebenperson ermächtigt sei, für ihren Principal im Prozesse zu handeln<sup>27</sup>). Sieht man aber nicht bloß auf das äußere Merkmal des Auftretens eines Stellvertreters, sondern darauf, daß das Wesen dieser Legitimation in einer Garantie für die Gültigkeit des Prozesses unter den Parteien besteht, so finden sich mehr Fälle dieser Art. In jener Bedeutung genommen würde sie nur bei Procuratoren, Syndicen, Actoren, Tutoren und Curatoren vorkommen, und bei letzteren nur, wenn sie allein handelten. Allein wenn sie als Beistände ihrer Pflegebefohlenen handeln, was heutzutage freilich nur bei den Ge-

23) So nimmt Schmid, a. a. D. Note 15, S. 222, unter Berufung auf Gans, vom Amte der Fürsprecher S. 91, an, daß ein Lauber oder Stummer gültig zur Advocatur auctorisirt werden könne, wegen L. 57. D. de re iud. (42. 1.) L. 3. D. de off. praet. (1. 14.) Allein diese Stellen können jedenfalls nur auf eine von einer höchsten Staatsgewalt unmittelbar ausgehende Auctorisation und auf solche Mängel, die die natürliche Fähigkeit zu der fraglichen Function nicht aufheben, Anwendung erleiden, und gehen überdies auch nur auf die Gültigkeit der bereits vollzogenen Acte. Vgl. Hefster, Syst. des Civilproz. S. 73, Note 79.

24) C. 1. de exceptt. in VI. (2. 12.)

25) C. 12. X. de exceptt. (2. 25.)

26) Denn wenn man hier die Nichtigkeit des Streitverhältnisses nicht behauptet, so ist man durch dasselbe von dem Gebrauche derartiger Einreden ausgeschlossen. Vgl. L. 40. §. 3. D. de proc. (3. 3.) L. 13. C. eod. (2. 13.) W. angef. Erdr. S. 382, Note 34. Nach Rudolphinus, l. c. I. c. 2. nr. 181—187. fol. 28. I. c. 3. nr. 45. 56., ist der Procurator, wenn ihm der Mangel der Legitimation nicht vor der Litiscontestation opponirt worden, ein *procurator approbatus*, der in Ansehung seiner Legitimation die Präsumtion für sich hat, wenn auch der Richter sie noch von ihm verlangen kann.

27) J. B. Linde a. a. D. §. 141.

schlechtscuratoren der Fall zu sein pflegt, müssen sie ebenfalls ihre gedachte Eigenschaft darthun, um zur Thätigkeit in dem Prozesse befugt zu sein, und diesem Nachweis, in dem zugleich der der legitima persona standi in iudicio ihrer Pflegebefohlenen enthalten ist, kann man doch das Wesen einer Prozesslegitimation eben so wenig absprechen, als dem Nachweise eines Advocaten, daß er von seinem Clienten zum Beistande desselben ernannt sei. Und wozu legitimirt man sich denn, als zum Prozesse, wenn man nachweist, daß man in der Lage sei, keines Beistandes zur Prozessführung zu bedürfen; wie wenn Jemand nachweist, daß er das zur Prozessführung verlangte Alter der Volljährigkeit erreicht, ein Minderjähriger, daß er *venia aetatis* erlangt, ein solcher oder eine Frau, daß sie die Eigenschaft von Handelsleuten haben, ein ehemaliger Wahnsinniger oder Verschwender, daß seine Geisteskraft zurückgekehrt<sup>28)</sup> oder die Verwaltung seines Vermögens ihm wiederum gestattet worden<sup>29)</sup>, ein Vormund oder Curator, daß er mit einem ihn zur Prozessführung ermächtigenden Decrete versehen<sup>30)</sup>. Es handelt sich in allen diesen Fällen um eine und dieselbe Frage, nämlich die: ist die gegenwärtige Prozessführung gültig in Ansehung derjenigen, die als Parteien dabei auftreten? — Ein Mangel dieser Legitimation führt indef eine Nichtigkeit nicht mit sich, wie man es nicht selten ausdrückt<sup>31)</sup>, sondern diese ist erst, und zwar in Ansehung der Haupt-

28) Den Nachweis des *dilucidum intervallum* erklärt man indef hier für unzureichend: Claproth a. a. D. §. 67, Note 2. Dapp a. a. D. §. 10, dahingegen zur Ertheilung einer Prozessvollmacht genügend: Dapp a. a. D. §. 103.

29) Der Fall, wo ein Kind die richterliche Erlaubniß zur Klage gegen seine Eltern nachweist, gehört nicht zu den Legitimationen. Denn hat der Richter die Klage einmat zugelassen, so fällt jede prozessualische Bedeutung des Mangels einer solchen Erlaubniß in der That hinweg. Was durch eine darauf gegründete Einrede verhindert werden könnte, nämlich die Ladung oder das die Einlassung auf die Klage fordernde Decret, ist bereits geschehen, ohne daß man dessen Ungültigkeit behaupten kann, es sei denn, daß es durch eine Obreption oder Subreption erlangt wäre, in welchem Falle aber ein Berufus auf diese stattfinden müßte. Es kann also in diesem Falle nur von der von dem Kinde verwirkten Privatstrafe die Rede sein (L. 4. §. 1—3. D. de in ius voc. [2. 4.] L. 3. C. eod. [2. 2.] L. 24. L. 25. D. eod. §. ult. J. de poena tom. litig. [4. 16.]), die indef heutzutage mit den übrigen Privatstrafen untergegangen erscheint, wenn nicht etwa ein Landesgesetz sie noch sanctionirt hat, wie das württemb. Landr. I. Tit. 2, §.: Es seyen auch u. s. w., und das alte babilische Landr. I. Tit. 5, §. 4. Die Meinungen über die gemeinrechtliche Geltung dieser Vorschrift sind indef verschieden. Vgl. Dapp a. a. D. §. 34 flg.

30) Sei es nun, daß dies als gemeinrechtlich erforderlich angesehen werde (vgl. Puchta, Dienst der deutsch. Justizämter II. S. 25, 26, jedoch auch v. Linde a. a. D. §. 139, Note 4), oder nur particularrechtlich vorgeschrieben sei.

31) Jedoch ist diese Nichtigkeit bisweilen nur eine relative, so wenn Frauenzimmer oder Unmündige, welche über die *infantia* hinaus sind, ohne Beistand prozessirt haben: Dapp a. a. D. §. 50, 53. R. angef. Erdr. S. 93, 94. — In Ansehung der Kosten muß eine bindende Verurtheilung desjenigen erfolgen können, dem das legitimirende Verhältniß fehlte, sobald er nur legitima

sache<sup>32)</sup>, vorhanden, wenn der Legitimationspunkt fehlt, und zwar selbst dann, wenn jene Legitimation in der That geschehen wäre<sup>33)</sup>. Ihr kommt daher nur die Bedeutung einer Garantie gegen Nichtigkeit zu, in deren Ermangelung der Gegner die unbedingte Einlassung verweigern kann. — Zu ihrer Anerkennung durch den Richter wird auch nicht mehr gefordert als eine vollständige Beweisführung über die Vornahme des zur Entstehung des legitimirenden Momentes erforderlichen Actes durch einen dazu befähigten Auctor, nicht aber Gehör darüber von Seiten des Gegners des zu legitimirenden Subjectes oder Präclusion desselben, wiewohl ihm Gelegenheit zu Einwendungen dagegen gegeben wird<sup>34)</sup>. Das Legitimationsverfahren ist daher als ein *summam cognoscere* zu betrachten<sup>35)</sup>, als welches ein Verfahren über eine Nichtigkeit wegen Nichteristenz des Legitimationspunktes keineswegs erscheint. — Fähig sind zu jenem Acte alle Personen, die vollkommene Handlungsfähigkeit haben, für diejenigen Civilprozesse, in denen sie selbst Partei sind oder Partei sein werden<sup>36)</sup>. Jedoch kann der Zweck desselben dadurch vereitelt werden, daß der Gegner sich keinen Stellvertreter gefallen zu lassen braucht, wie bei der Abweisung eines Hauptes<sup>37)</sup>, bei Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung<sup>38)</sup>, oder

*persona standi in iudicio* hatte, da man nicht behaupten kann, daß das wegen der Kosten entstehende Nebenstreitverhältniß (vgl. m. angef. Erdt. S. 84, Note 74) von der Existenz des allein den Beklagten obligirenden Hauptstreitverhältnisses abhängig sei.

32) So Dapp a. a. D. §. 2. Gluck, Erläut. der Pand. V. §. 279.

33) Daß in solchem Falle, z. B. wenn die Bevollmächtigung des Procurators von einer unfähigen Person vorgenommen wäre, der Prozeß für den angeblichen Principal keine Gültigkeit haben kann, ist außer Zweifel. Vgl. L. 27. pr. D. de procur. (3. 3.) L. 24. C. eod. (2. 13.) L. 1. C. quib. res iud. n. n. (7. 56.) c. 4. X. de procur. (1. 38.) J. R. X. §. 99, 100. — In Ansehung des nicht bevollmächtigten Procurators oder sonstigen Vertreters kann aber von einer solchen Gültigkeit überall keine Rede sein, weil er nicht als Partei betrachtet wird.

34) Durch bloße Mittheilung oder Vorlegung der zur Legitimation beigebrachten Beweisstücke. So auch bei den Reichsgerichten, obgleich es hier ein besonderes Legitimationsverfahren gab. S. Dapp a. a. D. §. 309 fig., §. 372—385.

35) D. h. ein durch Uebergehung irgend eines Bestandtheiles des regelmäßigen Cognoscirens, nicht gerade, wie Briegleb, *summam cognoscere quid et quale fuerit ap. Rom.* (Erlang. 1843.) p. 7 sq., will, eines Gegenstandes desselben, unvollständiges Cognosciren.

36) L. 1. pr. D. de procurat. (3. 3.): *Mandatu domini.* L. 17. §. 10. D. de iur. (47. 10.) Selbst bei Popularklagen und eigenem Interesse bedurfte es einer *causa cognita* zu ertheilenden Befragung des Richters: L. 42. pr. L. 45. §. 1. D. de procur. (3. 3.) L. 5. D. de popul. act. (47. 23.), so wie auch nur unter besonderen Umständen bei der *postulatio tutoris suspecti* und dem *interdictum de liberis exhibendis* ein Procurator zugelassen wurde: L. 39. f. L. 40. D. de procur. (3. 3.)

37) L. 12. §. 4. C. de reb. cred. (4. 1.) Dapp a. a. D. §. 182 fig. Schmidt a. a. D. I. §. 79, S. 246.

38) Dapp a. a. D. §. 184, Note i. Daß aber auf die Wechselklage der Beklagte die Einlassung nicht durch einen Procurator vornehmen könne (ebendas. und Püttmann, Grundf. d. B. R. §. 170, Note a), ist ohne Grund. Denn vermag sie den Arrest abzuwenden, so bedarf es der Person des Wechsel-

dadurch, daß der Richter bei einzelnen Handlungen dessen Thätigkeit nicht für genügend erachtet<sup>39</sup>). Für diejenigen, in denen sie nur für Andere zu handeln befähigt sind, haben sie aber jene Fähigkeit nicht<sup>40</sup>), mit Ausnahme des Procurators, dem die Befugniß, sich einen Anderen zu substituiren, ausdrücklich<sup>41</sup>) ertheilt ist<sup>42</sup>), des procurator omnis rei oder omnium rerum<sup>43</sup>), des Tutors und des administrirenden (nicht bloßen

schuldners nicht, und für den Fall, daß sie es nicht vermag, ist freilich wohl ein Grund vorhanden, sich seiner Person zu versichern, nicht aber seinen Procurator zurückzuweisen. Diese, und andere, nicht gemeinrechtliche Fälle finden sich bei Glück a. a. D. S. 269 fig. unter dem folgenden Gesichtspunkte (bei Note 39) aufgestellt.

39) L. 26. C. de procur. (2. 13.) Dapp a. a. D. §. 184.

40) Nach dem Grundsatz: procurator procuratorem dare non potest, der indeß im römischen Rechte nach der Litiscontestation, und nach Lauterbach, de proc. subst. c. III. §. 12. (dagegen Dapp a. a. D. §. 63, Note s) wegen L. 76. D. de procur. (3. 3.) bei dem Procurator des Beklagten schon nachdem er nur satisfactio indicatam solvi geleistet hat, — vermöge des dominium litis des Procurators (welches indeß auf den von ihm bestellten Procurator doch nur vermittelt einer translatio iudicii durch den Richter [vgl. Zimmermann, röm. Proz. §. 119] übergeben konnte) nicht zur Anwendung kam (L. 4. §. 5. D. de appellat. [49. 1.] L. 8. §. 1. D. mandati. [17. 1.] L. 11. L. 23. C. de procur. [2. 13.]). Dieses dominium litis wird zwar noch in c. 1. de procur. in VI. (1. 19.), Dep.-Absch. v. 1600, vgl. auch württemb. Landr. I. Tit. 16, §.: Wer dann u. f. w., und im c. 1. cit. gerade in dieser Beziehung, anerkannt und noch von neueren Juristen als geltend betrachtet (Dapp a. a. D. §. 63 fig. und das. zu §. 63 Cit. Glück a. a. D. V. S. 244, Note 44 Cit. Reinhardt, Handb. I. §. 72). Allein der Widerspruch, in dem es mit der heutigen Stellung des Procurators steht, hat in die Praxis keinen Eingang gefunden, und nach ihr erscheint demnach jener Grundsatz auch in diesem Falle anwendbar. Vgl. J. H. Böhmer, de dom. litis c. 3. Bachov ad Wesemb., de proc. nr. 18. Struben, rechtl. Bedenken V. 25. Claprotz a. a. D. §. 86. Hodyfner, Commentar §. 1178. Danz, orientl. Proz. §. 43. Thibaut, System III. §. 1094. Glück a. a. D. S. 245. Bethmann-Hollweg, Verf. S. 245. Pfeffer, System S. 217. Schmidt a. a. D. I. §. 81, S. 265.

41) Dapp a. a. D. §. 61.

42) C. 1. §. 1. c. 3. de procur. in VI. (1. 19.) Die Procuratoren des Reichskammergerichtes bedurften aber dessenungeachtet noch besonderer Einwilligung des Mandanten: R. R. O. D. I. Tit. 20, §.: Nachdem auch u. f. w. R. X. v. 1566 §.: Und wiewol u. f. w. J. R. X. §. 100.

43) C. 1. §. 1. 2. c. ult. de procur. in VI. Rudolphinus l. c. I. c. 3. nr. 43. Vgl. Dapp a. a. D. §. 62, Note p. — Aus L. 8. §. 3. D. mandati (17. 1.) folgt dieß indeß nicht. Es ist aber auch nicht dagegen: L. 31. §. 6. D. de negot. gest. (3. 4.), wie Claprotz, a. a. D. §. 82, Note a, meint. Jedoch kann der Procurator zur Eingehung einer Ehe nicht ohne besondere Erlaubniß substituiren: c. 9. de procur. in VI. (1. 19.) — Der procurator in rem suam kann jedenfalls eine Prozeßvollmacht ertheilen, und nach der heutigen Auffassung des Verhältnisses (vgl. unten Note 194) erscheint der von ihm aufgestellte Mandatar, gleich dem von einem dominium litis bestellten (vgl. L. 4. §. 5. L. 8. §. 1. D. cit. und Dapp a. a. D. §. 66), nicht als Substitut, sondern als Procurator, was indeß Lauterbach, de procuratore substituto c. III. §. 6., nur für den Fall zugibt, wo er die utilis actio, im Gegenfatz der directa, für welche er selbst nur Procurator ist, manbirt (vgl. Dapp a. a. D. §. 59, Note 9), eine Unterscheidung, die wenigstens heutzutage ohne Grund ist.

**Geschlechts-) Curators**, die im Falle einer Nothwendigkeit die Bestellung eines Actors bewirken, oder nach Erlangung eines sie dazu auctorisirenden Decretes vornehmen können<sup>44)</sup>, für welche Bestellung oder Auctorisation die obervormundschaftliche Behörde als zuständig erscheint<sup>45)</sup>. — Diejenigen, welche nur beschränkte Handlungsfähigkeit haben, wie Unmündige, Minderjährige, zuweilen auch Weiber, sind indeß auch in ihren eigenen Angelegenheiten nur mit Zustimmung ihrer Tutoren und Curatoren dazu befähigt<sup>46)</sup>, und Kinder, Geisteschwache außer lichten Zwischenräumen, Verschwender und diejenigen, welche ihren Willen nicht erkennbar zu machen vermögen, überall nicht<sup>47)</sup>. Die *persona legitima standi in iudicio* ist nur ein Theil der Handlungsfähigkeit, und Aufhebungen und Beschränkungen jener finden sich auch bei dieser, ausgenommen bei Weibern, die für manche Angelegenheiten vollkommene Handlungsfähigkeit haben und dennoch in Ansehung ihrer für die *legitima persona standi in iudicio* Beschränkungen unterworfen sind, wo Geschlechtscuratel oder eheliche Vormundschaft gilt, bei Corporationen, wenn man der herrschenden Ansicht beitrifft, daß sie nicht durch ihre Glieder vor Gericht handeln können<sup>48)</sup>, und bei denjenigen Personen, welche durch einen gemeinschaftlichen Procurator vor Gericht handeln müssen, nämlich mehrere fideiussores de iudicato solvendo und mehrere Erben, die an die Stelle eines Beklagten in den bereits gegen diesen anhängig gewordenen Prozeß eintreten<sup>49)</sup>,

44) §. 6. J. de curator. (1. 23.) L. 24. pr. D. de administr. tutor. (26. 7.) L. un. C. de actore a tutore etc. (5. 61.) Nach der Etiticonstatation konnten sie indeß auch einen Procurator bestellen: L. 11. C. de procur. (2. 13.)

45) Denn es gehört dieser Act zur Administration der Angelegenheiten des Pflegbefohlenen.

46) Dapp a. a. D. §. 105 fig. In kirchlichen Sachen kann deren Mangel durch die Auctorität des Bischofs oder seines Officialen ersetzt werden (c. 3. de iudiciis in VI. [2. 1.]). Mit den von der Praxis richtig aufgestellten Bestimmungen der Reichsgesetze über die Bevormundung der mündigen Minderjährigen ist es aber nicht vereinbar, daß sie hier ohne Beistand sowohl selbst handeln, als einen Procurator bestellen (vgl. c. 3. in VI. cit.). Letzteres wird aber von ihnen, wie auch von Unmündigen, dann angenommen werden müssen, wenn sie ohne Beistand selbst handeln können, wie bei Klagen auf Restitution eines Besizes (L. 3. C. qui legit. pers. st. etc. [3. 6.]), bei Delationen an den Fiscus (L. 16. D. de iuro fisci [49. 14.]), wiewohl es bei der mit richterlicher Gestattung durch sie zulässigen Ignition einer *honorum possessio* (L. 7. C. qui admitt. ad bon. poss. [6. 9.]) hinwegfällt. — Wo keine Geschlechtscuratel gilt, bedürfen denn auch Weiber, selbst dann, wenn die Prozeßführung an einem Orte stattfindet, wo jene Curatel besteht und sie beim eigenen Auftreten einen Beistand zuziehen müßten (Dapp a. a. D. §. 52, und dagegen: Reinhardt a. a. D. I. S. 75, 76, Note 3), keines Beistandes.

47) Dapp a. a. D. §. 102 fig.

48) Daß die intellectuelle Person nicht vor Gericht handeln kann (Glück a. a. D. S. 275 u. 303), ist zwar gewiß genug; allein die Nothwendigkeit einer Vertretung durch einen Syndicus (ebendaf., v. Linde a. a. D. §. 132, Note 11; Schmid a. a. D. §. 79, Note 14) folgt daraus so wenig, als aus L. 1. §. 1. D. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.)

49) L. 5. D. indicatum solvi. (46. 7.) Ueber L. 31. §. 5. D. de aedil.



wiewohl der Zweck dieser Vorschrift bei der heutigen Stellung des Procurators durch jene Maßregel überall nicht gesichert wird<sup>50</sup>). Ihre Befolgung ist aber nur insofern ein Theil der Legitimation, als die gebotene Prozeßführungsart die Zulässigkeit des Verfahrens bedingt, und dasselbe gilt auch von der Syndicusbestellung der Corporationen. Diese, die Gültigkeit des Verfahrens überall nicht bedingenden, Beschränkungen in der Prozeßführung können auf die Fähigkeit zur Procuraturbestellung keinen Einfluß haben, wie ihn diejenigen mit sich führen, die sich auf die Gültigkeit des Verfahrens beziehen<sup>51</sup>). In Ansehung fremder Angelegenheiten sind, von den vorhin genannten Ausnahmefällen<sup>52</sup>) abgesehen, zu diesem Acte nur diejenigen Behörden befähigt, zu deren Function die Bestellung von Vertretern und Beiständen in Angelegenheiten von Privatpersonen überhaupt gehört, also jetzt die obervormundschaftlichen Behörden<sup>53</sup>). Es besteht dieser Act hier in der Bestellung oder der Auctorisation<sup>54</sup>), welcher indeß zuweilen außer den allgemeinen Erfordernissen der amtlichen Handlungen solcher Behörden noch eine besondere Cognition über das Dasein der für den Act erforderlichen Voraussetzungen oder der erforderlichen Eigenschaften der zu legitimirenden Person<sup>55</sup>), und bisweilen auch eine Sicherheitsbestellung von Seiten der letzteren<sup>56</sup>) erheischt. — Die Vornahme jenes Actes von Seiten der Privatpersonen, bei denen er in der Auftragserteilung oder Bevollmächtigung besteht, ist indeß, auch abgesehen von der unter Umständen erforderlichen Zuziehung eines Beistandes oder Erlangung obervormundschaftlicher Genehmigung<sup>57</sup>), zuweilen ebenfalls an die Beobachtung gewisser Formen geknüpft, so bei Corporationen an die Erfordernisse eines Gemeindeceschlusses<sup>58</sup>), und zuweilen

ed. (21. 1.) L. 48. D. F. H. (10. 2.) L. 42. §. 6. D. de procur. (3. 3.)  
 Meine angef. Erdr. S. 290, 291, Note 39 fig. Schmid a. a. D. §. 79,  
 nach Note 15.

50) Denn da die Streitgenossen Subjecte des Streitverhältnisses bleiben, so sind sie in der Prozeßführung auch durchaus unabhängig von einander.

51) Vgl. oben Note 46, 47. Auch wer wegen Mangels an Rechtsfähigkeit keine legitima persona standi in iudicio hat, kann keinen Procurator bestellen, wie der römische Slave (L. 33. pr. D. de procur. [3. 3.]) Vgl. Dapp a. a. D. §. 115 fig. L. 15. pr. D. ex quib. caus. mai. [4. 4.]), der Geächtete für in seinem Interesse zu erhebende Klagen (Dapp a. a. D. §. 118 fig.), wohingegen der Excommunicirte bei wider ihn erhobenen Klagen selbst dazu genöthigt war (Dapp a. a. D. §. 123, 124).

52) Vgl. oben Note 41—45.

53) Rittermaier, Grunds. des gem. teutsch. Privatr. §. 420.

54) Ueber die Fälle der Auctorisation: oben Note 28—30.

55) Z. B. bei der Bestellung von Vormündern.

56) Gemeinrechtlich bei der Bestellung von Vormündern.

57) Vgl. oben Note 45, 46.

58) L. 1. §. 1. L. 6. §. 1. sq. D. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.)  
 Claproth a. a. D. §. 82, nach Note d. v. Trüttschler, Anweisung zur  
 Abfassung rechtl. Aufsätze II. §. 20 fig., S. 414 fig. Formular bei Puchta,  
 Handb. über die Handl. der freiw. Gerichtsbarkeit I. S. 379, 382. Der Be-  
 schluss kann denn auch dahin gehen, daß derjenige, den die Vorsteher der Ge-  
 meinde wählen werden, der Syndicus sein soll (L. 6. §. 1. D. cit.). Daraus  
 folgt aber noch gar nicht, daß (z. B. Gluck a. a. D. S. 308) die für alle

sowohl bei diesen<sup>59)</sup> als bei physischen Personen<sup>60)</sup> an die Vornahme des Actes vor einer mit Gerichtsbarkeit bekleideten Behörde. — Die prozessualische Legitimation pflegt durch Weibringung einer über diesen Act und dessen Erfordernisse, z. B. über den Gemeindebeschluss und dessen Entstehung bei der Legitimation eines Syndicus, aufgenommenen Beurkundung<sup>61)</sup> hergestellt zu werden, die nach der Verschiedenheit der Verhältnisse verschiedene Namen führt, als Tutorium, Curatorium, Syndicat<sup>62)</sup>, Actorium, und bei Procuratoren und Advocaten die Vollmacht, welche letztere am einfachsten dadurch hergestellt wird, daß man die Bevollmächtigung bei demjenigen Gerichte, bei dem die prozessualische Legitimation zu beschaffen ist, zu Protocoll gibt<sup>63)</sup>, aber auch dadurch ersetzt werden kann, daß man jene Personen in der fraglichen Sache bei diesem Gerichte in seiner Gegenwart, ohne zu widersprechen, handeln läßt<sup>64)</sup>.

Angelegenheiten der Gemeinde bestellten Vorsteher ohne einen solchen Beschluss die Ernennung vornehmen können, um so weniger, als ein solcher Beschluss in Ansehung künftiger Prozesse für unzureichend erklärt wird und der Schluss der L. 6. §. 1. D. cit. sagt nur, daß es nach Ortsgebräuchen ständige Syndici gebe, durch welche alle Prozessführungen der Gemeinden besorgt würden. Selbst der Actor einer universitas wird durch einen Gemeindebeschluss (decretum sc. decurionum) bestellt (arg. L. 6. §. 2. D. eod.), überhaupt auch dem Syndicus ganz gleich gestellt (L. 1. §. 1. 2. D. eod., und von ihm ist auch ersichtlich in L. 6. §. 1. D. eod., wo der Syndicus als der ständige Procurator von ihm unterschieden zu sein scheint, die Rede: vgl. L. 6. §. 2. 3. L. 10. D. eod.). — Vgl. Stück a. a. D. S. 303, Note 1. Durch einen Procurator kann der Actor nicht handeln: L. 74. D. de procur. (3. 3.)

59) Syndicate der Gemeinde dürfen nach einigen Landesgesetzen nicht vor Notarien, sondern nur vor Gerichten errichtet werden. So nach braunschw. und hildesheim. Verordn. v. 1791, 1792, 1793: Runde, Beitr. zur Erläut. rechtl. Gegenstände I. Nr. IX, S. 245 flg.; nach der preuß. allg. Gerichtsordn. III. Tit. 7, Abschn. 2, §. 17, 89, I. Tit. 3, §. 40. — Sonst fordert man amtliche oder notarielle Beurkundung: Stück a. a. D. V. S. 316.

60) Specialvollmachten zur Erhebung von Effecten und Geldern und Ertheilung von Quittung darüber nach preuß. Landr. I. Tit. 13, §. 116, 111. Zerlinben, Anleit. 3. Decret. II. §. 58, S. 57.

61) Zur Gültigkeit kann man sie indeß gemeinrechtlich nicht erforderlich erachten. Es muß also zur Legitimation jedes vollbeweisende Zeugniß, auch ein öffentlich beglaubigtes Attest (s. indeß Dapp a. a. D. §. 80—82) genügen.

62) Ständige Syndici können sich zwar durch eine Bestallung oder Dienstinstruction legitimiren (Puchta, Dienst der deutsch. Justizämter II. S. 25), aber doch nur wenn diese die Eigenschaften eines Syndicats hat, wo sie denn hier immer nur als Syndicat in Betracht kommt.

63) Procurator vel defensor sub gestorum testificatione factus: L. 1. C. de satisfando. (2. 57.) Vgl. Claproth a. a. D. §. 85, Note mm. — Die Annahme des Auftrages von Seiten des Procurators ist immer genügend hergestellt, wenn er sich der Ausführung desselben unterzieht. Vgl. §. 1. J. de lis per quos agere poss. (4. 10.) Clem. 1. de procur. (1. 10.) und Dapp a. a. D. §. 258, Note c.

64) Dann muß aber der Mandant immer bei jeder Handlung gegenwärtig sein, was aus der Natur der Sache und der Ansicht von L. 6. §. 2., L. 13. D. mandati (17. 1.), L. 60. D. de R. J., L. 6. C. mandati (4. 35), sich ergibt, und das Mandat ist jederzeit revocabel (vgl. Rudolph. l. c. I. c. 3. nr. 43). Bersteht man nun unter einer Bevollmächtigung zum Prozesse eine

Es versteht sich, daß derjenige, dessen Constituent selbst einer Legitimation bedürfen würde, auch diese beibringen muß, z. B. der Substitut die Vollmacht des ersten Procurators. In manchen Ländern und bei manchen Gerichten gibt es indeß gedruckte Vollmachtsformulare, ohne deren Gebrauch die Legitimation nicht anerkannt wird<sup>65</sup>). In Ansehung des möglicherweise sehr verschiedenen Umfanges der Vollmacht unterscheidet man am richtigsten die einfache Prozeßvollmacht, die Specialvollmacht und die Universal- oder Generalvollmacht. — Die letztere ist dann diejenige, welche für alle Geschäfte ertheilt ist, die sich auf eines oder mehrere Verhältnisse beziehen, es sei nun, daß diese mehreren einzeln benannt worden oder nicht<sup>66</sup>); die erstere die, welche zur Prozeßführung ertheilt ist, es sei nun für einen einzigen Prozeß oder für mehrere, und im letzteren Falle mit specieller Benennung derselben oder nicht, jedoch immer für die ganze Prozeßführung<sup>67</sup>). Die zweite ist diejenige, welche nur für einzelne prozessualische oder außerprozessualische Geschäfte gilt<sup>68</sup>), wie z. B. die, durch welche ein bloßer Actenprocurator, ein actor ad insi-

solche, wodurch ein Vertreter ermächtigt wird, unabhängig von dem Vertretenen den ganzen Prozeß zu führen, so haben dem Resultate nach diejenigen, welche eine stillschweigende Bevollmächtigung zum Prozesse leugnen (vgl. bei Glück a. a. D. S. 222, Note 60 Citirte), vollkommen Recht, da L. 11. C. de pact. conv. (S. 14.) gar nicht hierher gehört, sondern von einer Uebertragung der Verwaltung von Paraphernalgut auf den Ehemann handelt. S. indeß Glück a. a. D. S. 222 flg. Schmid a. a. D. §. 80, S. 252 flg. — Allein der Grund, daß nach einem allgemeinen Gerichtsgebrauche die Legitimation nur durch Einreichung einer schriftlichen Vollmacht geschehen könne (Stryk, U. M. P. Tit. de procurat.), ist unhaltbar. Vgl. auch Dapp a. a. D. §. 238, 239.

65) Knorr, Anleit. zum gerichtl. Proz. Hauptst. 4, §. 1, Note c, d. Dapp a. a. D. §. 295 flg., §. 307 flg.

66) Procurator omnium rerum im römischen Sinne ist freilich nur derjenige, welcher ganz allgemein ad res administrandas (Paull. R. S. I. 3. §. 2.) bestellt ist, und jeder andere ein procurator unius rei (vgl. L. 1. §. 1. D. de procur. [3. 3.], auch L. 47. L. 63. D. eod. L. 12. D. de pact. [2. 14.] L. 25. §. 3. D. de aedil. ed. [21. 1.] L. 25. §. 1. D. de minor. [4. 4.]), also auch der procurator ad omne negotium (Paull. l. c.), dem hier ebenfalls eine Generalvollmacht zugeschrieben ist. — Jener ist also nicht etwa derjenige, welcher bloß für sämtliche Prozesse seines Mandanten bestellt, in welcher Art der Bestellung nach der Darstellung Einiger (z. B. Genßler, Comm. zu Martin I. S. 124. Schmid a. a. D. I. S. 269) das Merkmal der Generalvollmacht besteht. Eine solche Vollmacht gehört nicht in diese Klasse.

67) Dieser Umfang ist es eben, der sie von der Specialvollmacht unterscheidet. Vgl. L. 10. C. de procur. (2. 13.) Nach der Praxis der Reichsgerichte wurde sie auch auf das Executionsverfahren gerichtet: Dapp a. a. D. §. 293. — Eine solche Vollmacht wird zuweilen, wenn sie nur auf Einen Prozeß gerichtet ist, eine Particularvollmacht genannt: Genßler a. a. D. Bayer, Vorträge S. 208.

68) Einige beziehen diese Vollmacht nur auf Prozeßhandlungen (vgl. Bayer a. a. D.). Allein die Handlungen, welche ein Specialmandat erfordern, sind zum Theil gar keine Prozeßhandlungen. Vgl. auch L. 1. §. 1. D. cit. — Die R. R. G. D. III. Tit. 12, §. 9, erklärt solche Vollmachten im Prozesse regelmäßig für ungenügend: Dapp a. a. D. §. 287 flg.

nuandas sententias<sup>69)</sup>, ernannt wird<sup>70)</sup>. Von diesem abgesehen läßt indeß die Praxis eine solche Vollmacht für zum eigentlichen Rechtsstreite gehörige Handlungen nicht genügen<sup>71)</sup>, sondern nur bei anderen gerichtlichen Handlungen, die einer solchen Vollmacht bedürfen<sup>72)</sup>. Die erste macht die zweite überflüssig<sup>73)</sup>, und wenn sie eine libera administratio gestattet<sup>74)</sup>, abgesehen von der Eingehung einer Ehe<sup>75)</sup> und dem Gesuche eines Minderjährigen<sup>76)</sup>, oder eines diesem hier gleichstehenden kirchlichen Institutes<sup>77)</sup>, um restitutio in integrum, die immer einer abgesonderten Specialvollmacht bedürfen<sup>78)</sup>, auch die dritte, es sei denn, daß dem Bevollmächtigten die besonderen Eigenschaften fehlen, welche die Prozeßvollmacht erfordert. Diese sind: fünf und zwanzigjähriges Alter<sup>79)</sup>, regelmäßig männliches Geschlecht<sup>80)</sup>, Mangel an Infamie<sup>81)</sup>, wenn der Richter nicht etwa deren Dasein unberücksichtigt läßt<sup>82)</sup>, so wie des Verhältnisses

69) L. 6. C. unde vi. (8. 4.)

70) Glück a. a. D. S. 275.

71) Wegen R. S. D. a. a. D.

72) Vgl. Glück a. a. D. S. 289. Freilich sind aber in den Kreis dieser Handlungen manche hineingezogen, die unter einer Prozeßvollmacht begriffen sind.

73) L. 12. D. de pactis. (2. 14.) c. 5. pr. de procurat. in VI. (1. 19.)

74) Die Gestattung der libera administratio scheint auch nach römischem Rechte (L. 58. D. de procur. [3. 3.] L. 9. §. 4. D. de A. R. D. [41. 1.]) mehr Befugnisse verliehen zu haben, als ein gewöhnliches generale mandatum (L. 60. D. de procur. [3. 3.], s. indeß Dapp a. a. D. §. 264 und das. Cit.), ertheilt aber nach canonischem Rechte Befugnisse, die in diesem nicht enthalten sind (c. 4. f. de proc. in VI. [1. 19.] Vgl. L. 60. D. cit.).

75) C. 9. de procur. in VI.

76) L. 25. §. 1. D. de minorib. (4. 4.)

77) C. 7. X. de J. J. R. (1. 41.)

78) Denn die Bestimmungen in c. 4. de procur. in VI. (1. 19.) können nur auf solche Handlungen bezogen werden, welche ein freiwilliges Aufgeben von Vermögensrechten involviren.

79) C. 5. §. ult. de procur. in VI. (1. 19.) — Es führt freilich zu einer Inconsequenz, wenn bei einer Generalbevollmächtigung (ad negotia) siebenzehnjähriges Alter für genügend erklärt, aber für einen ad iudicia deputatus das Alter von fünf und zwanzig Jahren gefordert wird. Allein die letzteren Worte gegen die gewöhnliche Auslegung auf einen mandatarius iudex zu beziehen (vgl. m. angef. Erdr. S. 199), steht doch entgegen, daß ähnliche Ausdrücke sich auch für die Bestellung eines Prozeßprocurators finden; so: procuratorem ad lites deputare, in c. 3. de iudiciis in VI. (2. 1.)

80) L. 2. pr. D. de R. J. (50. 17.) Vgl. §. 11. J. de except. (4. 13.) L. 13. C. de procur. (2. 13.) — Ausnahmen in L. 41. D. de procur. (3. 3.) L. 1. §. 1. D. de appell. recip. (49. 5.) L. 3. §. 2. D. de liberali causa. (40. 12.) Glück a. a. D. S. 253, Note 82. c. 4. X. de confirm. utill vel inutili. (2. 30.) c. 4. X. de arbitris. (1. 43.) Carrach, de foemina proc. ad litem §. 19. Vgl. Dapp a. a. D. §. 134—152.

81) C. 2. q. 7. c. 3. Vgl. §. 11. J. cit. Theoph. ad h. l. Daß dieß Erforderniß deßhalb hinsichtlich werde, weil es mit der Gerichtsverfassung, also mit der Staatsverfassung, zusammenhänge (Savigny, System II. S. 224 fl.), darf keineswegs zugegeben werden. Denn das Verhältniß zwischen einer Staatsbehörde und Privatpersonen in deren Privatangelegenheiten gehört zur Staatsverfassung überall nicht.

82) Denn die deßfallige exceptio ist aufgehoben (§. 11. J. cit.), aber

eines Consulents des Richters der Sache<sup>83</sup>), Freiheit von einer noch dauernden Criminaluntersuchung<sup>84</sup>), von gegenwärtig zu leistenden Militärdiensten<sup>85</sup>) und geistlichem Stande<sup>86</sup>), wiewohl von einigen Ausnahmen abgesehen<sup>87</sup>), und zuweilen auch der Status eines öffentlich angestellten Procurators<sup>88</sup>), und endlich auch, wenigstens wenn das Prozeßverfahren mündlich ist, die Fähigkeit zu hören und zu reden<sup>89</sup>). — Im übrigen kann jeder Handlungsfähige wirksam zum Procurator bestellt werden und ein Mandat übernehmen<sup>90</sup>).

An die Stelle der Beibringung einer Prozeßvollmacht tritt bei denjenigen Vertretern, die, wenn ihnen die persönliche Befähigung zur Procuratur nicht mangelt, vermöge eines sogen. präsumirten Mandats zur Prozeßführung zugelassen werden, nämlich Blutsverwandte, aber nur solche, welche auch juridisch als Verwandte gelten, Berschwägerete, deren Schwägerchaft durch eine noch bestehende Ehe vermittelt wird, in gerader und im zweiten Grade der Seitenlinie<sup>91</sup>), der Ehemann bei Prozeßen über die nicht vermöge der ehelichen Vormundschaft<sup>92</sup>) seiner Verwaltung untergebenen oder sonstigen<sup>93</sup>) Paraphernalien, und Streitgenossen, nachdem sie solche durch erfolgte Streiteinlassung geworden

damit noch nicht die richterliche Befugniß (vgl. L. 8. D. de procur. [3. 3.]), den Infamen zurückzuweisen, untergegangen. Voet ad Pand. Tit. de procur. §. 4. Savigny a. a. D. S. 218. Ein Verufen auf die Infamie, wiewohl ohne bittertrende Wirkung, ist der Partei demnach immer gestattet: Stryk, U. M. P. Tit. de procur. §. 19. Dapp a. a. D. §. 131.

83) So sind Consiliarien des Gerichtes, bei dem die Sache zu verhandeln (L. 5. D. de off. assess. [1. 22.]). Der Fiscus (Tit. C. ne fiscus vel res publica alicui patrocinii causa etc. [2. 18.]), Potentiores (Tit. C. ne liceat potentior. [2. 14.]), Decurionen (L. 34. C. de decur. [10. 31.]), sind nach römischen Rechte von der Procuratur theils nur insofern ausgeschlossen, als ein simulirtes mandatum in rem suam ertheilt ist, theils aber fehlt es heutzutage an gleichstehenden Personen. — Vgl. indeß Dapp a. a. D. §. 155, Note d. Claproté a. a. D. I. §. 82, Note m, n, wo sie sich noch als unzulässige Procuratoren genannt finden.

84) L. 6. C. de procur. (2. 13.)

85) L. 8. §. 2. D. de procur. (3. 3.) Vgl. §. 11. T. cit. L. 7. L. 13. C. de procur. (2. 13.) L. 54. D. eod. L. 5. C. de cond. ob caus. dator. (4. 6.)

86) Nov. 123. c. 6. c. 2. X. ne clerici etc. (3. 50.)

87) L. 8. §. 2. D. cit. c. 1. 2. X. de postul. (1. 37.)

88) So namentlich bei den höchsten Reichsgerichten: vgl. Dapp a. a. D. §. 156 flg.

89) L. 43. pr. D. de procur. (3. 3.)

90) Pr. J. de iis per quos agere. (4. 10.) c. 1. 4. de procurat. in VI. (1. 19.)

91) L. 35. pr. D. de procur. (3. 3.) Vgl. Dapp a. a. D. §. 386—418. Glück a. a. D. S. 226 flg. v. Kinde a. a. D. §. 136. Schmid a. a. D. I. §. 80, Note 51—55.

92) Denn diese, das Mundium, befugt ihn, in eigenem Namen zu klagen und als Beklagter aufzutreten, eben so wie wegen der Dotalgüter ihm diese Befugniß zusteht.

93) Es sind überhaupt keine Angelegenheiten der Frau davon ausgenommen. L. 21. C. de procur. (2. 13.) Vgl. indeß Dapp a. a. D. §. 419 flg.

sind<sup>94</sup>), — der Nachweis des diese ihre Zulassung begründenden Verhältnisses<sup>95</sup>) und, wenn nicht etwa der Besitz liegender Gründe sie davon befreit<sup>96</sup>), die Bestellung einer angemessenen Bürgschaft, statt welcher man indeß auch Pfandbestellung zuläßt<sup>97</sup>), für die Genehmigung von Seiten des Vertretenen<sup>98</sup>). Particularrechtlich gestattet man indeß auch öffentlich angestellten Procuratoren und Advocaten zuweilen das Auftreten bei der ersten Handlung des Processes, wenn sie sich verpflichten, wegen der Genehmigung von Seiten des Principalen zu haften<sup>99</sup>), und wo Advocaten einer Prozeßvollmacht bedürfen, ist es nicht selten der Fall,

94) *Post litem legitime ordinatam: L. 2. C. de consort. eiusd. litis. (3. 40.)* Daß darunter etwas anderes zu verstehen sei, als die *litiscontestation* (vgl. bei Dapp a. a. D. §. 434; Glück a. a. D. S. 237, Note 14 Cit.; Schmid a. a. D. I. §. 80, Note 57—62), läßt sich nicht begründen (Dapp a. a. D. §. 435 und das. Cit., nebst flg. §§.), um so weniger, als es vor der *litiscontestation* noch keine Streitgenossen gibt. — Eine *translatio litis* auf den vertretenden Streitgenossen für den Antheil des Vertretenen ist aber nicht erforderlich, weil diese Personen keine wahren Procuratoren in der römischen Bedeutung sind: *L. 3. §. 3. D. iudicat. solvi. (46. 7.)* — Glieder einer *Gemeinschaft* sind in deren Processen nie *litisconsortium* und eine Anwendung jener Bestimmung auf sie daher unter keinen Umständen möglich. S. indeß Glück a. a. D. S. 234, 235, 306, 307 und das. Cit., und dagegen Schmid a. a. D. §. 80, S. 257.

95) Sie müssen nachweisen, daß sie solche Personen sind: *quibus sine mandatu agere licet (L. 35. pr. D. de procur. [3. 3.]*), ein Nachweis, der heutzutage, wo man nicht mehr jeben, der *satisfactio iudicatum solvi* leistet, als Vertreter des Beklagten zuläßt, auch in Beziehung auf das *defensio* geliefert werden muß. — Die Annahme, daß sie vermöge eines präsumirten *Mandates* zugelassen werden (z. B. Dapp a. a. D. §. 388), steht mit jenen Worten (vgl. auch *L. 40. §. 4. D. eod. L. 3. §. 3. D. cit.*) im Widerspruch, und es erklärt sich ihre Zulassung vielmehr daraus, daß in ihrem Verhältnisse zu dem Vertretenen ein Beweggrund liegt, sich in dessen Interesse der Angelegenheiten desselben anzunehmen (abweichend Schmid a. a. D. I. §. 80, bei Note 38), womit die Behauptung, daß auch der Vertretene zur Bevollmächtigung fähig sein müsse (Dapp a. a. D. §. 467. Glück a. a. D. S. 239), sich von selbst als unbegründet darstellt.

96) Dapp a. a. D. §. 477.

97) Dapp a. a. D. §. 495.

98) *L. 40. §. 3. D. de procur. (3. 3.) L. 21. C. eod. Dapp a. a. D. §. 475 flg.* — Daß solche Personen, wenn sie heutzutage für den Beklagten zugelassen werden, *satisfactio iudicatum solvi* bestellen müßten (Dapp a. a. D. §. 505 flg. *And. Rein. Schmid a. a. D. I. §. 80, Note 45—50*), entspricht ihrer Stellung nicht. — Der Nachweis eines entgegenstehenden Willens des Vertretenen vernichtet indeß die Legitimation: Dapp a. a. D. §. 469. Vgl. *L. 40. f. D. de procur. (3. 3.)*

99) *R. G. D. I. Tit. 21 pr. §. 1 flg. Knorr a. a. D. Hauptst. 4, §. 2.* — Präsumtionen, die man für die Legitimation aufstellt, wie z. B. der Besitz und die Production von zur Sache gehörigen Documenten (Claprotz a. a. D. §. 84, Note e, u. A.), wenn der Vertreter nicht etwa ein *Fausgenosse* ist, der sie entwendet haben könnte (Rudolph. l. c. I. c. 3. nr. 44.), specielles Beschreiben der angeblich vorhandenen Vollmacht, bedeutende Verwendungen auf die Sache, Anerkennung früherer Handlungen von Seiten des Vertretenen (Rudolph. l. c. nr. 40. 41. 42.), können gemeinrechtlich nicht genügen.

daß deren wirkliche Vorlegung erst erfolgt, nachdem ein bedeutender Theil der Verhandlungen schon durch sie geführt worden.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt und legitimirt zu allen Handlungen, welche Bestandtheile der eigentlichen Prozeßführung sind; auf Seiten des Klägers zum agere und auf Seiten des Beklagten zum defendere<sup>100</sup>), und in demselben Umfange sind auch die vorhin genannten, keines Mandates bedürftenden Personen legitimirt<sup>101</sup>). Von dieser Regel ist es denn auch keine Ausnahme<sup>102</sup>), daß die Legitimation zum Abschließen eines Vergleiches, zum Verzichten auf den Prozeß oder einzelne Prozeßmittel<sup>103</sup>), zum Wählen eines Schiedsrichters, zum Deficiren eines wahren Schiedseides<sup>104</sup>) und zu den auf diesen sich beziehenden ferneren Handlungen, zum Ablegen eines den ganzen Streitpunkt erledigenden Geständnisses<sup>105</sup>), zur Bestellung eines Substituten<sup>106</sup>), nicht durch eine bloße Prozeßvollmacht geliefert werden kann, sondern nur durch eine Specialvollmacht oder durch eine Generalvollmacht mit der Clausel der unbeschränkten Gewalttheilung<sup>107</sup>). Denn diese Handlungen gehören weder zum agere, noch zum defendere. Die Ableistung des Calumnieneides für einen Andern erfordert zwar ebenfalls eine Specialbevollmächtigung<sup>108</sup>), allein dieses allerdings als eine Ausnahme erscheinende Erforderniß erklärt sich aus dem Bedürfnisse, eine Garantie dafür zu haben, daß der Vertretene selbst den Eid zu leisten bereit gewesen sein würde. — Einer Specialvollmacht gleich gilt indeß diejenige, die nur eine oder einige dieser Handlungen ausdrücklich, nennt<sup>109</sup>) und die Hinzufügung enthält, daß sie auch

100) Für das römische Recht folgt dieß schon aus dem *dominium litis*. Vgl. c. 1. 4. de procurat. in VI. (1. 19.) Daß es zur Prosecution einer gegen eine Definitivsentenz eingewendeten Appellation einer besondern Vollmacht der Legitimation halber bedürfe (Dapp a. a. D. §. 532, 533), wird durch c. penult. X. de procur. (1. 38.) nicht bestätigt.

101) Dapp a. a. D. §. 514.

102) Die Bezeichnung der nachfolgenden Handlungen als außerordentliche (Schmid a. a. D. I. §. 81, Note 109) scheint daher nicht angemessen.

103) Dem Verzichte ist aber das Veranlassen einer Präclusion nicht gleich zu stellen. Vgl. m. angef. Erörter. S. 512.

104) D. h. ein Eid über ein juridisch qualificirtes, ein juridisches Factum oder ein Rechtsverhältniß bildendes Moment, wie es das römische *iuramentum delatum* immer war. Einen solchen Eid pflegt man indeß jetzt gänzlich zu verwerfen.

105) D. h. das auf denselben Gegenstand wie das römische *iuramentum delatum* (vgl. oben Note 104) gerichtete gerichtliche Geständniß oder die römische *confessio in iure*.

106) L. 60. D. de procur. (3. 3.) L. 13. D. de transact. (2. 15.) L. 7. C. eod. (2. 4.) c. 4. de proc. in VI. (1. 19.). — c. 9. X. de arbitr. (1. 43.) — L. 17. §. 3. L. 18. L. 19. D. de iurjur. (12. 2.) c. 4. in VI. cit. — L. 6. §. 4. D. de confessis. (42. 2.) — J. R. X. §. 100.

107) Vgl. oben Note 74. c. 4. f. c. 5. de procur. in VI. (1. 9.) — Die *clausula cum libera potestate administrandi*. Vgl. Dapp a. a. D. §. 263.

108) C. 3. de iuramento calumniae in VI. (2. 4.)

109) Geschicht dieß nicht, so ist, außer der Generalvollmacht, c. l. p. adm. (vgl. oben Note 107), eine allgemeine Bevollmächtigung zu den ein Spes-

für alle übrigen eine Specialvollmacht erheischenden Handlungen gelten soll<sup>110</sup>). Indes wird diese Vollmacht, ebenso wie die Generalvollmacht mit unbeschränkter Gewalttheilung, hier von der Praxis nicht immer als genügend anerkannt<sup>111</sup>). — Man hat indes gewöhnlich jede Delation eines Eides und zuweilen selbst jedes Geständniß ohne alle Unterscheidung in diese Kategorie gestellt<sup>112</sup>), und indem man annahm, daß die Wichtigkeit der Folgen der Handlungen es sei, welche ihren Ausschluß von den unter einer gewöhnlichen Prozeßvollmacht begriffenen begründe<sup>113</sup>), vermehrte man die Zahl derselben zum Theil durch wirkliche Prozeßhandlungen<sup>114</sup>). Zu diesen Vermehrungen gehören: die Einlassung auf die Klage, deren Aenderung, die Beantwortung von Positionen, Bitte um Arrest, Anerkennung von Urkunden, Verwerfung des Richters, Abtistung des Perhorrescenzeides, die principaliter angebrachte Bitte um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Reassumtion eines Rechtsstreites, — die Erstattung des Dankes für ein Urtheil<sup>115</sup>). Außerdem nennt man noch besonders: Cessionen, Veräußerungen oder Ankläufe von Grundstücken, Intabulations- und Löschungsabwilligungen bei öffentlichen Grund- und Hypothekendüchern, Erhebung von Geldern, die denn allerdings unter einer Prozeßvollmacht<sup>116</sup>), und alle Arten von Schenkungen<sup>117</sup>), die denn freilich unter einer einfachen Generalvollmacht<sup>118</sup>) nicht

cialmandat erfordernden Handlungen allerdings unwirksam: c. 4. de proc. in VI. (1. 19.) Dapp a. a. D. §. 261.

110) Eine solche Vollmacht ist nicht identisch mit der Generalvollmacht c. l. p. administrandi. Vgl. c. 4. in VI. cit.

111) Glück a. a. D. §. 293, Note 30, und das. Cit. Puchta, Handb. I. S. 192, und über Kursachsen, wo diese Praxis gesetzlich modificirt ist: Knorr a. a. D. Hauptst. 4, §. 4, Note c, d.

112) S. Dapp a. a. D. §. 519—522, 526, Note z, §. 528, 529.

113) Dapp a. a. D. §. 515, 516. Glück a. a. D. §. 289 flg. und das. Cit. Puchta a. a. D. I. S. 196. — Der Grund, weshalb man eine Ermächtigung auf eine gewisse Handlung nicht beziehen kann, bleibt immer der, daß man sie unter derselben dem Willen des Ermächtigenden nach nicht als besaßt ansehen kann: c. 3. de officio vicarii in VI. (1. 13.) Solche Handlungen sind natürlich bei einer Prozeßvollmacht, die nicht zur eigentlichen Prozeßführung gehören (vgl. auch Grolman, Theorie des Proz. §. 63), und bei einer Generalvollmacht diejenigen, welche dem Zwecke der Administration, das Object derselben zu erhalten und zu vermehren, nicht entsprechen, wie das freiwillige Aufgeben von Rechten und Befugnissen. Vgl. c. 3. in VI. cit. — Auf Wichtigkeit kommt dabei überall nichts an.

114) Es ist gelungen, die Zahl bis gegen 100 zu steigern.

115) Dapp a. a. D. §. 519 flg., der diese Fälle für begründet hält und §. 534 flg. noch mehrere nennt, die er verwirft. — Mehr beschränkt sie schon Reinhardt, Handb. I. §. 72.

116) Ueber die Erhebung von Geldern: L. 24. D. de negot. gest. (3. 5.) mit m. Auff. in Rosshirt's Zeitschr. für Civ. und Criminat. III. S. 99. Vgl. oben Note 60.

117) Preuß. Landr. I. Tit. 13, §. 99 flg. u. 115. Vgl. Cod. Frid. P. I. T. 15. §. 13. und Knorr a. a. D. Hauptst. 4, §. 4, Note a. Mit dem preuß. Landr. stimmt die gemeine Praxis im wesentlichen überein: Puchta a. a. D. §. 196.

118) Vgl. oben Note 113.



begriffen sind. — Die Vollmacht erfordert zu ihrem Inhalte neben der Erklärung der Bevollmächtigung an sich die Angabe der Vornamen und Zunamen, so wie der sonstigen Erkennungsmerkmale, als Stand, Amt, Gewerbe des Vollmachtgebers, seines etwaigen Beistandes und des Bevollmächtigten, so wie auch die Angabe des Gegenstandes der Bevollmächtigung<sup>119)</sup>, also die Prozeßvollmacht die Angabe der Prozeßführung in einer oder mehreren oder allen Sachen des Vollmachtgebers. Obgleich nun dieß, neben den sonstigen zur Vollziehung der Urkunde gehörigen Erfordernissen, als deren Datum<sup>120)</sup>, der Unterschrift des Vollmachtgebers<sup>121)</sup>, wenn nicht etwa die protocollarische Form sie überflüssig macht<sup>122)</sup>, wo der Gebrauch dafür ist auch seinem Siegel<sup>123)</sup>, und der zur Beweiskraft nöthigen Beglaubigung, zur Legitimation genügen muß<sup>124)</sup>, so pflegt man doch eine Beurkundung, die nicht mehr enthält als dieß, und etwa noch eine nähere Bezeichnung der Sache durch Benennung des Gegners, so wie des Gerichtes, bei dem sie zu verhandeln ist, ein Blanquet zur Vollmacht zu nennen<sup>125)</sup>, und ein solches nur particularrechtlich und nur dann, wenn demselben ein, und zwar regelmäßig gedrucktes, Formular einer ausführlichen Prozeßvollmacht hinzugefügt ist, für genügend zu achten<sup>126)</sup>. Letzteres pflegt dann bald mit geringerer, bald mit größerer Vollständigkeit, ja selbst im Uebermaße<sup>127)</sup>, die einzelnen Prozeßhandlungen zu benennen, so daß die gewöhnlicheren Prozeßvollmachten in der That Specialvollmachten sind<sup>128)</sup>, was sich frei-

119) Dapp a. a. D. §. 252—255.

120) Dapp a. a. D. §. 256.

121) Dapp a. a. D. §. 257. Besteht sie in Zeichen, so fordert man eine Vollziehung vor einer öffentlichen Behörde: Dapp, a. a. D. §. 258, hält die Unterzeichnung mit geführter Hand für ungenügend: Knorr, a. a. D. Spstf. 4, §. 3, Zif. 5, läßt aber die Unterschrift durch einen Anderen unter dessen eigenem Zeugniß (Dapp a. a. D. §. 258) oder doch durch einen Notar (Knorr a. a. D.) zu.

122) Denn hier bedarf es der Unterschrift nur, wo jedes Protocol einer solchen bedarf. S. Form: bei Dapp a. a. D. S. 373, 374.

123) Ein gemeinrechtliches Erforderniß (Vultei, de iudiciis II. c. 7. nr. 380.; vgl. Claprot h a. a. D. §. 85, Note 1) ist dieß nicht (Dapp a. a. D. §. 262; Glück a. a. D. S. 286), wohl aber ein particularrechtliches, wiewohl man es durch die Bemerkung des Mangels eines Siegels vertreten läßt (Knorr a. a. D. Zif. 6; Claprot h a. a. D. §. 85, Note 1).

124) Smelin, in der Vorrede zu Dapp a. a. D. S. VII. Vgl. Dapp a. a. D. S. 376. Eben so einfach kann eine Generalvollmacht lauten: vgl. Puchta a. a. D. S. 295. Soll aber einer von mehreren Generalbevollmächtigten gegen den anderen Ansprüche geltend machen, so bedarf er dazu einer Specialvollmacht: L. 47. L. 48. D. de procur. (3. 3.)

125) Die Erklärung der Bevollmächtigung ist dann darin ausgedrückt durch die Worte: Blanquet zur Vollmacht in Sachen u. s. w. Vgl. Glück a. a. D. S. 284, Note 6.

126) Knorr a. a. D. Spstf. 4, §. 1, Note a.

127) In den noch zuweilen vorkommenden nach den alten reichskammergerichtlichen Formularen eingerichteten Vollmachten werden Handlungen genannt, die es gar nicht mehr gibt.

128) So kann man z. B. in Prozeßvollmachten, welche noch in Hannover und in Schwarzburg-Sondershausen gebräuchlich sind, die einer Specialvollmacht

Ich daraus erklärt, daß mit der Idee des *dominium litis* auch die der Führung eines Prozesses als eines einzigen Geschäftes sich verloren hat. — Dennoch aber kann man eine solche Ausführlichkeit nicht für erforderlich achten, und es selbst nicht für notwendig halten, daß der Prozeß, der Segner und das Gericht in der Vollmacht speciell genannt seien<sup>129)</sup>, sondern es muß vielmehr genügen, wenn sich solche Bezeichnungen in derselben finden, welche diese Momente erkennbar in sich fassen. Denn bei einer auf sämmtliche Prozesse des Gewaltgebers, die ja auch die zukünftigen in sich befaßt, ist eine solche specielle Angabe unmöglich, und dennoch ist sie zulässig<sup>130)</sup>, so wie man auch die Bezeichnung: bei allen Gerichten, wohin die Sache gelangen möchte, in einer Vollmacht für einen einzelnen Prozeß als genügend erklärt<sup>131)</sup>. Sind mehrere Bevollmächtigte gleichzeitig<sup>132)</sup> von derselben Person für denselben Prozeß bestellt<sup>133)</sup>, so sind sie nur legitimirt, wenn sie sämmtlich handeln<sup>134)</sup>, es sei denn, daß die Clausel sammt oder sonders hinzugefügt worden wäre, in welchem Falle jeder für sich allein legitimirt ist<sup>135)</sup>. Jedoch wird man, sobald der Prozeß von einem allein begonnen, die Vornahme solcher Prozeßhandlungen, wozu er ermächtigt ist, ohne seine Einwilligung, durch den anderen schwerlich gestatten, so lange jener sich noch in seiner Function befindet, da eine verschiedenartige Thätigkeit als die eines und desselben Theilnehmers am Prozesse doch nicht gelten kann<sup>136)</sup>, und es

bedürftigen und außerdem noch resp. 20 und 34 Prozeßhandlungen namentlich aufgezählt finden. — Den Notariatsordn. v. 1512 Tit. III, §. 1. Daraus folgt aber noch nicht, daß sie zur Legitimation unentbehrlich.

129) Dieß fordert man gewöhnlich, z. B. Dapp a. a. D. §. 254. \*

130) Eine auf alle Prozesse des Mandanten gerichtete Vollmacht war bei den Reichsgerichten selbst notwendig: J. R. X. §. 101. Dapp a. a. D. §. 283 fig.

131) Knorr a. a. D. Hypf. 4, §. 3, Note c.

132) Werden mehrere successiv bestellt, so wird die frühere Bestellung als durch die spätere widerrufen angesehen: L. 31. §. 2. D. de procur. (3. 3.) c. 14 X. eod. (1. 28.)

133) Bei den Reichsgerichten war dieß nicht gestattet: Panzely, Fortf. der Grundlinien der heutigen Reichshofrathspraxis Cap. 26, §. 173, S. 115, Anm.

134) C. 6. de procur. in VI. (1. 19.) Vgl. Gluck a. a. D. S. 260 fig. — Nach römischem Rechte kann jeder allein handeln und schließt durch sein Zutvorkommen die übrigen aus: L. 32. D. de procur., wo das in solidum ersichtlich nichts weiter bedeutet, als daß die Geschäfte nicht unter ihnen getheilt sind. Vgl. L. 24. §. 1. D. de admin. et peric. tut. (26. 7.) — Daß einer allein handeln könne, wenn die übrigen nicht wollen oder nicht können, und die Clausel: sammt und sonders hinzugefügt worden (Dapp a. a. D. §. 255, Note z; Puchta, Handb. I. S. 192), ist für Procuratoren in keinem Gesetze begründet. Die Vorschrift für delegirte Richter in c. 21. X. de off. et pot. iud. deleg. (1. 29.) geht nicht auf den Fall jener Clausel, sondern auf den, wo die Clausel: sammt oder sonders, bedingt hinzugefügt worden.

135) Dapp a. a. D. §. 255, Note z.

136) Bei einer durchaus regelrechten Prozeßführung würde ein abwechselndes Handeln verschiedener Personen freilich möglich sein, ohne daß eine Verwir-

scheint bei dieser Bestimmung vorausgesetzt, daß einer durch die alleinige Vornahme der ersten Prozeßhandlung den anderen gänzlich von diesem Prozesse ausschließe<sup>137</sup>). Die *clausula heredum*, durch welche der Bevollmächtigung ihre Wirksamkeit auch noch nach dem Tode des Vollmachtgebers gesichert bleibt, die *clausula substitutionis*, vermöge welcher auf den Hinwegfall des zunächst ernannten Procurators sofort ein anderer an seine Stelle gesetzt wird, sind nur particularrechtlich absolut nothwendig<sup>138</sup>). Der *clausula substituendi* bedarf es nur für die Legitimation eines etwaigen künftigen Substituten<sup>139</sup>), und die *clausula rati*, nämlich das Versprechen, daß der Vollmachtgeber das von dem Procurator Vorgenommene gelten lassen wolle, ist nur in Ansehung des vor der Bevollmächtigung schon Geschehenen insofern nothwendig, als die Genehmigung desselben nicht schon in der Bevollmächtigung an sich liegt<sup>140</sup>). Dessenungeachtet ist öffentliche Beglaubigung ist gemeinrechtlich nur der Liquidität wegen, also nur im Falle des Mangels anderer genügender Beweismittel, erforderlich<sup>141</sup>), und eben so verhält es sich mit den zur Legitimation der Bevollmächtigten von Gemeinheiten dienenden Syndicaten und Actorien, die aber außer den Bestandtheilen einer gewöhnlichen Vollmacht auch erfordern, daß mit ihnen eine Beurkundung des ganzen Actes des Gemeindecbeschlusses und des Daseins aller Erfordernisse der Gültigkeit desselben verbunden ist<sup>142</sup>).

zung daraus entsände, sobald alle Prozeßhandlungen ihr bestimmtes Stadium hätten. Dieß ist aber bei Geständnissen nicht der Fall, und es tritt demnach jedenfalls die Nothwendigkeit ein, ein früheres Leugnen des einen durch ein Geschehen des anderen in einem späteren Stadium ausheben zu lassen. Erklären sie sich in demselben Stadium verschieden, so kann ein Geständniß gar nicht angenommen werden. — Ein Fortsetzen des von dem einen angefangenen Prozesses durch den anderen hat indeß bei diesem Verhältnisse die Notariatsordn. a. a. D. allerdings im Auge.

137) Vgl. oben Note 134. Der Gesichtspunkt des Prozesses als eines einzigen Geschäftes würde hier die Schwierigkeit heben.

138) Beim R. R. G. J. R. X. §. 99, 100; nach württemb. Gesetzen: Dapp a. a. D. §. 269 flg., §. 298 flg. Claproth, a. a. D. §. 83, scheint dieß als gemeinrechtlich zu betrachten.

139) Dapp a. a. D. §. 57 flg. Nach der Praxis bei den Reichsgerichten kam auch diese Clausel vor; ebendas. §. 293.

140) Dieß würde dann der Fall sein, wenn die noch vorzunehmenden Handlungen ohne die zuvor vom Procurator vorgenommenen nicht bestehen könnten. — Die Unndthigkeit der Clausel erkennen bereits an: Knorr a. a. D. Optst. 4, §. 3, Zif. 7; Dapp a. a. D. §. 259; Stark, Böllner Reichsabsch. v. 1512 S. 94, Note 92. Unter den gewöhnlichen Clausula (von denen dann eine gemeine Form ist) in der Notariatsordn. a. a. D. hat man zwar (vgl. Stark a. a. D.) die *clausula rati*, *indemnitas et hypothecae honorum* verstehen wollen; und das württemb. Landr. I. Tit. 16, §.: Da aber u. s. w., verlangt selbst eidliche Angelobung (über die bei den Reichsger. üblichen Clauseln: Dapp a. a. D. §. 294). — Allein für die Frage über die Legitimation (vgl. oben Note 128) und gemeinrechtlich kann dieß nicht entscheiden, und insbesondere die beiden letzteren Clauseln sind in dieser Beziehung ganz unerheblich.

141) Vgl. oben Note 60.

142) Vgl. oben Note 58, 59.

Die Verfassung einer Gemeinheit kann indeß eine von ihren Vorstehern, z. B. den Bischöfen, Presbytern und Decanen, ausgestellte Verurtheilung genügend erscheinen lassen<sup>143</sup>). Der Inhalt der zur Legitimation der Tutoren und Curatoren dienenden Curatorien hängt von den bei der bestellenden Behörde üblichen Formen ab; doch muß jedenfalls daraus zu ersehen sein, von welcher Behörde und für wessen Angelegenheiten die Bestellung geschehen ist, so wie der Tutor oder der Curator darin gehörig bezeichnet sein muß. Heutzutage muß der Nachweis der Bestellung auch von testamentarischen und gesetzlichen Vormündern gefordert werden<sup>144</sup>). Ihre Actoren benutzen dieselben Beurkundungen neben den Actorien, die übrigens unter denselben Regeln wie Vollmachten stehen, auch zu ihrer eigenen Legitimation, bedürfen aber außerdem noch des die Bestellung gestattenden Decretes, wenn nicht ein sie unmittelbar zu Actoren ernennendes Decret<sup>145</sup>) alle jene Beurkundungen überflüssig macht. — In Ansehung mehrerer gleichzeitig und ohne ausdrückliche Theilung der Geschäfte ernannter Syndicen, Actoren und Tutoren, so wie Curatoren, muß dasselbe gelten, was von mehreren gleichzeitigen Procuratoren gesagt ist<sup>146</sup>). — So wie aber jene Beurkundungen auch durch andere Beweismittel ersetzt werden können, so fällt eine Legitimation durch sie natürlich da hinweg, wo es überall keinen Bestellungsact gibt, wie wenn Jemand in väterlicher Vormundschaft seiner Kinder handelt<sup>147</sup>). Wer für eine klagende Person als Vertreter im Prozesse auftritt, ist nach römischem Rechte gehalten, auf Klagen, welche der Gegner gegen den Vertretenen zu erheben beabsichtigt, als Beklagter zu Recht zu stehen,

143) C. 1. X. de procur. c. 21. X. de rescript. (1. 3.), indeß auch clem. 4. de procur. (1. 10.), wo ein von einem Vorsteher bestellter Vertreter Procurator genannt, und sein Mandat für mit dem Tode des Bestellenden, selbst wenn schon *lis contestata* worden, erlöschend erklärt wird, und c. 9. X. de iudiciis. (2. 1.) c. 4. 5. X. de his quas fiunt a praet. sine cons. cap. (3. 10.) Glaprotz a. a. D. §. 82, Note i, k.

144) Denn kein Vormund soll vor der obrigkeitlichen Bestellung administrieren. Den testamentarischen Tutor will indeß durch das Testament für legitimirt achten Dapp a. a. D. §. 78, Note i.

145) Vgl. oben Note 44, auch Dapp a. a. D. §. 78, 79.

146) Einer von mehreren Vormündern würde also nur legitimirt sein, wenn sie ausdrücklich mit der Clausel: *sampt* oder *sonders* bestellt worden wären, eine Art der Bestellung, die sich schwierig finden wird. Daß von mehreren ohne Theilung der Geschäfte bestellten Tutoren einer für alle auctorieren kann (L. 5. C. de auct. praest. [5. 59.]; vgl. Rosshirt zu Mackelbey, Lehrb. des röm. R. §. 584, Note f), dürfte hier nicht entscheidend sein, wo die Tutoren jetzt immer als Vertreter statt ihrer Pflegebefohlenen handeln und sich mit den Procuratoren in gleicher Stellung befinden. Particuläre Vorschriften stimmen mit dieser Ansicht überein. Vgl. Knorr a. a. D. Hptst. 4, §. 3, Note d.

147) Carpzov, *proc. ind.* V. 3. 1. Rudorff, das Recht der Vormundschaft Bd. I, S. 182, Note 10. Wegen solcher Güter, an denen ihm als Vater ein Nießbrauch zusteht, muß ihm, wie dem Ehemanne in Ansehung der *dos*, im eigenen Namen eine Klage zugestanden werden. Vgl. übrigens: Marezoll, *Zeitschr. für Civl. und Proz.* VIII. S. 382 fig. und L. 1. C. de bon. mat. (6. 60.) L. 8. §. 3. C. de bonis quae liberis etc. (6. 61.)

und auf Verlangen deshalb eine Bürgschaft zu bestellen, so daß in Ermangelung dieser Leistung der Gegner auf die gegen ihn anzustellende Klage die Einlassung verweigern kann<sup>148</sup>). Diese Befugniß erscheint nun zwar keineswegs als aufgehoben, und ihre Ausübung macht denn auch die Leistung einer Bürgschaft für die Einlassung auf die wiederum anzustellende Klage des Gegners von Seiten des Procurators zu einem Bestandtheile der von ihm zu erbringenden Legitimation, und zwar ohne daß man behaupten kann, daß diese Leistung auf den Fall beschränkt sei, wo ein Forum die Wiederklage oder eine gleichzeitige Verhandlung mit der Vorlage begründet und somit ein wesentliches Merkmal einer heutigen Wiederklage im juridischen Sinne vorhanden sei<sup>149</sup>), so daß diese Bürgschaft von der eigentlichen cautio de reconventione noch immer unterschieden bleibt<sup>150</sup>). Daraus folgt aber keineswegs, daß der bloß für die feinsseitige Klage bevollmächtigte Procurator damit auch als Procurator seines Principals für die gegnerische Klage legitimirt sei<sup>151</sup>), so daß er ein tiefen bindendes Urtheil durch seine Prozeßführung in derselben erwirke<sup>152</sup>), sondern nur daß er selbst als Beklagter sich einzulassen habe. — Allein daß wenn er dennoch diese Einlassung verweigerte, der Gegner ein Contumacialverfahren gegen ihn erwirken können, erhellet nirgends<sup>153</sup>), und es scheint sonach, daß, wenn ihm einmal die Klage gestattet worden, nur in einer Klage gegen die von ihm bestellten Bürgen ein Zwangsmittel gegeben war, wodurch sich denn seine eigene Verpflichtung in der That

148) L. 33. §. 3. D. de procur. (3. 3.) L. 43. §. 4. D. eod. L. 5. C. eod. (2. 13.) L. un. C. de satisdando. (2. 57.)

149) Denn die Vorschrift geht ganz unbeschränkt auf jede Klage des Gegners wider den Principal. Daß die Pflicht des Procurators ohne alle Grenze gewesen und ewig gebauert habe, läßt sich indeß doch nicht annehmen. Eine solche erscheint aber nur durch die Nothwendigkeit der Cautio gegeben, indem diese darauf hinweist, daß das einzige Mittel des Gegners, den Procurator zur Erfüllung zu zwingen, darin bestand, ihm die Einlassung zu weigern, bis er die Bürgschaft bestellte.

150) Vgl. Sartorius, von der Widerklage S. 164. Die entsprechende Sicherheitsbestellung wäre hier die satisdatio iudicatum solvi. Allein der Prätor schreibt eine satisdatio dominum rem ratam habiturum vor (L. 33. §. 3. D. cit.), die indeß ganz allgemein auf alle Handlungen des Vertreters bezogen wird und nur die umfassende Bezeichnung für alle hier möglicherweise eintretenden Verhaftungen desselben zu sein scheint (vgl. indeß Sartorius a. a. D. S. 168), und in L. un. C. de satisdando (2. 57.) heißt sie satisdatio super excipienda lite, eine Sicherheit, die sich freilich nur auf die zu erwartende Klage des Gegners bezieht (gegen die abweichende Ansicht von Mühlendbruch, Cession §. 62, S. 608 flg., s. Backe, interpret. iur. Rom. c. III. §. 1 sq.; Sartorius a. a. D. S. 152 flg.; auch Schmid a. a. D. I. §. 80, S. 252, 253), aber da sie auf die Pflicht zum defensore geht, auch die zu diesem nach römischem Rechte erforderlichen Sicherheitsbestellungen, resp. die satisdatio iudicatum solvi und die satisdatio de rato, umfassen oder doch die Nothwendigkeit zur Bestellung derselben begründen muß.

151) Wie Sartorius, von der Widerklage S. 148 flg., annimmt.

152) L. 27. pr. D. de procur. (3. 3.)

153) Höchstens läßt sich annehmen, daß der Prätor durch ein Gebot ihn zur Einlassung genöthigt habe: arg. L. 43. §. 6. L. 45. pr. D. de procur.

als eine unklagbare charakterisirt<sup>154</sup>). — Bei der heutigen Behandlung des Mandatsverhältnisses wird man es aber genügend erachten müssen, wenn für die künftige Einlassung des Principals eine Bürgschaft geleistet wird<sup>155</sup>). In Strafprozessen kann in Ansehung der Inquisition, bei der in der That eine parteiliche Stellung gar nicht hervortritt, sondern der Richter in dem Inquisiten nur einen Gegenstand seiner Forschung vor sich hat, von einer Legitimation zum Prozesse durchaus keine Rede sein, sofern nicht die Befugniß des Richters zur Inquisition überhaupt oder einer gewissen Art und Weise derselben bestritten wird. — In diesem Falle und bei allen anderen Handlungen dieser Prozesart erscheint sie aber der Natur der Sache nach nicht ausgeschlossen, indem hier allerdings für die nicht oder nicht vollkommen handlungsfähigen Personen Beistände erforderlich sind<sup>156</sup>), und selbst eine Vertretung durch einen Bevollmächtigten vorkommen kann. Zwar ließ das römische Recht für den Ankläger eine solche Vertretung nicht zu<sup>157</sup>), allein das teutsche Criminalrecht erkennt sie schlechtthin an<sup>158</sup>). Wenn das römische Recht ferner das defendere des Angeklagten durch einen Procurator, ausgenommen den Fall, wo eine persona illustris mit einer Injurienklage belangt wird<sup>159</sup>), für unzulässig erklärt<sup>160</sup>), so ist damit allerdings für das mündliche Verfahren das Handeln eines solchen für einen abwesenden Angeklagten, nämlich auch für einen solchen, der sich zwar im Gerichtsbezirke befindet, aber nicht bei der Verhandlung gegenwärtig ist, obgleich er nicht behindert ist zu erscheinen, ausgeschlossen<sup>161</sup>). Allein seine Verthei-

154) Die Fortdauer irgend einer Verpflichtung zum Gegner bei ihm muß indes schon angenommen werden, wenn die Bürgschaft bestehen soll, und deren Erlöschung durch den Vorbehalt eigener Verttheidigung oder Befestung eines anderen Procurators von Seiten des Principals wird durch die dafür angerufenen Stellen (Sartorius a. a. D. S. 148, Note 14, 15) nicht unterfüßt.

155) Denn man hält den Mandatar, sobald er in den Grenzen seines Mandats bleibt, überall nicht mit eigenen Mitteln verhaftet: Thibaut, System des Pandektenr. II. §. 521, 525.

156) L. 4. C. de auctoritate praest. (5. 58.) — Wenn Unmündige in L. 3. §. 11. D. de homine libero exhib. (43. 29.), L. 11. vgl. mit L. 8. D. de accusat. (48. 2.), zu Accusationen in eigenen Angelegenheiten und in denen verbundener Personen und zum interdictum de libero homine exhibendo wegen letzterer zugelassen werden, so kann man deshalb noch nicht mit Dapp, a. a. D. §. 44, 47, annehmen, daß sie hier keines Beistandes bedürfen.

157) L. 13. §. 1. D. de publ. iud. (48. 1.) L. 1. pr. D. an per alium causae. (49. 9.) L. 11. f. C. de iniur. (9. 35.) L. 2. C. de his qui accus. n. poss. (9. 1.) Paulli R. S. V. 5. §. 9. 12. §. 4. 16. §. 11.

158) P. G. D. Art. 12, 14. — c. 5. X. de procur. (1. 38.) erklärt einen Procurator insofern hier unzulässig, als der Ankläger sich der poena talionis unterwerfen muß.

159) L. 11. C. de iniuriis. (9. 26.) Vgl. Dapp a. a. D. §. 207 flg., der noch mehrere so begünstigte Personen, wiewohl ohne ausreichenden Nachweis, nennt.

160) L. 13. §. 1. D. cit. L. 11. §. 2. D. ad leg. Jul. de adulter. (48. 5.) Paull. l. c. V. 5. §. 9. 16. §. 11. Vgl. Glück a. a. D. S. 271, 272.

161) Wer also bloß durch einen Vertreter erscheint, kann entweder gar nicht oder nur als contumax verurtheilt werden. Ob aber in Ansehung desje-

digung in seiner Gegenwart durch einen Bevollmächtigten führen zu lassen, mußte doch eben so zulässig sein, wie die Vertheidigung durch einen Rechtsbeistand, und es kann demnach im heutigen schriftlichen Verfahren das Handeln durch einen Procurator auch hier nicht ausgeschlossen sein. Nur die Anordnung eines Prozeßprocurators für das ganze Verfahren als eines einzigen Verhältnisses, bei welchem der Procurator eine eigene parteiliche Stellung einnimmt, wie der römische Procurator im Civilprozeße, ist hier allerdings nicht möglich, aber auch für die heutige Stellung eines Procurators vermöge der Natur derselben nicht wesentlich. — Es kann also im Strafprozeße eine Prozeßlegitimation nicht weniger als im Civilprozeße vorkommen, und insofern ~~es~~ vorkommt, steht sie auch unter keinen verschiedenen Normen<sup>162</sup>). Insofern übrigens bei den Römern ein abwesender Angeklagter in der Lage war, ungeachtet seiner Abwesenheit verurtheilt werden zu können<sup>163</sup>), wurde zu seiner Vertheidigung<sup>164</sup>), zur Erlangung eines Aufschubes der Verhandlung durch Darbringung von Entschuldigungsgründen für die Abwesenheit<sup>165</sup>), auch derjenige zugelassen, der nicht als Procurator bestellt war, ebenso wie zur Appellation gegen eine Verurtheilung, und zu dieser selbst wider den Willen des Verurtheilten<sup>166</sup>). In dem Umfange, wie hier Vertretung zulässig ist, muß denn auch Bevollmächtigung unter denselben Voraussetzungen wie für das Civilverfahren<sup>167</sup>) zulässig sein.

Die Legitimation zur Sache unterscheidet sich von den vorgenannten Legitimationsarten dadurch, daß der Legitimationspunkt eine die subjective Befähigung angehende Bedeutung nur in Beziehung auf das objective Resultat des Prozeßes hat, und zwar dessen, aber auch nur dessen, Siltigkeit bedingt. Dieses objective Resultat ist die eigentliche Rechtskraft, d. h. diejenige durch ein Urtheil hervorgerufene Gewißheit des Daseins oder Nichtdaseins des streitig gewordenen und entschiedenen Rechtsverhältnisses, die auch über die Execution der Verurtheilung hinaus wirksam ist und durch die *exceptio rei iudicatae* geltend gemacht wird, im Gegensatze der Unabänderlichkeit einer Verurtheilung<sup>168</sup>). Jene Rechts-

nigen, dessen Anwesenheit vor dem Gerichte überall noch nicht, auch nicht einmal bei der *nominis delatio*, bewirkt worden, das erstere oder das zweite, wenn dieß überhaupt möglich war (vgl. Note 163), eintrat, erscheint zweifelhaft. Vgl. indeß Geib, Gesch. des röm. Criminalproz. S. 270—272.

162) Martini, Lehrb. des Criminalprozeßes S. 49.

163) Darauf, ob die Strafe am Abwesenden vollzogen werden kann (Rittermaier, Strafverfahren I. S. 45, mit Dapp a. a. D. S. 195), kann wohl nichts ankommen. Verurtheilung Abwesender ist aber nur im Falle der *contumacia* und wenn die Strafe Relegation nicht übersteigt, zulässig (L. 5. D. de poenis. [48. 18.] Vgl. L. 4. S. 2. D. ad leg. Corn. de siccar. [48. 8.]).

164) L. 33. S. 2. D. de procur. (3. 3.) vgl. mit L. 2. C. de accus. (9. 2.) Vgl. indeß Dapp a. a. D. S. 186 flg., S. 217 flg.

165) L. 13. S. 1. D. cit.

166) L. 6. D. de appellat. (49. 7.)

167) Vgl. oben Note 36 flg.

168) Vgl. m. angef. Erdr. S. 71, 83, 87 flg., Note 84, S. 331,

kraft bedingt nämlich diese Unabänderlichkeit keineswegs, und nur durch die Unterscheidung beider von einander gelangt man zu einer sicheren Grundlage für die Auffassung des Verhältnisses, dessen Wesen darin besteht, daß die Wirksamkeit jenes objectiven Resultates, ungeachtet seiner Ungiltigkeit, unter den Parteien so lange nicht gehemmt wird, als nicht in einem neuen Prozesse diese letzteren, so wie die Befugniß, sie geltend zu machen, gehörig begründet wird. — Sagt man, ohne sie zu berücksichtigen<sup>169</sup>): es sei das, ungeachtet des Mangels des Legitimationspunktes, also einem Unbefugten, rechtskräftig zuerkanntes Recht „in Beziehung auf die Parteien, und auf den vorliegenden Rechtsstreit<sup>170</sup>)... als ein jenem wirklich zustehendes zu betrachten“,... es sei „neues formelles Recht unter den Parteien constituirt, und in Folge dessen für den... Condemnirten die obligatio anerkannt, die Ausübung dinglicher, dem nicht Befugten zugesprochener Rechte zu dulden, und nicht zu stören“, so läßt sich dieß zwar mit dem oben aufgestellten Grundsatz im Einklange finden, insofern dieß so verstanden werden darf, daß auch wenn das streitige Verhältniß ein dingliches ist, dennoch zwischen den Parteien nur ein obligatorisches Verhältniß<sup>171</sup>) constituirt werde, dessen Inhalt denn freilich nach jenem dinglichen Verhältnisse normirt werden muß<sup>172</sup>). — Allein auch der dem unrechten Beklagten gegenüber abgewiesene Kläger soll jenem gegenüber einer gleichen obligatio unterworfen sein<sup>173</sup>), die denn nur durch eine exceptio rei indicatae gegen ihn geltend gemacht werden könnte; es müßte also derjenige, welcher mit einer confessoria actio gegen denjenigen, der kein Eigenthum

487 flg. mit S. 95, Note 16, und m. Auff. in Sell's Jahrb. Bd. 2, S. 2, S. 316 flg., §. 3.

169) Vgl. Schmid a. a. D. I. §. 68, Note 38, 39, S. 184, Note 42, 43, S. 86, als die jüngste Darstellung dieser Materie.

170) Von der Bedeutung, welche mit diesem Ausdrücke verbunden sein soll, hängt es freilich ab, ob man die Richtigkeit dieser Darstellung zugeben darf oder nicht. — Soll der vorliegende Rechtsstreit jeden Prozeß derselben Parteien über denselben Hauptpunkt bezeichnen, so bedarf dieß wenigstens einer Modifikation.

171) Aehnlich wie derjenige, welcher sein Eigenthum beschwört, dadurch nur eine Publicianische Klage erwirbt, die bloß gegen den Gegner und dessen (Universal-) Successoren geht: L. 7. §. 7. D. de Publ. in rem act. (6. 2.) L. 9. §. 7. — L. 12. D. de iurair. (12. 2.)

172) Der Nichteigenthümer z. B., welcher als Beklagter in einer Confessorienklage wegen eines Mißbrauches verurtheilt wäre, würde für sich und seine Erben verpflichtet sein, den Sieger nicht in der Ausübung desselben zu hindern. Er wäre aber nicht wegen Hinderungen Anderer verantwortlich, wie es z. B. der Verpächter sein würde. — Ob übrigens ein ausdrücklicher Ausspruch über das Eigenthum des Beklagten erfolgt ist, sobald dieser die exceptio deficientis legitimationis ad causam nicht opponirt und dadurch diesen Punkt nicht von der Grundlage der Klage ausgesondert hat, ist gleichgültig. Denn hier enthält die Verurtheilung in der Hauptsache stillschweigend die Anerkennung des Eigenthums des Beklagten, und der Giltigkeit der Verurtheilung steht jene Verschweigung nicht entgegen, da ja das Streitverhältniß in der Hauptsache unbedingt eingegangen ist (vgl. oben Note 6). Richtigkeit behauptet hier indeß Schmid a. a. D. S. 185, 186.

173) Schmid a. a. D. S. 186, nach Note 43.



der *res serviens* hatte, unterlegen, bei jeder Wiederholung dieser Klage von diesem mit jener *exceptio* zurückgewiesen werden können. Dies muß indeß verneint werden. Denn die Abweisung an sich ist weiter nichts als eine Liberation von dem gegenwärtigen Streitverhältnisse, ein rein negatives Resultat, welches weder wie die *condemnatio* durch *Execucio*<sup>174)</sup>, noch durch eine *exceptio rei indicatae* geltend gemacht werden kann. Nur vermöge der der Absolution zum Grunde liegenden Entscheidung über das Nichtdasein des streitigen Rechtsverhältnisses, m. a. W. vermöge der über diesen Prozeß und die *Execucio* der Beurtheilung hinaus unter den Parteien wirksamen Gewißheit, erzeugt die Absolution des Beklagten auch für diesen eine *exceptio rei indicatae*<sup>175)</sup>. Diese Gewißheit aber wird durch den Mangel des Legitimationspunktes ausgeschlossen, sobald dieser Mangel und das jegige Aufgehobensein desselben durch eine gehörig substantiirte Behauptung geltend gemacht wird, zu welcher dann freilich erforderlich ist, daß jener Mangel auf das Recht eines Dritten begründet<sup>176)</sup> und der Uebergang desselben auf den *Expicienden*<sup>177)</sup> behauptet wird<sup>178)</sup>. Dies zeigt sich in dem umgekehrten Falle, wo ein Nießbrauchsbesitzer mit der *confessoria actio* wegen einer *Prädialservitut* abgewiesen wird, indem einer wiederholten *confessoria actio* desselben jene *exceptio* nicht entgegensteht, wenn er den früheren Mangel und dessen Aufgehobensein in geeigneter Weise behauptet<sup>179)</sup>;

174) Also nach strenger römischer Form durch die *actio indicati*. Der freigesprochene Beklagte hat ein dieser *actio* entsprechendes Mittel überall nicht, weil die Wirkung der *absolutio* an und für sich selbst, die Liberation von dem Streitverhältnisse, schon unmittelbar durch das Urtheil verwirklicht ist.

175) Daß diese Wirkung nicht jeder Absolution beizumessen ist, zeigt sich schon in der heutigen Absolution von der Instanz, die ja eben deshalb erfolgt, weil es an einer Entscheidung über das streitige Verhältnis selbst mangelt.

176) Denn das Urtheil muß natürlich so lange seine volle Wirksamkeit unter den Parteien äußern, bis diejenige Partei, welche dessen Unwirksamkeit behauptet, dieselbe nachgewiesen hat. — Da nun jeder Streit, der nicht über ein fremdes Recht geführt wird, nothwendig ein Streit über ein eigenes Recht sein muß, indem dieses im Prozesse auch dasjenige streitige Recht umfaßt, welches gar nicht existirt, so kann dieser Nachweis nur durch das Darthun des Rechtes eines Dritten zur Zeit des früheren Prozesses geliefert werden. Die Grundlage des Streitverhältnisses ist übrigens in diesem Falle auch eine veränderte.

177) Denn da dessen Gegner dessen jegige Legitimation zur Sache nachweisen muß, um mit ihm überhaupt über das Verhältnis streiten zu können, so ist diese Behauptung eine nothwendige Folge der ersteren.

178) Bei der *eventualmaxime* ist diese Behauptung schon genügend, um der *exceptio rei indicatae* die Wirkung, einen zweiten Prozeß zu verhindern, zu entziehen.

179) Denn auch demjenigen, dem ein Recht abgesprochen ist, welches er in Anspruch nahm, steht die *exceptio rei indicatae* nicht entgegen, wenn er hernach als Erbe eines Anderen denselben Anspruch wieder gegen denselben Gegner mit einer Klage verfolgt: L. 10. D. de *except.* (44. 1.) Vgl. m. angef. Erdr. S. 88 flg., Note 84. Die L. 36. D. F. H. (10. 2.), in welcher Einige eine Entscheidung über den fraglichen Punkt suchen (vgl. Schmid a. a. D. S. 186, Note 44, und das. Cit.), gehört nicht hierher. S. ebendaf. S. 89 flg., Note 84.

und eben so wenig würde er, wenn er gesiegt hätte, einer *negatoria actio* des unterlegenen und sich auf eine solche Behauptung stützenden Gegners jene *exceptio* entgegensetzen können. Daß der Mangel des Legitimationspunktes jeden Einfluß auf das Verhältniß der wirklichen Subjecte des streitigen Verhältnisses ausschließt<sup>180)</sup>, liegt übrigens zu Tage. Dahingegen hat auf die Rechtsbeständigkeit der Verurtheilung der Mangel des Legitimationspunktes überall keinen Einfluß, und der Mangel der prozessualischen Legitimationshandlungen nur dann, wenn der Kläger (als welcher denn bei Einreden auch der Beklagte hier zu betrachten ist) diesen Mangel so offen darlegt, daß er nach seiner eigenen Erklärung ein fremdes Recht geltend gemacht, oder wenn dem Beklagten mit seinem Verlangen der Vornahme jener Legitimationshandlungen nicht das erforderliche Gehör gewährt worden<sup>181)</sup>. Denn hier hat er Wichtigkeit zur Folge, aber nicht wegen des Mangels jener Handlungen an sich, sondern im ersteren Falle wegen des Mangels der Prozeßlegitimation und im zweiten wegen des Mangels an Gehör. — Ein solches Verlangen des Beklagten, der Gebrauch der sogen. *exceptio deficientis legitimacionis ad causam*, kann ihn aber nie von einer unbedingten Einlassung auf den Legitimationspunkt selbst befreien. Denn die Frage über die Identität des Subjectes des Hauptverhältnisses gehört mit zur Grundlage der wegen dieses letzteren erhobenen Klage, von welcher sie nur durch den Gebrauch jener *exceptio* insoweit abgerissen wird, als es erforderlich ist, sie zu einem bedingenden Momente für die Einlassung auf den eigentlichen Klagegrund<sup>182)</sup> zu constituiren. Eine Einlassung darauf kann also gefordert werden, ohne daß es erst der Beweisführung darüber bedarf, und es kann daher jene eine solche Beweisführung verlangende Einrede keine differirende Wirkung auf diese Einlassung, sondern nur auf die Einlassung über die Grundlage des Hauptverhältnisses an sich, oder den eigentlichen Klagegrund, äußern. Diese differirende Wirkung könnte aber ein bloßes Leugnen, worin die Einlassung auf den Legitimationspunkt

180) Schmid a. a. D. S. 185. v. Linde a. a. D. §. 116. M. angef. Erdr. S. 341, Note 24.

181) M. angef. Erdr. S. 337. — Außerdem ließe sich inbeß die Zulässigkeit einer *doli exceptio* gegen die Execution der Verurtheilung dann verteidigen, wenn der Kläger den Mangel der Legitimation gekannt hätte. Arg. l. 45. D. de H. P. (5. 3.) L. 25. D. de R. V. (6. 1.) An die Stelle der *evidentissimae probationes*, die hier gefordert werden, soll man inbeß nach der Praxis *Eidesdelation* setzen dürfen: Reinhardt, Handb. I. S. 85, 86, Note 4, und dagegen Gönner, Handb. I. Abh. 16, §. 6, Note g. Vgl. m. angef. Erdr. S. 87, 88, Note 84. — Nie würde es sich aber rechtfertigen lassen, nach dem Urtheile den wirklich Legitimirten an die Stelle des Siegers zu setzen, wie es in einem Falle bei Cramer, Nebenst. XL. Nr. 7, §. 1, geschieht. Wohl aber kann, wenn der Legitimationspunkt durch den Gebrauch der *exceptio deficientis legitimacionis* zu einem präjudiciellen Verhältnisse constituirte, und derselbe vor und bei der Definitivsentenz übergangen ist, über ihn noch in der Executionsinstanz Verhandlung und Entscheidung stattfinden. M. angef. Erdr. S. 152, Note 19—21.

182) Vgl. m. angef. Erdr. S. 331, 405 fig.

neben jener exceptio ja immer bestehen muß, nicht haben, und wenn die Identität des Stoffes jener Einrede und dieses Theiles der Grundlage der Klage dahin führt, daß nur eine einzige Beweisführung in Ansehung beider stattfindet, und diese Beweisführung unter denselben Regeln steht, wie jede der Hauptsache angehörende Beweisführung, so ist und bleibt doch immer die Ansicht unrichtig, daß jene Einrede mit einem bloßen Leugnen des Klagegrundes identisch sei<sup>183</sup>), wenn auch ihr Nutzen bei der heutigen Eventualmaxime nur darin besteht, daß ohne eine ausdrückliche Entscheidung über den Legitimationspunkt eine gültige Verurtheilung nicht erfolgen kann<sup>184</sup>). Durch jene unrichtige Gleichstellung ist denn auch einer jetzt herrschenden Ansicht Vorschub gethan, die bei richtiger Auffassung der Bedeutung des Verhältnisses unmöglich gewesen wäre, nämlich derjenigen, welche eine sogen. generelle Sachlegitimation in dem Falle annimmt, wenn der Legitimationspunkt mit dem Klagegrunde selbst zusammenfällt<sup>185</sup>), ein Fall, in dem von einer Legitimation denn doch handgreiflich nicht die Rede sein kann<sup>186</sup>), und wenn man neben dieser Ansicht noch die Regel aufgestellt findet, daß der Mangel an Sachlegitimation das Verfahren absolut nichtig mache<sup>187</sup>), so ist das Vermeiden eines näheren Eingehens auf diese Lehren gewiß mit der strengsten Gewissenhaftigkeit vereinbar. Allerdings haben schon ältere Prozeßualisten jene Nichtigkeit behauptet<sup>188</sup>), was denn folgerichtig auch zu der Ansicht führen muß, daß der Richter den Mangel der Sachlegitimation von Amtswegen zu berücksichtigen hat<sup>189</sup>), wiewohl keineswegs in der Art,

183) Vgl. v. Linde a. a. D. §. 115, nach Note 4, der in dem Legitimationspunkte eine Erweiterung des Klagegrundes findet, eben so wie Schmid a. a. D. S. 179 flg.

184) Wegen des Mangels an Gehör. S. oben Note 181. — Eine analoge Anwendung von L. 1. pr. D. quae sent. sine app. (49. 8.) (vgl. m. angef. Erdr. S. 88, Note 84) rechtfertigt sich auch für den Fall, wo durch eine Verurtheilung zur unbedingten Eingehung des Streitverhältnisses, ohne vorgängige Verhandlung über den Legitimationspunkt, dieser als eine res non iudicanda behandelt worden wäre.

185) Martin, Lehrb. des bürgerl. Proz. §. 34. Gensler, Handb. S. 115, 116, 124, 125. Comment. zu Martin (Ausg. von Morstadt) I. S. 46—49. Bayer, Vorträge S. 38 flg. v. Linde a. a. D. §. 115. Schmid a. a. D. S. 177 flg.

186) Sie könnte hier nur in dem Nachweise bestehen, daß A. mit A. identisch wäre, was sich gewiß von selbst versteht. Vgl. m. Identität u. s. w. S. 455 flg., m. angef. Erdr. S. 329, Note 25.

187) Vgl. Bethmann-Hollweg, Verf. S. 93, 97—100, mit v. Linde, Zeitschr. für Civilt. und Proz. III. 3., der indeß diese Ansicht aufgegeben hat in s. angef. Lehrbuche §. 116, Note 5, und die in m. angef. Erdr. S. 336, Note 2 Sittren.

188) J. B. Mevius, decis. V. 13. 188. IV. 204. Claproth a. a. D. §. 71. Danz, Grundf. des ordentl. Proz. §. 125.

189) Aeltere: in m. angef. Erdr. S. 338, Note 14, unter denen auch Mevius, l. c. V. 13. III. 21., sich befindet, der indeß mit Einigen verlangt, daß der Mangel aus den Acten ersichtlich sei. Neuere, welche hierher gehören, sind: Danz, ordentl. Proz. §. 125. Martin a. a. D. Gensler, Handb. S. 184. Reinhardt, Handb. I. S. 81, 82, 85. Gesterding, Nachf. I. S. 125. v. Linde a. a. D. §. 116, Note 8.

daß er selbstständig von den Parteien nicht dargebrachte Momente oder einen aus der Actenlage nicht ersichtlichen Mangel erforschen und in Betracht ziehen dürfte<sup>189a</sup>). — Mit der neueren Anerkennung der Unrichtigkeit dieses Gesichtspunktes ist das Beharren auf jene Unrichtigkeit nicht vereinbar, und die Institute des älteren quellenmäßigen Prozeßrechtes, die sich auf die Regulirung des Legitimationspunktes beziehen, finden ihren Grund keineswegs in einer befürchteten Unrichtigkeit des Prozeßes, so wie denn auch die spätere *exceptio deficientis legitimacionis* auf sie nicht gegründet erscheint. — Vielmehr dient die vom Kläger zu leistende Gewere der Klage des alten teutschen Prozeßes nur zur Sicherung des Beklagten gegen den Nachtheil aus einer etwaigen von einem anderen Kläger erhoben werdenden zweiten Klage<sup>190</sup>), und die römischen *interrogationes in iure* nur zur Sicherung des Klägers gegen eine *absolutio* des Beklagten<sup>191</sup>). Eine von Amtswegen eintretende Berücksichtigung ist selbst nicht in Ansehung des dem Richter vorliegenden Mangels des Legitimationspunktes, insofern als er in der That eine Unrichtigkeit mit sich führt, möglich<sup>192</sup>). Uebrigens gibt es in dem den Uebergang eines bloßen Klagerrechtes vermittelnden Cessionsverhältnisse ein solches, welches man nach der römischen Ansicht von demselben als einen Punkt der Prozeßlegitimation zu betrachten geneigt sein könnte<sup>193</sup>), welches aber richtiger als Sachlegitimation behandelt wird<sup>194</sup>), und in dem Besitze eines mit der Eigenthumsklage in Anspruch genommenen Gegenstandes ein solches, welches zwar bei der eigentlichen römischen *Vindication* als

189a) So scheint es aufzufassen Reinhardt a. a. D. S. 85. Allein die Meinung der älteren Juristen ging, so weit wohl nie. S. Gesterding a. a. D. S. 130.

190) S. Glosse zum sächs. Landr. III. 14. Bethmann-Hollweg a. a. D. Nicht bloß bei Klagen wegen Unricht (sächs. Landr. II. 16. §. 1, I. 63. §. 1, III. 14. §. 2. Richtst. Landr. 41. Reichsbild 40), sondern auch bei Klagen wegen dinglicher Ansprüche findet sie sich (sächs. Landr. II. 15. §. 2. Reichsb. 114), wenn gleich sie hier nicht schlechthin nothwendig gewesen zu sein scheint.

191) Vgl. über sie: Arch. für civ. Praxis XX. S. 392 fig. M. Identität u. s. w. S. 459, 460.

192) M. angef. Erdr. S. 339—341. — Daß der Richter übrigens den Beweis des Legitimationspunktes zu fordern hat, wenn nämlich nicht ein Geständniß denselben überflüssig macht, und in jeder Lage des Prozeßes, so lange nämlich die Legitimationshandlungen noch nicht geschehen sind und keine Präclusion mit der Beweisführung eingetreten ist, versteht sich ganz von selbst, und wenn die Bemerkung, daß der Richter in jeder Lage des Prozeßes den Beweis der Legitimation von Amtswegen zu fordern habe (Reinhardt a. a. D. I. S. 82; Schmid a. a. D. I. S. 179), nur dies sagen soll, so enthält sie überall keine Besonderheit für die Sachlegitimation. S. indes Reinhardt a. a. D. S. 85.

193) Vgl. Dapp a. a. D. §. 59, S. 36, Note i. Glück a. a. D. S. 266, 276, 277.

194) M. angef. Erdr. S. 151, Note 12, mit Reinhardt a. a. D. S. 82, Note 2 und das. Cit. Die Legitimation jedes Procurators im römischen Sinne würde übrigens zur heutigen Sachlegitimation gehören.

ein Punkt der Sachlegitimation aufgefaßt werden kann<sup>195</sup>), bei der heutigen Gestalt der Eigenthumsklage aber richtiger zum Grunde derselben gezählt wird<sup>196</sup>). Endlich kann man aber auch von einer Sachlegitimation bei solchen Klagen nicht reden, welche bloß dazu dienen, ein den Parteien anerkannt zustehendes Recht zu reguliren, wie bei den Theilungsklagen<sup>197</sup>), weil jeder Streit über die Zuständigkeit des Rechtes vielmehr eine Hauptsache zwischen den Parteien constituiren muß<sup>198</sup>), und eben so wenig ist die *exceptio praeiudicialis*<sup>199</sup>) als eine *exceptio deficientis legitimationis ad causam* zu betrachten<sup>200</sup>), weil sie nicht zu einem Streite über die Legitimation führt, sondern an dessen Stelle einen Hauptstreit unter den Parteien hervorruft<sup>201</sup>). Dahingegen ist aber das Bestreiten der Zulässigkeit der Reassumtion eines Prozesses eine wahre *exceptio deficientis legitimationis ad causam*, welche aber bis zu ihrer Erledigung dann den Hauptstreit hemmt, wenn sie nach der Einlassung geschieht, weil sonst der Eintritt des Reassumenten in das einmal constituirte Streitverhältniß nur eventuell geschehen könnte, und dadurch diesem nachträglich eine Eventualität gegeben werden müßte, welche die Eingehung eines zweiten Streitverhältnisses constituirende Veränderung dem Gegner des Reassumenten in diesem Stadium nicht mehr aufgedrungen werden kann<sup>202</sup>). Die Sachlegitimation ist eine active, wenn sie die Befugniß einer Person, sich eines Prozeßmittels, einer Klage, einer Einrede oder was diesen gleichsteht, zu bedienen, eine passive, wenn sie die

195) Vgl. Schmid a. a. D. S. 178.

196) Vgl. m. angef. Erörter. S. 326, Note 14, und das. angeführte Citate. — Auch findet man selbst das Recht an einem factisch entzogenen Gegenstande in Beziehung auf eine dcsfallige Rückforderungsklage als einen Punkt der Sachlegitimation behandelt (Cons. vet. lcti c. 5. mit c. 6.), eine Auffassungsweise, die indeß die Grenze zwischen Legitimationspunkt und Hauptpunkt aufheben würde. Dasselbe gilt im Falle Note 197.

197) S. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 112—127. v. Ende a. a. D. §. 115, Note 5. Schmid a. a. D. S. 181.

198) M. angef. Erört. S. 141, 142, Note 64—66, S. 151, Note 12.

199) Ebendas. S. 139—141, 149.

200) Vgl. über damit in Verbindung stehende Unterscheidungen älterer Prozeßualisten, und die verschiedenen Benennungen dieser *exceptio* bei ihnen: ebendas. S. 332, 333, Note 34, 35.

201) Identität u. s. w. S. 385 flg. — Daher sind denn auch die Stellen, welche von der differirenden Wirkung dieser *exceptio* handeln, gänzlich untauglich dazu, eine gleiche Wirkung der *exceptio deficientis legitim. ad causam* zu erweisen. — Indes sind solche dazu benutz worden. S. Schmid a. a. D. I. S. 179, 180, Note 6, 9, der auch die *causa natalium* in c. 3. X. de ordine cognit. (2. 10.) als einen Legitimationspunkt für den Successionsstreit behandelt.

202) Eine eventuelle Fortsetzung des Streites mit dem Reassumenten, welche nach der Ansicht von Schmid, a. a. D. S. 181, gestattet wäre, würde für den Fall der Abweisung desselben wenigstens zu einer Störung in der Einheit des Prozesses führen. — Ist sie unzulässig, so muß die Hemmung eintreten, weil es an der für die Fortsetzung erforderlichen Person fehlt.

Befugniß jener Person, dasselbe gegen ihren Gegner zu richten<sup>203</sup>), nachweisen soll, und muß immer von dieser sich diese Befugniß zuschreibenden Person, sie stehe nun im Streitverhältnisse als Kläger oder als Beklagter<sup>204</sup>), erbracht werden<sup>205</sup>). Ungeachtet ihrer präparatorischen Natur, die sie vermöge der Opposition jener Einrede annimmt, schiebt sie doch die Verhandlung des Hauptpunktes nicht auf<sup>206</sup>), sobald nur der Gegner zu einer eventuellen Streiteinlassung der Prozeßlage nach noch schuldig ist<sup>207</sup>). In ihrer Darbringung nimmt sie die Natur einer Beweisführung über einen Theil der Grundlage der Klage an<sup>208</sup>), und es sind daher nicht nur alle Beweismittel<sup>209</sup>) zur Erbringung derselben zulässig, deren man sich zum Beweise des Klagegrundes bedienen kann<sup>210</sup>), sondern sie erfordert auch eine eben so vollständige Bewiesenheit als dieser<sup>211</sup>). Die abweichenden Ansichten, nach denen sie die Verhandlung der Hauptsache differirt<sup>212</sup>), durch Eidesdelation und Geständniß nicht<sup>213</sup>),

203) Durch die passive legitimirt, man ebenso, wie durch die active, sich selbst, aber indem man ein Verhältniß seines Gegners nachweist. Vgl. m. angef. Erdr. S. 326. Schmid a. a. D. I. §. 68, S. 177. Es scheint indesß, als ob v. Linde, a. a. D. §. 115, Note 1 der 6. Aufl., die passive Legitimation als eine Legitimation des Gegners ansieht.

204) Vgl. m. angef. Erdr. S. 277 flg.

205) Dahn, Grundf. des ordentl. Proz. §. 124. Reinhardt a. a. D. I. §. 50, S. 44. Schmid a. a. D.

206) M. angef. Erdr. S. 152, Note 15—17, mit Bethmanns-Hollweg a. a. D. S. 112—127. Schmid a. a. D. S. 180, 181, deren Ausnahmen sich durch die oben Note 197—202 aufgestellten Bemerkungen erledigen.

207) Vgl. oben Note 202.

208) Vgl. oben vor Note 182 und vor Note 9. — Von einer summarischen Cognition, wie bei der Prozeßlegitimation (vgl. oben Note 35), kann demnach im ordentlichen Prozesse keine Rede sein. S. indesß Gensler, Handb. S. 100.

209) Aber deshalb nicht auch der Schiedscheidung als erzwungenes Vergleichsmittel, sofern er über das zur Legitimation erforderliche Verhältniß an und für sich zur Hand genommen wird, da dasselbe als ein streitiges Rechtsverhältniß zwischen diesen Parteien ja nicht constituirte ist. Vgl. m. angef. Erdr. S. 334, Note 38. Insofern man indesß heutzutage den Schiedscheidung nur als Beweismittel behandelt, erledigt sich diese Frage von selbst.

210) v. Linde a. a. D. §. 115, Note 8, 9. M. angef. Erdr. S. 334, 335, Note 38, 39. Ueber Eid: Glück a. a. D. XVI. S. 442. Gensler, Arch. für civ. Prax. II. S. 21—26; Handb. I. S. 163. Gesterding a. a. D. S. 132 flg. Reinhardt a. a. D. S. 81, Note 2, S. 84, Note 2 und das. Cit. Schmid a. a. D. S. 183, 184, Note 27—33. Ueber Geständniß: Gesterding a. a. D. S. 126 flg. Schmid a. a. D. S. 179, Note 3, und über andere Beweismittel S. 182, 183, Note 22—24, S. 184, Note 34—37.

211) v. Linde a. a. D. §. 115, Note 10, 11. M. angef. Erdr. S. 335, Note 39—43; mit Schmid a. a. D. S. 82, Note 20 und das. Cit.

212) Gönner, Handb. I. Abh. 15, §. 2—6. Grolman a. a. D. §. 56. Schmidt, Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden §. 247. Von der richterlichen Bestimmung will es abhängig machen: Gensler, Handb. V. S. 155—157, und wegen eines verjährten Gebrauches beibehalten: Bethmanns-Hollweg a. a. D.

213) Vgl. die Cit. bei Glück a. a. D. XVI. S. 442. Reinhardt a. a. D. S. 82, Note 2. Gesterding a. a. D. S. 132.

wohl aber durch eine bloße Bescheinigung erbracht werden kann<sup>214</sup>), haben in neuester Zeit keine Anerkennung gefunden. — Einer besonderen Erörterung bedürfen sie bei dem hier genommenen Standpunkte nicht, und die Praxis wird es in der Regel bethätigen<sup>215</sup>), daß die *exceptio deficientis legitimationis ad causam* in der prozessualischen Behandlung sich nur insofern von dem Hauptpunkte absondert, als ihr Gebrauch die Eventualität der Einlassung rechtfertigt.

Bradenborst.

**Lehenrecht** ist, subjectiv, die Wissenschaft, welche sich mit dem Vortrage der von den Lehen überhaupt geltenden Rechtsgrundsätze beschäftigt; objectiv, der Inbegriff dieser Rechtsgrundsätze. Unter Lehen aber versteht man diejenigen Gegenstände, welche sich im getheilten Eigenthume eines Obereigenthümers und des nuzungsberechtigten Inhabers eines solchen Gegenstandes, unter der Verpflichtung Beider zur persönlichen Treue gegeneinander, befinden. Das Lehenrecht bildet einen Theil des Privatrechtes, so wie dessen Gegenstand, das Lehenverhältniß selbst, als solches, rein privatrechtlicher Natur ist.

Als Quellen des Lehenrechtes, von denen ausführlicher unter dem allgemeinen Artikel: Quellen der verschiedenen Rechte, gehandelt werden wird, sind hier vorläufig nur zu bezeichnen: als gemeinrechtliche hauptsächlich der *liber feudorum*, eine Compilation der bei den Longobarden in Beziehung auf Lehen üblich gewesenem Gesetze und Gewohnheiten, welche, in Verbindung mit einigen neueren Verordnungen der Kaiser, gegen das Ende des 12. Jahrhunderts den *Novellen Justinian's* angehängt wurde<sup>1)</sup>, und so durch die Aufnahme des *corpus iuris civilis* in Teutschland in gleicher Weise, wie dieses, also auch nur insofern sie glossirt ist<sup>2)</sup>, zugleich mit demselben die Giltigkeit eines gemeinen teutschen Lehenrechtes erlangte<sup>3)</sup>. Sodann die neueren Reichsgesetze, insofern sie das Lehenwesen betreffende Bestimmungen enthalten; das canonische Recht in Beziehung auf die in den *Decretalen* besonders

214) *Sönnner a. a. D.* §. 4, S. 333.

215) Von einem abweichenden verjährten Gebrauche (vgl. oben Note 212) dürfte die dermalige Praxis wenig Spuren aufzuweisen haben.

1) Besonders abgedruckt in *Senckenberg, corp. iur. feud.* nr. IX. p. 492 sq., wonach im vorliegenden Aufsätze stets die einzelnen Belegstellen citirt sind.

2) Hiernach kommt namentlich allen Titeln nach dem 58. des II. Buches keine Gesetzeskraft (was auch bei einigen früheren noch zweifelhaft ist) zu: *Schmalz, Lehrbuch u. s. w.* (unten) §. 531. Indessen pflegen dieselben doch als Belegstellen für die damaligen Rechtsansichten von dem Lehenverhältnisse allegirt zu werden, und sind in dieser Eigenschaft allerdings nicht unerhebliche Hilfsmittel der Interpretation für die geschlichen Texte: *Page mann, Einleitung in das Lehenrecht*, III. Aufl. (Pannov. 1801), §. 41.

3) Die neueste Untersuchung hierüber enthält *Dieck, comm. de tempore, quo ius feudale Longobardorum in Germaniam translatum ibique receptum sit.* Hal. 1843.

abgehandelten geistlichen Lehen, und aushilflich das römische Recht, wo es auf die Anwendung solcher über das ganze Rechtssystem sich verbreitender Grundsätze ankommt, an denen es in den eigentlichen Quellen des Lehenrechtes fehlt, obwohl dieselben bei deren Abfassung mit berücksichtigt wurden<sup>4)</sup>. Den altteutschen Lehenrechtsbüchern<sup>5)</sup> kann dagegen gemeinrechtliche Autorität nicht beigelegt werden, wiewohl dieselben bei der Beurtheilung solcher Institute, die sich hin und wieder aus dem teutschen Rechte erhalten haben, selbst in den Ländern des gemeinen Rechtes mit Nutzen gebraucht werden können; die hiernach begründete Eigenschaft jener Rechtsbücher als bloß particularer Quellen des teutschen Lehenrechtes kommt aber denselben in einem viel ausgedehnteren Umfange insoweit zu, als dieselben in einzelnen Gebieten besonders des nördlichen Teutschlands, wie namentlich in Sachsen, in ihrem ganzen Umfange als Quelle des geltenden Rechtes anerkannt worden sind<sup>6)</sup>.

Die Methode der Behandlung dieser Wissenschaft ist hauptsächlich nur darin verschieden, daß, wie schon Runde und Leist sich über die Frage entzweiten, ob der Vortrag des Lehenrechtes gesondert von dem des teutschen Privatrechtes zu halten oder damit zu verbinden sei<sup>7)</sup>, hieüber fortwährend auch unter den neueren Schriftstellern über diese beiden Rechtsheile völlig abweichende Ansichten herrschen, indem Schmalz<sup>8)</sup>, Gründer<sup>9)</sup>, Eichhorn<sup>10)</sup>, Dittloff<sup>11)</sup> und Phillips<sup>12)</sup> Beides mit einander verbinden, jedoch nur die drei letzteren mittelst einer wirklichen Vereinigung beider Rechtsheile in demselben Systeme, die beiden ersteren aber nur der äußeren Form nach, indem sie auf den Vortrag des Landrechtes in seinem ganzen Umfange den des Lehenrechtes in einer völlig gesonderten Abtheilung folgen lassen, wogegen die Lehrbücher von

4) II. F. I. enthält über den Gebrauch des römischen Rechtes die bemerkenswerthe Aeußerung: In iudicio, quod de feudis agitur, illud (ius romanum?) legibus nostris contrarium dici solet; legum autem Romanarum non est vilis autoritas; sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores.

5) Fränkisches, schwäbisches, sächsisches Lehenrecht, bei Senckenberg I. c. p. 1. 29. 265.

6) Das Wesentlichste dieser bloß übersichtlichen Darstellung der Quellen des Lehenrechtes findet man in allen ausführlicheren Compendien und Handbüchern der Lehenrechtswissenschaft.

7) Runde, Grundsätze des gem. teusch. Privatrechtes, IV. Ausg., Borr. S. XX.

8) Lehrbuch des teusch. Privatrechtes, Landrecht und Lehenrecht enthaltend. Berl. 1818. — Umarbeitung des im Jahre 1796 erschienenen Handbuches.

9) Einleitung zu dem in Teutschland geltenden Land- und Lehenrechte. Nürnberg. 1828.

10) Einleitung in das teutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehenrechtes, IV. Ausg. Gdt. 1836.

11) System des teutschen Privatrechtes, mit Einschluß des Lehenrechtes. Jen. 1828.

\*12) Grundsätze des gem. teutschen Privatrechtes, mit Einschluß des Lehenrechtes, 2 Bde., II. Ausg. Berl. 1838.



Krüll<sup>13)</sup>, Päß<sup>14)</sup>, Dieck<sup>15)</sup> und Mayr<sup>16)</sup> ausschließend dem Lehenrechte, so wie die von Mittermaier und Maurenbrecher dem teutschen Privatrechte, ohne jenes, gewidmet sind. — Die Literatur des Lehenrechtes findet man in genügender Vollständigkeit von Hagemann<sup>17)</sup>, Weber<sup>18)</sup> und Eichhorn<sup>19)</sup>, so wie bei jedem einzelnen Gegenstande von Ortloff und Mayr zusammengetragen. Allgemeine Einleitungen zum Lehenrechte enthalten die eben angeführte Schrift von Hagemann und der 1. Bd. des Weber'schen Handbuchs. Die seit Böhmer<sup>20)</sup>, Püttmann<sup>21)</sup>, Westphal<sup>22)</sup> und Dolliner<sup>23)</sup> erschienenen Lehrbücher über diesen Rechtstheil sind, nebst dem einzigen ausführlichen Handbuche aus der neueren Zeit von Weber<sup>24)</sup>, bereits in den Noten 8—16 u. 18 genannt, ein gleiches Handbuch über Böhmer's Compendium von Schnaubert<sup>25)</sup> ist unvollendet geblieben und umfaßt nur die ersten 158 von 501 Paragraphen. Von Gröndler's Polemik des germanischen Rechtes, Land- und Lehenrecht, ist der 4. Bd., welcher die Controversen des Lehenrechtes enthalten sollte, noch nicht erschienen. Unter den Bearbeitungen einzelner Particularlehenrechte sind von allgemeinerem Interesse: v. Heintze, Handb. des niederösterreichischen Lehenrechtes. Wien 1812, und Zacharia, Handb. des königl. sächsischen Lehenrechtes, II. Ausg. Leipzig 1823. Die particularrechtlichen Abweichungen oder näheren Bestimmungen überhaupt theilt Ortloff bei jedem einzelnen Gegenstande mit. Werthvolle Sammlungen specieller Abhandlungen von verschiedenen Verfassern haben Tenichen<sup>26)</sup>

13) Grundsätze des gem. Lehenrechtes. Jngolst. 1801.

14) Lehrb. des Lehenrechtes. Göt. 1808.

15) Das gemeine in Teutschland gültige Lehenrecht im Grundrisse, mit beigef. Quellen, II. Ausg. Halle 1827. Eine wohl begründete Ausführung der Zweckmäßigkeit eines gesonderten Vortrages beider Rechtstheile von demselben Schriftsteller findet sich in der Zeitschr. für teutsch. Recht B. III, S. 160.

16) Handbuch des gemeinen und bayer'schen Lehenrechtes. Landsh. 1831; besonders zu empfehlen, vorzüglich auch zum practischen Gebrauche, obgleich Eichhorn dasselbe gar nicht erwähnt, der jedoch, wie auch schon von Philippi bemerkt worden, überhaupt nicht mit der Literatur fortgeschritten ist.

17) Einleitung u. s. w. §. 86—171.

18) Handb. des in Teutschland üblichen Lehenrechtes, nach den Grundsätzen G. L. Böhmer's, 4 Bde. (Leipz. 1807—1811), Th. I, Cap. 4.

19) A. a. D. §. 43.

20) Principia iuris feudalis Ed. VIII. Göt. 1819.

21) Elementa iuris feudalis. Lips. 1781.

22) Teutschlands heutiges Lehenrecht. Leipzig 1784.

23) Erläut. des allgem. teutschen Lehenrechtes, nach Böhmer's princ. iur. feud. Wien 1793. Der Verfasser ist nicht auf dem Titel genannt. Böhmer selbst aber fällt über dieses Buch in der Vorw. zur VI. Ausg. seines Compendiums ein sehr günstiges Urtheil.

24) Welches jedoch meist nur Auszüge aus den über einzelne Gegenstände vorhandenen Abhandlungen, nach Art des Danz'schen Commentars zu Runbe's Privatrecht, enthält.

25) Erläut. des in Teutschl. üblichen Lehenrechtes, in einem Commentar über die Böhmer'schen principia iur. feud. III. Ausg. Braunschw. 1799.

26) Thesaurus iuris feudalis. (Francof. 1750 sq.) T. I—III.

und Zepernick<sup>27)</sup>; dergleichen eigene Bauer<sup>28)</sup> und G. L. Böhmer<sup>29)</sup>, kleinere Aufsätze vermischten Inhaltes Bocris<sup>30)</sup>, Püttmann<sup>31)</sup>, G. L. Böhmer<sup>32)</sup> und v. Globig<sup>33)</sup>, geliefert. — Im übrigen werden bei den einzelnen Artikeln die denselben hauptsächlich zum Belege dienenden Schriften angegeben werden. Unter den im Folgenden bloß unter dem Namen ihrer Verfasser allegirten sind stets die oben genannten Compendien und Handbücher verstanden.

Die von dem Lehensinstitute — welches sich bei aller Anfechtung und Gefährde, womit dessen fortdauernde Existenz in der neueren Zeit bedroht worden, durch fast ganz Deutschland hin in lebendiger Wirklichkeit erhalten hat — geltenden Rechtsgrundsätze werden hier zunächst im allgemeinen übersichtlich dargestellt, sodann in Beziehung auf die zu einer ausführlicheren Erörterung geeigneten Materien unter besonderen Artikeln nach alphabetischer Ordnung vorgetragen werden. — Diesem Allen voransteht mag aber das Urtheil eines anerkannt gründlichen Kenners dieses Rechtstheiles<sup>34)</sup> über dessen theoretischen Werth und practische Nutzbarkeit, nämlich daß dieser Zweig der Rechtswissenschaft mehr, als kaum ein anderer, sich dergestalt historisch aus sich selbst herausgebildet habe, daß das Ganze unter der Gestalt eines durchaus organischen Gebildes sich herausstelle; daß auch, selbst eingeräumt, es sei das Lehenwesen im Absterben begriffen, es doch noch nicht wirklich auf der Todtenbahre liege, und es dahin fürs Erste auch noch nicht kommen werde; so lange aber das Lehensinstitut noch nicht erstorben sei, man auch das Lehenrecht nicht vernachlässigen solle, da nicht einmal in der Voraussetzung, daß der Lehenstern sich seinem Ende nahe, ein Argument für die Antiquirung des Lehenrechtsstudiums, nein im Gegentheile ein Argument für die practische Nothwendigkeit desselben in unserer Zeit und für die nächste Zukunft, liege<sup>35)</sup>.

Allgemeine Grundsätze. Dem Lehen (*feudum sive beneficium*: II. F. 1. §. 1.) nach dem oben angegebenen Begriffe stehet gegenüber das Allodium (Erbe und Eigen), unter welchem, in seiner engeren und eigentlichen Bedeutung, man überhaupt die in einer lehenrechtlichen Verbindung nicht begriffenen, und daher nach den Grundsätzen des Land-

27) Samml. auserlesener Abhandlungen aus dem Lehenrechte Th. I—IV. Halle 1781 flg. Eiusd., *analecta iuris feudalis* T. I. II. Hal. 1783 sq. Desselb. *Miscellaneen zum Lehenrechte* B. I—IV. Halle 1787 flg.

28) *Opuscula academica*. (Lips. 1787.) T. II.

29) *Electa iur. feudalis* T. I. II. Lemgo 1795.

30) *Observationes iuris feudalis germanici*. Bamb. 1747.

31) *Observationes iur. feud.* Lips. 1783.

32) *Observationes iur. feud.* (Gött. 1784.) II. Ed.

33) *Comm. de rebus dubiis in iure feudali*. Dresd. 1788. Sehr brauchbar.

34) Dieck, in der Zeitschrift für teutsch. Recht B. III, S. 183, 179 u. 180.

35) In gleichem Sinne äußert sich Vermehren, *Erinnerungen aus Lehenrecht* Abh. 1, S. 22 flg.

rechtes zu beurthellenden, Güter versteht<sup>36</sup>). Für das Allodium in diesem Sinne streitet, da die lehenbare Eigenschaft aus einer besondern Thatsache abgeleitet werden muß, die im zweifelhaften Falle nicht als vorhanden vorausgesetzt werden darf, die Vermuthung, ohne daß der bloße Besitz oder die Eigenschaft des die Lehenbarkeit Behauptenden als Kläger oder Verklagter etwas darüber entscheidet<sup>37</sup>).

Die nach dem obigen Begriffe des Lehens dessen rechtliche Existenz bedingenden, und zur näheren Bestimmung seiner Eigenschaften dienenden, Bestandtheile desselben sind dreifacher Art: essentialia, naturalia und accidentalia feudi. Zu den ersteren, oder denjenigen Bestandtheilen eines Lehens, deren keiner, ohne den Begriff selbst und das Wesen eines solchen aufzuheben, davon getrennt sein kann, gehören: eine der Anwendung des getheilten Eigenthums auf dieselbe fähige Sache, wobei hauptsächlich die Möglichkeit einer fortdauernden Nutzung der Sache in Betracht kommt<sup>38</sup>); sodann eben dieses getheilte Eigenthum; und ferner die daran haftende Verpflichtung zur Lehenstreue. Wie Manches auch gegen die rechtliche Möglichkeit und das wirkliche Vorhandensein eines getheilten Eigenthums die Doctrin in der neueren Zeit eingewendet hat, so sind doch die bewährtesten Rechtsgelehrten, theils sogar aus theoretischen Gründen, theils zum wenigsten für den practischen Gebrauch, der älteren Ansicht<sup>39</sup>) treu geblieben, daß das durch die Lehenerrichtung auf den Vasallen übergehende dominium utile im Sinne des gemeinen Rechtes eine wirkliche Theilnahme an der Proprietät in sich begreife, während diese im übrigen dem Lehnsherrn unter der Bezeichnung als dominium directum verbleibt<sup>40</sup>). Ganz richtig beschreibt hiernach Páß den Umfang der in dem Untereigenthume des Vasallen begriffenen Rechte dahin, daß solches nicht bloß die vollkommenste Benutzung des Lehenobjectes, sondern auch eine beschränkte Dispositionsgewalt über die Substanz desselben, und das Recht der Vindication von jedem Dritten, umfasse<sup>41</sup>); welchem Inbegriffe von Rechten gegenüber das Obereigenthum

36) Páß a. a. D. §. 23. Schmalz a. a. D. §. 81.

37) II. F. 26. §. 1. Thomasius, de praesumptione allodialitatis; in select. feudal. T. II. p. 325. Páß a. a. D. §. 166. Eichhorn a. a. D. §. 192. Weber a. a. D. Th. IV, §. 342. Schmalz a. a. D. §. 700. Vgl. auch Stryk, de praesumptione feudali; in collect. dissert. iurid. Vol. IV. p. 483.

38) Mayr a. a. D. §. 46.

39) Püttmann l. c. §. 36. Böhmmer l. c. §. 35. Dolliner a. a. D. §. 2 u. 35.

40) Eichhorn a. a. D. §. 159, Nr. II, 160, 192. Krüll a. a. D. §. 50 u. 220. Páß a. a. D. §. 1, 2 u. 24. Weber a. a. D. Th. II, §. 35, Th. IV, §. 250. Bauer, in not. ad Böhmmeri princ. §. 2. not. †. Dieck a. a. D. §. 40 u. 110. Gründler a. a. D. §. 588. Mayr a. a. D. §. 1. Phillips a. a. D. B. I, §. 87. Rittermaier, deutsch. Privatr. §. 156, Ausg. V. Maurenbrecher, deutsch. Privatr. §. 244, Ausg. II. Zirkler, in diesem Werke Bd. IV, S. 163 flg. Der neueste Gegner dieser Ansicht ist Duncker, üb. dominium directum und utile, in der Zeitschr. für deutsch. Recht B. II, S. 207.

41) Womit im wesentlichen auch Weber und Zirkler a. a. D. übere-

des Lehnsherrn in der demselben vorbehaltenen, in ihrer Wirksamkeit höchst beschränkten, Proprietät, mit der Hoffnung, in künftigen Aperturfällen, durch Consolidation das volle Eigenthum wieder zu erhalten, besteht<sup>42)</sup>. Nur dem vasallitischen Nußeigenthume kommt die lehnbare Eigenschaft zu, das lehnsherrliche Obereigenthum hingegen ist in der Regel ein allodialrecht, wenn es gleich ausnahmsweise auch lehnbar sein kann<sup>43)</sup>. Die gleichgestalt in dem Lehenverhältnisse wesentlich begründete, und dasselbe von jeder anderen Gattung des getheilten Eigenthums unterscheidende, Verpflichtung zur wechselseitigen Lehenstreue besteht in dem Umfange aller aus dem Lehenverhältnisse entspringenden persönlichen Verbindlichkeiten des Vasallen gegen den Lehenherrn und dieses gegen jenen<sup>44)</sup>. Das Nähere hierüber wird unten bei der Darstellung der in dem Lehenverhältnisse begründeten Rechte und Verbindlichkeiten vorkommen. Die, in Verbindung mit der zwischen beiden Lehenpersonen stattfindenden Theilung des Eigenthums am Lehen, ihnen gegenseitig obliegende Verpflichtung zur Lehenstreue gibt dem ganzen Verhältnisse den Charakter eines dinglich-persönlichen<sup>45)</sup>, welche Doppelseigenschaft dieses Verhältnisses sich durch alle einzelnen Momente desselben mit practischer Wirkung hindurchzieht. — Lehen, bei denen sich diese wesentlichen Bestandtheile eines solchen vorfinden, heißen eigentliche oder rechte (wahre) Lehen, im Gegensatz zu anderen lehenartigen oder lehenähnlichen Verhältnissen, die man im allgemeinen unter dem Namen der Feudastere (*negotia feudo vicina*) begreift, und welche, da bei ihnen gewöhnlich die Verpflichtung zum Lehendienste und der Lehenseid fehlen, auch wenn sie die Benennung von Lehen führen, doch nicht nach eigenthümlich lehenrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen sind<sup>46)</sup>.

Die *naturalia feudi* oder diejenigen Bestandtheile der Lehen, welche, ohne dem Wesen derselben anzugehören, den Gesetzen nach regelmäßig mit denselben verbunden sind (*communis feudi ratio*), lassen sich im einzelnen nicht mit gleicher Genauigkeit, wie die *essentialia*, angeben. Weber<sup>47)</sup> führt deren beispieelsweise 10 an, ältere Schriftsteller noch weit mehrere. Die in practischer Hinsicht bedeutendsten sind: Beschrän-

einstimmen. Mittermaier, a. a. D. S. 380, sagt: Nicht bloß alle Nuzungs-, sondern auch gewisse durch das Recht des Obereigenthümers begrenzte Proprietätsrechte, mit Verfügungsrecht über die Substanz der Sache.

42) Páß a. a. D. §. 24.

43) Páß a. a. D. Mayr a. a. D. §. 42, S. 100. Eichhorn a. a. D. §. 212.

44) Páß a. a. D. Wgl. II. F. 3 in f. 5. 6. 7.

45) Páß a. a. D. §. 2. Mayr a. a. D. §. 1. Letzterer bemerkt hierüber in dem Vorworte zu seiner Schrift S. VII recht treffend: Die persönliche, durch Ehre und Liebe gesicherte, Ergebenheit und Anhänglichkeit der zur Lehenfamilie gehörigen Personen erhielt durch den Grundbesitz gleichsam einen dinglichen Charakter. Lehenherr und Vasallen stellten das Bild eines lebendigen stückchen Ganzen dar, das sich in dem getheilten Besisthume manifestirte.

46) Páß a. a. D. §. 23. Eichhorn a. a. D. §. 192. Mayr a. a. D. §. 42, Note 12.

47) X. a. D. Th. II, §. 37.

fung der persönlichen Lebensfähigkeit, in Folge der mit dem Lebensverhältnisse seiner gewöhnlichen Natur nach verbundenen Verpflichtung zur Leistung von Kriegsdiensten, auf hierzu taugliche Personen, daher Ausschließung der Frauen, der Geistlichen, der durch körperliche oder geistige Gebrechen zu solchem Dienste Untauglichen; und diese Art der Beschränkung der Lebensfähigkeit hat sich fortwährend erhalten, auch insoweit der Grund derselben nicht mehr fortdauert<sup>48)</sup>; — sodann in mehr objectiver Hinsicht die Eigenschaft des Lehengegenstandes als einer unbeweglichen Sache, die Erbllichkeit des Lebensverhältnisses, und die Unveräußerlichkeit der Lehen. Phillips<sup>49)</sup> hebt außerdem, als ursprünglich sogar unzertrennbar mit den Essentialien verbunden, die eibliche Angeldung der Lehenstreue und die Uebertragung der Lehengewere durch Investitur, hervor. Auch die Verbindlichkeit zur Lehenrenewierung ist dahin zu rechnen. Alle diese Naturalien können bei der Lehenerrichtung durch Autonomie der Lehenpersonen abgeändert werden, ohne daß das Lehen darum aufhört, nach Lehenrecht beurtheilt zu werden<sup>50)</sup>, und es kann eine solche Abänderung sowohl durch Hinwegnehmen eines oder des andern dieser natürlichen Bestandtheile, als durch Hinzufügung anderer dazu nicht gehörriger Eigenschaften, geschehen<sup>51)</sup>. Das Lehen, wobei keine solche Abänderung, durch Weglassen oder Zusetzen, vorgenommen ist, heißt ein regelmäßiges (*feudum regulare* oder *proprium*), und dafür streitet immer die Vermuthung sowohl überhaupt, als bei wirklich vorhandener Impropietät gegen jede Ausdehnung ihres Umfanges, daher auch nicht von einer Impropietät auf die andere geschlossen werden kann<sup>52)</sup>, sofern diese nicht als nothwendige Folge von jener erscheint<sup>53)</sup>.

Unter *accidentalia feudi* endlich versteht man eben die mittelst jener autonomischen Abänderung der Naturalien bewirkten Abweichungen von der regelmäßigen Beschaffenheit der Lehen oder die Impropietäten derselben, die sich im einzelnen nicht angeben lassen, da sie lediglich von der, so lange nicht der unterscheidende Charakter des Lehens aufgehoben wird<sup>54)</sup>, und nicht verbietende Gesetze entgegenstehen<sup>55)</sup>, frei wirkenden, Privatwillkür abhängen. Der Inbegriff derjenigen, gewöhnlich schon in dem Lebensvertrage enthaltenen, Verabredungen über dergleichen zufällige Eigenschaften des Lehens<sup>55a)</sup> bildet die *lex investiturae*, welche vorzugsweise zur Grundlage der Beurtheilung des ganzen Verhältnisses dient<sup>56)</sup>.

48) Pá§ a. a. D. §. 26. Mayr a. a. D. §. 43, Note 2.

49) X. a. D. B. II, S. 209.

50) Eichhorn a. a. D. §. 193.

51) Mayr a. a. D. §. 43.

52) Eichhorn und Phillips a. a. D.

53) Schmalz a. a. D. §. 537.

54) Mayr und Eichhorn a. a. D.

55) Schmalz a. a. D. §. 534.

55a) Stryk, de clausulis in contractibus feudalibus occurrere solitis. (I. 323.)

56) Pá§ a. a. D. §. 56. Mayr a. a. D. §. 65.

Bei der Errichtung des Lehen kommt einerseits die Lehenfähigkeit, und zwar sowohl in subjectiver Hinsicht, rüchichtlich der in das Lehenverhältniß tretenden Personen, als in objectiver Hinsicht, rüchichtlich der den Gegenstand dieses Verhältnisses ausmachenden Sachen, andererseits, und in mehr formeller Beziehung, die Art und Weise der Verlehnung in Betracht. Wie auch durch Verjährung ein Lehen errichtet werden könne, davon wird unter dem besonderen Art. Lehenverjährung gehandelt werden.

Die subjective Lehenfähigkeit zerfällt in eine active, sofern die Fähigkeit, ein Lehen zu bestellen, und in eine passive, sofern die Fähigkeit, ein Lehen zu erwerben, zur Sprache kommt<sup>57</sup>). Die erstere, oder die Fähigkeit auf Seiten des Lehenherrn, erfordert, in Beziehung auf das dingliche Element des Lehenverhältnisses, die Befugniß zur freien Verfügung über den Gegenstand der Verlehnung, insonderheit zur Veräußerung desselben<sup>58</sup>); in Beziehung auf das persönliche Element, die Fähigkeit, alle Rechte zu erwerben und alle Verbindlichkeiten einzugehen, welche durch die wechselseitige Verpflichtung zur Lehenstreue begründet werden<sup>59</sup>). In der ersteren Hinsicht wird demnach zunächst vorausgesetzt, daß der Verleihende Eigenthümer des Lehenobjectes sei; doch kann auch derjenige, welchem nur Miteigenthum an diesem Gegenstande zusteht, seinen Antheil zu Lehen geben<sup>60</sup>), es sei denn, daß dieses Miteigenthum ein Gesamteigenthum des teutschen Rechtes sei, in welchem Falle, da hierbei eine Theilnahme nach ideellen Theilen nicht stattfindet, alle Miteigenthümer gemeinschaftlich das Lehen errichten müssen<sup>61</sup>). Hätte der Lehenherr, wissentlich oder unwissentlich, eine fremde Sache zu Lehen gegeben, so haftet er dem Erwerber nach den allgemeinen Regeln für die Eviction<sup>62</sup>), muß also letzterem eine andere Sache von gleichem Werthe als Lehen oder, in Ermangelung einer solchen, den Gelbwerth von jener zur Anschaffung eines gleichartigen Gegenstandes, welcher an deren Statt von dem Erwerber als Lehen anzuerkennen ist, geben<sup>63</sup>), außerdem auch das volle Interesse leisten<sup>64</sup>). Die weiter erforderliche Dispositionsfähigkeit des Verleihenden über sein Vermögen<sup>65</sup>) ist nach den Regeln des gemeinen Civilrechtes zu beurtheilen<sup>66</sup>), und insofern derselbe hiernach an gewisse Formen oder an die Einwilligung dritter Personen gebunden ist, gilt dieses auch von der Lehenerrichtung<sup>67</sup>). Als Abweichung von diesen allgemeinen Grundsätzen ist es zu betrachten,

57) Mayr a. a. D. §. 55. Weber a. a. D. Th. III, §. 81.

58) II. F. 3. pr.

59) Mayr a. a. D. §. 56, 57.

60) II. F. 58. §. 3.

61) Mayr a. a. D. §. 56.

62) II. F. 8. pr. vgl. mit II. F. 46.

63) Páß a. a. D. §. 40. Eichhorn a. a. D. §. 200.

64) Páß und Mayr a. a. D.

65) II. F. 3. pr.

66) Eichhorn a. a. D.

67) Mayr a. a. D.

daß auch der Vasall, obwohl ihm nur beschränkte Proprietätsrechte an dem Lehen zustehen, zur Errichtung eines Lehens an demselben (Asterbelehnung) ohne Zustimmung des Lehensherrn berechtigt ist<sup>68)</sup>, so wie daß im Falle der Lehenerrichtung mittelst Auftrages der Vasall dem Lehensherrn, nicht auch dieser jenem, für die Eviction haftet<sup>69)</sup>. — In Beziehung auf das persönliche Element des Lehenverhältnisses, oder die wechselseitige Verpflichtung zur Lehenstreue, waren ursprünglich, da nach der Natur der Lehen die Leistung von Kriegsdiensten den hauptsächlichsten Gegenstand derselben ausmachte, alle diejenigen Personen, welchen nicht das Recht zustand, sich dergleichen Dienste versprechen zu lassen, von der activen Lehenfähigkeit ausgeschlossen, was jedoch, nachdem in der Folge die Leistung von Kriegsdiensten aufgehört hat, eine regelmäßige Verpflichtung der Vasallen zu sein, keine Anwendung mehr findet<sup>70)</sup>. Hieraus zieht Pá § 71) die Folgerung, daß nach der heutigen Verfassung Landesunterthanen zu eigenem Vortheile nur irreguläre Lehen zu errichten befugt seien. Diese letztere Bemerkung weist zugleich auf eine, practisch sehr bedeutende, Unterscheidung der Lehen in Staats- und Privatlehen hin, mit welcher auch die weitere in Außen- und Binnenlehen in besonderer Beziehung steht; von beiden Distinctionen wird das Nähere unter dem Art. Lehenherrlichkeit und Lehenshoheit vorkommen.

Die passive Lehenfähigkeit im eigentlichen Sinne, auf Seiten des erwerbenden Vasallen, besteht in Beziehung auf das dingliche Element des Lehenverhältnisses darin, daß der zu Belehrende solche Sachen und Rechte, welche Gegenstand der Lehenerrichtung ausmachen können, überhaupt zu erwerben im Stande sei, wozu im allgemeinen nur Rechtsfähigkeit, insbesondere aber der Besitz der als Bedingung der Erwerbung gewisser Gegenstände, theils in der eigenthümlichen Beschaffenheit derselben begründeten, theils ausdrücklich vorgeschriebenen, Eigenschaften (respective Lehenfähigkeit) erfordert wird. Eine Lehenunfähigkeit der ersteren Art tritt bei Geächteten, bürgerlich Todten, und Mönchen, welche nicht einmal für ihr Kloster erwerben können, so wie bei allen denen ein, welche in Folge körperlicher oder geistiger Gebrechen gänzlich der Rechtsfähigkeit entbehren; die der letzteren bei Ausländern und Juden, insoweit dieselben vom Erwerbe des Grundeigenthums ausgeschlossen sind, sodann in Beziehung auf die größeren Regalienlehen, auf Amtslehen<sup>72)</sup>, Gerichtslehen und adlige Lehen (im engeren Sinne), bei denjenigen Personen, welchen die zur Ausübung beziehungsweise Erfüllung der hiermit verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten erforderlichen Eigenschaften fehlen<sup>73)</sup>. Wer immer nur für Andere, oder mit Zustimmung Anderer, erwerben kann,

68) Phillips a. a. D. B. II, §. 213. Vgl. auch den Art. Lehenveräußerung.

69) Mayr a. a. D.

70) Mayr a. a. D. §. 57. Vgl. auch Globig l. c. obs. 1.

71) X. a. D. §. 42.

72) II. F. 21.

73) Mayr a. a. D. §. 58. Weber a. a. D. Th. III, 89.

von dem gilt auch dasselbe bei dem Lehensterwerbe<sup>74)</sup>. Die passive Lehenfähigkeit in Ansehung des persönlichen Elementes des Lehenverhältnisses oder die Fähigkeit, den aus der Lehenstreue entspringenden persönlichen Verpflichtungen nachzukommen, ist theils eine unbedingte oder absolute, theils eine bedingte oder relative. Jene, deren Mangel die Lehenerrichtung geradezu unmöglich macht, tritt im allgemeinen bei allen denen ein, welche sich nach den Grundsätzen des Civilrechtes überhaupt nicht verbindlich machen können, insbesondere bei denen, welche nicht im Stande sind, die den Gegenstand der Lehenstreue ausmachenden Leistungen zu erfüllen, was in der früheren Zeit, wo die hauptsächlichste dieser Leistungen in dem Kriegsdienste bestand, eine wesentliche Beschränkung der passiven Lehenfähigkeit mit sich führte<sup>75)</sup>, gegenwärtig aber mehr als Grund der relativen Unfähigkeit betrachtet wird. Diese letztere, deren Eigenthümlichkeit überhaupt darin besteht, daß sie durch den Willen des Lehenherrn, da die von dem Vasallen zu leistende Lehenstreue nur zu seinem Vortheile gereicht<sup>76)</sup>, beseitigt werden kann, berechtigt denselben jedoch, eine Person zurückzuweisen, welche sonst ein Recht auf die Lehenerrichtung hätte<sup>77)</sup>, wie z. B. denjenigen, an welchen, in Folge Anerkennung allgemeiner Bewilligung des Lehenherrn, das Lehen veräußert worden ist, oder welchem vermöge erthellter Lehenanwartschaft ein Recht darauf zusteht, oder welcher von dem zur Präsentation von Gesamthändern befugten Vasallen präsentirt worden ist<sup>78)</sup>. Zu den relativ Unfähigen werden gerechnet 1) alle durch körperliche oder geistige Gebrechen zum Kriegsdienste untauglichen Personen<sup>79)</sup>; 2) Frauenpersonen<sup>80)</sup>, wovon jedoch in Ansehung der Weiber- oder Kunkellehen nicht selten eine Ausnahme eintritt; 3) Anrühige (*levis notae macula laborantes*); 4) Unfreie<sup>81)</sup>; 5) Geistliche<sup>82)</sup>, wobei jedoch ebenfalls eine Ausnahme in Ansehung der subjectiv geistlichen Lehen stattfindet; 6) juristische Personen; 7) in Beziehung auf Ritterlehen alle nicht ritterbürtigen Personen<sup>83)</sup>. — Außerdem gibt die Lehre von der passiven Lehenfähigkeit noch zu folgenden Bemerkungen Anlaß: a) es ist dieselbe genau von der Lehen-

74) Mayr a. a. D. Páq a. a. D. §. 45. Zu welcher Art des Peculium das einem Paussohne erworbene Lehen gehöre, findet man näher erörtert bei Weber a. a. D. Th. III, S. 57 flg.

75) II. F. 26. §. 20.

76) Páq a. a. D. §. 46.

77) Mayr a. a. D. §. 59. Eichhorn a. a. D. §. 201. Páq a. a. D. §. 46.

78) Eichhorn a. a. D. Note c. Mayr a. a. D. Note 3. Weber a. a. D. Th. III, S. 23.

79) II. F. 36. werden in dieser Hinsicht genannt: *mutus, surdus, coecus, claudicans vel aliter imperfectus*.

80) II. F. 36. coll. I. F. 6. §. 1. IV. F. 104.

81) II. F. 3. §. 2. coll. IV. F. 106.

82) II. F. 36.

83) Vgl. überhaupt in Betreff der relativen Lehenunfähigkeit Páq a. a. D. §. 48. Eichhorn a. a. D. §. 201. Mayr a. a. D. §. 60. Weber a. a. D. Th. III, S. 91–100.



folgefähigkeit zu unterscheiden, aus welcher zwar wohl auf die Lehensfähigkeit, nicht aber aus dem Vorhandensein dieser letzteren auf jene, die ihre besonderen Erfordernisse hat, geschlossen werden kann<sup>84</sup>). b) Wenn gleich in Ansehung der relativen Lehensunfähigkeit auf deren Geltendmachung von dem Lehensherrn verzichtet werden kann, so darf dieses jedoch nicht zum Nachtheile dritter Personen, welche dadurch in ihren eigenen Ansprüchen zurückgesetzt werden, geschehen<sup>85</sup>). c) Die erst nach dem Lehenserwerbe eingetretene relative Lehensunfähigkeit berechtigt den Lehensherrn nicht zur Entziehung des Lehens, sofern dieselbe ohne des Vasallen eigenen Willen oder dessen Verschulden erfolgt; welcher letztere Vorbehalt namentlich auf diejenigen, welche nachher in den geistlichen Stand treten<sup>86</sup>) oder sich Ehrlosigkeit zuziehen, Anwendung findet<sup>87</sup>). d) Inwiefern gänzliche Ehrlosigkeit und Kegerei zu den Gründen absoluter oder bloß relativer Lehensunfähigkeit zu rechnen seien, darüber sind die Schriftsteller nicht einstimmiger Meinung<sup>88</sup>). Daß zu keinem von beiden die aus dem Alter des Vasallen herrührende Unfähigkeit desselben zur persönlichen Erfüllung der Lehenspflichten zu rechnen sei, ist wohl unzweifelhaft, doch legt sie jenem die Verbindlichkeit zur Wahl eines Stellvertreters auf<sup>89</sup>).

Die objective Lehensfähigkeit<sup>90</sup>) oder das Vorhandensein derjenigen Eigenschaften in der den Lehensgegenstand ausmachenden Sache, welche dieselbe als tauglich zur Bestellung eines Lehens an derselben erscheinen lassen, ist so umfassend, daß man hierbei als allgemeine Regel annehmen kann: es seien alle Sachen, wie dieselben auch physisch oder juristisch beschaffen sein mögen, — bewegliche oder unbewegliche, körperliche oder unkörperliche, einfache oder zusammengesetzte, — an und für sich Lehensobjecte zu werden geeignet, wenn sie nur überhaupt einen Gegenstand des Vermögens ausmachen, und nicht dem Verkehre entzogen sind, namentlich also zu den veräußerlichen Sachen gehören<sup>91</sup>). Allerdings ist aber nicht allein nach den Grundsätzen des altteutschen Rechtes<sup>92</sup>), sondern auch nach ausdrücklicher Bestimmung der longobardischen Lehensgesetze<sup>93</sup>), die Unbeweglichkeit der zum Lehensobjecte bestimmten Sache für eine regelmäßige Bedingung der objectiven Lehensfähigkeit

84) Mayr und Eichhorn a. a. D.

85) Páq a. a. D. §. 46. Mayr a. a. D. §. 59, Note 4, vgl. mit §. 60, S. 140.

86) II. F. 26. §. 5. II. F. 109. pr.

87) Weber a. a. D. Th. III, §. 93. — Mayr a. a. D., der sich hierbei auf Weber bezieht, drückt sich gleichwohl in einem scheinbar abweichenden Sinne aus.

88) Weber a. a. D. Th. III, S. 28 flg. Páq a. a. D. §. 48, Note 1.

89) II. F. 26. §. 11. Mayr a. a. D. §. 60, Note 2.

90) Worauf es nur bei der ersten Errichtung eines Lehens, nicht bei der Belehnung mit einem schon vorhandenen ankommt: J. Weiske, Abhandlungen aus dem Gebiete des deutschen Rechtes Nr. V, S. 76.

91) II. F. 3. §. 1. Mayr a. a. D. §. 46 flg. u. 52.

92) Phillips a. a. D. B. II, §. 214.

93) II. F. 1. §. 1. II. F. 23. §. 2.

zu halten, und es können hiernach bewegliche Sachen nur insofern, als sie im Sinne des Rechtes die Natur von Immobilien annehmen, zur Lehenerrichtung dienen<sup>94)</sup>; doch fehlt es nicht an Beispielen der Belehnung mit Rechten, welche den unbeweglichen Sachen nicht zugezählt werden können<sup>95)</sup>, in welcher Hinsicht Eichhorn<sup>96)</sup>, der es als Regel des Lehens anführt, daß nur unbewegliche Sachen und Rechte, die ihnen gleichstehen, nach Lehenrecht verliehen werden können, auf das Geldlehen hinweist, von welchem auch Phillips<sup>97)</sup> sagt, daß dasselbe gleich dem Kammer- und Kellerlehen — welche die Erhebung gewisser Naturalien zum Gegenstande haben, und daher auch Rentenlehen genannt werden, — nach den neueren Principien auch in Deutschland für ein feudum proprium zu halten sei<sup>98)</sup>, was jedoch Páq<sup>99)</sup> und Drtloff<sup>100)</sup> nur, wenn das Recht der Erhebung auf einem Grundstücke radicirt ist, zugeben wollen, wohingegen die einfache Belehnung mit einem dem Vasallen zur eigenen Benutzung übergebenen Geldcapitale oder dem Rechte, von einem solchen bei dem Lehen Herrn oder einem Dritten stehenden Capitale gewöhnliche Zinsen zu erheben, auch wenn jenes durch Cautionsbestellung oder Hypothek gesichert wäre, als eine gültige nach gemeinem Rechte nicht zu betrachten sei. Der auf das Erforderniß der Unbeweglichkeit gegründeten Unterscheidung zwischen res ad infeudandum capaces und idoneae<sup>101)</sup> wollen die Neueren, als bloß doctrinell, keinen practischen Werth beilegen<sup>102)</sup>. — Von den mannigfachen Arten der Lehen, deren Eigenthümlichkeit in der Beschaffenheit des Lehenobjectes beruht, sind hier vorzugsweise nur folgende speciell zu erwähnen. a) Lehen an körperlichen Sachen: 1) an Gebäuden, das feudum aedificii, dessen Gegenstand ein gewöhnliches Haus ist, unterschieden von dem feudum habitationis, welches zu den Lehen an unkörperlichen Sachen gehört, da hierbei nur das Wohnungsrecht, nicht das Gebäude selbst, das Lehenobject ausmacht<sup>103)</sup>; ferner das feudum keminatae, wenn ein befestigtes Haus zu Lehen gegeben wurde; sodann das feudum castri, dessen Gegenstand eine Burg ist, womit häufig das Recht des Lehenherrn, in dieselbe aufgenommen zu werden, verbunden war, in welchem Falle es feudum aperturae genannt wird; von dem feudum castri unterscheidet sich das feudum castrense, welches die Verpflichtung zur Be-

94) Páq a. a. D. §. 29.

95) Mayr a. a. D.

96) X. a. D. §. 194.

97) X. a. D. B. II, §. 214; womit auch Mayr, a. a. D. §. 50, übereinstimmt.

98) Indem dadurch ein Capital in die Lage eines Immobilié kommt: Brackenhoest, in dessen Werke Bd. V, S. 724, Note 132.

99) X. a. D. §. 33.

100) X. a. D. S. 329.

101) Böhmér l. c. §. 51. Weber a. a. D. Th. II, §. 51.

102) Páq a. a. D. §. 29, Note c. Eichhorn a. a. D. §. 194.

Phillips a. a. D. B. II, S. 309. Mayr a. a. D. §. 46, Note 6.

103) Drtloff a. a. D. S. 328. Mayr a. a. D. §. 48.

die Widerruflichkeit der Begriff eines rechten Lehens ausgeschlossen sei<sup>123</sup>). In der neueren Zeit hat man jedoch, wie z. B. im preussischen Landrechte<sup>124</sup>), die Idee des Pfandlehens in dem Sinne aufgefaßt, daß dadurch einem Gläubiger das Pfandrecht auf eine zur Sicherheit seiner Forderung übergebenen Sache zu Lehen verliehen worden, wo man das Forderungsrecht als allodial und das Pfandrecht als feudial betrachtet wird, dieses aber, und folgerungsweise das Lehen selbst, mit der Tilgung der Forderung, wegen der accessorischen Eigenschaft des Pfandrechtes, erlöschen soll<sup>125</sup>). Von dem Pfandlehen ist übrigens das Lehenpfand (feudum oppignoratum), wodurch der Vasall sein Lehengut dem Gläubiger verpfändet, wohl zu unterscheiden<sup>126</sup>). Viele minder erhebliche, nach ihrem Gegenstande verschiedene, Arten der Lehen findet man bei Weber<sup>127</sup>) und Mayr<sup>128</sup>) verzeichnet. — Von dem allgemeinen Grundsätze ausgehend, daß nur die einer Veräußerung (wofür die Lehenserrichtung rücksichtlich des auf den Vasallen übergehenden Antheiles an der Proprietät des Lehensobjectes zu halten ist) unterworfenen Sachen Gegenstand der Belehnung sein könnten (oben S. 396), hat man als Ausnahmen von demselben die in der Wirklichkeit nicht selten vorkommenden Lehen an Kirchensachen, Staatsgütern und Hoheitsrechten behandelt, unter der Voraussetzung jedoch, daß bei der Verleihung derselben die für deren Veräußerung im allgemeinen vorgeschriebenen Bedingungen und Förmlichkeiten beobachtet werden müssen<sup>129</sup>). Von den beiden letzteren Gattungen war bereits oben (S. 398) die Rede. Die von den Kirchensachen überhaupt in jener Hinsicht geltenden Grundsätze sind auch auf die Belehnung mit geweihten und religiösen Sachen anwendbar; das canonische Recht<sup>130</sup>) entbindet jedoch von den sonst vorgeschriebenen Formen die Wiederverleihung einer bereits rechtmäßig infeudirt gewesenen Kirchensache (res infeudari solita), so lange dieselbe nach ihrem Rückfalle noch nicht wieder dem Kirchenvermögen incorporirt worden ist<sup>131</sup>). Die gewöhnlichen Arten der Lehen an Kirchensachen sind das Patronatslehen, das Kirchenlehen im engeren Sinne oder Pfarlehen, das Altarlehen, das geistliche Bohnlehen. Alle diese Lehen werden als eigentliche Lehen nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Lehenrechtes beurtheilt, doch hat sich bei den geistlichen Lehenhöfen in der Regel ein den Vasallen günstigeres Recht gebildet, daher die Parodie: unter dem Krummstabe ist gut dienen<sup>132</sup>).

123) Eichhorn a. a. D. §. 196.

124) Th. I, Tit. 18, §. 75 flg.

125) Mayr a. a. D.

126) Páß und Mayr a. a. D. Vgl. unten den Art. Lehenverpfändung.

127) X. a. D. Th. II, S. 525 flg.

128) X. a. D. §. 51.

129) Páß a. a. D. §. 35 flg. Eichhorn a. a. D. §. 199. Mayr a. a. D. §. 52 flg.

130) Cap. 2. X. de feudis. Wiese, Handb. des Kirchenrechtes B. II, §. 313.

131) Páß a. a. D. §. 58. Eichhorn und Mayr a. a. D.

132) Mayr a. a. D.

Unter Voraussetzung des Daseins der zur Lehenerrichtung erforderlichen Bedingungen in subjectiver und objectiver Hinsicht kommt es dann zu der Handlung der Lehenerrichtung selbst oder der Belehnung, unter welcher in ihrer allgemeineren Bedeutung, zufolge deren auch die Ausdrücke *infeudatio* und *investitura* als gleichbedeutend genommen werden, man die förmliche Handlung versteht, wodurch Jemand einem Andern das nutzbare Eigenthum einer Sache, mit der Verabredung gegenseitiger Lehenstreue, überträgt. Da durch die Investitur eine Eigenthumsübertragung bewirkt werden soll, so ist dieselbe als eine Act der Tradition anzusehen<sup>133</sup>); insonderheit als gerichtliche Auflassung des teutschen Rechtes, auf das Lehenverhältniß angewendet<sup>134</sup>). Um hierdurch jene Wirkung zu begründen, wird ein vorgängiger Rechtsgrund (*causa praecedens*) erfordert, welcher gewöhnlich in einem Vertrage (*contractus feudalis*) besteht, bisweilen aber auch in einer letztwilligen Verfügung, welchen Fall jedoch Phillips<sup>135</sup>) unter dem ersteren insofern mitbegeistert, als auch da, in Folge der letztwilligen Verfügung, ein Vertrag zwischen dem Lehenherren und Vasallen hinzukommen muß, welcher alsdann die unmittelbare Veranlassung zur Belehnung darbietet. Ueber die rechtliche Natur des Lehencontractes und dessen eigentliches Verhältniß zu der Investitur ist sehr viel gestritten worden<sup>136</sup>); am einfachsten stellt dieses Phillips<sup>137</sup>) dar, indem er, von dem leitenden Grundsätze ausgehend, daß aus jedem Geschäfte, welches der Investitur vorangehe, nur auf die Investitur, und erst nach der Investitur auf die Einräumung der Sache geklagt werden könne, — welcher Satz eben darin, daß der Lehenvertrag seiner Natur nach nur persönliche Rechte erzeugt, das dingliche Recht an der Sache aber erst durch den Belehnungsact selbst übertragen wird<sup>138</sup>), seine Begründung findet — zugleich jedoch anerkennt, daß in den meisten Fällen der sogen. Lehencontract mit der Investitur zusammenfalle, wovon man dann allerdings, wenn man wolle, eine vorhergehende Uebereinkunft unter dem Namen eines *pactum de infeudando* unterscheiden könne. Sehr häufig nämlich kommt, zumal in der neueren Zeit, wo nicht mehr der vormalige Hauptzweck der Lehenerrichtung, sich an dem Vasallen einen thätigen Beistand im Kriege zu verschaffen, derselben zur Veranlassung dient, irgend ein, oneroses oder lucratives, Geschäft des gemeinen Civilrechtes — Kauf, Tausch oder Schenkung<sup>139</sup>) —

133) Páß a. a. D. §. 52.

134) Eichhorn a. a. D. §. 203. Phillips a. a. D. Th. II, §. 201. Albrecht, die Gewere S. 284, 300.

135) K. a. D. Th. II, §. 204.

136) Worüber Schnaubert a. a. D. §. 44, und Weber a. a. D. Th. II, §. 44, zu vergleichen sind.

137) K. a. D.

138) Mayr a. a. D. §. 63.

139) Welche letztere jedoch nichts darin ändert, daß dem Lehencontracte bei der Gegenseitigkeit der dadurch begründeten Leistungen die Eigenschaft eines onerosen Titels zukommt: Kunde, Anmerk. zu dem Kurischen Lehenrechte S. 75. Schmalz a. a. D. §. 541. J. Weiske, Abh. Nr. V, §. 2, führt jeden Lehenvertrag auf eine Schenkung zurück.

hinzu, durch welches oder in Folge dessen der Eigenthümer der den Gegenstand der Lehenerrichtung ausmachenden Sache zu derselben verpflichtet wird. Dahin gehört insonderheit der Fall eines *feudum emtum*, wo derjenige, welcher bereits mit jener Sache belehen war, sein Recht daran mittelst Verkaufes auf einen Anderen überträgt, welchen der Lehenherr als nunmehrigen Vasallen anzunehmen verspricht, welcher Fall sich von dem eines *feudum emtitium* darin unterscheidet, daß der Vasall dieses durch Kauf von dem Lehenherrn selbst erwirbt<sup>140)</sup>. Auch wird dahin die einfache Erbschaftzerteilung (vgl. den Art. Lehenantwortschaft) gerechnet<sup>141)</sup>. Als das ausgezeichnetste Beispiel eines der Lehenerrichtung selbst vorausgegangenen, und dieselbe auf verbindliche Weise begründenden, Rechtsgeschäftes ist aber der Lehenauftrag zu betrachten, welcher in der Regel darin besteht, daß der Besizer einer Sache das ihm an derselben zustehende Eigenthum auf einen Anderen überträgt, um sie als Lehen von demselben zurückzuerhalten<sup>142)</sup>; Phillips<sup>143)</sup> rechnet jedoch dazu auch die beiden Fälle, wo der Lehenauftrag zu Gunsten einer dritten Person geschieht oder die bei dem Auftrage vorbehaltene Belehnung eine andere als die offerirte Sache zum Gegenstande hat. Wurde der den Gegenstand der Oblation ausmachenden, allodialen oder schon lehenbaren, Sache eine weitere des nunmehrigen Lehenherrn hinzugefügt, so ergibt sich daraus der Begriff eines gemischten Lehens<sup>144)</sup>. Die Regel des alteutschen Rechtes, daß, wenn Jemand ein Grundstück, welches ihm nicht als Lehen gehört, einem Anderen zu Lehen aufträgt, dieser es nicht eher als nach einem Besitze von Jahr und Tag als Lehen zurückgeben könne, scheint Phillips<sup>145)</sup> auch jetzt noch für anwendbar zu halten, wogegen Eichhorn<sup>146)</sup> annimmt, daß die Verleihung der aufgetragenen Sache nach Jahr und Tag nicht einmal ursprünglich zur Natur des Geschäftes gehört habe, und Mayr<sup>147)</sup> ihr wenigstens für jetzt practische Bedeutung abspricht. Auch sind die beiden erstgenannten Schriftsteller darin verschiedener Ansicht, daß Eichhorn schon in dem Lehenauftrage einen Consensualcontract findet, aus welchem auf beiden Seiten eine Hauptverbindlichkeit entspringe, Phillips hingegen denselben nur als ein *pactum de infeudando* gelten läßt, aus welchem nur auf die

140) Eichhorn a. a. D. §. 204. Mayr a. a. D. §. 63 und Note 6. Hellbach a. a. D. S. 145.

141) H. G. Bauer, de ind. et nat. investiturae feud. §. 6.; in Opusc. T. II. p. 175. Phillips a. a. D. B. II, S. 271.

142) Pdg a. a. D. §. 53. Eichhorn a. a. D. §. 204. Vgl. auch die ausführliche Abhandlung von Thomasius, de feudis oblati; in sel. feud. T. II. p. 1.

143) X. a. D. B. II, S. 270.

144) Pdg a. a. D. Weber a. a. D. Th. II, §. 46. Feudum ex datione et oblatione mixtum, wovon Bocris, in obs. 11., ein Beispiel anführt.

145) X. a. D. S. 271.

146) X. a. D.

147) X. a. D. §. 63, Note 8. Vgl. auch Weber a. a. D. Th. II, S. 69.

Investitur und erst nach der Investitur auf die Einräumung der Sache geklagt werden könne<sup>148</sup>). Páq<sup>149</sup>), auf welchen auch Eichhorn Bezug nimmt, erklärt das eigentliche Verhältniß so, daß zwar anfänglich die beiden in der Lehensauftragung enthaltenen Handlungen auch der Zeit nach getrennt gewesen wären, nachmals jedoch, wo die Oblation durch ein bloßes sogen. *constitutum possessorium* und die Rückgabe als Lehen durch eine *traditio brevi manu* zu geschehen pflegte, beide in denselben Moment zusammengefallen seien. Die aufgetragenen Lehen gehören zu den ordentlichen, und es ist damit als solchen keine Improprietät verbunden<sup>150</sup>), womit auch die frühere Streitfrage, ob für ein *feudum datum* oder *oblatum* die Vermuthung streite, alles practische Interesse verliert<sup>151</sup>), um so mehr, als die in der Natur des Verhältnisses begründete Verschiedenheit rücksichtlich der Eviction (oben S. 393) nur bei neuerrichteten Lehen zur Anwendung kommen kann. Da in dem Lehensauftrage eine Veräußerung von Seiten dessen, welcher eine Sache zu Lehen aufträgt, enthalten ist, so ist dessen Befugniß dazu danach, inwiefern derselbe zur Veräußerung der Sache berechtigt ist, zu beurtheilen<sup>152</sup>). Den Lehensauftrag an einen auswärtigen Landesherren hat man in der neueren Zeit nicht mehr für statthaft gehalten<sup>153</sup>). Ueberhaupt kommt der Fall einer Lehensauftragung heutzutage wohl nur selten vor, nachdem die vormalige Veranlassung, sich in dem Lehensherren einen kräftigen Beschützer, oder wenn dieß eine Kirche war, einen emsigen Fürbitter zur Beförderung des Seelenheiles zu gewinnen<sup>154</sup>), fast unpractisch geworden ist. Mehrere Eigenthümlichkeiten der aufgetragenen Lehen, in Vergleichung mit den gegebenen, namentlich in Ansehung der letztwilligen Verfügungen, insonderheit der Enterbung, der Verpfändung, der Verjährung, der Felonie und des Heimfalles, zählt Globig<sup>155</sup>) auf. — Je nachdem mit der Belehnung die sofortige Besitzübertragung verbunden ist oder nicht, hat man dieselbe als *investitura propria* und *abusiva* bezeichnet<sup>156</sup>), welcher letztere Ausdruck aus den Lehensgesetzen selbst entlehnt ist<sup>157</sup>). Diese Unterscheidung, von welcher auch Ortloff<sup>158</sup>)

148) Vgl. auch Weiske a. a. D. S. 75.

149) X. a. D. S. 141 flg.

150) Páq a. a. D. Weber a. a. D. Th. II, S. 74 u. 77. Eichhorn a. a. D.

151) Páq a. a. D. Note p. Weber a. a. D. S. 68.

152) Páq a. a. D.

153) Weber a. a. D. Th. II, S. 171. Ortloff a. a. D. S. 324 flg.

154) Mayr a. a. D. S. 23 u. 30. Als nicht seitene Veranlassung des Lehensauftrages nennt Boecris, in obs. 6. p. 17., auch die vorausgegangene Verpfändung des Lehenobjectes an denjenigen, welchem solches aufgetragen wird.

155) in obs. 2. p. 13 sq.

156) Stryk, de investitura abusiva. (VIII. 169.) Schnaubert a. a. D. §. 103. Krüll a. a. D. §. 119 flg. Páq a. a. D. §. 54. Weber a. a. D. Th. III, §. 103, S. 111 flg. Ortloff a. a. D. S. 339.

157) II. F. 2. pr.: *abusivo modo dicitur investitura*. Mit Unrecht wird daher jener Ausdruck von Mayr, a. a. D. §. 66, Note 3, der jedoch selbst in der Note 4 die angeführte Stelle mittheilt, für quellenwidrig erklärt.

158) X. a. D. §. 159, S. 339.

sagt, daß sie auf gutem Grunde beruhe, hat, nach Weber, den practischen Nutzen, daß derjenige, welchem nur die letztere, ohne Einweisung in den Besitz des Lehens, ertheilt ist, dadurch das bloße Eigenthumsrecht erlangt, demjenigen hingegen, welcher die mit dem Besitze verbundene Investitur erhalten hat, nicht allein die petitorischen, sondern auch die possessorischnen Rechtsmittel zur Seite stehen<sup>159</sup>). Böhm<sup>160</sup>) beschränkt den Begriff der abusiven Investitur auf diejenige Unterart der Belehnung mit Besitzeinweisung, welche nur symbolisch (ficta feudi traditione) geschieht, und bemerkt unter dieser Voraussetzung ganz richtig, daß jene Eintheilung völlig entbehrt werden könne. Eichhorn<sup>161</sup>) aber erklärt die Unterscheidung zwischen investitura propria und abusiva, je nachdem sie mit dem Uebergange des Besitzes verknüpft sei oder nicht, für ganz unrichtig, indem er die Voraussetzung des Abusiven, wovon der Feudist in der angeführten Stelle rede, lediglich darin findet, daß der, eigentlich das Recht des Vasallen an dem Lehen selbst bezeichnende, Ausdruck auch von der Handlung, wodurch der Lehensherr jenes Recht dem Vasallen überlasse, gebraucht werde. Diese abweichende Ansicht ist jedoch mehr doctrinell als practisch, da auch Eichhorn die oben erwähnte Verschiedenheit der rechtlichen Wirkung zwischen einer mit der wirklichen Besitzeinweisung verbundenen oder nicht verbundenen Investitur im wesentlichen anerkennt. Jedenfalls enthält auch die abusive Investitur eine wirkliche Erwerbung des Lehens, nicht einen bloßen Titel<sup>162</sup>).

Die Form der Belehnung, welche übrigens nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift auch durch einen Bevollmächtigten sowohl ertheilt als empfangen werden kann<sup>163</sup>), erfordert, nachdem die vormals damit verbundenen Förmlichkeiten außer Gebrauch gekommen sind, gegenwärtig nichts weiter, als eine feierliche Erklärung des Lehensherrn, dem Vasallen die Sache als Lehen zu überlassen, und die Zusage der Lehenstreue von der einen wie von der anderen Seite<sup>164</sup>).

Die bei dem Belehnungsacte vorkommenden Lehensurkunden<sup>165</sup>) sind zunächst und hauptsächlich der Lehenbrief oder die über den vollzogenen Act der Belehnung, über die Personen, welchen diese ertheilt wurde, über den Gegenstand der Belehnung und über deren Bedingungen, in herkömmlicher Form ausgefertigte Urkunde<sup>166</sup>). Als Norm für die näheren Bestimmungen des durch jenen Act eingegangenen Lehenverhältnisses

159) Daher denn auch der früher nur abusive Investirte dem späteren, welchem zugleich der Besitz übertragen worden, nachstehen muß: Rosenthal, tract. iur. feud. cap. 6. concl. 9. §. 1.

160) l. c. §. 103. Vgl. auch Schnaubert a. a. D. S. 293.

161) X. a. D. §. 207 u. §. 205, Note e. Vgl. auch Mayr a. a. D. §. 66, und Phillips a. a. D. B. II, §. 203.

162) Schmalz a. a. D. §. 570.

163) II. F. 3. §. 3., womit auch II. F. 58. §. 5. übereinstimmt. Böhm<sup>er</sup>, observ. nr. IX. §. 8.

164) Eichhorn a. a. D. §. 205. Mayr a. a. D. §. 64.

165) Worüber überhaupt zu vergleichen ist Hagemann, Einleitung §. 31—34 u. 47.

166) Mayr a. a. D. §. 65. Eichhorn a. a. D. §. 206.

niffes kommt demselben die Bezeichnung und Wirkfamkeit als *lex investiturae* zu, und derselbe bildet insonderheit in dem Falle, wo dadurch Naturalien des Lehens abgeändert oder neue, gesetzlich zulässige, Bestimmungen hinzugefügt worden (oben S. 392), die eigentliche Basis der Beurtheilung des ganzen Verhältnisses<sup>167</sup>). Dem Lehenbriefe kommt die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde sowohl gegen den Aussteller, als gegen den Erwerber, der ihn ohne Vorbehalt annimmt, mithin auch gegen Alle, die ihr Recht aus seiner Belehnung ableiten, also namentlich seine Descendenten, zu. Gestützt auf den Inhalt des Lehenbriefes kann daher der Vasall von dem Lehensherrn alle in jenem verzeichneten Lehengegenstände fordern, aber auch der Lehensherr von dem Vasallen die Leistung der darin angegebenen Dienste und Lasten begehren<sup>168</sup>). Unter mehreren nicht mit einander übereinstimmenden Lehenbriefen geht der ältere dem neueren so lange vor, als nicht derjenige, welcher sich auf den Inhalt des neueren gründet, nachzuweisen im Stande ist, daß mit beiderseitiger Bewilligung der Betheiligten eine Abänderung in dem früheren Verhältnisse auf die aus letzterem sich ergebende Weise vorgenommen worden sei<sup>169</sup>). Auch gegen dritte Personen kann der Lehenbrief als Beweismittel in Beziehung auf solche Verhältnisse gebraucht werden, deren Anordnung ganz allein von der Willkür des Lehensherrn abhängig ist, so wie wenn es nur auf die Nachweisung der auf den Vasallen wirklich geschehenen Uebertragung des nutzbaren Eigenthums ankommt<sup>170</sup>). Sodann das Lehenprotocoll, worunter man das über alle bei der Belehnung vorgegangenen Handlungen unter öffentlicher Autorität, von Seiten der Lehenkanzlei, aufgenommene Instrument versteht<sup>171</sup>). Der Lehenbrief ist als Auszug aus diesem Protocolle zu betrachten. Kann derselbe nicht sofort in der gehörigen Form ausgefertigt werden, so erhält der Vasall vorläufig einen Lehen- oder Recognitionsschein (*breve testatum*: I. F. 4. §. 1.) über die vollzogene Belehnung<sup>172</sup>). Ferner die Lehen specification (*dinumeramentum feudale*), nächst dem Lehenbriefe die wichtigste der Lehenurkunden, oder das Verzeichniß der einzelnen in der Belehnung begriffenen Gegenstände, mehr oder weniger vollständig angegeben nach ihrer Größe, Beschaffenheit, Lage, ihren Angrenzungen, Accessorien, Pertinenzen und Gerechtsamen; gewöhnlich auch mit der hinzugefügten Versicherung des Vasallen, für die Erhaltung dieser Gegenstände sorgen zu wollen<sup>173</sup>). Gleichen Inhaltes mit den Lehen specificationen, aber von weit größerem Umfange, sind die Lehenbücher, welche bei den Lehenhöfen oder Vasallen über die von denselben

167) Mayr a. a. D.

168) Weber a. a. D. Th. III, S. 143.

169) Weber a. a. D. S. 148 fig. Schmalz a. a. D. §. 693. Eichhorn a. a. D. §. 216. Das Nähere hierüber unter dem Art. Lehen-erneuerung.

170) Eichhorn und Mayr a. a. D.

171) Weber a. a. D. Th. IV, S. 220.

172) Eichhorn und Mayr a. a. D.

173) Mayr a. a. D.



relevanten Lehen geführt werden, und eine genaue Beschreibung derselben in der obigen Weise enthalten<sup>174</sup>). Gegen Aushändigung des Lehenbriefes an den Vasallen hat dieser den Lehenrevers auszustellen, oder das feierliche Bekenntniß desselben über den Empfang des Lehens und die Uebernahme der Verpflichtung zur Lehenstreue; bisweilen sind auch Lehen specification und Lehenrevers in der nämlichen Urkunde vereinigt<sup>175</sup>), und nicht selten wird in letzteren der ganze Inhalt des Lehenbriefes aufgenommen<sup>176</sup>). — Den Lehenurkunden überhaupt kommt rücksichtlich ihres Inhaltes die Eigenschaft gemeinschaftlicher Urkunden zu, zunächst in Beziehung auf die Lehenpersonen, doch selbst in Beziehung auf die Allodialerben, so lange noch nicht die Sonderung des Lehens vom Erbe (s. den Art. Lehen sonderung) stattgefunden hat<sup>177</sup>); auch dürfte wohl die durch jene Eigenschaft begründete Edbitionsverbindlichkeit des Inhabers derselben von dessen Gläubigern in ihrem Interesse geltend zu machen sein<sup>178</sup>).

Die Wirkung der Belehnung oder Investitur im allgemeinen ist, daß dadurch eine bisher allodiale Sache in ein Lehen verwandelt wird<sup>179</sup>). Sie überträgt schon für sich das dingliche Recht an dem Lehen auf den Erwerber, ohne daß irgend eine Besitzeinräumung nöthig wäre, die vielmehr schon vorausgegangen sein oder auch nachfolgen, jedoch auch mit der Investitur verbunden sein kann<sup>180</sup>). Demnach gewährt dieselbe dem Belehnnten, auch wenn keine Besitzeübertragung damit verbunden war (sogen. investitura abusiva, oben S. 403), das Recht, sich selbst in den Besiß des Lehens zu setzen, sofern nur possessio vacua vorhanden ist<sup>181</sup>), auch, wenn er daran verhindert wird, gegen den Lehensherrschaft auf Einräumung desselben und Restitution der Früchte von der Zeit des Bezuges an zu klagen<sup>182</sup>), und es steht dem Lehensherrschaft nicht frei, sich der Verbindlichkeit zur Uebertragung des Lehensbesißes durch Leistung des Interesses zu entledigen<sup>183</sup>). Selbst gegen einen dritten Besißer steht dem Belehnnten vermöge der Investitur, noch vor der Einräumung des Besißes, die vindication zu, sofern dieser nicht ebenfalls von dem Lehensherrschaft mit gleichem oder noch stärkerem Rechte (z. B. mit vollem Eigenthume) die Sache erhalten hat<sup>184</sup>); auch würde er unter der Voraussetzung, daß er sein vindicationsrecht von einem Auctor, der nicht wahrer

174) Hagemann a. a. D. §. 33.

175) Mayr a. a. D.

176) Von diesen Lehenreversen sind zu unterscheiden die Reverse, welche den Vasallen von ihren Mitbelehnten oder Miterben in gewissen Fällen ausgestellt zu werden pflegen: Püttmann l. c. §. 261 sq. Hagemann a. a. D. §. 34.

177) Eichhorn a. a. D.

178) Mayr a. a. D.

179) Phillips a. a. D. Th. II, §. 206.

180) Mayr a. a. D. §. 66.

181) Mayr a. a. D. Note 7.

182) Eichhorn a. a. D. §. 207.

183) I. F. 4. pr. II. F. 7. §. 1. II. F. 26. §. 14.

184) II. F. 8. pr. Eichhorn und Mayr a. a. D. Vgl. auch Pá§ a. a. D. §. 54. Weber a. a. D. Th. III, §. 105 flg.

Eigenthümer war, ableiten wollte, dem *bonae fidei possessor* weichen müssen<sup>186</sup>). Ob und inwiefern die Begründung der Lehenstreue ebenwohl als Wirkung der Investitur anzusehen sei, darüber sind die Ansichten der Rechtsgelehrten verschieden; im practischen Interesse läuft es jedoch auf eins hinaus, ob man mit *Mayr* annimmt, es werde die Lehenstreue unmittelbar durch die Investitur begründet, indem das dingliche und persönliche Element des Lehenverhältnisses (oben S. 391) sich durchaus nicht trennen lasse, und daher an die Erwerbung des dinglichen Rechtes auch die Verbindlichkeit zur Lehenstreue geknüpft sei, oder mit *Weber*<sup>186</sup>), was jener mißbilligt, daß die Verbindlichkeit zur Leistung der wechselseitigen Lehenstreue schon durch den Lehencontract begründet, mittelst der Investitur aber, als der eigentlichen Erfüllung des Lehencontractes, in Vollzug gesetzt werde.

Es gibt mehrere, nach ihrem Eintheilungsgrunde verschiedene, Arten der Belehnung: 1) mit Rücksicht auf die Dauer des durch die Belehnung zu begründenden Verhältnisses gilt es zwar als Regel, daß das Lehen für den Erwerber und dessen lehenfähige und lehenfolgefähige Descendenz errichtet sei, daher diese als dergestalt unter dessen Investitur stillschweigends mitbegriffen betrachtet wird, daß mit dem Tode des jedesmahligen Besizers das Lehen von selbst auf sie übergeht<sup>187</sup>), und in diesem Sinne legt man einem regulären Lehen ewige Dauer (als *feudum perpetuum*) bei<sup>188</sup>). Vermöge besonderer Bestimmungen des Lehencontractes kann aber ein Lehen auch auf Widerruf (wiedergebliche Lehen, Gnadenlehen), bisweilen gegen eine Rückvergütung<sup>189</sup>), oder auf bestimmte Zeit (Taglehen), oder auf Lebenszeit (Personallehen), verliehen sein; diese alle gehören aber zu den uneigentlichen Lehen<sup>190</sup>); bei vielen folgt die Beschränkung ihrer Dauer schon aus der Natur ihres Gegenstandes; die gewöhnlicheren dieser letzteren Art zählt *Weber*<sup>191</sup>) auf. — 2) Mit Rücksicht auf den Gegenstand der Belehnung und ob dieser sich bisher schon im Lehenstatus befunden hat oder nicht, bilden sich durch die erstere Voraussetzung zwei bemerkenswerthe Arten von jener, die *Reinfeudation* und die *Asterbelehnung*. Wird eine Sache, die bisher schon mit Lehenqualität gültiger Weise behaftet war (*res infeudari solita*), nach Aufhebung dieses Lehenverhältnisses, dem bisherigen Vasallen (*ex nova gratia*), oder einem Andern<sup>192</sup>), wieder zu Lehen gegeben, so nennt man dieses *Reinfeudation* (Wiederbelehnung), als Gattung der constitutiven Investitur<sup>193</sup>) wesentlich verschieden von der *Renovation*

185) *Eichhorn* und *Mayr* a. a. D.

186) X. a. D. Th. II, S. 58.

187) II. R. 14. §. 1. *Eichhorn* a. a. D. §. 208. *Mayr* a. a. D. §. 67.

188) *Páq* a. a. D. §. 60. *Phillips* a. a. D. B. II, §. 206.

189) *Püttmann* l. c. §. 103. *Krüll* a. a. D. §. 112.

190) *Eichhorn*, *Páq* und *Mayr* a. a. D.

191) X. a. D. Th. II, S. 64.

192) *Schnaubert* a. a. D. §. 48.

193) *Phillips* a. a. D. B. II, S. 290.

(Lehenserneuerung: s. diesen Art.), die nur eine Bestätigung des noch fortbestehenden Lehensverhältnisses enthält. Auf die Reinf feudation sind im allgemeinen die Grundsätze von der Belehnung überhaupt anzuwenden, und im Zweifel ist dieselbe nach den Voraussetzungen und Erfordernissen der ersten Belehnung zu beurtheilen; eine Ausnahme in Beziehung auf die Reinf feudation der Kirchengüter kam oben (S. 400) vor. Die Reinf feudation erscheint in gewissen Fällen als eine nothwendige, insofern ein Vertrag oder Gesetz<sup>194)</sup> den Lehensherrn dazu verpflichtet, in welchem Falle die Reinf feudation auch als Reconfirmation bezeichnet wird<sup>195)</sup>; dagegen findet sich in einzelnen Particularverfassungen sogar ein Verbot derselben<sup>196)</sup>. Unter den Begriff einer (vorläufigen) Reinf feudation stellt P ä g<sup>197)</sup> auch die Eventualbelehnung, wovon unten. — Wird eine schon mit Lehensqualität behaftete Sache noch während der Dauer dieses Verhältnisses anderweit zu Lehen gegeben, so entwickelt sich hieraus der Begriff der A f t e r b e l e h n u n g (constitutio subfeudi), welche nämlich stattfindet, wenn eine der beiden Lehenpersonen, der Lehensherr oder der Vasall, einen Dritten in das Lehensverhältniß dergestalt aufnimmt, daß derselbe zu einem von ihnen unmittelbar, zu dem anderen mittelbar, in die Lehensverbindung eintritt. Gegenstand der A f t e r b e l e h n u n g kann sein a) das lehensherrliche Obereigenthum (obinf feudatio), welches auf den Dritten entweder durch Lehensauftrag (oblatio), oder durch Lehensreichung (datio), von Seiten des Lehensherrn übertragen wird, und wodurch im ersteren Falle der Dritte als Oberlehensherr über jenen, als seinen Vasallen, gestellt wird, ohne in ein unmittelbares Verhältniß zu dem bisherigen Vasallen zu treten, welches vielmehr zwischen den bisherigen Lehenpersonen unverändert fortbauert, im anderen Falle aber der Dritte, als unmittelbarer Vasall des Lehensherrn zwischen diesen und den bisherigen Vasallen eingeschoben wird, zu welchem letzteren er die Eigenschaft eines A f t e r l e h e n s h e r r n annimmt; b) das nughare Eigenthum des Vasallen (subinf feudatio), und zwar ebenfalls sowohl mittelst Lehensauftrages, wodurch der Vasall den Dritten, als A f t e r l e h e n s h e r r n , zwischen sich und seinen ursprünglichen Lehensherrn stellt, mithin selbst aus dem unmittelbaren Verbande zu diesem tritt, als mittelst Lehensreichung, wodurch mit Beibehaltung des Verhältnisses zwischen den bisherigen Lehenpersonen der Dritte in die Stelle eines dem ursprünglichen Vasallen nachstehenden A f t e r v a s a l l e n tritt<sup>198)</sup>. Als das eigentliche Fundament des rechtlichen Verhältnisses bei der im wirklichen Leben bei weitem gewöhn-

194) Wie z. B. das preussische Landrecht Th. I, Tit. 18, §. 40. — Die kurhessische Verfassungsurkunde §. 142 ertheilt nur dem Landesherrn die Befugniß zur Wiederverleihung der heimfallenden, zum Staatsgute gehörenden, Lehen. In früheren Zeiten galt die Verbindlichkeit zur Wiederverleihung als Regel für die von der Landesherrschaft relevidenden Lehen: Bö h m e r , cl. iur. feud. T. II. nr. V. §. 6.

195) D r t l o f f a. a. D. S. 341, Note 57.

196) P ä g a. a. D. §. 58 u. 180. M a y r a. a. D. §. 68 u. 163.

197) K. a. D. §. 129.

198) W e b e r a. a. D. Th. II, §. 54 u. 55, Th. IV, §. 290.

lichsten Art der Afterbelehnung, derjenigen nämlich, wo der Vasall per dationem einen Aftervasallen annimmt, wird von den älteren Rechtsgelehrten die Anwendung der in dem Begriffe des Lehens überhaupt enthaltenen Voraussetzung eines getheilten Eigenthums (oben S. 390) auf den das dominium utile des Vasallen ausmachenden Antheil an der Proprietät betrachtet<sup>199)</sup>, und diese Vorstellungswise von einer weiteren Theilung der Proprietätsrechte des Vasallen zwischen demselben, als Lehensherrn des Aftervasallen, und diesem letzteren, stellt das Verhältniß jedenfalls deutlicher als diejenige dar, welche Weber<sup>200)</sup> an deren Stelle setzen will; sie aber dient zugleich zur leichteren Auffassung des den drei andern Arten der Afterbelehnung zum Grunde liegenden Verhältnisses. Die rechtliche Wirkung der Afterslehensrichtung besteht nun in Beziehung auf die beiden daran Theil nehmenden Personen darin, daß der hinzukommende Dritte — als Oberlehensherr, Afterslehensherr oder Aftervasall — in ein Rechtsverhältniß zu demjenigen, von welchem er in jene Verbindung aufgenommen wurde, tritt, welches vollkommen dem eines jeden andern Lehensherrn oder Vasallen gleich, und daher in Ermangelung besonderer Verabredungen nach gemeinem Lehenrechte zu beurtheilen ist<sup>201)</sup>; daneben würde jedoch nach allgemeinen Grundsätzen die zwischen den ursprünglichen Lehenspersonen bestehende Verbindung völlig unverändert fort dauern; inwiefern also die eine oder die andere Art der Afterbelehnung eine Veränderung in diesem Verhältnisse mit sich führt, kann sie einseitig von dem, welcher sie vornimmt, nicht bewirkt werden, und es ist die Befugniß dazu aus dem Rechte des Lehensherrn beziehungsweise des Vasallen zur Veräußerung seines Antheiles an der Proprietät zu beurtheilen<sup>202)</sup>. Als verbotene Veräußerung in diesem Sinne wird nun betrachtet von Seiten des Lehensherrn die Afterbelehnung durch Dation, und von Seiten des Vasallen die Afterbelehnung durch Oblation, indem durch beide das zwischen den bisherigen Lehenspersonen bestandene Verhältniß beinahe gänzlich aufgelöst wird. Daher bedarf es zu der ersteren, wodurch mittelst Einschlebung eines Dritten von Seiten des Lehensherrn zwischen ihm und dem bisherigen Vasallen jener diesem entfremdet wird, der Einwilligung des Vasallen<sup>203)</sup>, und gleichergestalt zu der Afterbelehnung mit dem nutzbaren Eigenthume durch Oblation, wodurch mittelst Einschlebung eines Dritten von Seiten des Vasallen zwischen ihm und dem bisherigen Lehensherrn letzterem ein anderer Vasall anstatt des bisherigen dargeboten wird, der Einwilligung des Lehensherrn zu solcher Substitution<sup>204)</sup>. Dagegen ist sowohl der Lehensherr zur Afterbelehnung mit dem Obereigenthume mittelst Oblation, als der Vasall zur Afterbelehnung mit

199) Böhmer l. c. §. 54. Schnaubert a. a. D. §. 54.

200) X. a. D.

201) Phillips a. a. D. B. II, §. 208. Mayr a. a. D. §. 69. Päß a. a. D. §. 34 u. 145.

202) Eichhorn a. a. D. §. 198. Gründler a. a. D. §. 667.

203) I. F. 22. pr. Päß a. a. D. §. 125. Eichhorn a. a. D. §. 219. Mayr a. a. D. §. 116.

204) Weber a. a. D. Th. IV, §. 290. Päß a. a. D. §. 144. Eichhorn a. a. D. §. 231. Phillips a. a. D. B. II, §. 226.

dem nutzbaren Eigenthume durch Dation für berechtigt zu halten; zwar ist letzteres nicht ganz unbestritten<sup>205</sup>), doch nehmen die neueren Schriftsteller einstimmig an, daß diese Art der Afterbelehnung, obwohl für eine rechtliche Folge derselben der Uebergang des Lehens auf den Aftervasallen nach dem Aussterben der vasallitischen Familie zu halten ist, dem Vasallen auch ohne vorgängige Einwilligung des Lehensherrn gestattet sei, wenn nur der Aftervasall eine lehensfähige Person ist, und derselbe nicht günstigere Bedingungen als der erste Vasall erhalten hat, auch die Afterbelehnung kein simulirtes Geschäft zur Verdeckung einer unerlaubten Veräußerung ist<sup>206</sup>); die Lehensfolger sind jedoch nach der gemeinen Meinung an eine solche Afterbelehnung nicht gebunden<sup>207</sup>), sofern nicht deren Gegenstand eine *res subinfeudari solita* ist<sup>208</sup>), worüber noch der Art. Lehenveräußerung zu vergleichen. Die Wirkung der Afterbelehnung mit dem nutzbaren Eigenthume insbesondere besteht darin, daß der Aftervasall (*subvasallus*) den Besitz und die Nutznießung des Lehens erhält, wogegen er dem ursprünglichen Vasallen, seinem unmittelbaren Lehensherrn (*subdominus*), zur Lehenstreue und zum Lehendienste verpflichtet wird<sup>209</sup>); indem derselbe aber auch zugleich dem mittelbaren Lehensherrn zur Lehenstreue im allgemeinen und zum Lehendienste, insofern er von seinem unmittelbaren Lehensherrn dazu aufgefordert wird, verpflichtet ist<sup>210</sup>), gereicht eine solche Afterbelehnung sogar zum Vortheile des bisherigen Lehensherrn<sup>211</sup>). Nach dem Erlöschen des Rechtes des ersten Vasallen tritt der Aftervasall sodann gänzlich in dessen Verhältniß<sup>212</sup>). — An die bisher erörterte Verschiedenheit der Belehnung rückfichtlich ihres Gegenstandes und dessen bisheriger Lehenseigenschaft schließt sich 3) auch die Eintheilung in alte und Neulehen an<sup>213</sup>). Unter einem Neulehen (*feudum novum*) versteht man ein solches, welches sich noch in den Händen des ersten Erwerbers befindet, unter einem alten oder Stammlen (*feudum antiquum*) dasjenige, welches bereits auf einen Anderen als den ersten Erwerber in Folge der Abstammung von diesem übergegangen ist<sup>214</sup>). Findet bei einem solchen Lehen vermöge besonderen Vertrages (*lex investiturae*) eine Vererbung auch auf die Seitenverwandten des ersten Erwerbers statt, so wird es *feudum novum iure antiqui concessum* genannt<sup>215</sup>); bei diesem werden die Seitenverwandten selbst als Descendenten eines fingirten Stammvaters, und zwar des näch-

205) Weber a. a. D. Th. IV, §. 289 fig.

206) Pöhl, Weber und Eichhorn a. a. D. Mayr a. a. D. §. 128.

207) Eichhorn a. a. D.

208) Schmalz a. a. D. §. 648.

209) Weber a. a. D. Th. II, §. 54.

210) Weber a. a. D. Th. IV, §. 291. Eichhorn a. a. D. §. 231. Mayr a. a. D. §. 128.

211) Weber a. a. D. Th. IV, §. 286 u. 290.

212) Eichhorn und Mayr a. a. D.

213) Hoffmann, de differ. feudi novi et antiqui; ap. Jenichen I. 1041.

214) II., F. 32.

215) Mayr a. a. D. §. 79. Phillips a. a. D. Th. II, §. 206.

sten aufwärts vom ersten Erwerber, betrachtet; übrigens wird ein solches Lehen, obwohl es nach gemeinem Lehenrechte als *feudum improprium* (oben S. 392) zu betrachten ist<sup>216</sup>), im übrigen nach den Grundsätzen eines alten Lehens beurtheilt, was jedoch nicht ganz unbestritten ist<sup>217</sup>). Wurde aus dem Verkaufspreise eines alten Lehens oder durch Tausch gegen ein solches ein neues Lehen erworben, so kommt diesem in der Regel die Eigenschaft eines *feudum novum* zu, wogegen *feudum antiquum* auch dasjenige ist, welches von einem Nachkommen des ersten Erwerbers, jedoch vor der für ihn eingetretenen Lehensfolge, erworben wird<sup>218</sup>). Ueber die Voraussetzungen, unter welchen im Zweifel für ein altes oder neues Lehen die Vermuthung streitet, ist Schnaubert<sup>219</sup>) zu vergleichen. Das practische Interesse dieser Eintheilung der Lehens zeigt sich nicht allein bei der Succession in dieselben, sondern auch rück-sichtlich der Veräußerungsbesugniß, der Wirkungen einer Felonie und der Verbindlichkeit zur Schuldenbezahlung<sup>220</sup>), worüber diese Artikel zu vergleichen sind. Ein ähnliches Verhältniß, wie bei dem *feudum novum iure antiqui concessum*, tritt in dem umgekehrten Falle ein, wo ein *feudum antiquum* als *novum* verliehen wird<sup>221</sup>), wohin auch das *ex nova gratia* verliehene Lehen (oben S. 407) gehört. — Als eine weitere Unterscheidung der Belehnung nach dem Objecte kann man 4) auch die mittelst Oblation oder Dation erfolgende betrachten<sup>222</sup>), wovon bereits oben (S. 402) gehandelt worden. — 5) Mit Rücksicht auf die Personen, welche an dem Lehensverhältnisse Theil nehmen, oder nach der subjectiven Ausdehnung der Belehnung, erscheint diese entweder als eine einfache oder als Mitbelehnung<sup>223</sup>). Jene erstere, welche vorhanden ist, wenn nur eine einzige, physische oder juristische, Person mit einer Sache beliehen wird, begründet den Begriff eines Sonderlehens; die letztere, mittelst deren mehrere, juristisch getrennte, Personen zu gleicher Zeit ein gegenwärtiges und unbedingtes Recht an dem Lehensobjecte, ohne hinzukommende Realtheilung, erhalten, den Begriff eines Sammtlehens. Nur in einem uneigentlichen Sinne pflegt man auch wohl die in der Investitur des ersten Lehenserwerbers stillschweigends mitbegriffenen Nachkommen desselben (oben S. 407) als Mitbelehnte (*coinvestiti nati*) zu bezeichnen. Dem gemeinen Rechte ist nur eine Art der Mitbelehnung (in jenem eigentlichen Sinne) bekannt, die *coinvestitura iuris longobardici*, wodurch den Mitbelehnten das vasallitische Recht an der Sache in wirklicher Gemeinschaft zu ideellen Theilen, nach Analogie des römischen Miteigenthums (als *condominium utile pro indiviso*) verliehen wird, so daß unter ihnen insgesammt ein wahres Miteigenthum und wahrer Mit-

216) Schnaubert a. a. D. §. 132, S. 421.

217) Mayr a. a. D.

218) Böhmer und Schnaubert a. a. D. §. 132.

219) X. a. D. S. 419.

220) Beber a. a. D. Th. III, S. 354 fig. u. 375.

221) Böhmer l. c. §. 132, not. †. Mayr a. a. D.

222) Gründler a. a. D. §. 594.

223) Auch die Aferbelehnung, von welcher so eben gehandelt worden, läßt sich beziehungsweise unter diesen subjectiven Gesichtspunkt stellen.

besitz in Beziehung auf das ganze Lehen eintritt, daher auch nur vor ihnen gemeinschaftlich Verfügungen über dasselbe und dessen Benutzung getroffen werden können, gleichwohl aber jeder Einzelne den ihm zukommenden Theil für sich und seine Nachkommen als Sonderlehen erwirbt, und demnach über denselben mit Ausschließung des anderen Mitbelehnten alle in dem nutzbaren Eigenthume überhaupt begriffenen Rechte ausübt. Eine solche Mitbelehnung hat nicht schon die Folge, daß die Coinvestirten und ihre Nachkommen wechselseitige Successionsrechte, jeder auf den Antheil des Anderen, erwerben<sup>224)</sup>, wenn dieselben nicht durch eine besondere Verabredung festgesetzt wurden<sup>225)</sup>, was jedoch auch stillschweigends geschehen kann, und namentlich alsdann anzunehmen ist, wenn die Mitbelehnten das Lehen mit Vorwissen des Lehensherrn aus gemeinschaftlichen Mitteln erworben hatten<sup>226)</sup>. Eine ausdrückliche Verabredung der gegenseitigen Nachfolge fand häufig zu Gunsten der Seitenverwandten des ersten Erwerbers statt<sup>227)</sup>. Neben jener gemeinrechtlichen Mitbelehnung hat sich jedoch gar nicht selten in einzelnen Ländern oder Gebietsheilen die Gesammtbelehnung des teutschen Rechtes oder die gesammte Hand (*coinvestitura iuris germanici*) im practischen Gebrauche erhalten. Sie unterscheidet sich von jener sehr wesentlich dadurch, daß durch sie das Lehensobject auf mehrere Personen nach Art des teutschen Gesamteigenthums übertragen wird, dessen Rechtsbegriff (*Eichhorn*<sup>228)</sup> näher dahin bestimmt, daß dabei eine moralische Person als das Subject des Eigenthums gedacht werde, und die Ausübung der in diesem enthaltenen Rechte als selbstständige Befugniß der Einzelnen angesehen werden müsse, daher dieselben, als Subject des Eigenthums betrachtet, dieses immer ungetheilt (*condominium pro indiviso* oder *in solidum*) besitzen, wenn gleich in Rücksicht ihrer Theilnahme an der Ausübung der Eigenthumsrechte sehr verschiedene Verhältnisse unter ihnen eintreten können. In der Anwendung auf die Gesammtbelehnung wird hiernach angenommen, daß wenn die Verleihung eines Gegenstandes an Mehrere in der Weise, daß ein Jeder mit dem Ganzen beliehen worden, stattgefunden hat, allen ein gleiches Recht daran, in *solidum*, selbst ohne die Bestimmung von intellectuellen Theilen, zustehe, so daß das nutzbare Eigenthum ein ungetheiltes Eigenthum der Gesamtheit ist, wenn gleich hinsichtlich der Ausflüsse desselben eine Theilung eintreten und jeder Theil für sich nutzen und besitzen kann. Zu einer solchen Gesammtbelehnung des teutschen Rechtes ist, da sie ein sofort wirksames Recht am Lehen ertheilt, der Lehensherr einseitig nach der Lehenserrichtung überall nicht mehr befugt, und selbst bei dieser nur insofern, als nicht ein derselben vorausgegangenes Geschäft

224) I. F. 1. §. 2. I. F. 8. §. 2. I. F. 14. §. 2. II. F. 18. vgl. mit II. F. 85.

225) I. F. 8. §. 2. I. F. 14. §. 2. II. F. 12. pr. II. F. 18.

226) I. F. 20. II. F. 12. §. 1.

227) Vgl. überhaupt hierüber Pütz a. a. D. §. 61. Weber a. a. D. Th. III, §. 113. Eichhorn a. a. D. §. 209. Mayr a. a. D. §. 70. Phillips a. a. D. B. II, §. 209.

228) A. a. D. §. 168. Vgl. jedoch Rittermaier, teutsch. Privatr. Th. I, §. 155. Maurenbrecher, teutsch. Privatr. Th. I, §. 211 flg.

(oben S. 401) ihn bindet. Durch die Gesamtbelehnung wird zugleich für die ganze lehensfähige Descendenz derer, welchen dieselbe ertheilt worden, der Besitz des Lehens gesichert. Dieselbe zerfällt in zwei Arten, je nachdem sie entweder in der Form geschieht, daß die gemeinschaftlichen Rechte von allen Gesamtbelehnten zu gleicher Zeit ausgeübt werden, dieselben also sich wirklich im gemeinschaftlichen Besitze und Genusse des Lehens befinden, und dahet auch gemeinschaftlich die vasallitischen Pflichten erfüllen (coinvestitura iur. germ. in specie), oder daß jene Rechte nur von Einzelnen ausgeübt werden, so daß nur derjenige von ihnen wirklicher vasallus possessor wird, welcher den Lehendienst im Namen der Uebrigen leistet, während diese durch die Mitbelehnung nur den vom ersten Erwerber abstammenden Lehensfolgern nach den Grundsätzen des longobardischen Rechtes gleichgestellt werden, und kraft des ihnen auch ohne Naturalbesitz fortwährend zustehenden Gesamteigenthums für sich und ihre lehensfolgefähigen Nachkommen, auf den Fall des Abganges des besitzenden Hauptvasallen und dessen Descendenz, das Successionsrecht bewahren. Mehr davon unter dem Art. Lehenssuccession. — An die bisher erörterte subjective Verschiedenheit der Belehnung schließen sich noch folgende auf demselben Unterscheidungsgrunde beruhende Eintheilungen der Lehen an; zunächst 6) die in Mann- und Weiberlehen, und der letzteren, welche stets eine Impropricität des Lehens mit sich führen (oben S. 392), weiter in feuda feminina promiscua und successiva, wovon unter dem Art. Lehenssuccession das Weitere vorkommen wird. Als feudum femininum wird stillschweigends dasjenige angenommen, dessen erste Erwerberin eine Frauensperson war, und welches in den Lehensgesetzen als feudum femineum bezeichnet ist<sup>229</sup>). Sodann gehört hieher 7) die auf den persönlichen Stand der Belehnten sich beziehende Eintheilung in adelige und bürgerliche oder Bauerlehen. Nach dem Principe der Wehrhaftigkeit, welches dem ganzen Lehenssysteme zum Grunde liegt, wurden ursprünglich nur Ritter als lehensfähig betrachtet, ja es wurde hierzu sogar eine durch mehrere Generationen fortgesetzte Ritterbürtigkeit erfordert<sup>230</sup>). Mit der späterhin eingetretenen Veränderung in der teutschen Staats- und Lehensverfassung hörte jene Bedingung der Lehensfähigkeit auf, was sich vielleicht auch schon aus dem longobardischen Lehenrechte entwickeln läßt<sup>231</sup>), und damit trat die Unterscheidung zwischen adeligen oder Ritterlehen, und nichtadeligen oder Bürger- und Bauerlehen ein, welche, ursprünglich subjective, Verschiedenheit jedoch seit dem Aufhören der Verpflichtung zu Ritterdiensten, als regelmäßiger Eigenschaft der Lehen, meist nur noch eine objective in der Weise ist, daß die besonderen Vorrechte eines adeligen Lehens diesem verbleiben, auch wenn es in die Hand eines nichtadeligen Besitzers übergeht, dahingegen andererseits der Adelige oder Ritter nach dem Erwerbe eines

229) II. F. 30. pr. pág a. a. D. §. 104. Eichhorn a. a. D. §. 354. Verschiedene Ansichten hierüber bei Weber a. a. D. Th. III, S. 273 flg.

230) Phillips a. a. D. B. II, §. 112.

231) Eichhorn a. a. D. §. 201.



mit jenen Vorrechten nicht versehenen Lehens allen darauf, als einer bürgerlichen Besizung, haftenden Reallasten unterworfen wird<sup>232</sup>). Einer näheren Betrachtung bedürfen die, ursprünglich wohl als uneigentliche Lehen zu betrachtenden, jedoch in Folge der mit dem Lehensverhältnisse vorgegangenen Veränderung zu einer regelmäßigen und häufig vorkommenden Gattung der Lehen gewordenen Bauerlehen. Die Verleihung der Bauerngüter, welche sich nicht im vollen Eigenthume des Besizers befinden, sondern von einem Gutsherrn abhängig sind, geschieht und ist zu beurtheilen entweder nach den Grundsätzen des römischen Rechtes, wie die Emphyteusen, oder des teutschen Rechtes, wie die Erbleihen und Meiergüter, oder nach den Grundsätzen des Lehenrechtes, wodurch sich der Begriff von Bauerlehen ergibt. Auf diese Benennung kommt es jedoch dabei nicht an, es muß vielmehr, um das Vorhandensein eines Bauerlebens im eigentlichen Sinne, worauf das gemeine Lehenrecht Anwendung leidet<sup>233</sup>), anzunehmen, die Verleihung nach Lehenrecht, iure feudali, geschehen, es müssen also mit dieser alle wesentlichen Eigenschaften eines Lehens, namentlich Lehenstreue und ein getheiltes Eigenthum, verbunden sein<sup>234</sup>); außerdem nennt Eichhorn<sup>235</sup>) als Kennzeichen des eigentlichen Lehens, im Gegensätze zum Feudaster (oben S. 391), auch Ritterdienst und Lehenseid, und insofern wäre die Ansicht von Páß<sup>236</sup>), welcher die Bauerlehen überhaupt zu denjenigen rechnet, welche, dieser Benennung ungeachtet, nicht als nach Lehenrecht verliehen zu betrachten seien, ganz richtig, da der Ritterdienst bei Bauerngütern nicht vorkommt; dagegen stügt Phillips die Meinung, daß die beiden oben angegebenen Merkmale (getheiltes Eigenthum und Lehenstreue) hinreichen, um ein solches Verhältniß in die Kategorie wahrer Lehen zu setzen, auf den geschichtlichen Grund, daß es heutzutage überhaupt nicht mehr wie im Mittelalter auf die Beschaffenheit des Dienstes ankomme. Eichhorn selbst spricht auch an einer anderen Stelle<sup>237</sup>) die Regel aus, daß nach den Grundsätzen des Lehenrechtes alle Güter zu beurtheilen seien, die in den Lehenbriefen zu rechtem Mannlehen verliehen oder nach Landesgewohnheit für wahre Lehen, im Gegensätze der Feudaster, zu halten seien, und daran dem Bauer ein lehenrechtliches dominium utile zuzuschreiben sei, in welche Classe die Schulzlehen, Zins- oder Beutellehen (oben S. 399), und überhaupt alle Lehen, auf welchen kein Ritterdienst haftet, gehörten<sup>238</sup>). Wo nun aber die Lehensqualität eines Bauerngutes erwiesen ist, da treten insonderheit auch bei der Nachfolge in dasselbe die gemeinrechtlichen

232) Páß a. a. D. §. 49. Weber a. a. D. Th. III, §. 98. Mayr a. a. D. §. 60.

233) Eichhorn a. a. D. §. 255.

234) Weber a. a. D. Th. II, S. 15. Phillips a. a. D. B. II, §. 255.

235) X. a. D. §. 192.

236) X. a. D. §. 23, Note f.

237) X. a. D. §. 258, zu vergleichen mit §. 214.

238) Vgl. auch Zeitschr. für teutsch. Recht B. VIII, Abh. 6, §. 2.

Grundsätze der Lehenfolge der Regel nach ein<sup>239)</sup>, wenn gleich dieselben gewöhnlich zu den Erblichen gehören, was aber ihrer Eigenschaft als wahre Lehen keinen Abbruch thut<sup>240)</sup>. — 3) Mit Rücksicht auf die Bedingungen, welche der Belehnung beigefügt sein können, ist diese in ihren Wirkungen wesentlich verschieden. Nach dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauche versteht man unter bedingter Belehnung eine jede von gewissen Bedingungen, worin dieselben auch bestehen mögen, abhängig gemachte Belehnung<sup>241)</sup>. Als die beiden hauptsächlichsten Sattungen derselben sind die Provisional- und Eventualbelehnung zu betrachten<sup>242)</sup>. Auch die Lehre von der Anwartschaftsertheilung wird gewöhnlich an dieser Stelle abgehandelt, und Mayr<sup>243)</sup> will überhaupt eine Verschiedenheit zwischen Anwartschaft und Eventualbelehnung weder nach longobardischem, noch nach teutschem Rechte anerkennen, sondern hält dafür, daß dieselbe ihren Ursprung lediglich der Theorie verdanke, welcher letzteren Ansicht auch Phillips<sup>244)</sup>, jedoch mit dem Zusätze beistimmt, daß die aus der von der Theorie angenommenen Unterscheidung gezogenen Folgerungen in die Gesetzgebung, so wie in die Praxis übergegangen, und daher jetzt ganz besonders hervorzuheben seien, indem er zugleich als die wichtigste der hierdurch begründeten Verschiedenheiten den in diese Verhältnisse hincingetragenen Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Rechten bezeichnet, was auch Mayr<sup>245)</sup> als der Natur der Sache gemäß, und nur nicht im longobardischen Rechte ausgesprochen, anerkennt<sup>246)</sup>. Ueber die Lehensanwartschaft wird ein eigener Artikel folgen. In einer besonderen technischen Bedeutung kommt sodann der Ausdruck bedingte Lehen zur Bezeichnung von solchen vor, wobei mittelst eines besonderen Bedingtes die Leistung noch anderer, als der gesetzlichen Lehensdienste, dem Vasallen auferlegt wurde<sup>247)</sup>. Unter Eventualbelehnung versteht man diejenige Gattung der Investitur, mittelst deren eine bereits infeudirte Sache einem Anderen für den Fall der Apertur (s. den Art. Lehenöverwandlung) zu Lehen gegeben wird<sup>248)</sup>. Sie unterscheidet sich von der gewöhnlichen Investitur dadurch, daß die Ausübung des durch die Belehnung erworbenen dinglichen Rechtes von dem Eintritte des Aperturfalles abhängig gemacht, bis dahin also suspendirt, durch dieselbe mithin zwar ein dingliches, aber nur bedingtes Recht an der verlehnenen Sache constituirt wird, analog der Erwerbung dinglicher

239) Weber a. a. D. S. 16.

240) Weber a. a. D. Th. III, S. 350.

241) Páß a. a. D. §. 63.

242) Páß a. a. D. Eichhorn a. a. D. §. 210.

243) X. a. D. §. 72.

244) X. a. D. §. 210.

245) X. a. D. Note 3.

246) Zwielerlein, in den Nebenstunden Th. I, Abh. 1, macht sich einer offenbaren Vermischung beider, wesentlich verschiedenen, Institute schuldig; daher auch dessen weitere Ausführungen in den folgenden Abhandlungen nur mit Vorsicht zu benutzen sind.

247) Weber a. a. D. Th. IV, §. 244.

248) Eichhorn a. a. D. §. 210.

bedingter Rechte nach dem Civilrechte; eben daraus geht ihre wesentliche Verschiedenheit von der gesammten Hand, durch welche ein gegenwärtiges und unbedingtes Recht, nur ohne den Besitz und Genuß des Lehens, den Gesammtbelehnten erworben wird (oben S. 412), hervor<sup>249</sup>). Indem der Eventualbelehnte im Falle der Lehenseröffnung an die Stelle des zuerst Belehnten tritt, kann man auch sagen, daß die Eventualbelehnung das Eintreten des Aperturfalles verhindere<sup>250</sup>). Die Befugniß zu deren Ertheilung steht im allgemeinen demjenigen zu, welcher das Recht hat, eine unbedingte Investitur, beziehungsweise Reinfudation, zu ertheilen<sup>251</sup>), und sie ist daher, unter dieser Voraussetzung, insofern sie alsbald bei der ersten Lehenerrichtung in der einen oder anderen Weise geschah, unbedingt verbindlich auch für die Nachfolger des Verleihenden<sup>252</sup>). Der vasallitischen Familie gegenüber liegt deren Ertheilung, da sie völlig unbeschadet dem durch die erste Investitur begründeten Lehenverhältnisse geschieht, während der Dauer dieses Verhältnisses lediglich in der Willkür des Lehenherrn; auch ist die Einwilligung des besitzenden Vasallen, in Beziehung auf welchen sie demnach als ein ihm völlig fremdes Geschäft erscheint<sup>253</sup>), zu deren Gültigkeit nicht erforderlich<sup>254</sup>), wiewohl dieselbe in der Hinsicht von wesentlichem Nutzen für den Eventualbelehnten ist, daß sie den Consentirenden zur Unterlassung aller, außerdem in seiner Befugniß stehenden Handlungen zum Nachtheile der Rechte von Jenem für sich und seine Erben verpflichtet<sup>255</sup>), und insonderheit denselben gegen eine Veräußerung des Lehens sichert, die den Eintritt der Bedingung, unter welcher ihm dasselbe errichtet ist, verhindern würde, welches für den Eventualbelehnten um so wichtiger ist, weil es nicht für ungewisshalt gehalten werden kann, ob demselben, wenn der Besitzer des Lehens die Einwilligung des Lehenherrn zu dessen Veräußerung erlangt hätte, eine Entschädigungsklage gegen letzteren zustehen<sup>256</sup>). Nicht unpassend stellt Schmalz<sup>257</sup>) das Verhältniß eines solchen, dem mit Zustimmung des besitzenden Vasallen die Eventualbelehnung ertheilt worden, dem eines Gesammtbelehnten gleich; von einer Coinvestitur bleibt jedoch auch eine solche, mit Zustimmung des Vasallen erfolgte, Eventualbelehnung darin unterschieden, daß das dadurch begründete Recht immer nur ein künftiges

249) Páß a. a. D. §. 63. Weber a. a. D. Th. IV, §. 158. Mavr a. a. D. §. 71.

250) Eichhorn a. a. D. §. 239.

251) Mavr a. a. D. §. 73. Schmalz a. a. D. §. 621.

252) Böhmer, in elect. iur. feud. T. II. nr. V. §. 17.

253) Schmalz a. a. D.

254) II. F. 26. §. 2. Roscher, comm. de vi investiturae event. et expectativae, quibus accessit vasalli principalis consensus. (Gött. 1797.) §. 10. Vgl. auch Reiche, comm. quaenam sit vis investiturae event., accedente vasalli princ. consensu impetrata. Gött. 1797.

255) Die einzelnen hierher gehörigen Fälle führt Roscher, l. c. §. 31 sq., näher aus.

256) Páß a. a. D. §. 129. Eichhorn a. a. D. §. 220.

257) K. a. D. §. 622.

und bedingtes ist<sup>258</sup>). Die rechtliche Wirkung der Eventualbelehnung ist im allgemeinen ganz die nämliche, wie bei jeder gewöhnlichen Belehnung, und nur durch die hinzugefügte Bedingung in der Geltendmachung beschränkt<sup>259</sup>). Sie besteht insonderheit in Beziehung auf den Lehenherrn und dessen Nachfolger darin, daß, wenn der Aperturfall sich noch bei dessen Lebzeiten ereignet, so wie er selbst, auch alle seine Nachfolger ohne Unterschied, daran gebunden sind<sup>260</sup>); zweifelhafter ist, ob, wenn jener Fall erst nach des Ertheilers Tode eintritt, außer denjenigen Nachkommen, welche alle seine Handlungen nach Art der Erben als eigene erfüllen müssen (Universalsuccessoren), deren Verbindlichkeit zur Anerkennung der Eventualbelehnung unbestritten ist, auch dessen Singularsuccessoren daran gebunden sind, was Páq selbst für den Fall der von Seiten des besitzenden Vasallen erfolgten Einwilligung in Abrede stellt, (Eichhorn<sup>261</sup>), mit Bezugnahme auf I. F. 3.<sup>262</sup>), von der Voraussetzung abhängig macht, daß dem Eventualbelehnten der Mitbesitz unter Zustimmung des Vasallen eingeräumt worden sei, und Mayr unbedingt bejaht; es hängt dabei Alles in der Auslegung der schon gedachten Stelle I. F. 9., insonderheit davon ab, ob man die darin in Beziehung auf den successor clericus getroffene Bestimmung als bloßen Anwendungsfall der Regel von der Unverbindlichkeit der Eventualbelehnung für die Singularsuccessoren überhaupt betrachtet, oder darin eine bestimmte Unterscheidung zwischen dem successor laicus und clericus, und folgerweise für letzteren eine besondere Ausnahme der Regel von der Verbindlichkeit derselben, findet<sup>263</sup>); der ersteren Auslegungsweise scheint auch Phillips<sup>264</sup>) beizustimmen. Jedenfalls kann alles dieses, dem Obigen zufolge, nur von einer solchen Eventualbelehnung gelten, welche in Beziehung auf ein Lehen geschah, an welchem zur Zeit ihrer Ertheilung den Agnaten schon ein Successionsrecht erworben war (feudum antiquum, oben S. 411). Inwiefern der Regierungsnachfolger eine von dem Landesherrn über einen nur in dieser Eigenschaft seiner Verfügung unterworfenen Gegenstand ertheilte Eventualbelehnung anzuerkennen habe, ist nach Grundsätzen des Staatsrechtes zu beurtheilen<sup>265</sup>). In Beziehung auf den Eventualbelehnten besteht die Wirkung dieser Belehnung vor dem Eintritte des Aperturfalles nur darin, daß derselbe sich gegen den Lehenherrn derjenigen persönlichen Rechtsmittel bedienen kann, welche die Erhaltung seines künftigen Rechtes am Lehen, und die Verhinderung aller gegen dasselbe

258) Páq a. a. D. Roscher l. c. §. 45. Reiche l. c. §. 22. 24.

259) Eichhorn a. a. D. §. 210.

260) I. F. 9. II. F. 35. Páq a. a. D. §. 130. Mayr a. a. D. §. 73. Eine ausführliche Erörterung der einschlagenden Stellen bei Roscher l. c. §. 14 sq. und Reiche l. c. §. 35 sq.

261) X. a. D. §. 220.

262) Bomit auch II. F. 26. §. 2. und II. F. 35. zu vergleichen ist.

263) Páq a. a. D. Rote V. Mayr a. a. D. Rote 5. Albrecht, die Gewere S. 286 fig.

264) X. a. D. II, S. 282.

265) Páq und Eichhorn a. a. D.

gerichteten Handlungen des Lehenherrn bezwecken; ob und wiefern demselben insonderheit ein Recht des Widerspruches gegen die Condonation eines Lehenfehlers, dessen rechtliche Folge der Verlust des Lehens für den Vasallen sein würde, zustehet, wird unter dem Art. Lehenanwartschaft näher erörtert werden. Den besitzenden Vasallen selbst aber, der mit dem Eventualbelehnten der Regel nach in gar keinem Rechtsverhältnisse steht, darf derselbe in der Ausübung aller seiner Befugnisse weder hindern, noch beschränken, sollte auch dadurch das künftige Eintreten der Bedingung ganz unmöglich gemacht werden, wonach die Befugniß des Besizers zu Veräußerungen, Verpfändungen, Appropriationen u. s. w. zu beurtheilen ist<sup>266</sup>); hätte jedoch derselbe seine besondere Einwilligung in die Eventualbelehnung erteilt, so stehen dem Eventualbelehnten wider ihn dieselben Rechtsmittel, wie gegen den Lehenherrn, zu<sup>267</sup>). Nach dem Eintritte des Aperturfalles erlangt dieselbe ganz die Eigenschaft einer unbedingten Investitur, es stehen daher dem Eventualbelehnten ganz dieselben Befugnisse, wie aus einem solchen, und insonderheit eine dingliche Klage, sowohl gegen den Lehenherrn, namentlich auch auf Einräumung des Besizes, als gegen dritte Personen (oben S. 406), zu<sup>268</sup>). Der Eventualbelehnte hat nunmehr die, ihm vorher bei bloßen Veränderungen in der herrschenden oder dienenden Hand gemeinrechtlich<sup>269</sup>) nicht obliegende, Verbindlichkeit, um Renovation der Investitur (eigentlich Verwirklichung der schon früher erhaltenen) innerhalb der gesetzlichen Frist nachzusuchen<sup>270</sup>). Das durch die Eventualbelehnung erworbene Recht geht, auch während es noch ein nur bedingtes ist, ebenso wie bei der unbedingten Belehnung, auf die lehensfähige Descendenz des Erwerbers nach den allgemeinen Grundsätzen von der Lehenfolge (hierin abweichend von dem Falle einer bloßen Anwartschaft) über<sup>271</sup>). Unter mehreren Eventualbelehnten, welche in einem Aperturfalle zusammentreffen, entscheidet das Alter<sup>272</sup>); über das Zusammentreffen von Eventualbelehnten mit Anwärtern ist der Art. Lehenanwartschaft zu vergleichen. Als Eventualbelehnungen sind auch die Erbverbrüderungen, wenn eine Investitur hinzugekommen ist, zu betrachten<sup>273</sup>). — Von der Eventualbelehnung unterscheidet sich die andere Gattung bedingter Investitur, die Provisionalbelehnung, dadurch, daß wie jene mit einer suspensi-

266) Páq a. a. D. §. 131 und Note z, wo zugleich Schriftsteller für eine abweichende Meinung angeführt sind.

267) Páq a. a. D.

268) Páq a. a. D. §. 131. Eichhorn a. a. D. §. 210. Mayr a. a. D. §. 73.

269) Wo nach Particularrecht ein Anderes stattfindet: Mayr a. a. D. Note 13, geschieht die Wahrnehmung dieser Obliegenheit durch einen Lehenträger: Eichhorn a. a. D. §. 222.

270) Páq und Mayr a. a. D. Phillips a. a. D. B. II, §. 210, S. 296.

271) Páq a. a. D. §. 130. Eichhorn a. a. D. §. 210 u. 220. Mayr a. a. D. §. 73. Phillips a. a. D. B. II, S. 281 u. 369.

272) Mayr a. a. D.

273) Phillips a. a. D. B. II, §. 227 a. C.

den, diese mit einer resolutiven Bedingung versehen ist, indem sie nämlich für den Fall ertheilt wird, daß in dem über das vasallitische Recht an einem Gute entstandenen Rechtsstreite der vorläufig Belehnte diese seine Rechte durchführen wird, wödingegen, wenn der angebliche Vasall unterliegt, die Belehnung keine Wirkung hat. Sie findet insbesondre Anwendung, wenn letzterer schon in possessorio den Sieg davon getragen hat<sup>274</sup>). Vgl. auch den Art. Lehenserneuerung. Außerdem geschieht auch die Belehnung eines Bevollmächtigten (oben S. 404) des Vasallen bisweilen nur provisorisch<sup>275</sup>).

Die durch das Lehenverhältniß begründeten Rechte und Verbindlichkeiten, selbst die lehensgesetzlichen, welche als durch den Lehenvertrag stillschweigend genehmigt betrachtet werden, sind ihrer Entstehung und ihrem Wesen nach rein conventionelle und von privatrechtlicher Natur<sup>276</sup>). Dieselben lassen sich betrachten zunächst in Beziehung auf die Lehenpersonen, Lehenherren und Vasallen, selbst; sodann in Beziehung auf andere, außer diesem Nexus stehende Personen, namentlich die Allodialerben und Gläubiger.

Der Inbegriff aller dem Lehenherrn, gegenüber dem Vasallen, zustehenden Rechte und Befugnisse, sowohl aus dem dinglichen Elemente des Lehenverhältnisses oder des demselben verbliebenen Antheiles an der Proprietät des Lehens, als aus dem persönlichen oder der Verpflichtung des Vasallen zur Lehenstreue, heißt die Lehenherrlichkeit, und es wird von dieser im allgemeinen, so wie von ihrer Stellung zur Lehenhoheit, nachher unter einem eigenen Artikel gehandelt werden. So viel aber die einzelnen unter derselben begriffenen Rechte betrifft, besteht vorerst die, dem persönlichen Elemente angehörige, Lehenstreue, vermöge deren der Vasall dem Lehenherrn eine besondere Anhänglichkeit und Ergebenheit schuldig ist, in der Verpflichtung desselben, überhaupt jede, die Person oder das Vermögen des Lehenherrn gefährdende oder die Achtung gegen ihn verletzende Handlung zu vermeiden, denselben gegen solche Handlungen Anderer mit Rath und That zu unterstützen und zu vertheidigen, ihm die gebührende Ehrerbietung zu erweisen und seinen Nutzen nach Möglichkeit zu befördern<sup>277</sup>). Als Handlungen, welche die Lehenstreue dem Vasallen verbietet, sind mehrere ausdrücklich in den Lehen Gesetzen bezeichnet<sup>278</sup>). Eine vollständige Aufzählung der in der Lehenstreue begriffenen Rechte und Verbindlichkeiten ist nach dem Charakter derselben, zufolge dessen sie hauptsächlich auf der Gesinnung be-

274) Ortloff a. a. D. S. 343. Rayr a. a. D. §. 71. Vgl. auch Páq a. a. D. §. 63. Phillips a. a. D. B. II, §. 210.

275) Ein Beispiel von dieser Art der Provisionalbelehnung theilt Böhmer, in obs. nr. IX. p. 251 sq., mit.

276) Böhmer l. c. §. 4. Klüber, öffentl. Recht des teutsch. Bundes §. 534, III. Aufst.

277) Páq a. a. D. §. 71. Weber a. a. D. Th. IV, §. 212. Eichhorn a. a. D. §. 214. Rayr a. a. D. §. 103.

278) I. F. 5. pr. II. F. 2. 22. 24 (S. 4. 8.). 32 33. (§. 4. 5.). 38.

ruht, nicht möglich<sup>279</sup>). Doch gehört dazu nicht auch die Verbindlichkeit, dem Lehenherrn Alimente zu reichen oder für denselben Schulden zu bezahlen<sup>280</sup>). Die Verpflichtung zur Lehenstreue liegt nicht allein dem besitzenden Vasallen, sondern auch den Eventualbelehnten und Gesammthändern, und dem Aftervasallen auch gegen den Oberlehenherrn, ob<sup>281</sup>). Die Erfüllung aller dem Vasallen vermöge der Lehenstreue obliegenden Pflichten gelobt derselbe mittelst des Lehenseides (*vassaticum* oder *vasallagium*)<sup>282</sup>), welchem insbesondre die Formel: dem Lehenherrn treu, hold und gewärtig zu sein, eigenthümlich ist<sup>283</sup>). Dieser Eid wird von dem Vasallen nicht allein bei der ersten Belehnung, sondern auch bei jeder Lehenerneuerung, sogleich nach empfangener Belehnung, geleistet<sup>284</sup>); dessen Ableistung bildet jedoch nur die regelmäßige Art und Weise der Uebernahme der Lehenstreue von Seiten des Vasallen, und gehört demnach zu den natürlichen Eigenschaften eines Lehens; es kann daher dieselbe auch erlassen werden, was in Ansehung der Lehenstreue selbst, als einer wesentlichen Eigenschaft, nicht geschehen kann, ohne den rechtlichen Begriff eines Lehens aufzuheben<sup>285</sup>). Daher bleibt, auch wenn in Folge einer besonderen Verabredung oder Gewohnheit die Eidspflicht überhaupt erlassen ist, welches insbesondre, wenn der Vasall höheren Standes als der Lehenherr ist, stattzufinden pflegt, die Verpflichtung zur Lehenstreue unverändert bestehen<sup>286</sup>), und auch im übrigen wird ein solches Lehen, welches Handlehen (*feudum iniuratum*) genannt wird, nach den rechtlichen Grundsätzen von jedem anderen Lehen beurtheilt<sup>287</sup>). Der Lehenseid kann gemeinrechtlich auch durch einen Bevollmächtigten abgelegt werden<sup>288</sup>). Ist der Vasall zur Zeit der Belehnung noch unmündig, so wird die Eidleistung bis zur Mündigkeit desselben aufgeschoben<sup>289</sup>). Sind mehrere Personen zugleich belehnt worden, so muß eine jede von ihnen den Lehenseid leisten<sup>290</sup>). Von dem Lehenseide ist der Unterthanen- oder Huldigungseid wohl zu unterscheiden<sup>291</sup>); ist der Vasall zugleich Unterthan, so hat er diese beiden Eide zu leisten, doch geht im Collisionsfalle die Unterthanenpflicht der Lehenspflicht vor<sup>292</sup>). Die Verletzung der Lehenstreue, und insonderheit des

279) *Mayr a. a. D. §. 42, Note 4.*

280) *II. F. 26. §. 16. Böhmer l. c. §. 220. Weber a. a. D. Th. IV, §. 220 u. 351.*

281) *Mayr a. a. D. §. 103.*

282) *II. F. 5—7.*

283) *Pellbach a. a. D. S. 177. Phillips a. a. D. B. II, §. 194.*

284) *Pdß a. a. D. §. 72. Mayr a. a. D. §. 103.*

285) *Weber a. a. D. Th. IV, §. 216. Phillips a. a. D. B. II, S. 216 flg.*

286) *II. F. 47. Ortloff a. a. D. S. 346, Note 63.*

287) *Weber, Mayr und Phillips a. a. D. Pagemann, von ungeschworenen oder Handlehen; in dessen jurist. Aufsätzen Abh. 4.*

288) *Pdß a. a. D. Sgl. oben S. 404.*

289) *Pdß a. a. D. Phillips a. a. D. B. II, §. 234.*

290) *Pdß und Mayr a. a. D.*

291) *Pdß a. a. D. §. 4, Note g.*

292) *Mayr a. a. D. Note 12.*

Lehensleibes, heißt Felonie, über welche und ihre rechtlichen Wirkungen der Art. Lehensfehler zu vergleichen ist. Als specielle Ausflüsse des bisher erörterten persönlichen Elementes der Lehensherrlichkeit oder als einzelne Bestandtheile desselben werden sodann vorzugsweise genannt: die Lehensgerichtsbarkeit und Lehensvormundschaft, beide mehr in der Eigenschaft von Befugnissen des Lehensherrn, der Lehensdienst und die Lehenserneuerung, mehr aus dem Gesichtspunkte von Verpflichtungen des Vasallen gegen den Lehensherrn. Allen diesen Gegenständen werden hiernächst besondere Artikel gewidmet werden. — In Beziehung auf das dingliche Element der Lehensherrlichkeit, oder die aus dem Antheile des Lehensherrn an der Proprietät des Lehens zustehenden Rechte, muß im allgemeinen von dem Grundsätze ausgegangen werden, daß nach der besonderen Natur des getheilten Eigenthums, worauf das Lehensverhältniß beruht, keine der Lehenspersonen über das gesammte Lehengut, aber auch nicht einmal über ihren Antheil an der Proprietät, wegen der für die Ausübung dieser letzteren sowohl aus der Theilnahme des Anderen an derselben, als aus den damit verbundenen persönlichen Verpflichtungen hervorgehenden Beschränkung, einseitig zu verfügen berechtigt sei<sup>293</sup>). Inwiefern nun hiernach der Lehensherr zur Veräußerung seiner Lehensherrlichkeit im Ganzen oder theilweise befugt sei, wird unter dem Art. Lehensveräußerung näher erörtert werden; die besondere Anwendung auf die Befugniß desselben zur Aferbelehnung kam oben (S. 409) vor. Von sonstigen dem Lehensherrn in Beziehung auf das Lehengut, dem Vasallen gegenüber, zustehenden Rechten sind hier vorzugsweise zu nennen: dessen Befugniß zur Einziehung des Lehens im Falle einer Veräußerung oder begangenen Felonie von Seiten des Vasallen, im ersteren Falle insonderheit auch mittelst Ausübung des Retractus (s. die Art. Lehensveräußerung und Lehensfehler), sodann zu solchen Verfügungen über das Lehen, welche ohne Schmälerung der vasallitischen Rechte vorgenommen werden können, also namentlich solchen, die sich auf den künftigen Fall der Apertur beziehen, wie Mitbelehnungen und Eventualbelehnungen<sup>294</sup>), von welchen oben bereits gehandelt worden ist, und Anwartschaften, wovon noch ein eigener Artikel vorkommen wird. Mayr nennt, als einen jedoch nur selten vorkommenden Fall, auch das Recht zu Lehensvisitationen bei vorkommenden Deteriorationen (s. den Art. Lehenssonderung); das wichtigste unter jenen Rechten ist aber das auf den Rückfall des Lehens im Falle der gänzlichen oder zeitlichen Erlebigung desselben, in Folge dessen der Lehensherr als Eigenthümer über jenes verfügen, und dann auch sein Recht gegen jeden Dritten geltend machen kann<sup>295</sup>).

Auch die für den Vasallen durch das Lehensverhältniß begründeten Rechte und Verbindlichkeiten sind wesentlich verschieden mit Rücksicht

293) Pdg a. a. D. §. 124.

294) Pdg a. a. D. §. 126. Eichhorn a. a. D. §. 218. Mayr a. a. D. §. 116.

295) Eichhorn und Mayr a. a. D.



auf das persönliche und dingliche Element dieses Verhältnisses: a) vermöge des aus dem ersteren entspringenden Anspruches des Vasallen auf Lehenstreue von Seiten des Lehensherrn liegen diesem im allgemeinen die nämlichen Verpflichtungen gegen jenen ob, welche der Vasall ihm gegenüber zu erfüllen hat<sup>296</sup>), nur mit Vorbehalt derjenigen Modificationen, welche die untergeordnete und abhängige Stellung, in welcher der Vasall sich zu dem Lehensherrn befindet, von selbst mit sich bringen<sup>297</sup>), so daß, wie Eichhorn<sup>298</sup>) sich ausdrückt, der Vasall nicht alle die einzelnen Obliegenheiten, die für ihn aus der Lehenspflicht entspringen, auch umgekehrt als Recht geltend machen kann. Auf diese Eigenthümlichkeit der Lehenstreue des Lehensherrn gründet sich die Bezeichnung der letzteren als Lehenprotection, als deren speciellen Gegenstand Schmalz<sup>299</sup>) Enthaltung von aller Verletzung Leibes und Lebens, Gutes und Ehre, und Schutz im Genusse und Besitze des Lehens, bezeichnet. Auch der Lehensherr begeht eine Felonie, wenn er sich einer Verletzung der Lehenstreue schuldig macht. Die diesem Rechte des Vasallen auf Lehenstreue gegenüberstehenden Verbindlichkeiten desselben ergeben sich von selbst aus der obigen Darstellung der für den Lehensherrn aus dem Verhältnisse wechselseitiger Lehenstreue begründeten Rechte (oben S. 419 fig.). b) Mit Rücksicht auf das dingliche Element des vasallitischen Verhältnisses, oder das demselben zustehende dominium utile, beziehen sich die hierin begründeten Rechte und Verbindlichkeiten theils auf den Antheil des Vasallen an der Proprietät des Lehens, theils auf die ihm ausschließlich zukommende Benutzung desselben. Als Inhaber eines Antheiles an der Proprietät hat der Vasall nicht allein den juristischen Besitz des Lehens und seiner Zubehörungen, sondern auch ein, wenn gleich in mancher Hinsicht beschränktes, Verfügungsrecht über die Substanz desselben; namentlich darf er wesentliche Veränderungen mit der Gestalt der ihm verliehenen Sache vornehmen, dieselbe auch mit dinglichen Rechten und Servituten beschweren, deren bleibender Bestand dem Lehensherrn gegenüber erst bei dem Heimfalle in Frage kommt<sup>300</sup>). Es steht ihm sogar die, jedoch nur unter Mitwirkung des Lehensherrn auszuübende, Befugniß zur Veräußerung und Verpfändung seines nutzbaren Eigenthums zu, worüber die betreffenden Artikel nachzusehen sind. Rücksichtlich seiner letztwilligen Verfügungen treten, insofern der Gegenstand derselben unter den Gesichtspunkt einer Veräußerung fällt, die von einer solchen überhaupt geltenden Grundsätze ein<sup>301</sup>). Außerdem gilt es, da das gemeinrechtliche Princip der Erblichkeit sich auf die Intestaterbfolge beschränkt, als gesetzliche Regel, daß testamentarische Verfügungen über das Lehen dem Vasallen untersagt, und daher ohne rechtliche Wirkung

296) H. F. 6.

297) Pá§ a. a. D. §. 90. Mayr a. a. D. §. 118.

298) X. a. D. §. 221.

299) X. a. D. §. 586.

300) Birkler a. a. D. S. 164.

301) Phillips a. a. D. B. II, §. 227.

sind<sup>302</sup>). Diese Regel findet ordentlichweise, und so lange nicht eine besondere Ausnahme erweislich ist, Anwendung auf jede Gattung der Lehen, auch die neuen, die veräußerlichen und die Erb-lehen, so wie auf alle Formen letztwilliger Verfügungen<sup>303</sup>). Die neueren Schriftsteller wollen jene Unwirklichkeit unbedingt nur, insofern die Verfügung zum Nachtheile des Lehenherrn gereicht, zulassen, dagegen nicht auch von letztwilligen Verfügungen bloß zum Nachtheile der Lehenfolger das Nämliche gelten lassen<sup>304</sup>), in Beziehung auf welche dann, insofern sie Agnaten sind, die zufällige Verbindung der Lehen- und Allodialfolge eben so viel wirken müsse, als die nothwendige bei den Söhnen (s. den Art. Lehen-succession), sofern der Erbe im Allodium um so viel honorirt, wie im Lehen belastet, sei<sup>305</sup>). Indessen läßt sich nicht verkennen, daß dem ganz allgemein und bestimmt gefaßten Ausspruche in der erstgedachten Stelle. (I. F. 8. pr.): *nulla ordinatione defuncti in feudo inane vel valente, nicht ohne Zwang eine solche beschränkte Deutung*<sup>306</sup>) beizulegen sei<sup>307</sup>). Daher nimmt auch Páq an, daß testamentarische Verfügungen des Vasallen über das Lehen schlechthin nichtig seien, mögen diese nun zum Besten fremder, oder auch folgeberechtigter, aber noch nicht zur Ordnung der Succession berufener, Personen errichtet sein, und selbst durch die Coexistenz der Erbenqualität der wahre Lehenfolger zu ihrer Anerkennung nicht verpflichtet werde; es sei denn, daß dieser seine Einwilligung dazu ertheilt habe, in welcher Hinsicht bei den zum Besten eines Gliedes der Lehenfamilie getroffenen Verfügungen der bloße Beitritt der näheren Successoren genüge, so daß eine testamentarische Abänderung der Erbfolgeordnung zu ihrer Gültigkeit auch nicht einmal der lehensherrlichen Concurrenz bedürfe<sup>308</sup>). Außer dem Falle der Einwilligung hält Schmalz<sup>309</sup>) selbst diejenigen Lehenfolger, welche zugleich Allodialerben sind, sogar an solche letztwillige Verordnungen, welche sich darauf beschränken, die Verhältnisse des Lehens zu ordnen, ohne es selbst an Fremde zu bringen, nur insofern gebunden, als denselben für die ihnen dadurch entgehenden Lehenfrüchte ein Ersatz aus dem Allodium zu Theil wird. Auch darüber, ob, wenn das Lehen als Legat einer fremden Person hinterlassen worden, der Erbe wenigstens zur Leistung

302) I. F. 8. pr. II. F. 9. §. 1. II. F. 55. pr. Grändler a. a. D. §. 670.

303) Páq a. a. D. §. 146. In Beziehung auf die Neulehen wird die gegenbezügliche Ansicht vertheidigt von Weber a. a. D. Th. III, S. 169 fig.

304) Eichhorn a. a. D. §. 232. Mayr a. a. D. §. 130. Phillips a. a. D. B. II, §. 227.

305) Eichhorn a. a. D. Die mehreren verschiedenen Ansichten hierüber bei Mayr a. a. D.

306) Worüber insbesondere Eichhorn, a. a. D. Note c, zu vergleichen ist.

307) Brackenhoest, in diesem Werke Bd. V, S. 712, Note 69, will jene Stelle, indem er den Accent auf *inane* legt, nur von dem Falle verstehen, daß der Vater keine Anordnung auf gültige Weise getroffen habe, ohne jedoch diese, bloß beiläufig geäußerte, Ansicht näher zu begründen.

308) Páq a. a. D. §. 147.

309) A. a. D. §. 651.

des Werthes desselben verbunden sei, weichen die Meinungen der Rechtsgelehrten von einander ab, indem dieses von Eichhorn und Mayr bejaht, von Páq verneint wird<sup>310</sup>). Wäre etwa dem Vasallen die Testamentification über das Lehen besonders zugestanden, so tritt, wenn derselbe hiervon keinen Gebrauch macht, die gewöhnliche Lehenfolge, nicht die Allodialintestatsuccession, ein<sup>311</sup>). Von einer allgemeinen testamentarischen Verfügung, die Jemand über sein ganzes Vermögen trifft, ist jedoch das Lehen von selbst für ausgeschlossen, daher auch nicht für mitbegriffen unter einer Erbeneinsetzung überhaupt, zu halten<sup>312</sup>). Auf die allodialen Beistücke des Lehens erstreckt sich das Verbot der Testamentification überhaupt nicht; es kann daher der Vasall über nicht lehenbare Pertinenzien und Meliorationen freyverfügen<sup>313</sup>), eben sowohl also auch über die ihm schon erworbenen Lehenfrüchte, wovon sogleich weiter die Rede sein wird. Nach den bisher vorgetragenen Grundsätzen sind im allgemeinen auch die Erbverträge zu beurtheilen; mit fremden Personen in der Absicht eingegangen, um auf sie das Lehen oder ein Recht am Lehen zu übertragen, bedürfen sie also zu ihrer Gültigkeit der Einwilligung des Lehensherrn und aller Folgeberechtigten, wohingegen die unter den Mitgliebern der Lehenfamilie eingegangenen und auf diese beschränkten bloß durch deren Zustimmung Rechtsbestand erhalten; eigentliche Erbverbrüderungen bestehen nach den Grundsätzen von der Eventualbelehnung (oben S. 418) schon durch den lehensherrlichen Consens allein, ohne die Zustimmung der Agnaten zu bedürfen<sup>314</sup>). — Sodann hat der Vasall das selbstständige Recht, zur Wahrung und Verfolgung der ihm zustehenden Befugnisse sich aller sowohl gerichtlichen, als außergerichtlichen, possessorischn wie petitorischn, Rechtsmittel, welche dem Besizer beziehungsweise Eigenthümer zustehen, zu bedienen<sup>315</sup>), insbesondere sein dominium utile mit einer Quasivindication gegen jeden Dritten zu verfolgen<sup>316</sup>), was von Páq und Weber selbst auf den Fall, wo von dem Lehensherrn gewaltsam das Lehen occupirt worden, angewendet wird. Eben sowohl ist der Vasall befähigt, in einem über das Lehen erhobenen Vindicationsprozeße als Verklagter aufzutreten<sup>317</sup>), und kann dieß auch nicht einmal durch Benennung des Lehensherrn als seines Autors von sich abwenden<sup>318</sup>). In Beziehung auf die

310) Vgl. Weber a. a. D. Th. IV, §. 293.

311) Neumann, medit. iur. princ. priv. T. V. §. 482. p. 338.

312) Arg. II. F. 26. §. 17. II. F. 51. pr. Páq a. a. D. §. 146. Eichhorn und Mayr a. a. D.

313) Páq a. a. D. §. 147. Eichhorn a. a. D.

314) Páq a. a. D. §. 148. Eichhorn und Mayr a. a. D.

315) II. F. 43.; worüber überhaupt zu vergleichen ist: Páq a. a. D. §. 93. Weber a. a. D. Th. IV, §. 256. Eichhorn a. a. D. §. 224. Mayr a. a. D. §. 219.

316) II. F. 8. pr. II. F. 43.

317) Nach den vorangeführten Gesegstellen.

318) Es sei denn, daß er selbst auf das Lehen verzichtete: Phillips a. a. D. B. II, §. 222.

für das Lehen oder gegen dasselbe in Anspruch genommenen Servituten steht dem Vasallen der Gebrauch der confessorischen und negatorischen Klagen zu<sup>319</sup>). Da überhaupt bei der Ausübung dieser Befugniß zur Rechtsverfolgung der Vasall als der gesetzliche Vertreter des Lehensherrn und der gesammten Lehensfamilie angesehen wird, so hat der Ausgang des von ihm allein, wenn nur auf redliche Weise, geführten Processes für den Lehensherrn und die Lehensfolger ganz die Wirkung, als wenn gegen sie selbst das Erkenntniß rechtskräftig erlassen worden wäre, sofern nicht die Gründe der Entscheidung sich auf die Rechtssphäre des Prozeßführenden beschränken<sup>320</sup>). Der Vasall darf auch aus hinreichenden Gründen und ohne Collusion mit dem Gegner, einen Vergleich über das Lehen abschließen<sup>321</sup>), oder die Entscheidung der Sache einem Schiedsrichter überlassen<sup>322</sup>). Die Verbindlichkeit zur Streitverkündigung an den Lehensherrn ist nur insoweit anzunehmen, als davon der Anspruch des Vasallen auf Gewährleistung im Falle eines ungünstigen Ausgangs des Processes abhängt; nur in Beziehung auf einen abgeschlossenen Vergleich findet Eichhorn in der unterlassenen Denunciation an den Lehensherrn für diesen einen Grund zu dessen Rescission<sup>323</sup>).

Zu den aus dem Proprietätsrechte des Vasallen fließenden Befugnissen gehört auch dessen Anspruch auf die Accessionen des Lehenobjectes; doch ist hierbei zu unterscheiden: Von denjenigen Accessionen, welche ein Werk der Natur sind, incrementa feudi nach dem Ausdrucke der Lehensgesetze<sup>324</sup>), wie z. B. die Alluvion oder die in einem lehenbaren Flusse entstandene Insel, gilt es als Regel, daß dieselben nach dem allgemeinen Grundsätze, daß der Eigenthümer einer Hauptsache von Rechtswegen auch Eigenthümer alles desjenigen werde, was zu der Hauptsache als Nebensache hinzukommt<sup>325</sup>), dem Lehengute zuwachsen und mit diesem auf jeden Lehenbesitzer übergehen, wohingegen diejenigen, welche durch die Bemühung und den Aufwand des Vasallen hervorgebracht werden, nach dem von dem Allodium, so weit es mit dem Lehen verbunden ist, geltenden Rechte beurtheilt werden<sup>326</sup>). Die letztere Gattung begreift man unter dem Ausdrucke Meliorationen, und es wird davon weiter unter dem Art. Lehenfondation gehandelt werden. Ob ein auf dem Lehen gefundener Schatz dem Vasallen zugehöre oder dem Lehensherrn zufalle, ist unter den Rechtsgelehrten bestritten; We-

319) II. F. 8. pr. Schmalz a. a. D. §. 594.

320) Eichhorn und Phillips a. a. D.

321) II. F. 26. §. 21.

322) II. F. 15. §. 1. II. F. 34. pr. Conf. Stryk, de arbitro feudali. (VII. 34.)

323) Vgl. auch Globig l. c. obs. 8.

324) I. F. 4. §. 5. 6.

325) Radelbey, Lehrb. des röm. Rechtes B. II, §. 247, XII. Ausg.

326) Böhmer l. c. §. 348. Krüll a. a. D. §. 279. Pdg a. a. D. §. 171. Mayr a. a. D. §. 47, Note 10, und §. 142. Weber a. a. D. Th. IV, §. 348, vgl. mit §. 251.

ber<sup>327</sup>), Ortloff<sup>328</sup>) und Firkler<sup>329</sup>) bejahen, Mayr<sup>330</sup>) verneint solches; Eichhorn<sup>331</sup>) äußert sich darüber unentschieden. — Sodann steht dem Vasallen vermöge seines dinglichen Nutzungsrechtes, welches nicht bloß auf die Grenzen des gewöhnlichen, von der Proprietät getrennten Uusfructus im Sinne des römischen Rechtes zu beschränken, sondern dem Nutzungsrechte des Eigenthümers selbst im allgemeinen gleichzustellen ist<sup>332</sup>), die Befugniß zu, alle Nutzungen, welche das Lehen nach seiner physischen und rechtlichen Beschaffenheit gewährt, ordentliche und außerordentliche, natürliche und bürgerliche, so wie die Früchte der Accessionen und Pertinenzien, ausschließend zu erheben, und ebenso die darauf ruhenden Rechte und Gerechtigkeiten, namentlich Servituten, in öffentlichen sowohl als Privatverhältnissen, auszuüben, und auch selbst dergleichen für das Lehen zu erwerben, so wie diesem solche, jedoch ohne Präjudiz für den Lehensherrn, aufzulegen<sup>333</sup>). Die Erwerbung der Früchte geschieht durch deren Separation, in Folge deren sie sein allodiales Eigenthum werden; dieselben bilden daher einen tauglichen Gegenstand für die Execution wegen der Schulden des Vasallen. Er kann auch den Fruchtgenuß Anderen, namentlich mittelst Verpachtung<sup>334</sup>), für die Dauer seines Rechtes am Lehen überlassen, und selbst durch letztwillige Dispositionen über die Früchte, insofern dieselben seinen Allodialerben zufallen würden, verfügen<sup>335</sup>); der Vorbehalt, welchen Eichhorn hinzufügt: sofern der Erbe im Allodium so weit honorirt ist, dürfte nur auf Notherben Anwendung leiden; in Beziehung auf solche Früchte, die bei des Vasallen Tode noch nicht erhoben und auch noch nicht fällig sind, haben die zu deren Erhebung berechtigten Lehensfolger nur, insoweit sie zugleich Allodialerben sind, dergleichen Verfügungen anzuerkennen<sup>336</sup>). Als Correlat der Benutzung des Lehens liegt dem Vasallen die Verbindlichkeit ob, die öffentlichen und Privatlasten der Sache, sowohl ordentliche als außerordentliche, namentlich die darauf haftenden Zinsen und Steuern, ausschließlich zu tragen, auch für die Reparaturen derselben auf eigene Kosten zu sorgen<sup>337</sup>); für den durch außerordentliche Unglücksfälle nöthig gewordenen Aufwand zur Erhaltung des Lehens kann er jedoch nach den Grundsätzen von Meliorationen demnachst Ersatz fordern<sup>338</sup>). — Von gemischter Natur, theilweise in dem Proprietäts-

327) X. a. D. Th. IV, §. 352.

328) X. a. D. S. 362.

329) X. a. D. S. 165.

330) X. a. D. §. 119, Note 4.

331) X. a. D. §. 223, Note e.

332) Eichhorn a. a. D. §. 223. Ortloff a. a. D. S. 361, Note 73.

333) II. F. 3. pr. et §. 1.

334) II. F. 9. §. 1.

335) Eichhorn a. a. D. §. 232. Mayr a. a. D. §. 130.

336) Páq a. a. D. §. 147.

337) Ueberhaupt sind hierüber zu vergleichen Páq a. a. D. §. 91. Berger a. a. D. Th. IV, §. 251. Eichhorn a. a. D. §. 223. Mayr a. a. D. §. 119. Phillips a. a. D. S. II, §. 221.

338) Mayr a. a. D. §. 119 u. 150.

antheile des Vasallen, theilweise in dem Benutzungsrechte desselben, gegründet, ist dessen Befugniß, nicht bloß jeden Administrationsact, wodurch, unbeschadet der Substanz des Lehens, die bestmögliche Benützung des Lehensgegenstandes erzielt wird, vorzunehmen, sondern zu diesem Zwecke auch über das Lehen selbst, wenn nur die Substanz desselben nicht dadurch deteriorirt (zerstört oder wesentlich beschädigt) wird, zu verfügen<sup>339)</sup>. Der Vasall kann daher, unter dieser Voraussetzung, auch eine veränderte Bewirthschaftung des Lehengutes, wenn gleich dadurch einzelne Theile desselben eine andere Bestimmung erhalten, einführen, und die Errichtung von Gebäuden gehört zu den namentlich in den Gesetzen anerkannten Befugnissen<sup>340)</sup>. Hätte der Vasall sich einer nicht unbedeutenden Deterioration des Lehens schuldig gemacht, so kann dieß, vorausgesetzt daß der Lehensherr ihn zuvor ermahnt und mit dem Verluste des Lehens bedroht hat, sogar einen Privationsgrund abgeben; auch können sowohl der Lehensherr, als die Lehensfolger, sich wegen Verschlechterung des Lehens an die Allodialerben des Vasallen halten<sup>341)</sup>, von welchen beiden Fällen unten weiter die Rede sein wird. Die Verbindlichkeiten des Vasallen in dieser Beziehung lassen sich im allgemeinen als die eines treuen Verwalters bezeichnen<sup>342)</sup>.

Zur Ausübung der in dem Lehensverhältnisse begründeten Rechte und Verbindlichkeiten sind unter gewissen Umständen Andere, als die eigentlichen Lehenspersonen, berechtigt beziehungsweise verpflichtet, namentlich die Lehensträger im allgemeineren Sinne<sup>343)</sup> und die Lehensvormünder. Von Letzteren wird unter einem besonderen Artikel gehandelt werden. Die Ersteren sind entweder Vertreter des Lehensherrn oder Vertreter des Vasallen, welche Letzteren Lehensträger im engeren Sinne genannt werden. Die Lehensträger haben, als solche, die in der eigentlichen Lehensherrlichkeit beziehungsweise dem vasallitischen Verhältnisse enthaltenen Befugnisse und Verpflichtungen zwar für die Lehenspersonen, aber kraft selbstständigen, von dem Willen der letzteren ganz unabhängigen, Rechtes in eigenem Namen auszuüben, so daß das Obereigenthum, beziehungsweise das vasallitische Recht, als der Substanz nach getrennt von der Befugniß zur Verwaltung und Ausübung derselben erscheint<sup>344)</sup>. Eine solche Stellvertretung in Betreff der Ausübung der lehensherrlichen Rechte und Verbindlichkeiten (prodominium) findet statt, wenn der Lehensherr zu der Lehensherrlichkeit nicht kraft eines ihm daran allein und ausschließlich zustehenden Privatrechtes berufen ist, sondern dieselbe vielmehr in Verbindung mit irgend einer

339) Páß a. a. D. §. 91. Mayr a. a. D. §. 119.

340) II. F. 28. §. 2. Eichhorn a. a. D. §. 223. Mayr a. a. D.

341) Eichhorn und Mayr a. a. D.

342) Schmalz a. a. D. §. 589.

343) Schröder, Abhandl. über die Lehensträger und Lehensvormünder. Leipz. 1801. Eine sehr ausführliche, mit vielen urkundlichen Nachweisungen allenthalben durchwebte Schrift.

344) Mayr a. a. D. §. 134. — Von uneigentlichen Lehensträgern bei Bürger- und Bauerlehen handelt insbesondre Schröder a. a. D. S. 435 flg.

Würde oder einem Amte, oder zugleich als Stellvertreter noch anderer Berechtigten, insonderheit einer moralischen Person, ausübt<sup>345</sup>). Dieses findet Anwendung bei Prälaten rücksichtlich der Kirchen- und Stiftsgüter, bei dem Seniorate in Beziehung auf die im Gesamt- oder Miteigenthume einer Familie stehenden Lehengüter, bei der Magistratur in Rücksicht städtischer Lehen<sup>346</sup>); in allen diesen Fällen richtet sich die Gewalt des prodominus im allgemeinen nach der Analogie eines Verwalters fremder oder gemeinschaftlicher Güter<sup>347</sup>), bei jeder einzelnen Art nach den Regeln, welche aus der verschiedenen Natur der Entstehungsgründe fließen<sup>348</sup>), und im Zweifel nach den Regeln des Lehenrechtes<sup>349</sup>). Bei Staats- und Hoheitslehen fällt das prodominium mit dem Besitze der Staatsgewalt, auf welche sich die Ausübung desselben gründet, zusammen, und wird dann prodominium sublimis genannt; die Grenzen der darin enthaltenen Gewalt werden durch die Bestimmungen der einzelnen Staatsverfassungen und Hausgesetze, mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Lehenobjecte, bemessen, und es ist daher insonderheit die Frage, ob einem teutschen Regenten an den Staatslehen ein prodominium oder die Lehensherrlichkeit selbst, wie man sie in Beziehung auf infeudirte Kammergüter demselben zugestehet, beizulegen sei, ohne practische Bedeutung<sup>350</sup>). Jene Stellvertretung in Beziehung auf die Ausübung der vasallitischen Rechte und Verbindlichkeiten (provasallagium), ein dem prodominium entsprechendes Verhältniß, findet als ein dem longobardischen Rechte fremdes Institut nur da statt, wo durch besonderes Lehenhofrecht diese Art der Vertretung erlaubt oder sogar vorgeschrieben ist, kommt jedoch als Institut des teutschen Rechtes sehr häufig vor, und setzt überhaupt eigene Lehensfähigkeit des Provasallen voraus, da dessen Function an die Stelle der persönlichen Erfüllung der Lehenspflicht durch den Vasallen tritt, daher ihm auch die Leistung des Lehensoides in eigenem Namen obliegt. Man unterscheidet bei solchen Lehensträgern zwischen nothwendigen und gewillkürten. Die ersteren sind erforderlich zur Vertretung der respectiv lehensunfähigen Vasallen, indem der Lehensherr durch die Lehensverleihung an einen solchen zwar auf die persönliche Leistung der Lehendienste von diesem, nicht aber auf die Leistung derselben überhaupt, verzichtet, namentlich der Frauenspersonen, Geistlichen, juristischen Personen und anderer, welchen eine bauernde Unfähigkeit die eigene Pflichterfüllung nicht gestattet; dergleichen zur Vertretung eines unmündigen Lehensfolgers, dessen Lehensträger der Lehensvormund ist.

345) Phillips a. a. D. B. II, §. 218. Conf. Stryk, de prodomino feudi directo. (XI. 256.)

346) Eichhorn a. a. D. §. 212. Mayr a. a. D. §. 134.

347) Pütz a. a. D. §. 43.

348) Nithin bei den Kirchenprälaten nach dem Umfange der ihnen über die Kirchengüter zustehenden Gewalt, bei dem Familienseniore nach Hausgesetzen und Herkommen, bei der Magistratur nach den statutarischen Bestimmungen und der Ohservanz; Eichhorn a. a. D. §. 212, Note g.

349) Eichhorn a. a. D. §. 212.

350) Eichhorn a. a. D. Mayr a. a. D. §. 136. Vgl. auch Weber a. a. D. Th. III, §. 86.

Beruhet das *provasallagium* insbesondere auf der Staatsgewalt, so wird es *sublime* genannt. Gewillkürte Lehensträger heißen die durch besondere Uebereinkunft bestellten, wie bei Lehen, die im Gesamts- oder Miteigenthume einer Familie stehen, wobei gewöhnlich einer der Mitbelehnten (der Senior oder *vasallus possessor*), welcher sie alle, die dadurch den Charakter einer moralischen Person annehmen, vertritt, die Stelle eines Lehensträgers erhält, so daß Jene nun nach Außen gleichsam als ein Vasall erscheinen. Bei Gesamtbelehnten konnte schon nach den Bestimmungen der teutschen Lehenrechtsbücher der Lehensherr die Bestellung eines Provasallen fordern, wozu die Verpflichtung jedoch in der Mitbelehnung nach longobardischem Rechte nicht begründet ist<sup>351</sup>). Ist ein Lehensträger bestellt, so geht auf ihn auch die Verpflichtung sämtlicher Mitbelehnten, die Lehenserneuerung für ihre Person nachzusehen, zunächst über, obwohl jene dadurch nicht außer aller Verantwortlichkeit kommen. Unwiderruflichkeit ist nicht als wesentliche Eigenschaft des Provasallagiums zu betrachten. Eine Pflichtverletzung von Seiten des Lehensträgers ist in der Regel nicht die Person des Vasallen selbst, begründet jedoch für jenen eine, die Erlöschung seines Verhältnisses nach sich ziehende, Felonie; übt derselbe die Lehensträgerschaft als Vorstand einer moralischen Person vermöge dieser Eigenschaft aus, so hat dessen Felonie die Folge, daß, so lange er sich im Amte befindet, jener das Lehen entzogen wird<sup>352</sup>). Daß, wenn dem *prodominus* oder *provasallus* eigene Rechte an dem Lehen erworben werden, dieselben von denen, welche er in jener Eigenschaft ausübt, völlig gesondert bleiben müssen, versteht sich von selbst<sup>353</sup>). Von den Lehensträgern im allgemeineren Sinne unterscheiden sich die Lehenssubstituten oder Lehensanwälte, deren Verhältniß nach den von gewöhnlichen Bevollmächtigten geltenden allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist. Deren Bestellung ist überall zulässig, wo nicht dem Vasallen die Leistung der Lehenspflicht in Person obliegt; sie werden regelmäßig nur im Falle eines vorübergehenden Bedürfnisses oder einer momentanen Verhinderung ernannt, sind nur ihren Vollmachtgebern, welche der eigenen Verantwortlichkeit dadurch nicht überhoben werden, verpflichtet, und brauchen nicht selbst lehensfähig zu sein. Bei der Ausübung der ihm übertragenen Functionen hat ein solcher sich durch eine besondere Vollmacht zu legitimiren, und wenn er insonderheit die Belehnung im Namen seines Vollmachtgebers empfängt (oben S. 404 und 420), so hat er nur in dessen Seele den Lehens Eid auszusprechen<sup>354</sup>).

351) Schmalz a. a. D. §. 556.

352) Bötan Wap, a. a. D. §. 135 flg., die Behauptung der Unangemessenheit des Ausdruckes *provasallagium* (wie auch *prodominatum*) für die Vertretung der moralischen Personen in ihren Lebensverhältnissen durch ihre Vorstände, worin auch Phillips, a. a. D. B. II, §. 220, ihm beistimmt, knüpft, jedoch der Beibehaltung des deßfalligen Sprachgebrauches nicht entgegen ist. Weber, a. a. D. Th. III, S. 67, nennt dagegen solche Vertreter sogar Provasallen im eigentlichen Sinne.

353) Schmalz a. a. D. §. 783.

354) Ueber das Verhältniß der Lehensträger und Lehensbevollmächtigten



Die in dem Lehenverhältnisse begründeten Rechte und Verbindlichkeiten in Beziehung auf andere Personen, als die in dem Lehennerus selbst begriffenen, kommen zunächst gegenüber den Allodialerben in Betracht, unter welchen man in einem allgemeineren Sinne alle diejenigen, der vasallitischen Familie angehörigen, Personen versteht, welche zwar in dem gemeinrechtlichen Verhältnisse von Erben zu dem Vasallen, beziehungsweise dessen Vorbesitzer oder Nachfolger, stehen, auf Theilnahme an dem Lehenbesitze oder der Lehenfolge aber keinen Anspruch haben. Zwar kann es sich zutragen, daß der Allodialerbe zugleich Lehenfnachfolger ist, und also beide Successionsarten in derselben Person zusammenstreffen; auch dann müssen jedoch diese beiden, als auf wesentlich verschiedenen Titeln beruhend, in der Rechtsidee völlig getrennt gehalten werden<sup>355</sup>), selbst da, wo die Verbindung der Allodial- mit der Lehenfnsuccession auf gesetzlicher Nothwendigkeit beruht, wie solches namentlich bei Descendenten der Fall ist. Fällt die Allodial- und Lehenfnsuccession verschiedenen Personen zu, so tritt eine genaue Sonderung des Allodialnachlasses von den zum Lehen gehörigen Gegenständen ein. Den Allodialerben als solchen stehen jedoch gewisse Ansprüche an den Lehenbesitzer oder Lehenfnfolger zu, welche derselbe aus dem Lehen und dessen Einkünften zu befriedigen hat. Dahin gehört zunächst die Verbindlichkeit zur Alimentation der wegen körperlicher oder geistiger Mängel von der Theilnahme am Lehen ausgeschlossenen Mitglieder der vasallitischen Familie; auch werden dahin gerechnet die Ansprüche auf Unterhalt und Brautshag für die Wöchter, Witthum und Leibgebing für die Wittwen, Pflichtheil und Collation bei Neulehen<sup>356</sup>); endlich kommt dabei auch die schwierige Frage, inwiefern die Allodialerben berechtigt sind, von dem Lehenfnfolger den Ersatz solcher Lehenfnschulden, die von ihrem Erblasser oder von ihnen selbst bezahlt worden, zu begehren<sup>357</sup>), in Betracht. Ueber alle diese Verhältnisse und Ansprüche wird das Nähere unter den Artikeln Lehenfnschulden, Lehenfnsonderung und Lehenfnsuccession vorkommen. Gleichergestalt wird über die Rechte und Verbindlichkeiten der Lehenbesitzer gegen Gläubiger der Vasallen das Nöthige unter den Artikeln Lehenfnschulden und Lehenfnverpfändung vorgetragen werden. Zu den Verhältnissen der Lehenfnpersonen gegen Andere, die nicht im Lehennerus begriffen sind, kann man auch dasjenige rechnen, worin jene zu dem Inhaber der Lehenfnhoheit stehen; darüber wird der Art. Lehenfnherrlichkeit und Lehenfnhoheit nähere Auskunft geben.

Die Beendigung des Lehenfnverhältnisses kann auf verschiedene Art erfolgen, je nachdem davon die Aufhebung dieses Verhältnisses in

sind überhaupt zu vergleichen P ä g a. a. D. §. 43 u. 50. Weber a. a. D. Th. III, §. 84 flg., §. 100, S. 65 flg. Eichhorn a. a. D. §. 212 u. 222. W a y r a. a. D. §. 134 flg.

355) P ä g a. a. D. §. 118, 149.

356) P ä g a. a. D. §. 149—154. Eichhorn a. a. D. §. 362.

357) Weber a. a. D. Th. IV, §. 321.

Beziehung auf die sämmtlichen Lehenpersonen, oder nur in Beziehung auf den einen Theil, den Lehenherrn oder die Vasallen, die Folge ist. Von einem diesen drei Aufhebungsarten gemeinschaftlichen Rechtsgrunde, der Verjährung, wird unter dem allgemeinen Art. Lehenverjährung das Nähere vorkommen. Außerdem gelten von jeder einzelnen die nachstehenden Grundsätze: 1) Für die sämmtlichen Lehenpersonen erlischt das Lehenverhältniß nach der Natur eines solchen, dessen Fortdauer durch das Dasein eines Rechtes an einer Sache bedingt ist, mit allen seinen Wirkungen: durch den gänzlichen Untergang des Lehenobjectes, indem, wenn nur ein Theil desselben noch übrig wäre, durch diesen die Lehenverbindung fortgesetzt werden würde<sup>358</sup>); ferner durch die Auflösung des Rechtes des Lehenherrn an dem Lehen aus einem ursprünglich vorhandenen und in der Natur des Verhältnisses liegenden Grunde, wie namentlich, wenn jenes Recht ein an sich widerrufliches war<sup>359</sup>), was jedoch auf die Fortdauer von Asterlehen nach dem Abgange dessen, von welchem solche verliehen worden, keine Anwendung leidet<sup>360</sup>); sodann durch den Verkauf des Lehens in der Eigenschaft als Allod an einen Dritten, welcher nicht im Lehenverhältnisse stand, mit Einwilligung sämmtlicher Lehenpersonen; würden nur einige, z. B. die nächsten Lehenfolger, ihre Zustimmung geben, so wäre die Aufhebung des Lehenverhältnisses nur eine temporäre, bis dahin, wo das Recht der nicht einwilligenden Familienglieder zur Wirksamkeit gelangte; ob auch mit dem Verkaufe eines veräußerlichen Lehens die Folge der Aufhebung des ganzen Lehenverhältnisses verbunden sei, davon wird unter dem Art. Lehenveräußerung das Weitere vorkommen. Bei dem Eintritte eines dieser Gründe der Beendigung des Lehenverhältnisses hört nun nicht allein das Obereigenthum des Lehenherrn und das nupbare Eigenthum des Vasallen von selbst auf, sondern es erlöschen zugleich alle damit verbundenen persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten<sup>361</sup>). — 2) Die durch Aufhebung des Lehenverhältnisses in Beziehung auf den Lehenherrn erfolgende Vereinigung beider Bestandtheile des gesammten Eigenthums in der Hand des Vasallen wird Appropriation, und insbesondere, wenn sie durch Abtretung der lehensherrlichen Rechte an den Vasallen geschah, Allodification genannt. Ueber Beides ist der Art. Lehenverwandlung zu vergleichen. — 3) Die Aufhebung des Lehenverhältnisses in Beziehung auf den Vasallen schließt eine Vereinigung der beiden Bestandtheile des getheilten Eigenthums in der Person des Lehenherrn in sich und wird Consolidation genannt, wodurch also das unbeschränkte Eigenthum des letzteren hergestellt wird, sofern nicht dessen Obereigenthum selbst lehenbar ist, und demzufolge zwischen demselben und dem Oberlehenherrn ein fortdauerndes Verhält-

358) P ä g a. a. D. §. 174. Mayr a. a. D. §. 157. Phillips a. a. D. B. II, §. 244.

359) Mayr a. a. D. Eichhorn a. a. D. §. 238.

360) P ä g a. a. D. §. 175.

361) P ä g a. a. D. §. 177.

nif getheilten Eigenthums bestehen bleibt. Auch von dieser Aufhebungsart, und, als besonderem Grunde derselben, von der Resutation des Lehens Seitens des Vasallen, wird unter dem Art. Lehensverwandlung speciell gehandelt werden.

Nach dieser allgemeinen Darstellung der von dem Lehensverhältnisse nach seinem Begriffe und seinen Bestandtheilen, seiner Entstehung, seinen Wirkungen und seiner Beendigung, geltenden Rechtsgrundsätze in doctrineller Form wird es nicht als ungeeignet erscheinen, daß bei den einzelnen Hauptmaterien des Lehenrechtes, welche einer ausführlicheren und selbstständigen Erörterung bedürfen, die diesem Werke überhaupt eigenthümliche Methode der alphabetischen Anordnung befolgt werde.

**Lehensanwartschaft, *expectativa feudalis***<sup>1</sup>). Darunter versteht man die Verleihung eines Rechtes auf die künftige Lehenerrichtung für den Fall der Eröffnung eines Lehens. Ist bereits ein Anwärter vorhanden, und sie wird auf den Fall, daß dieser vor der Lehenerröffnung ohne Lehensterben mit Tode abgehen sollte, ertheilt, so wird sie *Superexpectanz* genannt<sup>2</sup>). Die Verleihung einer Anwartschaft kann sowohl mittelst Vertrages, als durch einen letzten Willen, sowohl ausdrücklich, als stillschweigend, welches letztere aus der Einwilligung des Lehenherrn in den Verkauf des Lehens gefolgert wird<sup>3</sup>), geschehen. Sie ist verschieden nach ihrem Gegenstande, je nachdem dieser in einem bestimmten oder in dem zuerst vacant werdenden, nur der Gattung nach bestimmten, Lehen besteht (*exp. specialis* und *generalis*); nach Verschiedenheit des Aperturfalles (s. den Art. Lehenverwandlung), je nachdem dieß ein speciell benannter (Tod, Felonie, Resutation), oder nicht, ist (*exp. determinata* und *indeterminata*); endlich nach der Verschiedenheit des dadurch begründeten Rechtes, je nachdem dieß ein bloß persönliches oder zugleich dingliches ist (*exp. simplex* und *qualificata*); die letztere insbesondere nimmt jedoch, da sie durch das Hinzukommen einer wirklichen Belehnung noch vor dem Aperturfalle bewirkt wird, dadurch völlig die rechtliche Natur einer Eventualbelehnung an<sup>4</sup>), und es ist insofern

1) Die bedeutenderen Schriften hierüber sind: G. L. Böhmer, *electa iur. feud. T. II. Exerc. V. de indole et natura expectativae feudalis; Ex. VI. de obligatione successoris ex expectativa feudali antecessoris*. Nettelblatt, *diss. I. de successione in expectativam feudalem*. Hal. 1750.; *diss. II. de successione expectativariorum in feudum apertum*. Hal. 1752. Becmann, *diss. de expectativis feudalibus earumque collisione*. Gött. 1753. Zwierlein, *Rebenstunden Th. I. Abh. 1, 2, 4, 5, 6*.

2) *Mayr a. a. D. §. 73, Note 1. Püttmann, de superexpectantia, in obs. iur. feud. cap. 21.*, theilt einen solchen Fall aus dem wirklichen Lehen mit.

3) Böhmer l. c. *Ex. V. §. 14 sq.*

4) *Päq a. a. D. §. 132. Eichhorn a. a. D. §. 220*; daher Hoppenstedt, in der sogleich anzuführenden Abhandlung §. 3, selbst den Namen einer Anwartschaft als unpassend für ein solches Geschäft bezeichnet.

ganz richtig, wenn Pá § in den Begriff der Anwartschaft im eigentlichen Sinne das Merkmal der Verleihung eines persönlichen Rechtes aufnimmt; aber consequenter wäre es dann auch, in der einfachen Expectanz-ertheilung mit Phillips<sup>5)</sup> nur ein pactum de infeudando, als nach der Vorstellungsweise der beiden S. 432, Note 4, genannten Schriftsteller einen bedingten Lehensvertrag, zu finden<sup>6)</sup>. Der wesentlichen Verschiedenheit der Eventualbelehnung von der Lehensanwartschaft rücksichtlich ihres dinglichen beziehungsweise blos persönlichen Charakters wurde bereits oben (S. 415) gedacht. Daß dieser letztere auch nicht durch die mit der Expectanzzertheilung verbundene Erklärung des Lehensherrn, dadurch ein dingliches Recht verleihen zu wollen (ohne wirkliche Investitur), abgeändert werde, hat Zwierlein<sup>7)</sup> besonders ausgeführt. — Die Befugniß zur wirksamen Ertheilung einer Anwartschaft ist beschränkt durch die Zustimmung der Agnaten des beanwartenden Lehensherrn, insofern diese nicht zu denjenigen Nachfolgern des letzteren gehören, welche an dessen Handlungen gebunden sind<sup>8)</sup>; der Einwilligung des besitzenden Vasallen und seiner Agnaten bedarf es hingegen nicht<sup>9)</sup>, da ja dem Anwärter die Belehnung nur auf den Fall der Lehensöffnung, mithin auf einen solchen, wo das Recht aller vorhergehenden Vasallen an dem Lehen erloschen ist, zugesichert wird<sup>10)</sup>; doch ist die Einholung der Zustimmung des ersteren insofern dem Expectativirten nützlich, als dieser dadurch ein Widerspruchsrecht gegen etwaige seine Ansprüche beeinträchtigende Handlungen des Agnaten<sup>11)</sup>, insonderheit gegen die, letzterem unter den geeigneten Voraussetzungen gestattete, Veräußerung des Lehens, und selbst für den Fall, daß dieselbe mit Bewilligung des Lehensherrn geschehen wäre, einen Anspruch auf vollständige Entschädigung, erlangt<sup>12)</sup>, wogegen die vindication durch den rein persönlichen Charakter der einfachen Expectative ausgeschlossen ist<sup>13)</sup>. Auch eine consentirte Expectanzzertheilung gewährt jedoch so wenig einen Anspruch an die Singularsuccessoren des Erthellenden<sup>14)</sup>, als sie gegen nicht consentirende Agnaten oder Gesamtbelehnte geltend gemacht werden kann, oder einen Vorzug bei dem Zusammentreffen

5) X. a. D. B. II, S. 210.

6) Pá § a. a. D. §. 52, Note d. Eichhorn a. a. D. §. 204. Ersterer bezeichnet die Anwartschaft sogar als den Hauptfall eines bedingten Lehensvertrages. Mayr nennt die Expectanz einen bedingten Lehensvertrag, gegenüber der Eventualbelehnung als bedingte Investitur; auch Z. Weiske, Abh. Nr. V, S. 82, definiert sie als Lehensvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung.

7) X. a. D. Abh. 5.

8) Zwierlein a. a. D. Abh. 2. Eichhorn und Mayr a. a. D.

9) Pá § a. a. D.

10) Böhmer exerc. V. §. 10. 31. Weber a. a. D. Th. IV, S. 136.

11) Böhmer, in elect. iur. feud. T. II. p. 471. Zwierlein, Abh. 6, §. 4.

12) Mayr a. a. D. §. 73. Auch behält dem Lehensherrn gegenüber Nettelbladt, in diss. II. §. 39., dem Anwärter seinen Anspruch auf den nach der Veräußerung eintretenden Aperturfall vor.

13) Roscher, de vi invest. event. etc. §. 48.

14) Auf welchen Fall Roscher, l. c. §. 4 u. 48., die oben (S. 417) angeführten Lehenrechtsstellen nicht für anwendbar hält.

mehrerer Anwärter begründet<sup>15</sup>). Das Recht aus einer Anwartschaft geht als Vertragsrecht in der Regel auf die lehensfähigen Descendenten des Empfängers über<sup>16</sup>), und zwar nach den Grundsätzen der gemeinrechtlichen Civilerfolge<sup>17</sup>), ohne daß es zu dessen Erhaltung einer Renovation in den einzelnen vor der Apertur eintretenden Wechselfällen bedürfte, welches letztere selbst von der qualificirten Expectanz gilt<sup>18</sup>), da nicht einmal der Eventualbelehnte dazu verbunden ist (oben S. 418). Wird nach eingetretener Aperturfälle von mehreren Intestaterben des Anwärters zugleich Anspruch auf die Belehnung gemacht, so wird das Verhältniß ihrer Theilnahme nach der Zeit desjenigen Sterbefalles in der Familie des Anwärters, worauf sich ihr Erbrecht gründet, beurtheilt<sup>19</sup>). Vor dem Eintritte der Apertur kann der Expectivirte sich zur Sicherung und Erhaltung seines Rechtes der nach der Natur der Sache zulässigen persönlichen Rechtsmittel, wie Protestationen u. s. w., bedienen; nach der Lehenseröffnung kann er mit einer persönlichen Klage auf Ertheilung der Investitur dringen<sup>20</sup>). Ueber das wirkliche Eintreten des Falles, wo die in der Anwartschaftsertheilung enthaltene Zusicherung der Belehnung zu realisiren ist, entscheidet zunächst die Beschaffenheit derselben als *expectativa generalis* oder *specialis*, *determinata* oder *indeterminata*. Unter der letzteren ist in der Regel eine jede der oben genannten Arten der Apertur für begriffen zu halten<sup>21</sup>), und es entsteht dabei nur die Frage, ob im Falle der Felonie dem Lehensherrn die Befugniß der Verzichtleistung auf sein Privationsrecht zum Nachtheile des Anwärters zuzugestehen sei, was Eichhorn dadurch, daß er letzterem ein delfalliges Klagrecht versagt, bejahend entscheidet, Weber<sup>22</sup>) hingegen auf die Voraussagung beschränkt, daß nicht die Lehensprivation schon von Rechtswegen eingetreten sei, indem hierdurch der Anwärter sofort mit deren Eintritte ein wohlverworbenes Recht auf die Belehnung erlangt habe, welches

15) Roscher l. c. §. 47 sq.

16) Böhmer l. c. ex. VI. §. 6. Schmalz a. a. D. §. 628. Eichhorn a. a. D.

17) Páq a. a. D. §. 133. Mayr a. a. D. Irrig ist es daher, wenn Schmalz a. a. D. sagt: Die Lehensanwartschaft vererbe sich unter den Erben des Expectivirten, wie das Lehengut selbst thun würde. Auch Nettelblatt, in diss. §. 21 u. 30 sq., gibt der Vererbung nach den Regeln der Lebensfolge, sowohl in Beziehung auf das Successionsrecht, als auf die Successionsordnung, den Vorzug; dagegen macht jedoch Becmann, l. c. §. 39., den sehr einleuchtenden Grund geltend: *successionem feudalem ius feudi, seu feudum acta constitutum, supponere.*

18) Böhmer, ex. V. §. 107. Nettelblatt, in diss. II. §. 46.

19) Nettelblatt, in diss. II. §. 50 sq.; womit auch Berger, diss. de *successione in feudum apertum expectantia promissum.* (Marb. 1736.) §. 3., zu vergleichen ist.

20) Mayr a. a. D. Ueber die einzelnen sowohl zur Sicherung der Anwartschaft vor dem Aperturfälle, als zur Geltendmachung desselben nach dessen Eintritt, dienenden Rechtsmittel gibt Becmann, in diss. cit. §. 34 sq., nähere Auskunft.

21) Eichhorn a. a. D. §. 220, S. 579. Mayr a. a. D. §. 73.

22) A. a. D. Th. IV, S. 142.

ihm einseitig nicht wieder entzogen werden könne. Jedenfalls steht dem Lehensherrn eine Verzeihung der Felonie zum Nachtheile des Anwärter alsdann nicht mehr zu, nachdem bereits ein Privationsbekenntniß erfolgt ist<sup>23)</sup>. Wenn aber auch eine solche Verzichtleistung von Seiten des Lehensherrn wirksam geschehen konnte, so bleibt dem Anwärter wenigstens sein Anspruch für den Fall einer weiteren Erledigung des Lehens vorbehalten<sup>24)</sup>. Die Erwähnung eines bestimmten Aperturfalles bei der Anwartschaftsertheilung aber, auch wenn es der, als regelmäßig eintretend vorauszusetzende, des Aussterbens der besitzenden Familie wäre, schließt die Benutzung derselben bei einem der sonstigen Fälle, und namentlich dem der Privation, aus<sup>25)</sup>; ob aber durch den früheren Eintritt eines anderen Aperturfalles vor dem in der Expectanztheilung begriffenen diese sofort erlösche, oder ob dem Anwärter sein Anspruch für das künftige Eintreten des in jener bezeichneten Falles vorbehalten bleibe, ist nicht unbestritten<sup>26)</sup>. Bei der generellen Anwartschaft steht zwar nicht schon vermöge derselben dem Anwärter das Optionrecht, oder die Befugniß, das zuerst eröffnete Leben von geringem Betrage in Hoffnung eines besseren vorbeigehen zu lassen, und einen weiteren Aperturfall abzuwarten, zu<sup>27)</sup>; doch findet man hißweilen eine solche Bestimmung in der Expectanztheilung ausgedrückt<sup>28)</sup>, welchen Fall man mit dem Ausdruck: Irrelehen bezeichnet<sup>29)</sup>. Die Geltendmachung des Rechtes auf Belehnung kann, sofern nicht eine, nach den Grundsätzen der Eventualbelehnung zu beurtheilende, qualifisirte Expectanz vorliegt, lediglich mittelst einer persönlichen Klage aus dem Vertrage<sup>30)</sup>, beziehungsweise durch die einem Legatar zustehenden Rechtsmittel, geschehen<sup>31)</sup>; daher steht, wenn in der Zwischenzeit eine Veräußerung des Lehens stattgefunden hat, dem Anwärter keinesfalls die Befugniß zur vindication desselben, sondern, unter den geeigneten Voraussetzungen, nur ein Anspruch auf Entschädigung gegen den Lehensherrn<sup>32)</sup>, wie in jedem Falle, wo durch dessen Verschulden die Jenem zugesicherte Belehnung unthunlich geworden ist<sup>33)</sup>, zu; das Recht des Lehensherrn, zur Verpfändung des Lehens durch den Vasallen seine Zustimmung zu ertheilen, kann jedoch, da dasselbe in dem durch die Expectanztheilung nicht veränderten Verhältnisse zwischen dem Lehensherrn

23) Böhmer, ex. V. §. 30.

24) Nettelblatt, diss. II. §. 27. Gegentheiligere Meinung ist jedoch Helffrich, in diss. sist. casus potiores extinctae expectativae. (Tüb. 1741.) §. 36.

25) Bauer, opusc. T. II. nr. 54. §. 11. Böhmer, ex. V. §. 28 sq.

26) Legteres behauptet Mascoy, in diss. de expectativis in fouda imp. (Lips. 1719.) §. 39.; ersteres Nettelblatt, in diss. II. §. 26. 40.

27) Schmalz a. a. D. §. 626.

28) Weber a. a. D. Th. IV, §. 141. Eichhorn a. a. D.

29) Rayr a. a. D. Rote 18.

30) Schmalz a. a. D. §. 625.

31) Eichhorn a. a. D.

32) Rayr a. a. D. hält den Lehensherrn in der Regel nicht zur Entschädigung verpflichtet.

33) Pütz a. a. D. §. 133.

und dem Vasallen gegründet ist, für ausgeschlossen durch die einem Andern ertheilte Anwartschaft nicht gehalten werden<sup>34</sup>). Wenn hiernächst der Fall, wo die Anwartschaft zu ihrer Wirksamkeit gelangt, eintritt, so wird dazu wesentlich vorausgesetzt, daß dem als Anwärter Berufenen persönliche Lehensfähigkeit beizumohnen<sup>35</sup>); doch geht Weber<sup>36</sup>) offenbar zu weit, wenn er es nach dem Vorgange Nettelbladt's<sup>37</sup>) als allgemeinen Grundsatz aufstellt, daß, obgleich die Lehensspectative an und für sich kein wahres Lehen sei, doch alle und jede in Rücksicht der Succession vorkommenden Fragen vielmehr nach den Grundsätzen der Lehensfolge, als der Allodialsuccession, beurtheilt werden müßten, indem die Lehensanwartschaft in innigster Verbindung mit dem Feudalnerus stehe, zu ihrem Objecte ein Lehen, zu ihrem Subjecte einen künftigen Vasallen und zu ihrem Endzwecke die Succession in ein Lehen habe. Und gerade wenn man mit dem letztgenannten Schriftsteller<sup>38</sup>) die beiden Fälle der Succession: in die Lehensspectanz, und vermöge der Spectanz in das Lehen, sondert, ergibt es sich klar, daß, da der letztere gar kein willkürlicher Successionsfall ist, sondern nur die Geltendmachung eines vertragsmäßigen Anspruches enthält, hierbei auch von Grundsätzen der Lehensfolge und ihrer Anwendung gar nicht die Rede sein könne, wenn gleich die Eigenthümlichkeit des Gegenstandes dieses Anspruches als eines Lehens das Vorhandensein der den Erwerb eines solchen überhaupt bedingenden persönlichen Eigenschaften voraussetzt. Auch diesem, an sich unbestrittenen, Erfordernisse der persönlichen Lehensfähigkeit des Anwärters gibt jedoch Weber eine zu weite Ausdehnung, indem er selbst dann, wenn das Lehen, worauf die Anwartschaft verliehen worden, ein solches wäre, worin ausnahmsweise lehensunfähige Personen succediren könnten, dergleichen Personen die Befugniß in die Lehensspectative zu succediren, abspricht, welche Ansicht, auch wenn man sie als richtig anerkennen wollte, jedenfalls eine Beschränkung auf den Fall erleiden müßte, wo nicht die objective Beschaffenheit des Lehens (als feudum improprium) eine Succession von regelmäßig lehensunfähigen Personen, z. B. Frauenspersonen, mit sich bringt, sondern jene Ausnahme auf einer speciellen Begünstigung für die besitzenden Vasallen beruht. Ersteres nimmt auch Helffrich<sup>39</sup>), welcher diesen Gegenstand besonders ausführlich erörtert hat, an, indem er von der Benutzung einer auf die Erben des Anwärters ausdrücklich ausgebreiteten Spectanz die Frauenspersonen nur, wenn von einem eigentlichen Mannlehen die Rede ist, für ausgeschlossen erklärt. Dem schon gerügten Irrthume aber ist es zuzuschreiben, wenn derselbe auch die Vererbung der Anwartschaft auf die durch Frauen von dem ersten Empfänger abstammenden Mannspersonen nicht stattfinden lassen will<sup>40</sup>).

34) Weber a. a. D. Th. IV, S. 117.

35) Püg a. a. D. §. 133. Eichhorn a. a. D.

36) A. a. D. Th. IV, S. 161.

37) In der oben S. 434, Note 17 angeführten Stelle.

38) In diss. II. §. 48.

39) In diss. cit. §. 21 sq.

40) l. c. §. 81.

— Da sofort mit dem Eintreten des Falles, auf welchen die Anwartschaft ertheilt worden, dem Anwärter ein gegenwärtiges Recht auf die Belehnung erwächst, so gebühren ihm auch von dem Zeitpunkte an, wo er um dieselbe nachsuchte, die Früchte des Lehens, insofern sie außerdem dem Lehensherrn zufallen würden<sup>41)</sup>. Dagegen verdient die von G. L. Böhmer in einem ausführlichen Rechtsgutachten<sup>42)</sup> vertheidigte Ansicht, daß im Falle der Geltendmachung einer generellen Expectanz dem Anwärter, welcher erst, nachdem der von Agnaten des letzten Vasallen erhobene Widerspruch gegen den Eintritt der wirklichen Lehensöffnung durch einen Rechtsstreit beseitigt, und die expectanzmäßige Eigenschaft des eröffneten Lehens ausgemittelt worden, die in der Zwischenzeit fällig gewordenen Früchte nicht gebühren, keine Billigung, indem es, wenn nach Hinwegräumung jener Hindernisse, die der Gewährung des von dem Anwärter zeitig geltend gemachten Anspruches bisher entgegenstanden, das von ihm erbetene Lehen auf den Grund seiner Anwartschaft wirklich ertheilt wird, an einer rechtlichen Ursache, die seit dem durch den Abgang des letzten Vasallen eingetretenen Aperturfalle fällig gewordenen Früchte dem Anwärter zu entziehen und dem Lehensherrn zuzueignen, gänzlich mangelt<sup>43)</sup>. Fällt aber dem Lehensherrn bei der Verzögerung der wirklichen Belehnung des Anwärters in dem dazu geeigneten Falle sogar ein Verschulden zur Last, so wird er demselben dadurch zur Leistung des Interesses verpflichtet<sup>44)</sup>. Die Frage: welchem unter mehreren Anwärtern im Collisionssalle der Vorzug gebühre, ist unter den Rechtsgelehrten bis auf die neueste Zeit sehr bestritten. Der Vorzug des Alters in Beziehung auf die Zeit der Expectanzzertheilung wird zwar allgemein als Regel anerkannt, doch davon selbst unter gleichartig Expectativirten, nach Analogie des römischen Rechtes<sup>45)</sup>, die Ausnahme zugelassen, wenn der später Expectivirte bereits in den Besitz des Lehens gekommen ist<sup>46)</sup>, was jedoch von mehreren Schriftstellern nur mit der Beschränkung gegeben wird, daß der Besitz auf rechtmäßige Weise vom Lehensherrn erlangt und dem späteren Anwärter das Vorhandensein eines früheren nicht bekannt gewesen sei<sup>47)</sup>. Hat der später Expectivirte die wirkliche Belehnung vor dem früheren erlangt, so spricht ihm Mayr<sup>48)</sup> den Vorzug aus demselben Grunde zu, wegen dessen solchet dem Eventualbelehnten

41) Päß a. a. D. §. 133. Eichhorn und Mayr a. a. D.

42) Rechtsfälle B. I, Th. I. Resp. 38.

43) Diese Ansicht findet man überzeugend ausgeführt in Pütter's Erbt. und Weisp. des teutsch. Staats- und Fürstenrechtes B. III, §. 1, S. 67 fig. Auch Kunde, in den jur. Beiträgen B. I, Abh. 4, ist damit zwar dem Princip nach einverstanden (§. 10), doch nicht ganz in der Anwendung auf den hier vorliegenden Fall. Speciell diesem Gegenstande gewidmet ist Hoppenstedt, diss. de iure circa fructus feudi aperti ante eius reinfodationem, maxime intuitu expectativarii. Gött. 1796.

44) Päß, Eichhorn und Mayr a. a. D.

45) L. 31. §. 2. D. de A. E. V.

46) Böhmer, princ. §. 179. Weber a. a. D. Th. IV, §. 165.

47) Böhmer l. c. not. \*\*. Weber a. a. D. S. 166.

48) X. a. D. §. 73, Note 21.



gebührt<sup>49)</sup>. Zwischen ungleichartig Expectativirten wollen Einige der speciellen Anwartschaft einen Vorzug vor der früheren generellen zugestehen<sup>50)</sup>, und diesen stimmen auch Eichhorn und Mayr, nach der Analogie des canonischen Rechtes<sup>51)</sup>, bei. Andere hingegen entscheiden sich auch dabei, auf den Grund einer Bestimmung des alteutschen Lehensrechtes<sup>52)</sup>, unbedingt für die Prätrogative des Alters<sup>53)</sup>, selbst wenn der späteren Expectative von dem Ertheiler der Vorzug vor der früheren ausdrücklich zuerkannt worden wäre<sup>54)</sup>; eine ausführliche Erörterung der Gründe für und wider findet man bei Weber<sup>55)</sup>, welcher selbst sich auch für den Altersvorzug erklärt. Darin übrigens stimmen fast Alle überein, daß der qualificirten Expectanz, in ihrer Eigenschaft als Eventualbelehnung, der Vorzug vor der einfachen, wegen des mit jener verbundenen dinglichen Rechtes, zukomme<sup>56)</sup>, obgleich Eichhorn auch hierbei die Voraussetzung, daß der Eventualbelehnte auch früher zum Besitze des Lehens gelangt sei, hinzufügt, wogegen Phillips<sup>57)</sup> demselben sogar in dem Falle, daß dem einfachen Anwärter das Lehen tradirt worden wäre, den Vorzug vor diesem einräumt. Hiernach ist auch die Ansicht von Páq und Mayr zu beurtheilen, daß selbst unter einfachen gleichartigen Anwärtern der spätere, welcher die wirkliche Belehnung vor dem früheren erlangt habe, wodurch die einfache Expectanz zur qualificirten (also der Eventualbelehnung gleichstehenden) geworden sei, letzterem vorgehe<sup>58)</sup>. — In die Kategorie von Lehensexpectanzen gehören auch Erbverbrüderungen über ein Lehen, wozu der Lehensherr seine Einwilligung erteilte<sup>59)</sup>.

**Lehensdienste**<sup>1)</sup>. Als eine in der einem jeden Vasallen wesentlich obliegenden Verpflichtung zur Lehensstreue unmittelbar begründete Verbindlichkeit wurde ursprünglich die Leistung von Diensten, insonderheit Kriegsdiensten, betrachtet (oben S. 421), und es hat daher nicht an Rechtsgelehrten gefehlt, welche dieser Verbindlichkeit die Eigenschaft eines wesent-

49) Ueber den wohl höchst seltenen Fall des Zusammentreffens mehrerer gleichzeitigen Anwartschaften von gleicher Beschaffenheit gibt Becmann, in diss. cit. §. 49., nähere Auskunft.

50) Böhmer l. c. Krüll a. a. D. §. 198.

51) Cap. 38. de praebend. in VI.

52) Sächs. Lehensrecht Art. 51.

53) Phillips a. a. D. B. II, §. 278.

54) Páq a. a. D. §. 133.

55) X. a. D. Th. IV, S. 167 fig. Vgl. auch Stryk, de concursu exspectativae generalis et specialis. (IV. 350.)

56) Welches dann — fügt Schmalz, a. a. D. §. 629, hinzu — den mit der früheren Anwartschaft Versehenen zu einer Entschädigungsklage berechtigten mag.

57) X. a. D. Th. II, §. 210.

58) Was auch Nettelblatt, in diss. II. §. 43., annimmt.

59) Phillips a. a. D. B. II, §. 227 a. G.

1) Die erhebllicheren Monographien allgemeineren Inhaltes sind: Kohl, de servitiis feudilibus. Francf. 1722. Engelbrecht, de servitiis vasallorum militaribus. Helmst. 1751. Vgl. auch Stryk, de immunitate a servitiis feudilibus. (VI. 271.)

Lehen Bestandtheiles der Lehen beilegte<sup>2)</sup>. Richtiger aber ist es, dieselbe nur als naturale feudi (oben S. 391 flg.) darzustellen, da sie zwar regelmäßig mit einem jeden Lehen, auch wenn nichts besonders darüber verabredet worden<sup>3)</sup>, verbunden ist, gleichwohl schon nach den longobardischen Gesetzen eine Beschränkung der Dienstpflicht praeter communem feudi naturam verabredet werden konnte<sup>4)</sup>, wie dann auch von den ältesten Zeiten her Lehen in Deutschland vorkommen, mit welchen gar keine Dienstleistung verbunden ist, wie das feudum francum<sup>5)</sup>, wobei jedoch die Verpflichtung zur Lehenstreue im übrigen unverändert fortbestand<sup>6)</sup>, oder bei denen andere Leistungen an die Stelle der Dienste getreten sind, welche Lehen dessenungeachtet alle für rechte Lehen gelten (oben S. 414), wenn sie nur iure feudi verliehen wurden<sup>7)</sup>. Daß, nachdem der Lehensdienst seit dem 16. Jahrhundert allmählig seltner geworden, ihn zu fordern seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts ganz außer Gebrauch gekommen sei, wie Eichhorn behauptet<sup>8)</sup>, kann man nicht einmal als Erfahrungssatz unbedingt zugeben, da sich Fälle der an teutsche Vasallen zur Leistung ihrer Lehensdienste erfolgten Aufgebote bis in das letzte Decennium des letztverfloffenen Jahrhunderts ereignet haben<sup>9)</sup>; noch weniger dürfte, so unverkennbar immerhin der bedeutende Einfluß, welchen die gänzlich veränderte Art der Kriegführung und die dermalige Staatsverfassung auf die Erfüllung jener Lehensverbindlichkeit gehabt hat, wodurch diese in gleichem Grade lästiger für den Vasallen und fast nutzlos für den Lehensherrn geworden ist, sich ein allgemeiner Rechtsgrund für die Befreiung der Vasallen von ihrer in der Natur des Lehensverhältnisses selbst begründeten Dienstverpflichtung auffinden lassen, und man muß daher annehmen, daß alle gemeinrechtlichen Bestimmungen über

2) Wildvogel, diss. de servitiis feud. ex allodis praestandis. (Jen. 1723.) §. 7. Braun, von unecht. Lehen §. 19, in Zepernick, Abh. III, S. 183.

3) Rosenthal, cap. 8. concl. 4. §. 3. Engelbrecht, in diss. cit. §. 7. Weber a. a. D. Th. IV, §. 233, S. 304.

4) II. F. 2. §. 2. II. F. 51. §. 7. Eichhorn a. a. D. §. 214. Selbst der Hingabe eines Lehen mit der Verabredung: ut nullum pro eo servitium fiat, wird II. F. 104. als häufig vorkommend gedacht.

5) Drei Abhandlungen über dieses Lehen von Häbner, Pollmann und Pagenstecher findet man in Jenichen, thes. T. II. p. 377. 400 u. 439.

6) Pää a. a. D. §. 73, Note b. Mayr a. a. D. §. 104, Note 5.

7) Eichhorn a. a. D.

8) Und auch Drlloff, a. a. D. S. 349, annimmt.

9) Deren mehrere bis ins 18. Jahrhundert reichende Lünig, in corp. iur. feud. T. II. p. 975. 1661 sq. T. III. p. 921 sq. 1001. 1007. (nebst einem Formular aus damaliger Zeit: p. 894.) anführt, und wofür wohl als neuester Beleg eine noch im Jahre 1794 von dem Landgrafen zu Hessen-Cassel an die dasigen Vasallen ergangene Aufforderung zur Stellung von kriegsdienstfähiger Mannschaft zu Pferd und zu Fuß, so viel ihnen nach dem Verhältnisse ihrer Lehen obliege (Samml. der Landesordn. Th. VII, S. 598), dienen kann. Vgl. auch Pfeiffer, Gesch. der landst. Verf. in Kurhessen S. 78 flg. u. 152. Dieck, in der Zeitschr. für teutsch. Recht B. III, S. 169.

den Lehensdienst und dessen Leistung noch jetzt zur Anwendung kommen, soweit nicht deren Aufhebung durch Particulargesetze, Verträge oder rechtmäßige Observanzen zu erweisen steht<sup>10)</sup>, und nicht ohne Grund wird daher von mehreren neueren Schriftstellern der Anspruch auf den fortbauenden Besitz des Lehengutes, insonderheit eines Ritterlehens, in einem solchergestalt bedingenden Zusammenhang mit der Leistung der Lehensdienste gesetzt, daß dieser Besitz durch die Verweigerung sowohl des Dienstes selbst, als eines dafür zu leistenden Aequivalents, allen rechtlichen Grund verliere<sup>11)</sup>. Von diesem practischen Gesichtspunkte aus wird man es daher wohl mit Mayr als eine mit jener Veränderung in den öffentlichen Verhältnissen eingetretene Folge anerkennen müssen, daß seit dem Ende des 17. Jahrhunderts regelmäsig an die Stelle des Kriegsdienstes eine Adaration desselben, oder die Verbindlichkeit zur Entrichtung einer als Surrogat des Lehensdienstes zu betrachtenden Geldleistung, getreten sei. Und diese Adaration, oder die Ablösung der, durch die gemeine Natur der Lehen begründeten, Verbindlichkeit zur Leistung von Lehensdiensten mittelst deren Umwandlung in die Entrichtung einer dem Werthe dieser Dienste entsprechenden Geldabgabe, ist es daher vorzugsweise, was noch als Gegenstand der Lehre von den Lehensdiensten — wegen deren übrigens bei der Seltenheit ihres practischen Gebrauches hier eine bloße Verweisung auf die Ausführungen der unten benannten Schriftsteller<sup>12)</sup> genügen wird — für den heutigen Gebrauch eine nähere Erörterung bedarf. In manchen Ländern ist eine solche Ablösung bereits allgemein dadurch eingetreten, daß der Lehensdienst in eine selbstständig dafür zu entrichtende stehende Abgabe, die sogen. Ritterpferdsgelder<sup>13)</sup>, verwandelt worden ist, in anderen hat die schon früher in einzelnen Fällen gewöhnliche Verwilligung von Gelbhilfen anstatt des Lehensdienstes die Gestalt einer Rittersteuer angenommen<sup>14)</sup>. Wo keins von beiden stattfindet, da entsteht zunächst die sehr schwierige Frage: ob der Lehensherr anstatt des Lehensdienstes die Adaration desselben wider den Willen des Vasallen begehren könne? die jedoch Eichhorn aus dem bloß privatrechtlichen Gesichtspunkte ganz einfach verneint, indem er zugleich einer Beantwortung der beiden weiteren Fragen: 1) inwiefern jene Adaration der Lehensdienste einen rechtlichen Grund enthalte, die fortbauernde Befreiung von Steuern anzusprechen, für welche der Ritterdienst ursprünglich ein Aequivalent war? und 2) ob da, wo keine Adaration der Lehensdienste stattfindet, die Steuerfreiheiten von selbst wegfallen? dadurch ausweicht, daß er sie in das staatsrechtliche Gebiet verweist. Man wird jedoch darin mit demselben nicht überall einverstanden sein können. Das Staatsrecht kann

10) Häberlin, Repert. Th. III, S. 176.

11) Schmalz a. a. D. §. 667. Mayr a. a. D. §. 104.

12) Pá § a. a. D. §. 73 flg. Weber a. a. D. Th. IV, §. 219 flg., 229 flg.

13) Carlowitz, diss. de origine, fatis et natura pecun. servitior. equestr. vicar. Lips. 1803. Deutsch 1805. Urkundliche Angabe einzelner Fälle bei Dietz a. a. D. §. 91.

14) Eichhorn und Mayr a. a. D.

nämlich hier nur insofern eine Entscheidungsquelle abgeben, als überhaupt von der Zulässigkeit einer Fortdauer der Freiheit gewisser Güter, deren Besitzer sich dadurch einem verhältnismäßigen Beiträge zu den allgemeinen Staatslasten entziehen, während sie an den gemeinsamen Vortheilen des Staatsvereines in gleicher Weise, wie alle übrigen Staatsgenossen, Theil nehmen, die Frage ist; wohingegen, insoweit man die neu zu begründende Verbindlichkeit der Besitzer solcher steuerfreien Güter zur Theilnahme an den allgemeinen Landessteuern als Correlat ihrer Entledigung von der Leistung der auf jenen Gütern gehafteten Lehensdienste betrachtet, sich nothwendig der privatrechtliche Gesichtspunkt immer als vorherrschend darstellt, indem es sich dabei lediglich um die Ausgleichung einer in dem bloß privatrechtlichen Lebensverhältnisse begründeten Verbindlichkeit handelt, worauf es ohne rechtlichen Einfluß ist, ob als Mittel dieser Ausgleichung eine gewöhnliche Selbtabgabe oder die Aufhebung einer Steuer — unter Voraussetzung der Fortdauer einer Befreiung von dieser aus dem staatsrechtlichen Gesichtspunkte — gewählt wird; daher dann auch selbst die ausgebreitetste, mit dem Lehengute bleibend verbundene, Steuerfreiheit keinen Grund für eine Befreiung von der Entrichtung einer angemessenen Vergütung für das Unterbleiben der Leistung der auf dem Gute gehafteten Lehensdienste, wo der Anspruch auf eine solche außerdem begründet ist, abzugeben vermag<sup>15)</sup>. Rein privatrechtlich betrachtet steht nun aber der Verweigerung einer Abdration von Seiten des Vasallen der allgemeine Grundsatz zur Seite, daß wer zu einer Dienstleistung verbunden ist, davon ohne Weiteres befreit werde, wenn, ohne dessen Verschulden<sup>16)</sup>, der Berechtigte von derselben Gebrauch zu machen nicht im Stande ist. Mit der einfachen Anwendung dieses Rechtsatzes reicht man jedoch bei jenen Verhältnissen nicht aus, und es hat sich daher bis in die neuere Zeit eine gleichförmige Ansicht der Rechtsgelehrten hierüber nicht gebildet. So nimmt v. Selchow<sup>17)</sup> an, es könne die Abdration nicht gegen den Willen der Vasallen geschehen; eben dieser Meinung sind Runde<sup>18)</sup> und Danz<sup>19)</sup>, welche beide zwar die Gerechtigkeit und Billigkeit der Forderung eines Surrogats für die dem Lehensherrn durch den Umschlag der Dinge unnütz gewordenen Lehensdienste anerkennen, jedoch dafür halten, daß, da es hier auf die Abänderung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit ankomme, kein Lehensherr dergleichen einseitig zu bestimmen berechtigt sei, und daher dem strengen Rechte nur dadurch Genüge geschehe, daß der Vasall sich lediglich an seine vertragsmäßige Verbindlichkeit halte, wofür der Lehensherr die Reiche eines Aequivalents nicht erzwingen könne. Eben die hierbei zum Grunde liegende Voraussetzung aber, daß

15) Pds a. a. D. §. 76.

16) Si per illum non stetit, quo minus operas praestet: L. 28. pr. D. locati.

17) Elem. iur. germ. §. 117. Ed. VIII.; womit auch Globig, in obs. 5. §. 3., übereinstimmt, Bocris, in obs. 23., aber das Gegentheil annimmt.

18) Grunds. des teutsch. Privatr. §. 360, IV. Aufl.

19) Handbuch des teutsch. Privatr. B. IV, §. 360.

noch immer die Verbindlichkeit zur Leistung von Naturaldiensten auf Seiten des Vasallen fortbauere, was auch die meisten übrigen Schriftsteller<sup>20)</sup> annehmen, und wogegen insbesondere Pütz<sup>21)</sup> auch einen Erwerb der Befreiung durch Verjährung bloß in Folge des Nichtgebrauches während der längsten Zeit nicht für statthaft hält, was von Weber<sup>22)</sup> ganz richtig damit näher begründet wird, daß die Forderung der Lehensdienste (zumal mit Rücksicht auf deren nur in vorkommenden Fällen und unter gewissen Voraussetzungen schulbige Leistung) als Sache der freien Willkür zu betrachten, daher nur durch ein nach vorgängiger Anforderung, Verweigerung und Beruhigung während der Verjährungszeit eingetretenes Unterbleiben aufgehoben werden könne, — eben jene Voraussetzung der noch jetzt fortdauernden, und rücksichtlich ihrer Erfüllung nur von dem Begehren des Lehensherrn abhängigen, Verbindlichkeit der Vasallen zur Leistung von Lehensdiensten steht nun aber der einfachen Anwendung des obigen privatrechtlichen Princips auf den vorliegenden Fall insoweit entgegen, als die Vasallen, während sie der Aufforderung des Lehensherrn zur Dienstleistung bei jeder dazu geeigneten Veranlassung gewärtig sein müssen, gleichwohl in den meisten Fällen ihre Unfähigkeit insonderheit zum Kriegsdienste in der Weise, wie es ihre ursprüngliche Verpflichtung mit sich bringt, nicht werden in Abrede stellen können; daher auch Ludewig<sup>23)</sup> ein Hauptargument für den Anspruch des Lehensherrn auf die von dem Vasallen für die Lehensdienste zu leistende Vergütung in jene Untauglichkeit setzt, indem schon nach gemeinem Lehenrechte ein unrichtiger Vasall verbunden sei, die Lehensdienste durch einen anderen tüchtigen Mann versehen zu lassen, und die Kosten dazu herzuschließen<sup>24)</sup>. Will man nun hiernach auch nicht mit Gönner<sup>25)</sup> annehmen, daß, bei noch nicht aufgehobener Lehensverbindlichkeit, es nur darauf ankomme, die Form der Dienstleistung den heutigen Verhältnissen gerade nach den Principien anpassend zu machen, wie man eine auf veraltete Münzen lautende Geldschuld auf heutige Münzsorten reducire, wodurch er das Recht des Landes- und Lehensherrn, die Abcration der Lehensdienste zu fordern, für außer Zweifel gesetzt hält, so kann man doch dem Lehensherrn den Weg des indirecten Zwanges durch ein Aufgebot der Vasallen bei jeder sich darbietenden Gelegenheit, wodurch dieselben auf eine die Ablösung der ihnen so lästigen Dienstpflicht im allgemeinen mittelst einer

20) Namentlich Böhmer, princ. §. 241. Krüll a. a. D. §. 215. Schmalz a. a. D. §. 667.

21) A. a. D. §. 76, und Dietz a. a. D.

22) A. a. D. Th. IV, §. 232, S. 304.

23) Ueber die Frage, ob dem Lehensherrn frei stehe, nunmehr statt der Ritterpferde und Ritterdienste in Person von der Ritterschaft jährlich ein Gewisses an Geld zu fordern; in dessen Erläut. der goldenen Bulle Th. II, S. 1014, II. Aufl.

24) Die weitere Ausführung Ludewig's theilen, bestimmend, auszugsweise mit: Häberlin, im Repert. B. IV, S. 863 fig. Weber a. a. D. S. 322 fig.

25) Deutsches Staatsrecht §. 453.

dafür zu entrichtenden Abgabe bezweckende Uebereinkunft einzugehen, sich von selbst genöthigt sehen werden, nicht versagen. Ja es geht *Mayr*<sup>26)</sup> so weit, den Fortbesitz der Lehen für abhängig von einer freiwilligen Vereinigung über ein Surrogat des Lehendienstes zu erklären. — Von dem rechtlichen Begriffe der Abdration wird von mehreren Rechtsgelehrten<sup>27)</sup> der des Ausdrucks *Adoha*<sup>28)</sup> nicht gehörig gesondert, wenn man ihnen auch nicht geradezu eine Verwechslung beider zur Last legen will. Beide sind jedoch schon dadurch wesentlich verschieden, daß letztere ein noch fortdauerndes Dienstverhältniß voraussetzt, erstere hingegen gerade dessen gänzliche Auflösung bezweckt und mit sich führt, daher die letztere einer meist veralteten Lehre von den Lehensdiensten an und für sich, erstere hingegen gerade dem an deren Stelle getretenen neueren Rechte angehört. Die *Adoha* nämlich, auch *hostentidium* genannt, unterscheidet sich von der Abdration wesentlich dadurch, daß unter jener die in einzelnen Fällen der Verhinderung des Vasallen an der persönlichen Dienstleistung aus einem gesetzlichen Entschuldigungsgrunde demselben zur Abwendung der auf die Unterlassung sonst gesetzten Strafe der Felonie (s. den Art. *Lehen s f e h l e r*<sup>29)</sup> gestattete Entrichtung einer Geldhilfe anstatt des Dienstes verstanden wird<sup>30)</sup>, wohingegen die Abdration eine Ablösung der Dienstpflicht im Ganzen und für immer bezeichnet.

**Lehenserneuerung**, *renovatio investiturae*<sup>1)</sup>, ist die Wiederholung des Belehnungsactes, welche in gewissen Fällen diejenigen Personen, die durch die erste Belehnung zu dem Lehen berufen sind, nachsuchen müssen<sup>2)</sup>. Seitdem der Uebergang der Lehen auf die lehensfähigen Erben des zuerst Belehnnten zur gesetzlichen Regel geworden ist, und hiernach die Descendenten des ersten Erwerbers als von Rechtswegen schon mitbegriffen unter dessen Investitur betrachtet werden (oben S. 407), bildet die Lehenserneuerung nicht mehr einen Erwerbungsgrund für denjenigen, welcher dieselbe auszuwirken hat<sup>3)</sup>, sondern ist vielmehr nur als Erfüllung einer, in der im allgemeinen dem Vasallen gegen den Lehensherrn obliegenden Verpflichtung zur Lehensstreue enthaltenen, Verbindlichkeit (oben S. 421) zu betrachten, und dient, da sie in dieser Eigenschaft auf gesetzlicher Vor-

26) X. a. D. §. 104, S. 244.

27) Unter den neueren *P ä t z* a. a. D. §. 76. *Phillips* a. a. D. B. II, §. 197, S. 240.

28) *Cocceji disp. de Adoha*; in exercitat. Vol. I. p. 1212.

29) *Cocceji l. c. cap. 4. §. 2.*

30) *Eichhorn* a. a. D. §. 214.

1) Hauptfächliche Schriften: *Ludwell*, tract. de renovatione investiturae. Ahd. 1665. *Ziegler*, diss. de investiturae feudalis renovatione. Viteb. 1682. *Wildvogel*, diss. de investiturae renovatione. Jen. 1701. *Mencken*, diss. de renovatione investiturae. Viteb. 1719. *G. L. Böhmmer*, electa iur. feud. T. II. exerc. V. cap. 5. de investiturae renovatione p. 151 sq. ,

2) *Böhmmer* l. c. §. 180. *Mayr* a. a. D. §. 106.

3) *Eichhorn* a. a. D. §. 216. Verschiedene Gegenstände findet man widerlegt bei *Weber* a. a. D. Th. IV, §. 180.

schrift beruht, zur Bestärkung und Erhaltung des Jenem bereits auf das Lehen erworbenen Rechtes. Durch diesen blos conservativen Charakter unterscheidet sich dieselbe sowohl von der ersten Investitur<sup>4)</sup>, als von der Reinvestitur (oben S. 407 fig.), als welche, gleich dieser, eine constitutive Investitur ist<sup>5)</sup>; und eben so wenig gehört zu den Fällen der Lehenserneuerung die, nach erfolgter Lebensveräußerung, an den neuen Erwerber geschehende Belehnung, indem dieser dadurch zuerst ein Recht an dem Lehen erwirbt<sup>6)</sup>, es sei denn, daß er selbst zu den schon in der ersten Investitur Begriffenen gehört<sup>7)</sup>. Daraus, daß die Lehenserneuerung keinen Erwerbgrund eines neuen Rechtes bildet, folgt; daß zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit die Existenz einer früheren gültigen Lehenserichtung wesentlich vorausgesetzt werde, und daß sie demnach wirkungslos ist, wenn sie an Jemanden, der noch kein Recht aus einer früheren Belehnung hatte, ertheilt wurde<sup>8)</sup>. Sie tritt, nach gesetzlicher Vorschrift<sup>9)</sup>, bei allen Lehen ein, auch den irregulären<sup>10)</sup>, da die Improperität eines Lehens an sich keine Abweichung von dieser Regel begründet<sup>11)</sup>, dieselbe vielmehr stets zur Anwendung kommt, si tale sit beneficium, ut fidelitas sit praestanda<sup>12)</sup>. Den Zweck der Lehenserneuerung bezeichnet Püttmann<sup>13)</sup> näher dahin: partim ut dominus de fide vasalli praestito iureiurando certior fiat, partim ut integra maneat nexus feudalis memoria<sup>14)</sup>, vasalloque occasio feudum tanquam allodium possidendi et praescribendi praecidatur. Es kann jedoch, da die Verbindlichkeit zur Lehenserneuerung nur zu den regelmäßigen Bestandtheilen des Lehensverhältnisses (naturalia feudi) gehört (oben S. 392), ein Erlaß derselben, für alle Fälle oder nur für einzelne, stattfinden<sup>15)</sup>. Zwei Hauptfälle sind es, in welchen nach gesetzlicher Vorschrift die Lehenserneuerung erforderlich ist<sup>16)</sup>, eine Veränderung in der herrschenden Hand (Herrnsfall) bei der Uebertragung der Lehensherrlichkeit auf einen Anderen, sei es in Folge des Ablebens des bisherigen Lehensherrn, oder dessen Resignation, sei es durch Veräußerung des Obereigenthums oder dessen Theilung unter Mehrere; und eine Veränderung in der dienenden Hand (Lehensfall) bei dem

4) Mayr a. a. D.

5) Phillips a. a. D. B. II, §. 207, S. 290.

6) Mayr a. a. D. Note 2.

7) Püttmann l. c. §. 224. Böhmer l. c. §. 182.

8) Pdg a. a. D. §. 84. Schmalz a. a. D. §. 695.

9) I. F. 22. II. F. 40.

10) Pdg a. a. D. §. 85.

11) Eichhorn a. a. D.

12) II. F. 40.

13) L. c. §. 222. Vgl. auch Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 249, Note 10.

14) Insoweit liegt in der Lehenserneuerung die wechselseitige Anerkennung des bestehenden Lehensverhältnisses und der darin begründeten Rechte und Verbindlichkeiten: Weber a. a. D. Th. IV, §. 180 fig.

15) Püttmann l. c. §. 230. Böhmer l. c. §. 189.

16) De veteri beneficio investitura, quae sit a domini successore vel vasallo successor: II. F. 32. Vgl. auch I. F. 22. pr.

Uebergange des vasallitischen Rechtes auf einen Anderen, welcher schon in der ersten Investitur begriffen ist, sei es in Folge des Ablebens des besitzenden Vasallen oder eines von mehreren, sei es durch Theilung eines gemeinschaftlichen Lehens, oder durch Abtretung des Lehens an einen schon in der ersten Investitur Begriffenen<sup>17)</sup>. Außer diesen beiden regelmäßigen Fällen tritt eine Verbindlichkeit zur Lehenserneuerung nur ein vermöge besonderer vertragmäßiger oder particularrechtlicher Bestimmung<sup>18)</sup>; die Beispiele einer solchen Erneuerung außer dem Herrn- und Vasallenfalle, welche Kopp<sup>19)</sup> als dergleichen anführt, bilden jedoch eigentlich keinen Abfall von der Regel<sup>20)</sup>. Bei Lehens, welche von juristischen Personen entweder revidiren oder ihnen als Vasallen zustehen, wird das Vorhandensein eines jener beiden Hauptfälle gewöhnlich bei einer in der Person des prodominus oder provasallus (oben S. 427) eintretenden Veränderung angenommen<sup>21)</sup>; bisweilen ist jedoch bei Lehens dieser Art die Renovation schon nach dem Ablaufe einer gewissen Reihe von Jahren vorgeschrieben<sup>22)</sup>. Daß bei Lehens, wo ein prodominus oder provasallus vorkommt, die Nothwendigkeit der Erneuerung sich nach der mit diesen Personen vorgehenden Veränderung richte, nimmt Eichhorn<sup>23)</sup> ganz allgemein an; wogegen Mayr solches in Beziehung auf den Provavasallen bei anderen Lehens, als den oben erwähnten, nicht gelten lassen will. — Die Verbindlichkeit zur Lehenserneuerung liegt in dem Herrnfalle dem besitzenden, in dem Lehensfalle dem zum Besitze gelangenden Vasallen ob. Ist dieser letztere an der wirklichen Ergreifung des Besizes gehindert, so befreit ihn solches nicht von der Lehenserneuerung, es sei denn, daß die Verhinderung von dem Lehensherrn selbst herrührt, welche Voraussetzung demselben einen genügenden Entschuldigungsgrund für die Unterlassung darbietet<sup>24)</sup>. Agnaten, Mitbelehnte (des langobardischen Rechtes) und andere Folgeberechtigte sind vor dem Anfalle der Succession an dieselben zur Lehenserneuerung nicht verpflichtet<sup>25)</sup>; dieß gilt insonderheit auch von Eventualbelehnten und Anwartschern (oben S. 434)<sup>26)</sup>. Derjenige Vasall aber, welchem das Lehens vermöge der vorübergehenden Investitur wirklich zufällt, ist die Lehenserneuerung nachzusuchen verpflichtet, ohne Unterschied der Würde, des Standes und Geschlechtes<sup>27)</sup>, und zwar von mehreren

17) Püttmann l. c. §. 224. Böhmer l. c. §. 182. Weber a. a. D. Th. IV, §. 182.

18) Weber a. a. D. §. 181.

19) Proben des teutsch. Lehenrechtes Abh. 4.

20) Diese Fälle sind die der Belehnung durch einen Bevollmächtigten, der Unmündigkeit des Lehenfolgers, und des Ablebens einer Vasallenwitwe, welcher das Lehens als Wittthum belassen worden.

21) Püttmann a. a. D. §. 85. Mayr a. a. D. §. 106.

22) Mayr a. a. D.

23) K. a. D. §. 216. Ebenso Weber a. a. D. Th. IV, §. 182, und Schmalz a. a. D. §. 683.

24) Böhmer, in exerc. cit. §. 107. Weber a. a. D. Th. IV, §. 181.

25) Püttmann a. a. D. §. 85.

26) Böhmer l. c. §. 183. Th. IV, S. 183. Mayr a. a. D. §. 106, Note 6.

27) Weber a. a. D. Schmalz a. a. D. S. 684.



Nachfolgern ein Jeder, wenn sie auch das Lehen ungetheilt besitzen<sup>28)</sup>. Nur bei den Gesamthändern des teutschen Rechtes, obgleich sie in dem eingetretenen Falle noch nicht zum Besitze des Lehens gelangen, ist in denjenigen Ländern, wo noch die teutsche Gesamtbelehnung (oben S. 412) practische Geltung hat; wenigstens nach der Observanz der daffigen Lehenshöfe<sup>29)</sup>, eine Verbindlichkeit zur Lehenserneuerung begründet, die jedoch gewöhnlicher Weise nur dadurch zur Vollziehung kommt, daß in ihrer Aller Namen der besitzende Vasall oder der Familiendälteste die neue Belehnung nachsucht und empfängt<sup>30)</sup>, wozu aber nach der Strenge des Rechtes nicht allein die namentliche Bezeichnung der Mitzubelehnenden, sondern selbst eine Jenem von ihnen auszustellende besondere Vollmacht erfordert wird<sup>31)</sup>. Stirbt einer der nicht besitzenden Mitzubelehnenden, so haben nur dessen eigene lebensfähige Nachkommen um die Lehenserneuerung nachzusuchen<sup>32)</sup>. Die Handlung, mittelst deren der Vasall um die Lehenserneuerung nachsucht, heißt die Lehensmuthung, welche zeitig, in der gehörigen Form, geschehen muß. Zu dieser, particularrechtlich hin und wieder näher bestimmten, Form<sup>33)</sup>, oder vielmehr zur Begründung des Renovationsgesuches selbst, wird erfordert, daß zugleich mit diesem der Eintritt des betreffenden Veränderungsfalles, die Nachweisung der Berechtigung des Muthenden, welche insonderheit durch Bezugnahme auf den letzten Lehenbrief oder Vorlegung desselben, beziehungsweise, bei einer Veränderung in der dienenden Hand, mittelst Darlegung des zur Nachfolge berechtigenden verwandtschaftlichen Verhältnisses, bewirkt wird, sodann, im Falle die Belehnung durch einen Bevollmächtigten geschehen soll, die Vollmacht für diesen, beigebracht werde<sup>34)</sup>. Nach einer häufig bei den Lehenshöfen begründeten Observanz muß auch ein Verzeichniß der den Gegenstand der Muthung ausmachenden Lehenstücke nebst ihren Pertinenzen (*dinumeramentum feudale*: oben S. 405) mit vorgelegt werden<sup>35)</sup>. Bei wem die Muthung geschehen müsse, beantwortet sich im allgemeinen ganz einfach dahin, daß das Renovationsgesuch bei einem Herrnfalle an den Nachfolger des abgegangenen Lehensherrn zu richten, bei einem Falle in der dienenden Hand aber bei dem dormaligen Lehensherrn anzubringen sei. Schwieriger und nicht unbestritten ist die Beantwortung der Frage, wie es, wenn mehrere Lehensherren vorhanden sind, mit der Lehenserneuerung gehalten werde. In Beziehung auf diesen Fall

28) II. F. 26. §. 7. Weber a. a. D.

29) Weber a. a. D. §. 184.

30) Pá § a. a. D. §. 123. Eichhorn a. a. D. §. 359. Mayr a. a. D. §. 96.

31) Pfeiffer, pract. Ausführungen B. I, Abh. 14, S. 194. Weber a. a. D. Th. IV, §. 191.

32) Ortloff a. a. D. §. 191, S. 356.

33) Pá § a. a. D. §. 86. Mayr a. a. D. §. 107, Note.

34) Pütter, inst. iur. publ. §. 401.

35) Schweder, de *dinumeramentis feudalibus*; in opusc. T. I. p. 761. Weber a. a. D. Th. IV, §. 191, S. 220. Pá § a. a. D. §. 86. Schmalz a. a. D. §. 688.

beschränken sich diejenigen Schriftsteller, welche desselben etwas specieller, als mittelst einer bloß allgemeinen Verweisung<sup>36)</sup>, gedenken, lediglich auf die Voraussetzung, daß einer von mehreren Lehensherren abgegangen sei, und finden hierbei die Entscheidung nach den obigen allgemeinen Regeln ganz unbedenklich<sup>37)</sup>. Weber<sup>38)</sup> hat jedoch dem erwähnten Falle in einem weiteren Umfange eine ausführliche Erörterung unter den mehrfachen dabei in Betracht kommenden Gesichtspunkten gewidmet. Vorerst den Fall als unzweifelhaft vorausstellend, wo mehrere Erben des Lehensherrn dessen Besitzungen in solcher Weise unter sich vertheilen, daß einem derselben das betreffende Lehengut zufalle, in welchem Falle bei diesem die Muthung geschehen muß, bezeichnet Weber die Frage als die eigentlich streitige, ob, wenn die mehreren Nachfolger eines abgegangenen Lehensherrn in dem gemeinschaftlichen Besitze des lehensherrlichen Obereigentums verbleiben, bei diesen allen oder nur bei einem oder dem anderen derselben die Lehenserneuerung nachgesucht werden müsse? Er theilt hierüber drei, wesentlich verschiedene, Meinungen der älteren Lehensrechtsgelehrten mit, und schließt sich selbst, mit näherer Ausführung der Gründe, derjenigen an, welche hauptsächlich von Rosenthal<sup>39)</sup> vertheidigt worden ist, daß nämlich, da nach Vorschrift der Lehensgesetze<sup>40)</sup> die Lehenserneuerung nur von Einem Lehensherrn zu begehren, und nur Einem die Lehens-treue zu leisten sei, dem Vasallen zwar die Verbindlichkeit obliege, alle Nachfolger bei Zeiten anzugehen, einen unter sich zu ernennen, der im Namen aller die Belehnung ertheile, jedoch, wenn die Lehensherren diese Bitte dem Vasallen abschlägen oder unter sich nicht einig werden könnten, Letzterer alsdann befugt sei, einen von denselben zu wählen, von welchem er die Belehnung empfangen und welchem er statt aller den Eid leiste. Dieser in diese Controvers einzugehen, würde die Grenzen des gegenwärtigen Aufsatzes überschreiten. Weber beruft sich für die von ihm gebilligte Ansicht auch noch auf ein beinahe Allgemeines deutsches Herkommen. Sodann erwähnt derselbe als Ausnahme den Fall, wo der Lehensherr mit Hinterlassung mehrerer noch unmündigen Söhne stirbt, indem alsdann die Belehnung im gemeinschaftlichen Namen Aller von dem Vormunde ertheilt zu werden pflege (vgl. den Art. Lehensvormundschaft), und kommt dann weiter mit dem Anführen, daß nicht selten die Vasallen sich aus Unkunde u. s. w. von mehreren Lehensherren belehnen ließen, auf die (oben schon berührte) Frage: wie es, wenn einer

36) Wie Páß a. a. D. §. 85, Note u.

37) Eichhorn a. a. D. §. 216. Mayr a. a. D. §. 106. — Glöckig, in obs. 6. §. 2., will den Fall einer solchen Gemeinschaft dem der Lehensherrlichkeit einer universitas gleich achten.

38) X. a. D. X. IV, §. 182, mit Bezugnahme auf Schorch, diss. de eo, quod iustum est circa renovationem investiturae in casu, quo dominus feudi pluribus relictis successoribus decessit. Erf. 1732.; welchem noch beizufügen ist: Bocris, in obs. 17 sq.

39) Tract. iur. feud. cap. 6. const. 38.

40) Insonderheit II. F. 55. §. 1.: ut vasallus pro uno feudo plures dominos habere non compellatur, vgl. mit II. F. 77 u. 102.

von diesen abgehe, mit der Lehenserneuerung gehalten werde; welche Frage er dahin beantwortet, daß zwar, wenn der verstorbene Mitlehensherr Kinder hinterlasse, der Vasall von diesen die Lehenserneuerung begehren und ihnen aufs Neue den Lehenseid leisten müsse; hingegen, wenn im kinderlosen Abgange der dadurch erlebte Lebensantheil den übrigen Mitlehensherren zufiele, es keiner Lehenserneuerung bedürfe, da die von ihnen allen geschehene Belehnung in solidum ertheilt, ihnen allen auch der Lehenseid geleistet, und daher eigentlich gar kein Veränderungsfall in der herrschenden Hand vorhanden sei, indem kein neuer Lehensherr an die Stelle des abgegangenen trete; welche Ansicht<sup>41)</sup> noch weiter ausgeführt, jedoch als nicht unbestritten anerkannt wird. Als von jener Frage nur wenig verschieden wird sodann von dem genannten Schriftsteller die fernere aufgeworfen: ob eine Lehenserneuerung in dem Falle nachzusuchen sei, wenn die mehreren, vorher in Gemeinschaft befindlichen, Lehensherren, nachdem die Belehnung gemeinschaftlich von ihnen ertheilt worden, eine Theilung unter sich vorgenommen haben? welche Frage er jedoch aus den nämlichen Gründen verneint, obwohl einige der älteren Rechtsgelehrten in einem solchen Falle zwar keine Wiederholung des Lehenseides, aber doch eine Lehenserneuerung, erfordern. Weiter erörtert Weber<sup>42)</sup> die Frage, wie es, wenn während einer Sequestration des lehensherrlichen Obereigenthums der Sequester oder einer der streitenden Theile sterbe, mit der Lehenserneuerung zu halten sei, hält jedoch in diesem Falle den Vasallen nicht dazu verbunden. Schließlich spricht er sich über den, nur bei Privatlehen eintretenden Fall, daß der Vasall den Lehensherrn nicht kenne, dahin aus, daß nach der Analogie des teutschen und longobardischen Lehenrechtes hierbei zu unterscheiden sei, ob der Vasall in dem Besitze des Lehen sich befinde oder nicht; und, unter der ersteren Voraussetzung, derselbe sich ganz ruhig verhalten könne, da der Lehensherr es sich selbst zuschreiben habe, daß er keinen Bevollmächtigten bestellte; unter der letzteren hingegen eine Edictalcitation des Lehensherrn und Bestellung eines Curators, von welchem er das Lehen empfangen, zu veranlassen habe<sup>43)</sup>. Wenn, außer dem Falle der schon erkannten Sequestration, ein Streit über die Zuständigkeit der Lehensherrlichkeit zwischen mehreren Personen obwaltet<sup>44)</sup>, so hat der Vasall die Muthung zunächst bei demjenigen, welcher sich im Besitze derselben befindet, vorzunehmen; da letzteres jedoch, so lange nicht eine richterliche Entscheidung darüber vorliegt, nicht immer mit Zuverlässigkeit beurtheilt werden kann, so erscheint es jedenfalls als rathsam, daß der Vasall bei Weiden um die Lehenserneuerung nachsucht<sup>45)</sup>, wiewohl es ihm, wenn er das Gesuch nur

41) Insbesondere mit Bezugnahme auf Struv, obs. feud. cap. 10. nr. 2. und §. 3. nr. 2.

42) Hauptsächlich nach Anleitung der Dissertation von Hanaccius, de vasallo provido in causa domini directi dubia. Viteb. 1745.

43) Hanaccius, in diss. cit. §. 13.

44) Zoll, diss. de dominio directo inter plures controverso. Rint. 1695.

45) Weber a. a. O. Th. IV, §. 186.

an einen von ihnen gerichtet hat, und dieser hiernächst obliegt, nicht zum Vorwurfe gereichen kann, daß er nicht den Begner dessen, bei welchem er gemuthet hat, als Lehensherr anerkannt habe<sup>46)</sup>; wie dann auch, wenn der Vasall die Renovation von demjenigen, von welchem bereits sein Vater dieselbe erhielt, oder von den Erben eines solchen Lehensherrn, begehrte, dieß als eine in gutem Glauben geschehene Anerkennung ihm zu Statten kommt. Am sichersten geht derselbe jedoch, wenn er sein Urtheil von einer richterlichen Entscheidung abhängig macht<sup>47)</sup>. — Die Zeit der Muthung ist nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung Jahr und Tag<sup>48)</sup>, worunter gewöhnlich die unter gleicher Bezeichnung vorkommende Frist des alteutschen Rechtes von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen verstanden, auch so der von jenem abweichende Ausdruck: *ultra annum et mensem* in I. F. 22. pr.<sup>49)</sup> erklärt zu werden pflegt<sup>50)</sup>; wogegen jedoch Weber<sup>51)</sup> die Ansicht Böhmers<sup>52)</sup> und Püttmann's<sup>53)</sup>, daß der *annus et mensis* als die gesetzliche Muthungsfrist zu betrachten sei, mit der Bemerkung vertheidigt, daß der Ausdruck *annus et dies* in den angeführten Stellen nur eine compendiarische Bezeichnung eben dieser Frist sei, die Frist von 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tagen aber nur als Eigenthümlichkeit des sächsischen Rechtes gelten lassen will. Berechnet wird die Muthungsfrist von dem Zeitpunkte der auf Seiten des Vasallen von dem Eintritte des Veränderungsfall'es erlangten Wissenschaft<sup>54)</sup>, also bei einem Falle in der dienenden Hand von dem Tage, wo der neue Vasall oder Provasall erfuhr, daß die Reihe der Nachfolge an ihn gelangt sei, und bei einer Veränderung in der herrschenden Hand von dem Tage, wo jener davon, daß der neue Lehensherr oder *prodominus* in den Besitz der Lehensherrlichkeit gekommen sei, genügende Kunde erhielt<sup>55)</sup>; bei geistlichen Lehen insonderheit entscheidet der Zeitpunkt, wo der Prälat vermöge Wahl oder Präsentation zur Prälatur kommt<sup>56)</sup>; streitig aber ist die Frage, wie es, wenn *sede vacante* ein Veränderungsfall in der dienenden Hand eintritt, gehalten werde; Böhmer und Weber<sup>57)</sup> nehmen an, daß die Verbindlichkeit zur Lehenserneuerung bis zur Wiederbesetzung der Stelle ruhe, indem das Capitel nicht berechtigt

46) Schmalz a. a. D. §. 686.

47) Weber a. a. D.

48) *Per annum et diem*: II. F. 24. pr. II. F. 40. II. F. 52. §. 3. II. F. 55. pr.

49) v. Braun, über den Text I. F. 22.; in Beyerich, *Abh.* I. 123.

50) Biener, *prim. lin. hermentutics feud. long.* §. 19. not. 3. Eichhorn a. a. D. §. 216, Note n, vgl. mit §. 176. Schmalz a. a. D. §. 687. Mayr a. a. D. §. 107, Note 1.

51) X. a. D. Th. IV, §. 187.

52) l. c. §. 187.

53) l. c. §. 227.: *annus et dies i. e. mensis.*

54) Arg. II. F. 9. §. 1.: *annali silentio, ex quo sciverit.* Eichhorn a. a. D. §. 216. Mayr a. a. D. §. 107.

55) Schmalz a. a. D. §. 691. Weber a. a. D. Th. IV, §. 187.

56) Weber a. a. D. S. 202.

57) X. a. D. §. 186.

sei, die Muthung von dem Vasallen zu begehren. Tritt im Laufe der Muthungsfrist eine neue Veränderung ein, so beginnt deren Lauf von Neuem mit Rücksicht auf den Zeitpunkt dieser letzteren; wenn also der Vasall innerhalb jener Frist verstirbt, kommt dem Nachfolger desselben die volle gesetzliche Muthungsfrist, ohne Zurechnung der von der früheren schon abgelaufenen Zeit, zu Statten, und wenn der Lehensherr innerhalb jener Frist abgegangen ist, so steht, dem Nachfolger desselben gegenüber, dem Vasallen noch die ganze gesetzliche Muthungsfrist zu, weil in beiden Fällen es sich um die Erfüllung einer durch den abermahligen Veränderungsfall selbstständig begründeten Verbindlichkeit handelt, während die frühere, noch ehe sie zur Vollziehung kam, durch den eingetretenen neuen Fall erloschen ist<sup>58)</sup>. Eine Verengung der gesetzlichen Frist von Seiten des Lehensherrn findet nicht statt<sup>59)</sup>, wohl aber eine Verlängerung, welche man *Lehensindult* nennt<sup>60)</sup>, und deren Ertheilung zwar in der Regel von dem guten Willen und Erntessen desselben abhängt<sup>61)</sup>, auf die jedoch dem Vasallen, welcher erhebliche Verhinderungsgründe, namentlich in zeitiger Erlangung der mit dem Erneuerungsgesuche zu verbindenden Nachweisungen, für sich anführen kann, ein rechtlicher Anspruch zusteht<sup>62)</sup>. Ueber die zeitig und gehörig bewirkte Muthung kann der Vasall eine ihm von dem Lehensherrn auszustellende Bescheinigung, den Muths oder Vigilanzschein, verlangen<sup>63)</sup>; statt dessen jedoch in streitigen Fällen nur ein Recognitionsschein ertheilt wird<sup>64)</sup>. Der mit einem Muthscheine versehene Vasall kann sodann, ohne weitere Thätigkeit, die Vorladung von Seiten des Lehensherrn erwarten<sup>65)</sup>. Wenn der Vasall die gesetzliche oder verlängerte Muthungsfrist versäumt, so kommen ihm dabei entweder genügende Entschuldigungsgründe zu Statten oder nicht. Als solche Gründe, die mit denen eines zu erlangenden Indultes nicht zu verwechseln sind, werden in den Gesetzen mehrere speciell angegeben, namentlich *capitales inimicitiae, infantia, iusta absentia, excommunicatio domini*<sup>66)</sup>. Unter welchen Voraussetzungen die Abwesenheit für eine rechtmäßige zu halten sei, ist nicht unbedenklich; *Mayr*<sup>67)</sup> nimmt an, daß langwierige Abwesenheit den Rechten des Vasallen nur nachtheilig sein könne (was auch bei der anfallenden Succession gelte), wenn sie entweder gegen bestimmte Gesetze verstoße, oder eine unrechtmäßige Ursache dabei zum Grunde liege<sup>68)</sup>. Die ohne rechtlich begründete Ursachen

58) *Weber a. a. D. Schmalz a. a. D. §. 686. Eichhorn und Mayr a. a. D.*

59) *Weber a. a. D. §. 201.*

60) *Ludewig, diss. de prorogatione investiturae. Hal. 1739.*

61) *Schmalz a. a. D. §. 687. Mayr a. a. D. §. 107.*

62) *Eichhorn und Mayr a. a. D.*

63) *Eichhorn und Mayr a. a. D.*

64) *Ludewig, in diss. cit. §. 4. p. 10.*

65) *Ludewig l. c. p. 12.*

66) *I. F. 22. II. F. 28. pr.*

67) *X. a. D. §. 107, Note 10.*

68) Man findet dieß näher ausgeführt in *Hagemann, pract. Erdr. B. VII, Nr. 114. Das Gegentheil wurde in Beziehung auf Gesamthänder*

geschene Verklümmung der Lehenserneuerung gilt nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung als eine, den Verlust des Lehens nach sich ziehende Felonie; streitig aber ist es, ob dieses nur die Folge einer vorsätzlichen Unterlassung, oder auch bloßer Nachlässigkeit sei, worüber das Nähere unter dem Art. Lehensfehler vorkommen wird. Auf die zeitig und gehörig geschene Muthung folgt in der Regel die neue Belehnung, wozu von Seiten der Lehenskanzlei ein angemessener Termin angesetzt wird. Die Meinungsverschiedenheit darüber, ob für den Lehensherrn eine positive Verpflichtung zur Vornahme des Actes der Lehenserneuerung existire<sup>69)</sup>, oder ob es in das Belieben des Lehensherrn gestellt sei, ob er die bei ihm nachgesuchte Renovation vornehmen wolle oder nicht<sup>70)</sup>, ist ohne practischen Werth, da man einverstanden darüber ist, daß dem Vasallen eine solche Unterlassung oder Verweigerung — welcher es auch gleich geachtet wird, wenn demselben noch Vorauslagen von dem Lehensherrn gemacht werden, zu deren Erledigung er nicht verpflichtet ist — in seinen Rechten an dem Lehen, die schon in der früheren Investitur begründet sind, durchaus keinen Eintrag thue<sup>71)</sup>. Im Falle der Lehensherr dem Vasallen das, bei der Muthung vorläufig bescheinigte, Recht streitig macht, kann er, so lange es noch nicht zu einem Prozesse hierüber gekommen ist, die oben (S. 418) näher bezeichnete Provisionalbelehnung nicht versagen<sup>72)</sup>. Ist es zum Rechtsstreite gekommen, und dadurch in possessorio für den Vasallen entschieden, so kann derselbe die Belehnung mit Vorbehalt des in petitorio zu erwartenden Erkenntnisses begehren; war eine Entscheidung jener Art noch nicht erfolgt, so hat die Rechtshängigkeit des Petitoriums eine Aussetzung der Belehnung zur Folge, und diese wird nach dessen Beendigung dem Obliegenden ertheilt<sup>73)</sup>. — Die Form der Lehenserneuerung ist im wesentlichen dieselbe, wie die der ersten (constitutiven) Investitur (oben S. 404), namentlich auch in Ansehung des dabei gemeinrechtlich nicht erforderlichen persönlichen Erscheinens des Vasallen<sup>74)</sup>, und die gegentheilige Äußerung *Mayr's*<sup>75)</sup>

von dem Oberappellationsgerichte zu Cassel angenommen: Pfeiffer, pract. Ausf. B. I, S. 199 flg.

69) Wie *Ydā*, a. a. D. §. 87, und *Mayr*, a. a. D. §. 108, mit Bezugnahme auf II. F. 6. behaupten. *Moser*, im Reichshofrathsprozesse Cap. 16, §. 103, führt ein bei verweigerter Renovation an den Lehensherrn erlassenes reichsgerichtliches mandatum S. Cl. de impertienda investitura sub poena 10 marcarum auri an.

70) *Phillips* a. a. D. B. II, §. 207, S. 288.

71) *Böhmer*, observ. nr. 10. §. 4. *Püttmann* l. c. §. 229. *Schmalz* a. a. D. §. 690. *Weber* a. a. D. Th. IV, §. 192.

72) *Böhmer* l. c. §. 5. *Weber* a. a. D. Th. IV, §. 192, S. 226. *Mayr* a. a. D. §. 108; wofür insbesondre auch die Worte der kais. Wahlcap. Art. 11, §. 1: aller Contradiction ungehindert, als welche zum rechtlichen Austrage zu verweisen, angeführt werden.

73) *Böhmer* l. c. §. 6. *Weber* a. a. D. S. 227. *Schmalz* a. a. D. §. 692.

74) *Ydā* a. a. D. §. 87. *Wichhorn* a. a. D. §. 216.

75) *X. a. D.*

ist wohl nur einem Versehen im Ausdrucke zuzuschreiben, indem dieselbe außerdem mit seiner eigenen früheren Angabe (§. 64) im Widerspruche stehen würde. Nach einer ziemlich allgemeinen Observanz wird dem Vasallen, nach abgelegtem Lehenseide, ein neuer Lehenbrief ertheilt<sup>76)</sup>, und dessen Uebergabe als äußerer Act der Vollziehung der Investitur betrachtet<sup>77)</sup>. Für die Abfassung eines solchen Lehenbriefes gilt es, zufolge des der Lebenserneuerung zukommenden bloß conservativen Charakters, als Regel, daß derselbe vollkommen mit dem Inhalte des früheren übereinstimme<sup>78)</sup>; eine Ausnahme vermag nur durch besondere Umstände mittelst andernweiter Uebereinkunft, die jedoch sowohl auf stillschweigender, als ausdrücklicher Zustimmung der Betheiligten beruhen kann, begründet zu werden; ob aber die erstere schon aus der ohne Widerspruch geschehenen Annahme eines veränderten Lehenbriefes gefolgert werden könne, ist nach den Umständen des concreten Falles zu beurtheilen. So lange eine desfallige Nachweisung nicht geliefert worden, ist dem Inhalte eines älteren Lehenbriefes vor dem des neueren der Vorzug zu geben<sup>79)</sup>; nur etwa im possessoriſchen Rechtsstreite möchte wohl nach den Bestimmungen des neueren Lehenbriefes vorzugsweise zu erkennen sein<sup>80)</sup>. Uebrigens ist wegen dieses Punktes überhaupt<sup>81)</sup> noch das oben (§. 405) Gesagte zu vergleichen. Bemerkenswerth sind die darüber in dem preußischen Landrecht<sup>82)</sup> getroffenen Bestimmungen. — Bei der Lebenserneuerung sind gewöhnlich, obgleich nicht gemeinrechtlich, gewisse Abgaben an den Lehensherrn zu entrichten<sup>83)</sup>, wovon die bedeutendste die Lehenswaare (laudemium) ist, die auch zuweilen schon bei der constitutiven Investitur geleistet wird. Die Lehenswaare wird in der Regel nicht bei einem Herrnsfalle, sondern nur bei einer Veränderung in der dienenden Hand, wodurch das Lehen entweder mittelst Veräußerung an einen neuen Besizer gelangt, oder einem Seitenverwandten des letzten Vasallen durch die Lehensfolge zufällt, entrichtet, liegt aber dessen Descendenten gewöhnlich nicht ob<sup>84)</sup>, was Böhm<sup>85)</sup> auch in dem Falle gelten läßt, wo einer der Descendenten das Lehen mittelst Abkaufes von den übrigen allein erhält. Die

76) Páß und Mayr a. a. D.

77) Schmalz a. a. D. §. 693. Vgl. auch Weber a. a. D. Th. III, §. 115.

78) Helffrich, diss. de eo quod iustum est circa mutationem prioris investiturae feudalis. Tub. 1734.

79) Weber a. a. D. Th. III, §. 114, §. 148 fig. Eichhorn a. a. D. §. 570.

80) Schmalz a. a. D. §. 694.

81) Welchen Páß, a. a. D. §. 87, Note o, als eine mit unnützer Weitläufigkeit bestrittene Frage bezeichnet.

82) Th. I, Tit. 18, §. 139 fig. Andere Particulargesetze ähnlichen Inhaltes bei Ortloff a. a. D. §. 191, §. 354 fig.

83) Frantzke, tract. de laudemii. Jen. 1664. Schröder, von der Lehenswaare und anderen Belehnungsgebühren. Berl. 1789.

84) Hierüber ist besonders Walch, de laudemio a liberis parentibus suis successuris solvendo; in opusc. T. II. exerc. 8. p. 273, zu vergleichen.

85) l. c. §. 196.; unter Bezugnahme auf Pufenborf, Reinhardt und Pütter.

Lehenswaare ist eine persönliche Last des Belehnten und wird für die empfangene Belehnung entrichtet; daher ist deren Uebernahme von einem Anderen, z. B. dem Verkäufer, durch Vertrag für den Lehensherrn un-  
 nachtheilig, und etwaige Rückstände können nur dem Allodialerben des Verpflichteten, nicht dem Lehensfolger, abgefordert werden. Aus demselben Grunde kann die Lehenswaare, wenn, noch ehe die Belehnung geschah, ein weiterer Veränderungsfall eintritt, nur ein Mal für diesen gefordert werden, es sei denn, daß der Vasall bei dem Unterbleiben der Belehnung sich im Verzuge befand. Die alte Streitfrage, ob auch im Falle des Wiederkaufes das sonst übliche laudemium zu entrichten sei, hat Walch<sup>86)</sup> ausführlich erörtert, und deren Verneinung als Regel aufgestellt. Ueber den Betrag der Lehenswaare läßt sich, da derselbe lediglich von particularrechtlichen Bestimmungen abhängt, keine allgemeine Regel aufstellen. Ist das Lehen unter mehrere Vasallen vertheilt; so zahlt jeder für seinen Antheil. Wenn, unter Voraussetzung der Verbindlichkeit zur Entrichtung der Lehenswaare in einem Herrnfalle, das Obereigenthum auf Mehrere zugleich übertragen wird, so braucht der Vasall die Lehenswaare doch nur ein Mal zu entrichten, und tritt an die Stelle eines von mehreren Lehensherren ein neuer, so hat man darauf zu sehen, ob dieselbe bisher pro rata oder in solidum bezahlt wurde, im ersteren Falle wird sie auch nur für den Theil, in welchem der neue Lehensherr succedirt, entrichtet, im anderen erst, wenn von sämtlichen Mitlehensherren keiner mehr übrig ist. Unter der Verbindlichkeit zur Entrichtung der Lehenswaare bei dem Herrnfalle ist jedenfalls die durch Veräußerung des Obereigenthums eintretende Veränderung in der Person des Lehensherrn nicht begriffen, wie denn überhaupt bei jener Verbindlichkeit kein Schluß von dem einen Falle auf den anderen statthaft ist<sup>87)</sup>. Ueber die hier vorgetragene Grundsätze sind im allgemeinen die unten<sup>88)</sup> benannten Schriftsteller zu vergleichen. Noch häufiger als die Lehenswaare kommt bei der Lehenserneuerung die Lehenstaxe<sup>89)</sup>, auch laudemium minus genannt, und in gewissen an die Lehenskanzlei für deren Bemühung zu zahlenden Gebühren bestehend, vor; und deren Entrichtung wird als eine regelmäßige, durch ihren Zweck begründete, Verbindlichkeit des Vasallen betrachtet<sup>90)</sup>. Der Betrag derselben ist dem Herkommen nach verschieden, jedoch wird solcher nicht, wie bei der Lehenswaare, nach dem Werthe des Lehens bestimmt, obwohl die Lehenstaxe bei solchen Lehens, bei denen keine Lehenswaare üblich ist, gewöhnlich von höherem Betrage

86) De retrovenditione a laudemii onere libera; *ibid.* ex. 7. p. 255.

87) Kestner, de laudemio de casu ad casum non extendendo. Lips. 1734. Einzelne Beispiele führt Runde, in den Anmerk. zu Buri, Abth. II, S. 19, an.

88) Böhmer l. c. §. 194 sq. Zachariae, liber quaestionum nr. XII. Weber a. a. D. Th. IV, S. 230 flg. Mayr a. a. D. §. 109.

89) Döbner, diss. de taxa feudali. Jen. 1740. Christ, analecta de sportula clientelari vulgo de taxa feudali. Lips. 1757.

90) Christ l. c. §. 6. 8. Weber a. a. D. Th. IV, §. 198.



als außerdem, ist<sup>91)</sup>. Eine einseitige Erhöhung des herkömmlichen Vertrages von Seiten des Lehensherrn oder der Lehenscanzlei ist nicht gestattet<sup>92)</sup>. Die Verbindlichkeit zur Entrichtung der Lehenssteuer liegt allen wirklich Belehnten ohne Unterschied ob<sup>93)</sup>, und wenn Döbner<sup>94)</sup> die Descendenten und selbst andere nahe Verwandten des letzten Besitzers für davon befreit hält, so beruht solches auf der diesem Schriftsteller überhaupt vorzuwerfenden Verwechslung der Lehenssteuer mit der Lehenswaare.

**Lehensfehler, felonía<sup>1)</sup>.** In einer allgemeineren Bedeutung versteht man unter Felonie eine jede Verletzung der in der Verpflichtung zur Lehenssteuer (oben S. 420 fig.) enthaltenen Verbindlichkeiten, wie solche durch die Gesetze bestimmt, oder durch den Lehenscontract theils erweitert, theils beschränkt worden sind<sup>2)</sup>; in dem engeren und eigentlichen Sinne aber eine solche Verletzung dieser Verbindlichkeiten, welche durch die Lehensgesetze mit der Entziehung des Lehens bedroht ist<sup>3)</sup>, und nur in dieser engeren Bedeutung kann von einer Quasifelonie die Rede sein, welche mit der wahren weiter nichts gemein hat, als daß sie den Verlust eines Lehens als Folge eines Vergehens nach sich zieht, welches gar nicht einmal eine Verletzung der Lehensverbindlichkeiten, dem Lehensherrn gegenüber, enthält. Die wahre Felonie wird bei der Gegenseitigkeit der Verpflichtung zur Lehenssteuer sowohl von dem Lehensherrn, als von dem Vasallen, begangen, und vasallitischer Seite insonderheit von allen, welche zur Lehenssteuer verpflichtet sind, also auch von den zur Lehensfolge Berechtigten, namentlich auch von Mitbelehnten und Eventualbelehnten<sup>4)</sup>, selbst von dem Astervasallen im Verhältnisse zum Oberlehensherrn<sup>5)</sup>. Die vorausgegangene Leistung des Lehenseides ist dazu nicht erforderlich<sup>6)</sup>, mithin findet in gleicher Weise auch bei Handlehen (oben S. 420) eine Felonie statt; überhaupt kommt es bei deren Begehung auf die verschiedenen Arten der Lehen nicht an. Viele der hierher gehörigen Fälle sind ausdrücklich durch die Gesetze bestimmt, doch sind diese nicht die einzigen, indem es vielmehr der richterlichen Beurtheilung überlassen ist, auch andere zuzulassen, die jenen ihrer Wichtigkeit nach gleichzustellen

91) Christ l. c. §. 5. Weber a. a. D.

92) Christ l. c. §. 7.

93) Weber a. a. D.

94) in diss. cit. §. 9 u. 11.

1) Allgemeine Schriften: Moscow, de praecipuis feloniae speciebus. Gryph. 1697. Schuler, diss. de vasallorum delictis amissionem feudorum ingerentibus. Alt. 1734. Hommel, diss. de nobili vasallo in dominum committente. Lips. 1764. Globig, de modo feloniae eiusque poena in comm. de reb. dub. Obs. 26. Fischer, prompt. iur. feud. Spec. 2 u. 3.

2) Arg. II. F. §. 2. Páß a. a. D. §. 182. Eichhorn a. a. D. §. 213 a. E. Mayr a. a. D. §. 103.

3) Mayr a. a. D.

4) Páß und Mayr a. a. D. Weber a. a. D. Th. IV, §. 351.

5) Mayr a. a. D. §. 103.

6) Mylius, diss. de felonía ante praestitum fidelitatis iuramentum commissa. Lips. 1739. Páß a. a. D.

sind, wobei insonderheit diejenigen Gründe, wegen deren eine Enterbung der Kinder stattfindet, oder eine Ehe getrennt, oder eine sonst gültige Schenkung widerrufen werden kann, zur analogen Anwendung dienen<sup>7)</sup>; jedenfalls soll jedoch der Richter die mildere Ansicht dabei vorwalten lassen<sup>8)</sup>. Die gesetzlich bestimmten Fälle lassen sich unter zwei Classen bringen: solche Handlungen, die eine Verletzung der dem Vasallen obliegenden Verbindlichkeiten in Beziehung auf das Lehen enthalten, und solche, die den Verpflichtungen desselben gegen die Person des Lehensherrn zuwiderlaufen. Zu der ersteren Classe gehören: 1) Die Verweigerung der Lehendienste (oben S. 438 fig.)<sup>9)</sup>, wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß nicht von solchen Diensten die Rede sei, welche der Vasall zu verweigern berechtigt ist<sup>10)</sup>, wozu als vorzügliches Beispiel der Fall eines auf Seiten des Lehensherrn offenbar ungerechten Krieges dient<sup>11)</sup>. 2) Hartnäckige Verweigerung des Lehenseides, wobei jedoch ebenwohl vorausgesetzt wird, daß nicht von einem solchen Lehen oder Falle, rücksichtlich dessen der Vasall von der Leistung des Lehenseides befreit ist, die Rede sei<sup>12)</sup>. 3) Unterbleiben des Erscheinens vor dem Lehensgerichte in dazu geeigneten Fällen, welches als Verweigerung der Anerkennung der lehensherrlichen Gerichtsbarkeit betrachtet wird. 4) Vernachlässigung der Lehenserneuerung<sup>13)</sup>; inwiefern hierbei eine böswillige Absicht vorausgesetzt werde, oder schon grobe Fahrlässigkeit genüge, wird bei den Wirkungen der Felonie erörtert werden. 5) Ablegnung der Lehensverbindung überhaupt (disclamatio), oder der lehenbaren Eigenschaft des betreffenden Gutes, so wie einzelner Bestandtheile desselben<sup>14)</sup>. 6) Grober Mißbrauch des Lehens, insonderheit bedeutende Deterioration desselben, nach fruchtlos geschehener Erinnerung<sup>15)</sup>. 7) Veräußerung des Lehens an einen Fremden, ohne Einwilligung des Lehensherrn; wovon das Nähere unter dem Art. Lehensveräußerung. Zu der andern Classe der als Felonie zu betrachtenden Verletzungen der Lehensverbindlichkeiten, nämlich der auf die Person des Lehensherrn sich beziehenden, insonderheit der dessen Leben, Ehre oder Vermögen gefährdenden, Handlungen des Vasallen gehört 1) Tödtung

7) II. F. 23. pr. II. F. 24. §. 9. Páq und Mayr a. a. D. Schmalz a. a. D. §. 723.

8) II. F. 28. §. 1. Páq a. a. D.

9) II. F. 24. §. 6.

10) Die einzelnen hierher gehörigen Fälle zählt unter 12 Nummern Reinhard, in comm. de Herischlizio seu denegatione servitorum militarium (Jen. 1752.) §. 2., auf. Vgl. auch II. F. 28. pr. §. 4. Páq a. a. D. §. 188 n. 75.

11) II. F. 28. pr. Weber a. a. D. Th. IV, §. 351.

12) II. F. 24. §. 1. Weber a. a. D.

13) Als wodurch die Lehensverbindung in Vergessenheit gebracht werden möchte: Schmalz a. a. D. §. 731.

14) II. F. 22. pr. II. F. 24. §. 6.

15) II. F. 27. §. 17. Mencken, de obligatione vasalli res in foudum sibi datas deteriores haud reddendi; in Zepernick, anal. T. I. p. 201. Such, von Lehensdeteriorationen; in Zepernick, Misc. B. II, S. 151. Globig, obs. 7. Weber a. a. D. Th. IV, S. 709.

des Lehensherrn oder Nachstellung nach dem Leben desselben<sup>16)</sup>. 2) Verlassung desselben im Treffen oder Verrath an die Feinde<sup>17)</sup>. 3) Angriff seiner Burgen und Güter<sup>18)</sup>. 4) Versäumte Anzeige einer dem Vasallen bekannt gewordenen, Leib und Leben, Ehre oder Vermögen des Lehensherrn bedrohenden Gefahr<sup>19)</sup>; ob hierbei schon grobe Nachlässigkeit hinreiche, davon unten. 5) Versäumte Befreiung des Lehensherrn aus dem Gefängnisse, welche der Vasall hätte bewirken können<sup>20)</sup>; so wie aus anderen Gefahren<sup>21)</sup>. 6) Verbreitung der dem Vasallen von dem Lehensherrn anvertrauten Geheimnisse zu dessen Nachtheil<sup>22)</sup>. 7) Denunciation zum Nachtheil des Lehensherrn, Anklage oder Zeugniß wider denselben<sup>23)</sup>. 8) Thätliche Mißhandlung oder sonstige schwere Beleidigung des Lehensherrn<sup>24)</sup>, zu welcher letzteren auch 9) der unerlaubte Umgang des Vasallen mit der Ehefrau des Lehensherrn (*cucurbitatio*), oder anderen nahen Anverwandten desselben<sup>25)</sup>, zu rechnen ist. 10) Versäumung der Pflicht, den Sohn oder Aftervasallen, welcher den Lehensherrn beleidigte, zur Genugthuung anzuhalten<sup>26)</sup>. — Die gesetzliche Wirkung der Felonie ist Verlust des Lehens, wie solche in fast allen den vorerwähnten Lehensarten ausdrücklich ausgesprochen wird. Diefelbe tritt aber in der Regel, nur mit Ausnahme des Falles einer unerlaubten Lehensveräußerung, worüber der betreffende Artikel zu vergleichen ist, nicht schon kraft des Gesetzes (*ipso iure*) ein<sup>27)</sup>, und es kann daher auch nicht von Amtswegen darauf erkannt werden<sup>28)</sup>; vielmehr erhält durch die begangene Felonie der Lehensherr nur das Recht, den Vasallen des Lehens durch richterlichen Ausspruch<sup>29)</sup> für verlustig erklären zu lassen, und zu diesem

16) II. F. 24. §. 5.

17) I. F. 5. I. F. 17. Vgl. auch Stryk, de vasallo desertore. (III. 539.)

18) II. F. 24. §. 5. Schmalz a. a. D. §. 722.

19) II. F. 24. §. 3. II. F. 28. §. 1.

20) II. F. 24. §. 8.

21) II. F. 28. §. 1. in f.

22) I. F. 17. II. F. 5. Stryk, de credentiae revelatione (III. 197.) cap. 3.

23) II. F. 24. §. 8. F. 33. §. 5.

24) II. F. 24. §. 5. II. F. 57.

25) Diese werden einzeln bezeichnet in I. F. pr. II. F. 24. §. 4. Die Bittwe des Lehensherrn gehört nicht dazu: Weber a. a. D. Th. IV, §. 352, S. 707.

26) II. F. 45. §. 3. 4. — Ueber die sämtlichen Gründe sind zu vergleichen: Pütz a. a. D. §. 183. Weber a. a. D. Th. IV, §. 352. Eichhorn a. a. D. §. 241, Note d. Mayr a. a. D. §. 160. — Rosenthal, in tract. iur. feud. cap. 10., zählt deren 57 auf, die er im Einzelnen ausführlich erörtert.

27) Dies ist jedoch nicht unbestritten: Mencken, diss. feudum per omnem feloniam ipso iure amitti. Vit. 1740. Weber a. a. D. Th. IV, §. 354.

28) Schmalz a. a. D. §. 724.

29) Ordine iudiciario, wie es in II. F. 27. §. 7. heißt, und cognita culpa, wie I. F. 21. sich ausdrückt; also nach vorgängiger Untersuchung und etwa erforderlicher Beweisführung: Weber a. a. D.

Zweck eine Privationsklage (durch den Lehensfiscal) wider Jenen anzustellen, welche Klage nur der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung unterworfen ist<sup>30)</sup>, jedoch, als *actio ex delicto* und *vindictam spirans*, weder *activ* noch *passiv* auf die Erben übergeht, es sei denn, daß sie schon angestellt worden<sup>31)</sup>, und womit auch die *rei vindicatio* cumulirt werden kann; vorher darf er den Vasallen nicht des Lehens entsetzen. Da die Lehensprivation als Folge der Felonie nur zu den regelmäßigen Eigenschaften des Lehensverhältnisses (*naturalia feudi*) gehört, so kann der Lehensherr darauf verzichten<sup>32)</sup>, und zwar nicht bloß in einzelnen Fällen der schon begangenen Felonie (*condonatio*), sondern auch durch die allgemeine Uebereinkunft, daß der Lehensherr wegen verletzter Lehensstreue die Strafe des Lehensverlustes nicht ausübe, sondern sich mit irgend einer andern Genugthuung begnüge, oder wenigstens erst, wenn diese nicht geleistet worden, die Privation eintrete<sup>33)</sup>. Die Verzichtleistung auf die Privation kann auch stillschweigend geschehen, indem der Lehensherr, nach erlangter Kenntniß von der Begehung der Felonie, den Vasallen wieder belehnt, sich Lehendienste von ihm leisten läßt<sup>34)</sup>, in die Veräußerung oder Verpfändung des Lehens einwilligt, oder ihn die Verjährungszeit hindurch in dem Besitze des Lehens läßt<sup>35)</sup>. Den Zweifel, ob nach stattgehabter *Condonation*, insonderheit wenn dieselbe erst nach dem *Privationsurtheile* erfolgte<sup>36)</sup>, das Lehen noch als *antiquum* oder als *novum* zu betrachten sei, hält Hackemann<sup>37)</sup> durch ein für ersteres entscheidendes Reichskammergerichtserkenntniß für beseitigt, obwohl Hoffmann<sup>38)</sup> das Gegentheil für ganz unzweifelhaft erklärt. Welche Wirkung die *Condonation* für die auf den Aperturfall berechtigten Personen habe, wurde oben (S. 434) erwähnt; derselben Frage wird in Beziehung auf Agnaten unter dem Art. *Lehensveräußerung* Erwähnung geschehen. Um auf Verlust des Lehens wegen Felonie zu erkennen, reicht der bloße Versuch nicht hin, sondern das Vergehen muß wirklich vollzogen sein<sup>39)</sup>;

30) Weber a. a. D. S. 716 flg.

31) Verschiedene Ansichten hierüber theilt Weber, a. a. D. Th. IV, §. 355, mit.

32) Stryk, *de culpa vasallo remissa*. Francof. 1681. (IV. 230.) Eichhorn a. a. D. §. 241, S. 625. Phillips a. a. D. B. II, §. 196, S. 229. Das Gegentheil behauptet Bauer, in opusc. T. II, nr. 57. §. 29. p. 285.

33) Weber a. a. D. Th. IV, §. 353, wo auch ein Lehenbrief solchen Inhaltes mitgetheilt wird. Im allgemeinen sind zu vergleichen Eichhorn a. a. D. §. 241. Rayr a. a. D. §. 161.

34) Schmalz a. a. D. §. 724.

35) Bruckner, *de remissione feloniarum tacita*. Jen. 1730. Dagegen Spener, *diss. de tacita remissione feloniarum*. Viteb. 1719. Vgl. auch Weber a. a. D. Th. IV, §. 355. Phillips a. a. D. B. II, §. 196, S. 229.

36) Auf welchen Fall II. F. 31. in den Worten: *nisi id iterum etc.*, sich zu beziehen scheint.

37) *De feudo vetere remissa feloniam*; in Zepernick, anal. T. I. p. 370.

38) *De differ. feudi novi et antiqui*; in Jenichen, thes. T. I. p. 1041. §. 8.

39) II. F. 51. §. 2.

auch wird dazu in der Regel die vorsätzlich, in bösslicher Absicht, geschehene Vornahme der die Felonie enthaltenden Handlung erfordert, und die Fälle, in denen das Gesetz eine grobe Nachlässigkeit für hinreichend erklärt hat, müssen als Ausnahmen betrachtet werden<sup>40)</sup>. Zu diesen nun gehört nach bestimmter gesetzlicher Vorschrift der oben bemerkte Fall der versäumten Anzeige einer dem Lehensherrn drohenden Gefahr<sup>41)</sup>. Sehr bestritten ist dagegen, wegen des zwischen mehreren hierüber bestimmenden Lehentexten, wenigstens ihrem Wortinhalte nach, obwaltenden Widerspruches, die oben (S. 451) aufgesetzte Frage, ob auch wegen Unterlassung der Lehenserneuerung schon, wenn diese nur aus grober Nachlässigkeit unterblieb, die Lehensprivation eintrete, oder ob hierzu eine Unterlassung aus böser Absicht erfordert werde<sup>42)</sup>. Ganz unzweideutig verfügt nämlich II. F. 55. pr. (von Kaiser Friedrich), gerade die neueste unter den hierher gehörigen Stellen: *si quis infeudatus maior 14 annis sua incuria vel negligentia per annum et diem steterit, quod feudi investituram non petierit, transacto hoc spatio, feudum amittat, et feudum ad dominum redeat*; wogegen eben so bestimmt in II. F. 52. §. 3. (von Kaiser Lothar) verordnet ist: *si vasallus non dolose per annum et diem steterit, quod a domino sui beneficii investituram non petierit, feudum non ob hoc amittat*. Ohne in diese Controvers<sup>43)</sup> hier tiefer einzugehen, wird es genügen, mittelst ganz einfacher grammatischen Interpretation die Uebereinstimmung beider Stellen in dem strengsten Sinne der mit jeder, auch nur auf Fahrlässigkeit, ohne böse Absicht, beruhenden Unterlassung der Lehenserneuerung während der gesetzlich dazu vorgeschriebenen Zeit, verbundenen Privation des Lehens nachzuweisen. Die letztgedachte Stelle nämlich verbindet mit der, allerdings völlig klaren, Bestimmung, daß wegen einer nicht dolosen Unterlassung der Lehenserneuerung der Vasall das Lehen nicht verlieren soll, alsbald eine nähere Erklärung dessen, was sie unter dem nicht dolosen Handeln des Vasallen versteht: *dolus abesse videtur, si iusta causa impediens steterit*<sup>44)</sup>, von welcher Voraussetzung: *nisi iusta causa intervenierit, cur non petierit*, auch I. F. 22. pr. den Verlust des Lehens wegen versäumter Renovation abhängig macht. Wo nun aber eine solche *iusta causa* vorhanden ist, da fehlt es gänzlich an den Bedingungen. der rechtlichen Existenz einer Felonie im engeren, dem eigent-

40) *Mag a. a. D.* §. 182.

41) *Dolo vel negligentia*: II. F. 24. §. 3.

42) *Vöckel*, diss. de omissione renovationis investiturae feudalis non dolose facta, hodie ad amissionem feudi in vasallum dolo vel negligentia investiturae renovationem non petentem legibus statuta. Lips. 1728. *Mencken*, de poena privationis feudi in vasallum dolo vel negligentia investiturae renovationem non petentem legibus statuta. Vit. 1737. Außerdem stehen bei dieser Streitfrage hauptsächlich *Böhmer*, in elect. T. I. p. 297. §. 64 sq. T. II. p. 178. §. 114 sq., und *Bauer*, in opusc. T. II. p. 299 sq., einander gegenüber. Insbesondere ist auch zu vergleichen *Reichshelm*, Auslegung dunkler Gesetze Abh. 4, S. 191 flg.

43) In Beziehung auf welche man die Gründe und Gegengründe ziemlich vollständig bei *Weber*, a. a. D. Th. IV, §. 190, zusammengestellt findet.

44) Desselben Ausdruckes bedient sich II. F. 97.

lich pönalen, Sinne (oben S. 454), ja selbst an der Voraussetzung einer imputablen Nachlässigkeit, und es kann demnach in der Verordnung Lothar's, welche ausdrücklich die Abwesenheit einer iusta causa und das Vorhandensein des dolus als correlativ und gleichbedeutend behandelt, überhaupt keine Entscheidung der Frage gefunden werden, ob in solchen Fällen, wo keine iusta causa dem Vasallen zur Seite steht, nur die in böser Absicht, oder die auch bloß aus Nachlässigkeit, geschehene Versäumung die Lehensprivation zur Folge habe; über diese Frage entscheidet vielmehr nur die erstgedachte Constitution Friedrich's, und zwar ausdrücklich für letzteres, was eben sowohl aus dem ganz allgemeinen und unbedingten Aussprüche im II. F. 24. pr.<sup>45)</sup> und II. F. 40. pr., daß wegen Unterlassung der Lehenserneuerung während der gesetzlichen Frist der Verlust des Lehens eintrete, zu entnehmen ist, sobald man davon ausgeht, daß es an einer gegentheiligen positiven Bestimmung fehlt, aus welcher eine derselben entsprechende Beschränkung dieses allgemeinen Ausspruches gefolgert werden müßte. Daher sind denn auch die sämtlichen neueren Schriftsteller darüber einverstanden, daß der Theorie nach, in Ermangelung eines der gesetzlich anerkannten Verhinderungsgründe, eine jede Versäumung der Lehenserneuerung, ohne Unterschied, ob diese vorsätzlich oder bloß aus Nachlässigkeit unterlassen wurde, die Lehensprivation begründe<sup>46)</sup>; wohl aber bezeugen die meisten derselben zugleich, daß ein fast allgemeiner Gerichtsgebrauch (gleich vielen Particulargesetzen) sich für die mildere Ansicht, daß die Privationsstrafe nur bei absichtlicher Versäumung eintrete, erklärt habe<sup>47)</sup>. In denjenigen Fällen nun, welche sich hiernach nicht zur Privation eignen — so wie in allen denen der Begehung solcher geringerer Lehensfehler, welche die Gesetze nicht mit dem Verluste des Lehens bedroht haben — wird eine angemessene Selbßbuße, emenda, erkannt, worüber sich jedoch in den Gesetzen keine nähere Bestimmung findet<sup>48)</sup>. Eine rechtliche Folge des Erkenntnisses auf Privation ist der gänzliche Verlust des Lehens für den Vasallen, welcher die Felonie beging, und für dessen Descendenten; daher die Consolidation des vasallitischen Rechtes mit dem Obereigenthume in der Hand des Lehensherrn, und zwar für immer in Ermangelung sonstiger lehensberechtigter Personen, außerdem nur so lange der delinquirende Vasall und seine Descendenten am Leben sind. Nur bei einem als Alllehen verliehenen Neulehen trifft auch die als Successionsberechtigte mit aufgenommenen Seitenverwandten der gegen den Vasallen wegen Felonie ausgesprochene Verlust des Lehens, es sei denn, daß ihnen von dem Lehensherrn

45) In welcher Stelle der Ausdruck *neglexerit* gebraucht ist.

46) Pögg a. a. D. §. 86. Weber a. a. D. Schmalz a. a. D. §. 689. Eichhorn a. a. D. §. 216. Mayr a. a. D. §. 107. Pfeiffer, pract. Ausf. B. IV, Abh. 2. Phillips a. a. D. B. II, §. 207.

47) Weber a. a. D. S. 218. Eichhorn a. a. D. Mayr a. a. D. Note 12. Pfeiffer a. a. D. S. 58.

48) Weber a. a. D. Th. IV, §. 353 a. G. Eichhorn a. a. D. §. 241. Mayr a. a. D. Note 12.

selbst das Successionsrecht zugestanden wäre<sup>49</sup>). Vgl. übrigens den Art. Lehensverwandlung. — Wurde die Felonie von einem Provasallen begangen (oben S. 429), so tritt die Entziehung des Lehens nur für die Zeit ein, wo derselbe das Amt bekleidet, mit welchem die Pflichten des Provasallen nothwendig verbunden sind, hört aber auf, sobald ein neuer Lehensträger eintritt<sup>50</sup>). In Ansehung der nach Begehung der Felonie fällig gewordenen Lehensfrüchte nimmt man gewöhnlich an, daß dem Lehensherrn ein Anspruch auf dieselben von der Zeit der Begehung der Felonie an, ohne Unterschied, ob von einem den Verlust des Lehens erst in Folge eines Erkenntnisses auf Privation, oder ohne dieses schon kraft des Gesetzes, nach sich ziehenden Falle die Rede sei, zukomme<sup>51</sup>); doch will Schmalz<sup>52</sup>) diesen Anspruch im ersteren Falle auf die erst von der Rechtskraft des beraubenden Urtheiles an fällig gewordenen Früchte beschränken, weil, ehe die Beraubung des Lehens erkannt sei, auch keine Wirkung derselben eintreten könne; nach den in den Lehentexten gebrauchten Ausdrücken dürfte jedoch die erstere Ansicht für die richtigere zu halten und dem gedachten Urtheile nur die Eigenschaft eines declaratorischen Ausspruches beizulegen sein. Auch die nach jenem Zeitpunkte von dem Vasallen über die Benutzung des Lehens abgeschlossenen Verträge, so wie die demselben aufgelegten Servituten, sind für den Lehensherrn nicht bindend<sup>53</sup>). Befindet das Lehen sich in den Händen eines Dritten, von welchem es der Lehensherr alsbald vermittelt der Vindicationsklage abzufordern berechtigt ist, so wird dessen Verbindlichkeit zur Erstattung der von demselben gezogenen Früchte nach den deßfalls von einem bonae oder malae fidei possessor geltenden allgemeinen Grundsätzen beurtheilt<sup>54</sup>); jedenfalls muß er dieselben von dem Zeitpunkte an, wo er Kenntniß von dem Privationsurtheile erhielt, herausgeben<sup>55</sup>). — Auch die von dem Lehensherrn gegen den Vasallen begangene Felonie hat den Verlust des Obereigenthums für jenen zur Folge<sup>56</sup>). Dies würde nach der Natur des regelmäßig zwischen dem Lehensherrn und Vasallen in Beziehung auf das Lehensobject bestehenden Verhältnisses, zufolge dessen dasselbe von jenem auf diesen übertragen wurde, daher man wohl von dem Letzteren sagen kann, daß derselbe sich durch die Felonie einer solchen Gabe unwürdig gemacht habe, nicht umgekehrt auch von

49) Weber a. a. D. Th. III, §. 132, S. 375, Th. IV, §. 357.

50) II. F. 40. §. 3. Pdh a. a. D. §. 184. Eichhorn a. a. D. §. 241, S. 625. Mayr a. a. D. §. 161.

51) Pdh a. a. D. §. 184. Weber a. a. D. Th. IV, §. 354, S. 625. Mayr a. a. D. §. 161.

52) X. a. D. §. 725.

53) Hagemann, pract. Erdr. B. VI, Nr. 22. Mayr a. a. D.

54) Hagemann a. a. D. B. III, Nr. 57. Eichhorn a. a. D. §. 241 a. S. Mayr a. a. D.

55) Hagemann a. a. D. B. VI, Nr. 22, S. 138. Mayr a. a. D.

56) Schweder, de feloniam domini; in disp. T. II. p. 97. Spitz, diss. de obligatione domini erga vasallum. Erf. 1750. Bocris, de feloniam domini directi; in Zepernick, anal. T. I. p. 333. Eichhorn a. a. D. §. 221, 244. Phillips a. a. D. B. II, §. 196, S. 229.

dem Ersteren, lediglich auf den nur selten vorkommenden Fall eines feudum oblatum (oben S. 402) zu beschränken sein<sup>57)</sup>; allein das positive Lehensgesetz<sup>58)</sup> spricht ganz unbedingt auch gegen den eine Felonie begehenden Lehensherrn den Verlust des Lehens in der Weise, daß die Proprietät desselben auf den Vasallen übergehe<sup>59)</sup>, aus, und dieser klaren gesetzlichen Bestimmung gegenüber können alle Gründe, womit Thomasius<sup>60)</sup> eine davon abweichende Meinung zu vertheidigen gesucht hat, gar nicht in Betracht kommen<sup>61)</sup>. Im allgemeinen finden bei diesem Verluste des Lehens wegen Felonie des Lehensherrn dieselben Grundsätze Anwendung, welche, nach dem Obigen, von der des Vasallen gelte; doch mit Berücksichtigung der in dem Lehensverhältnisse selbst begründeten Verschiedenheit ihrer Verpflichtungen gegeneinander<sup>62)</sup>, welche Beschränkung daher auch den Worten *ex omni feloniam in II. F. 47.* beizulegen ist. Ist der Lehensherr ein *prodominus*, so tritt nach Analogie dessen, was in dieser Beziehung bei der Felonie des Provasallen stattfindet, nur eine temporäre Appropriation ein<sup>63)</sup>; Weber<sup>64)</sup> scheint in diesem Falle überhaupt die lehensgesetzliche Vorschrift nicht für anwendbar zu halten, Schmalz<sup>65)</sup> nimmt an, daß die Felonie des *prodominus* nur diesen seines Amtes beraube, was von Páq<sup>66)</sup> so ausgedrückt wird, es könne in solchem Falle der Vasall die Anstellung eines anderen *prodominus* fordern, jedoch mit Ausnahme der Staatslehen. — Eine *Quasifelonie* wird in den Lehensgesetzen aus dem Gesichtspunkte einer Verletzung der Standesehre<sup>67)</sup> als vorhanden angenommen, wenn der Vasall sich eines Verwandtenmordes (*parricidium* im Sinne des römischen Rechtes) oder eines Verrathes seines Mitvasallen, so wie überhaupt eines Verbrechens, welches Infamie (im Sinne des deutschen Rechtes) zur Folge hat, schuldig macht<sup>68)</sup>. Nach den Reichsgesetzen gehört dahin auch

## K

57) Dolliner a. a. D. §. 359, S. 382. Ein Beispiel der Anwendung führt Neumann, *med. iur. princ. priv. T. V. S. 483.*, an.

58) II. F. 26. §. 22. II. F. 47.

59) Mit Recht bezeichnet dieses *Maurenbrecher*, deutsch. *Privatr. §. 249*, als eine aus dem Persönlichen der Verhältnisse zu erklärende Erweiterung des *dominii utilis*.

60) *De feloniam domini*; in *select. feud. T. II. p. 275.* Ebenso *Boccris*, in *observ. 29.*

61) Weber a. a. D. Th. IV, §. 359.

62) Globig, in *obs. 26. p. 181.* Als gesetzliches Beispiel einer, den Verlust des *dominium directum* nach sich ziehenden Felonie des Lehensherrn ist nach Art. 32, §. 2 der *R.-R.-G.-D. v. 1521* die gewaltsame Besitzentziehung des Vasallen zu betrachten.

63) Mayr a. a. D. §. 164.

64) X. a. D. S. 725 a. E.

65) X. a. D. §. 728.

66) X. a. D. §. 190.

67) *Maurenbrecher* a. a. D. S. 534. In gleichem Sinne erläutert auch die *Summa des Baldus* zu II. F. 37. diesen Lehensstext durch die Worte: *ut sine verecundia in curia esse non possit.*

68) I. F. 5. pr. II. F. 24. §. 10. 11. II. F. 37. Eichhorn a. a. D. §. 242. Mayr a. a. D. §. 162; auch Páq a. a. D. §. 185, welcher



der Landfriedensbruch, worüber der Landfrieden von 1548, Art. 3, die näheren Bestimmungen enthält<sup>69)</sup>. Im allgemeinen gelten von der Quassifelonie dieselben Grundsätze, wie von der wahren; nur das ist bestritten, ob die als Folge derselben eintretende Privation bloß den delinquirenden Vasallen oder auch dessen Descendenten treffe? Letzteres nimmt Eichhorn nicht an, indem er den Ausdruck: *ad agnatum proximiorum* in II. F. 37. pr. durch den in II. F. 24. §. 11. wiederholt gebrauchten *ad proximos* ausdehnend zu erklären sucht; allein diese letztere Stelle kann, da sie nur auf das Verhältniß des Lehensherrn zu den Verwandten des Delinquirenden überhaupt sich bezieht, indem sie die beiden Fälle der Privation des Lehens wegen der wahren und der Quassifelonie mit einander vergleicht, und den Unterschied beider lediglich darin findet, daß bei letzterer das Lehen nicht sofort an den Lehensherrn zurückfalle, sondern auf die *proximos* übergehe, diese mithin an die Stelle des Lehensherrn, so weit sie in dem ersteren Falle durch ihn ausgeschlossen wurden, und unter der nämlichen Voraussetzung, wie dieses geschah, träten, auch bei dieser letzteren Bestimmung nur von eben solchen Lehensfolgern verstanden werden, von welchen in dem erstgedachten, auf die Voraussetzung der Lebensdauer des delinquirenden Vasallen und seiner Descendenten (auf welche auch dabei die Ausschließung der sonstigen Agnaten beschränkt war) sich beziehenden Falle die Rede ist, so daß hiernach der Ausdruck *agnati proximiores* in der ersterwähnten Stelle für gleichbedeutend mit *proximi* in der anderen, beide Male mit Ausschließung der Descendenten, zu halten ist. Auch Phillips<sup>70)</sup> theilt Eichhorn's Meinung, hauptsächlich auf den Grund des alteutschen Lehensrechtes<sup>71)</sup>; allein die in diesem enthaltene Rechtsregel: kein Kind soll des Vaters Schuld entgelten, würde eben sowohl der strengen Anwendung des longobardischen Rechtes in Beziehung auf die wahre Felonie entgegen sein. Demnach kann man nur der Ansicht Mayr's beistimmen, daß „nach strenger Consequenz“ auch hier die Descendenten des felonirenden Vasallen das Lehen verlieren<sup>72)</sup>. Ob auch bei der Quassifelonie, wie bei der wahren (oben S. 457 fig.), der Lehensherr die Folgen derselben, welche hierbei nicht in seinem Interesse, sondern nur dem der Agnaten, eintreten, zu erlassen berechtigt sei, ist eine sehr bestrittene Frage<sup>73)</sup>, die jedoch

jedoch nur eine solche Ehrlosigkeit für erheblich erklärt, welche die Folge eines gerichtlichen Erkenntnisses ist.

69) Globig, in obs. 26. §. 9., nimmt hierbei auch auf Cap. 24 der goldnen Bulle Bezug, worin jedoch nur die Confiscation im allgemeinen angedroht ist.

70) A. a. D.

71) Schwab. Lehenrecht Cap. 61, §. 10.

72) Womit Reichhelm a. a. D. Abh. 3; Weber a. a. D. Th. IV, §. 358, S. 722; Schmalz a. a. D. §. 727, übereinstimmen; der gegentheiligen Meinung ist jedoch auch Páq, a. a. D. §. 185, zugethan.

73) Worüber man die Gründe für und wider hauptsächlich bei Hommel, in diss. *dominum feloniam contra tertium perpetratum valide remittere*. Lips. 1765., erörtert findet.

von Weber<sup>74)</sup> um bewilligt bejaht wird, weil Jenen nach arg. II. F. 31. kein absolutes Recht auf das Leben zustehe<sup>75)</sup>. Daß auch der Lehensherr eine Quassifelonie begehen könne, scheint Weber<sup>76)</sup> zu bezweifeln, indem er bemerkt: am wenigsten träten die Gründe in Rücksicht der Quassifelonie bei dem Lehensherrn ein, die gegen den Vasallen stattfänden. Die hier entscheidende Stelle II. F. 26. §. 21. sagt jedoch ausdrücklich von der Felonie des Lehensherrn: *sive peccaverit in vasallum, sive in alium*; die übrigen Schriftsteller äußern sich hierüber nicht.

**Lebensfrüchte.** In mehrfachen, sehr verschiedenartigen, Beziehungen machen die von den Lebensfrüchten geltenden Grundsätze einen Gegenstand der Lehenrechtswissenschaft aus. Theilweise wurde davon bereits oben gehandelt, weitere Erörterungen darüber werden unter einigen der nachfolgenden Artikel vorkommen. Hier wird eine übersichtliche Zusammenstellung derjenigen Fragen, welchen eine besondere Ausführung gewidmet ist, mit Verweisung auf die betreffenden Stellen genügen: 1) Von dem im Nutzungseigenthume des Vasallen begründeten Rechte zur Beziehung der Früchte des Lehenobjectes überhaupt: oben S. 426. — 2) Von der Befugniß des Vasallen zu letztwilligen Verfügungen über die Lebensfrüchte: oben S. 424. — 3) Von dem Anspruche eines Anwärters auf die seit der Eröffnung des betreffenden Lebens fällig gewordenen Früchte: oben S. 437. — 4) Von der mit dem Verluste des Lebens wegen Felonie verbundenen Schuldigkeit zur Herausgabe davon bezogener Früchte: oben S. 460. — 5) Von der Verwendung der Lebensfrüchte zur Bezahlung der Schulden des Vasallen, insbesondere von deren Verpfändung, s. die Art. Lehen Schulden und Lehenverpfändung. — 6) Von dem Verhältnisse der Theilnahme an den Lebensfrüchten zwischen den Allodialerben eines verstorbenen Vasallen und dem Lehenfolger s. den Art. Lehensonderung. — 7) Von dem Gerichtsstande in Streitigkeiten über Lebensfrüchte s. den nachstfolgenden Artikel.

**Lebensgerichtsbarkeit<sup>1)</sup>.** Ueber den Ursprung und eigentlichen Rechtsgrund dieses dem Lehenverhältnisse ganz eigenthümlichen Institutes herrscht eine so große Verschiedenheit der Ansichten unter den Rechtsleh-

74) X. a. D. Th. IV, §. 358, S. 723.

75) Die in der angeführten Stelle des Landfriedens enthaltene Bestimmung, daß, wenn der Richter oder seine lebensfähigen Erben sich mit dem Beschädigten vergleichen, der Lehensherr denselben das Leben wieder zuzustellen schuldig, den Ämtern jedoch an ihren Lehenrechten nichts benommen sein soll, drückt wohl nur die Voraussetzung, daß das Leben fortwährend als *antiquum* zu betrachten sei (oben S. 457), aus.

76) X. a. D. Th. IV, §. 359.

1) Schriften: Beier, *diss. de iurisdictione feudali*. Jen. 1695. Stryk, *de iudicio feudali* (IX. 112.). Estor, *diss. de iurisdictione curiarum clientelarium*. Marb. 1746. Hellfeld, *de genuino fundamento iurisdictionis feudalis, eiusque limitibus*; in *opusc. et diss.* p. 28 sq.

vern<sup>2)</sup>, daß ein genaueres Eingehen auf dieselben hier zu weit führen würde, und auch, von dem practischen Gesichtspunkte aus, um so mehr entbehrlich werden kann, als durch die, in Folge der mit der öffentlichen Verfassung in Deutschland vorgegangenen Veränderungen, eingetretene Unanwendbarkeit der alten Mannengerichte<sup>3)</sup> die neuere Gestalt der Lehensgerichte fast gänzlich dem Particularrechte der einzelnen Staaten anheim gefallen ist. Von den ursprünglichen Grundlagen der Lehensgerichtsbarkeit ist jedoch, als noch jetzt practisch, zu erwähnen, daß dieselbe als ein zwischen dem Lehensherrn und Vasallen bestehendes Verhältniß ihre unmittelbare Begründung in dem Lehensvertrage findet<sup>4)</sup>, was zwar G. L. Böhmer<sup>5)</sup> durch den Ausspruch: *Jurisdictionem feudalem ex contractu feudali repetere, idem foret, ac conventioni privatae eam vim tribuere, ut per eam imperii ius in alterum transferri possit*, in Abrede zu stellen scheint, welcher Ausspruch jedoch lediglich auf den entfernteren Grund der Zuständigkeit aller Gerichtsbarkeit, und die Voraussetzung Böhmers, daß diese überhaupt aus der landesherrlichen Gewalt abzuleiten sei, zu beziehen ist, wie auch die zur Begründung des *ius curiae* dienenden Äußerungen desselben Schriftstellers in einer späteren Abhandlung<sup>6)</sup> ergeben. In Uebereinstimmung mit jenem Grundsatz ward auch noch im Jahre 1841 von einem obersten Gerichtshofe Deutschlands ein Erkenntniß bestätigt, in dessen Entscheidungsgründe der Satz aufgenommen war: daß nach den Bestimmungen des gemeinen Lehenrechtes schon durch den Lehensvertrag für den Lehensherrn die Lehensgerichtsbarkeit, und somit für den Vasallen die Verpflichtung, dieselbe anzuerkennen, begründet werde<sup>7)</sup>. Diese Verpflichtung tritt daher ein für jeden Vasallen, ohne Unterschied des Standes oder der Würde<sup>8)</sup>; für den Astervasallen, insbesondere gegenüber dem Asterlehensherrn<sup>9)</sup>. Auch gibt jene Voraussetzung das hauptsächlichste Argument dafür ab, daß die Entscheidungen der Lehensgerichte nach dem *ius curiae*, und nicht nach dem *ius feudi siti*, zu ertheilen sind, worüber noch unten das Nähere vorkommen wird<sup>10)</sup>.

2) Haus, über den wahren Grund und die Natur der lehensherrlichen Gerichtsbarkeit. Würzb. 1793.<sup>2</sup> Häberlin, Repert. Th. III, S. 212. Pütz a. a. D. §. 79. Weber a. a. D. Th. IV, §. 223, S. 288 ff. Eichhorn a. a. D. §. 215. Mayr a. a. D. §. 112. Phillips a. a. D. B. III, §. 198.

3) Als ein wohl alleinstehendes Beispiel eines Mannengerichtes aus dem 18. Jahrhunderte ist der Hohenlohsche Fall von 1788 (Reuß, Staatskanzlei Th. XXII, S. 239) zu betrachten.

4) Haus a. a. D. §. 19; womit jedoch Behr, über Lehensherrlichkeit und Lehenshoheit S. 100 ff., zu vergleichen ist.

5) *De iudice feudorum extra curtem*. (Gött. 1746.) §. 7., auch in ei. obs. nr. XII.

6) *Electa T. I. ex. 1. §. 9 sq.*

7) Strippelmann; neue Samml. bemerkensw. Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Cassel Th. III, S. 140 u. 143.

8) Weber a. a. D. Th. IV, §. 379. Schmalz a. a. D. §. 677.

9) Weber a. a. D. Th. IV, §. 377.

10) Die Gründe für und wider findet man am vollständigsten bei Weber a. a. D. Th. I, §. 33.

Ferner gilt es als Grundsatz auch des heutigen Rechtes, daß diese Gerichtsbarkeit auf Seiten des Lehensherrn, als Ausfluß seiner Lehensherrlichkeit (S. 421), ihrer Zuständigkeit nach privatrechtlicher Natur ist, wenn sie gleich in der Form und Art ihrer Ausübung als abhängig von der Staatsgewalt, wie jede Gerichtsbarkeit, betrachtet werden muß<sup>11)</sup>; so wie, daß dieselbe als Bestandtheil der Lehensstreue, welche der Lehensherr von dem Vasallen zu fordern, und dieser ihm zu leisten hat, eine so strenge Verpflichtung für den letzteren begründet, daß die Verweigerung ihrer Anerkennung von Seiten desselben für eine den Verlust des Lehens mit sich führende Felonie gehalten wird (oben S. 455). Da gleichwohl die Lehensgerichtsbarkeit keinen durchaus wesentlichen Bestandtheil des Lehensverhältnisses, insonderheit rücksichtlich der Lehensstreue, ausmacht, sondern nur ein naturale feudi bildet, so fällt dieselbe namentlich heutzutage hinweg, wenn dem Lehensherrn, als Bedingung ihrer Ausübung, die Befugniß zur Gerichtsbarkeit überhaupt abgeht<sup>12)</sup>, obgleich, wie Mayr sehr richtig bemerkt, die Lehensgerichtsbarkeit genau von der Patrimonialjurisdiction<sup>13)</sup> zu unterscheiden, und daher von jener auf diese kein Schluß zu machen ist. In einem solchen Falle, wo der Lehensherr überhaupt keine Gerichtsbarkeit hat, geht die Lehensjurisdiction subsidiarisch auf die ordentlichen Gerichte über<sup>14)</sup>. — Vermöge ihrer ursprünglichen Natur als eines unmittelbar in dem Lehensverhältnisse begründeten und demselben eigenthümlichen Institutes kommt der Lehensgerichtsbarkeit noch jetzt die Eigenschaft eines objectiv befreiten Gerichtsstandes zu<sup>15)</sup>, wovon als rechtliche Folge die Unstatthaftigkeit einer Prorogation in Lehensstreitigkeiten an einen anderen Richter erscheint<sup>16)</sup>, wovon zwar Eichhorn<sup>17)</sup> und Mayr<sup>18)</sup> gemeinrechtlich das Gegentheil annehmen, was jedoch weder aus der von ihnen angeführten Stelle (II. F. 15. §. 1.) mit Bestimmtheit zu ersehen ist, noch, wenn es das wäre, in gleicher Weise für heutzutage anwendbar zu halten sein würde.

11) Páq a. a. D. Mayr a. a. D. §. 112 a. G.

12) Böhmer l. c. §. 224. Weber a. a. D. Th. IV, §. 224; womit auch Eichhorn, a. a. D. §. 215, Note d, übereinstimmt.

13) Womit Haus, a. a. D. §. 20, dieselbe zusammenstellt.

14) Weber a. a. D. Th. IV, §. 377. Schmalz a. a. D. §. 678. Ein Beispiel, wo unter jener Voraussetzung die Lehensgerichtsbarkeit auf das ordentliche Gericht des Ortes, wo das Lehen gelegen war, überging, theilt Böhmer, in observ. p. 348. not. a., mit.

15) Páq a. a. D. §. 80. Linde, Lehrb. des Civilprocesses §. 98, IV. Aufl.

16) Grolman, Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 49, Note 2. Weber a. a. D. Th. IV, §. 378. Brackenhoeft, Erört. zu Linde's Lehrb. des Civilproz. S. 268, insbesondre Note 17; womit auch die Praxis des Oberappellationsgerichtes zu Cassel übereinstimmt, indem namentlich durch ein Erkenntniß vom 22. Febr. 1840 ausgesprochen wurde: daß die von beiden Theilen geforderte Fortsetzung der Sache eine Prorogation des Gerichtsstandes bei der vorliegenden objectiven Competenz nicht zu begründen vermöge. Vgl. auch decis. supr. trib. T. II, dec. 288. nr. 5.

17) X. a. D. §. 215.

18) X. a. D. §. 113 a. G.

Sollte aber der Lehensherr selbst sich der ihm zuständigen Competenz begeben, so hat es wohl kein Bedenken, daß dieselbe demjenigen ordentlichen Gerichte zukomme, welchem sonst das Lehen und der Vasall unterworfen sind<sup>19)</sup>. Der Umfang der Lehensgerichtsbarkeit erscheint als unbeschränkt in Beziehung auf die verschiedenen Arten der Lehen, namentlich ohne Unterschied, ob es Staats- oder Privatlehen sind; sie findet insonderheit auch bei Asterlehen in der Regel statt<sup>20)</sup>, und erstreckt sich über alle von demselben Lehensherrn relevirende Lehen, mögen diese feuda in curte oder extra curtem sein, wovon in dem nächstfolgenden Artikel das Nähere vorkommen wird. In Beziehung auf den Gegenstand des Rechtsstreites ist dieselbe beschränkt auf die Voraussetzung der demselben zukommenden Eigenschaft einer causa feudalis<sup>21)</sup>. Worin diese Eigenschaft bestehe, ist, wie Páq<sup>22)</sup> ganz richtig bemerkt, eine sehr zweifelhafte und vielfach bestrittene Sache. Man muß hierbei vor Allem unterscheiden zwischen den dem longobardischen Rechte eigenen Bestimmungen, d. h. jedoch nicht bloß denjenigen, welche ausdrücklich in den longobardischen Lehensgesetzen enthalten, sondern auch denen, welche aus jenen zu folgern sind, indem es eine zu große Beschränkung des Begriffes der Lehenssachen sein würde, wenn man darunter nur diejenigen einzelnen Fälle zählen wollte, deren das longobardische Recht gelegentlich Erwähnung thut<sup>23)</sup>, — und demjenigen, was sich, den alten teutschrechtlichen Normen und selbst den Reichsgesetzen im 14. und 15. Jahrhunderte gemäß, als Gerichtsgebrauch in teutschen Lehenhöfen nicht selten bis auf die jegige Zeit erhalten hat; welcher Gerichtsgebrauch auch, wo er existirt, für ausdrücklich bestätigt durch die kaiserliche Wahlcapitulation<sup>24)</sup> zu halten ist. Den Grundsätzen des longobardischen Lehenrechtes entspricht es vollkommen, wenn der Begriff der Lehenssachen, und insonderheit der streitigen Lehenssachen, von den bewährtesten unter den neueren Schriftstellern darauf beschränkt wird, daß dabei subjectiv zwischen Lehenpersonen, d. h. solchen, die in einer Lehenverbindung mit einander begriffen sind, gestritten werde, mag nun der Rechtsstreit zwischen dem Lehensherrn und Vasallen, oder zwischen Vasallen unter sich, geführt werden, und daß objectiv die Streitigkeit aus dem schon bestehenden Lehenverhältniße entspringt<sup>25)</sup>. Im Gegensatze hierzu be-

19) Páq a. a. D. §. 82.

20) Páq a. a. D. §. 80. Pütter, inst. iur. publ. §. 412. Sábberlin, Handb. des teusch. Staatsrechtes B. III, S. 348.

21) Eyben, de causis feudalibus; in Opp. p. 657 sq. Reinhardt, de iurisdictionis feudalis et allodialis conflictu. Erf. 1730. Hommel; tract. de causis pseudo-feudalibus verisque. Lips. 1781.

22) X. a. D. Note n.

23) Phillips a. a. D. B. II, §. 199.

24) Art. 21, §. 1: nach den Lehenrechten oder rechtsbeständigen altüblichen Gewohnheiten. Vgl. auch Reichsabsch. v. 1438 Art. 2, §. 3.

25) Páq a. a. D. §. 80. Weber a. a. D. Th. IV, §. 373. Schmalz a. a. D. §. 673. Eichhorn a. a. D. §. 215. Mayr a. a. D. §. 113, welcher letztere mit dem (erläuternden) Zusatze: oder auf die Sache als Lehen sich beziehen, wohl nichts davon Abweichendes hat sagen wollen. Vgl. auch Pfeiffer, pract. Ausführungen B. II, Abh. 8.

zeichnet Páß als von der Competenz der Lehensgerichte ausgeschlossen: 1) Streitigkeiten, die zwar unter den Lehenspersonen, aber nicht über ein wirklich constituirtes Lehen, obwalten; 2) solche, die objectiv zwar das Lehen, aber nicht als solches, betreffen, und also nicht aus dem Wesen des Lehenverhältnisses zu entscheiden sind; 3) diejenigen, bei welchen als Kläger oder Verklagter eine nicht zu demselben Lehenshofe gehörige Person auftritt. Der neueste Schriftsteller über diesen Gegenstand, Brackenhoeft<sup>26)</sup>, bezeichnet als Lehenssachen nur solche, in denen es sich entweder um das Dasein des Lehensnerus in Beziehung auf einen Gegenstand zwischen dem Lehensherrn und dem Vasallen (auch zwischen mehreren Vasallen), oder um die aus einem bestehenden Lehensnerus entspringenden rechtlichen Folgen unter den Lehenspersonen, handelt, und hält jene Eigenschaft für bedingt durch die Voraussetzung, daß der Vasall einen bestimmten Lehensherrn als solchen (in Beziehung auf das Lehensgut) anerkenne. Als die hauptsächlichsten Beispiele von Sachen, die, obgleich auf das Lehen sich beziehend, doch nicht als *causae feudales* in jenem Sinne zu betrachten sind, werden gewöhnlich angeführt: Prozesse über Lehenschulden, insbesondre auch die Execution in das Lehen, Trennung des Lehens vom Erbe, vindication des Lehens von einem dritten Besitzer<sup>27)</sup>; außerdem werden als dahin gehörige Fälle bezeichnet: wenn über die Lehensqualität des Streitobjectes gestritten werde, oder die Frage, ob ein Gut Lehen oder Allodium sei<sup>28)</sup>; ferner der Streit *de fundo constituendo*<sup>29)</sup>; die Klage gegen den Lehensherrn aus bloßer Lehenserspectanz<sup>30)</sup>; die Streitigkeiten über Früchte und Nutzung des Lehens<sup>31)</sup>; dergleichen über das Lehensinventar<sup>32)</sup>; Grenzstreitigkeiten über Lehensgrundstücke, wobei diese nicht in ihrer Lehenseigenschaft in Betracht kommen, und Streitigkeiten aus einem Pachtcontracte über ein Lehensgut<sup>33)</sup>. Ob auch possessorisches Streitigkeiten in Beziehung auf ein Lehen als *causae feudales* vor das Lehengericht gehören, ist bestritten. Páß<sup>34)</sup> nimmt an, es mache in der Competenz desselben keinen Unterschied, ob die Sache petitorisch oder possessorisches verhandelt werde, und stehe daher auch in possessorischen Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten keine Competenz zu; Schmalz hingegen schließt die Competenz der Lehengerichte, wo es auf bloße Entscheidung über den Besitz ankommt, gänzlich aus; Weber<sup>35)</sup> gesteht in dergleichen Feudalsachen dem Kläger die Wahl

26) X. a. D. S. 260.

27) Pfeiffer a. a. D. S. 318 fig. und die daselbst angef. Schriftsteller.

28) II. F. 15. Páß a. a. D. §. 80, Note v. Schmalz a. a. D. §. 674; mag nun der Vasall dem angeblichen Lehensherrn die Lehensherrlichkeit oder der Lehensherr dem angeblichen Vasallen die Eigenschaft eines Lehensmannes ableugnen: Wehr a. a. D. S. 94.

29) Páß a. a. D. §. 80, Note t. Mayr a. a. D.

30) Weber a. a. D. Th. IV, §. 373. Schmalz a. a. D.

31) Westphal, Abh. 14, §. 9. Häberlin, Repert. Th. III, S. 215.

32) Häberlin a. a. D.

33) Häberlin a. a. D. S. 216.

34) X. a. D. §. 80 u. 82.

35) X. a. D. Th. IV, §. 378.

zu, den Beklagten bei dem Lehens- oder Civilgerichte zu belangen, erklärt aber in Nichtfeudalsachen das Lehensforum für incompetent; *Mayr* sagt, mehr in Uebereinstimmung mit *Schmalz*, bloße Besitzstreitigkeiten seien keine *causae feudales*, doch müßten dieselben als solche betrachtet werden, wenn sie mit eigentlichen Lehenssachen in Connerität stehen. *Eichhorn* unterscheidet die *interdicta adipiscendae possessionis*, für welche das Lehensgericht ausschließlich competent sei, und die *interdicta recuperandae aut retinendae possessionis*, welche überhaupt keine *causae feudales* seien, und daher immer nur aus anderen Gründen vor das Lehensgericht gehörten, und es ist wohl nicht zu verkennen, daß diese Ansicht für die mit den obigen allgemeinen Grundsätzen am meisten übereinstimmende zu halten sei. *Brackenhoest*<sup>36)</sup> will die Ausnahme der *interd. adipisc. poss.* um deswillen nicht zugeben, weil diese gar keine Besitzstreitigkeiten beträfen; und hält übrigens bloße Besitzstreitigkeiten, als solche, bei denen das Recht zu besitzen gar nicht in Frage stehe, für ausgeschlossen von den Lehenssachen, weil dabei über das Dasein eines Lehensnerus oder über dessen Folgen überall nicht gestritten werde. Daß, wenn eine Lehenssache in dieser Eigenschaft als Präjudicial- und Incidentpunkt vorkomme, dieselbe nach den hiervon im allgemeinen geltenden Grundsätzen an das Gericht der Hauptsache zu verweisen sei, wie *Mayr* behauptet<sup>37)</sup>, dürfte wohl, gleich der oben erwähnten Ansicht desselben Schriftstellers über die Zulässigkeit einer Prorogation, für unvereinbar mit der durch die Eigenschaft des Gerichtsstandes für Lehenssachen als *forum privilegium ratione causae* begründeten Incompetenz jedes anderen Richters zu halten sein. Und aus gleichem Grunde steht auch in Fällen der Connerität und selbst der Identität der Sachen den ordentlichen Gerichten keine Concurrrenz zu<sup>38)</sup>. Bei der allgemeinen Bestimmung des Begriffes von Lehenssachen schon mehr dem teutschen Rechte sich annähernd, gibt *Phillips*<sup>39)</sup> diesen Begriff dahin an: alle Sachen, welche das Lehen als Lehen beträfen, und nicht anders, als nach Lehensgesetzen und Lehensgewohnheiten entschieden werden könnten, seien *causae feudales*; allerdings setze die Natur derselben einen Lehensnerus voraus, dazu gehöre jedoch nicht unbedingt, daß derselbe ein durchaus-unwiderprochener sein müsse. Das teutsche Recht nämlich hält sich bei der Bestimmung einer Lehenssache rein objectiv daran, daß ein Lehen den Gegenstand des Streites ausmache<sup>40)</sup>, wodurch der Begriff einer solchen eine wesentliche Erweiterung erhält, indem hiernach

36) *N. a. D.* S. 261.

37) *Vgl. auch Häberlin a. a. D.* S. 217.

38) *Påß a. a. D.* §. 82, mit Bezugnahme auf die *Wahlcap. Art. 21, §. 1.* *Vgl. auch Grolman a. a. D.* §. 42a und §. 46, S. 59, Note 1. *Weber a. a. D. Th. IV, S. 381.*

39) *N. a. D. B. II, §. 199;* mit Bezugnahme auf *Westphal a. a. D.* §. 6 u. 8.

40) Der Landfrieden von 1398, §. 7, behält für die Lehensgerichtsbarkeit jeden Anspruch „um Lehen“ vor, und der Reichsabschied von 1438, Art. 2, §. 1, bebteht sich des Ausdruckes: was Lehen antreffe.

an denjenigen Orten, wo sich die Lehensgerichtsbarkeit noch in diesem ausgedehnteren Umfange des teutschen Rechtes erhalten hat<sup>41)</sup>, als *causae* und *causae feudales* alle diejenigen Streitigkeiten anzusehen sind, welche nur objectiv das Lehen selbst concerniren, oder mit anderen Worten, wobei der Streitgegenstand ein Lehen, sei es im Ganzen oder in Ansehung einzelner damit verbundener Gerechtsame, ist<sup>42)</sup>; zu welchen letzteren zwar der Streit zwischen zwei Vasallen oder zwischen dem Vasallen und einem Dritten wegen einer an dem Lehenlande prärendirten Servitut<sup>43)</sup>, nicht aber auch der Streit eines Vasallen mit einem Dritten, als Besitzer eines allodialen Grundstückes, an welchem eine solche von ersterem in Anspruch genommen wird, zu rechnen ist<sup>44)</sup>. Für den Instanzenzug in Lehenssachen gilt im allgemeinen die Regel, daß die Berufungen von dem Lehensgerichte (erster oder zweiter Instanz) an das höhere, von dem Staate bestellte, Landesgericht gelangen<sup>45)</sup>, und eben dieses gilt von Beschwerden über verweigerte oder verzögerte Rechtspflege<sup>46)</sup>. Die nähere Begründung jener allgemeinen Regel wird in Verbindung mit der sehr bemerkenswerthen Controvers, wie es mit der Appellation gegen lehensgerichtliche Erkenntnisse in Beziehung auf Außenlehen zu halten sei, unter dem Art. Lehensherrlichkeit und Lehenshoheit eine passende Stelle finden. Daß übrigens auch für die höhere Instanz das *ius curiae* zur Entscheidungsquelle diene, leidet wohl keinen Zweifel, da dasselbe unmittelbar in dem zwischen den Lehenspersonen bestehenden Vertragsverhältnisse gegründet und durch die Investitur als Norm für die beiderseitigen Rechte und Verbindlichkeiten anerkannt ist<sup>47)</sup>, mithin auch zur Beurtheilung aller auf den Lehenscontract sich gründenden Verbindlichkeiten dienen muß<sup>48)</sup>. Dasselbe gilt von dem, particularrechtlich nicht selten vorkommenden, Falle, wo die Ausübung der Lehensjurisdiction den ordentlichen Gerichten übertragen ist; wie dann auch eine solche Uebertragung in den Grenzen der Competenz, wie diese zwischen Lehenssachen und Civilrechtsstreitigkeiten sonst besteht, nichts ändert, daher dieselbe bei dem nämlichen Gerichte eine verschiedene in

41) Wie namentlich in Kurhessen: Pfeiffer, über die Grenzen der Civilpatrimonialjurisdiction §. 116; dessen pract. Ausf. B. II, S. 321.

42) Pfeiffer, pract. Ausf. B. II, S. 324.

43) Pfeiffer, Patrimonialjurisd. S. 530 flg.

44) Nach einem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichtes zu Cassel vom 19. Oct. 1842.

45) Páq a. a. D. §. 82. Eichhorn a. a. D. §. 215, S. 565. Mayr a. a. D. §. 113.

46) Malblanc, conspect. rei iudicariae §. 110. Schmalz a. a. D. §. 679. Wal. jedoch Weber a. a. D. Th. IV, §. 382.

47) Böhmer (resp. Nettelblatt), de decisionibus causarum feudaliarum sec. ius curiae; in elect. T. I. ex. 1. §. 10 sq. Eichhorn a. a. D. §. 25.

48) Eichhorn a. a. D. §. 38. Häberlin, Handb. des teutsch. Staatsr. B. III, §. 412, S. 347. Irrig ist demnach die Behauptung von Schmalz, a. a. D. §. 679, daß die Lehensgerichte sich nach den Gesetzen des Landes, worin die Lehen gelegen seien, richten müßten.



Beziehung auf beide Arten der Sachen, zumal im Verhältnisse zu anderen, demselben coordinirten Gerichten, sein kann<sup>49)</sup>. Nicht selten kommt es vor, daß bei der Uebertragung der landesherrlichen Lehensgerichtsbarkeit auf die ordentlichen Landesgerichte eine Unterscheidung zwischen schriftsfäßigen und amtsfäßigen Vasallen beobachtet wird, so daß jene unter den höheren Gerichten, diese unter den Justizämtern stehen<sup>50)</sup>, oder für letztere ein landesherrlicher Beamter besonders committirt wird<sup>51)</sup>. Die Verhandlungsweise vor den Lehensgerichten ist in der Regel die des gemeinen Processes<sup>52)</sup>.

Alles bisher Vorgetragene bezog sich zunächst und in der speciellen Ausführung hauptsächlich nur auf die Gerichtsbarkeit in streitigen Sachen; aber es gibt eben sowohl eine dem Lehensverhältnisse eigenthümliche Jurisdiction über Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dieser Ausdruck wird jedoch hier gewöhnlich in einem über dessen eigentliche Bedeutung weit ausgebreiteten Sinne genommen, indem man nämlich darunter nicht allein die in der Bestätigung von Verträgen über das Lehen, als solches, Consensertheilung zur Veräußerung und Verpfändung desselben, Bestellung von Lehensvormündern u. s. w., bestehenden Jurisdictionacte, sondern auch denjenigen Zwang begreift, welcher, so wie jedem mit Gerichtsbarkeit versehenen Gutsherrn gegen seine Hinterlassen, so dem Lehensherrn gegen seine Vasallen, um diese zur Erfüllung der ihnen vermöge des bestehenden gutsch- insbesondere lehensherrlichen Verhältnisses obliegenden Verbindlichkeiten anzuhalten, ehemals zustand. Diese Begriffserweiterung hat zur Folge, daß, zumal unter Berücksichtigung der mit der öffentlichen Verfassung in Deutschland vorgegangenen Veränderungen, eine Unklarheit der Darstellung dieses Verhältnisses in den Schriften der Lehenrechtsgelehrten obwaltet, die eine consequente Auffassung desselben in hohem Grade erschwert. Während Weber<sup>53)</sup> die willkürliche Lehensgerichtsbarkeit, *extrajudicialis domini potestas*, als öffentliche Ausübung der Rechte bezeichnet, welche in dem *dominium directum* enthalten sind, und hiernach deren Umfang so weit, als dieses letztere sich erstreckt, ausdehnt, namentlich darunter das Recht, den Vasallen zu investiren, Ertheilung von Lehensindulgen, Einwilligung zu Lehensveräußerungen, Ansagung von Lehensdiensten u. s. w., begreift, unterscheiden Mayr<sup>54)</sup> und Phillips<sup>55)</sup> zwischen der Ausübung ber-

49) Als wirkliches Beispiel dient die befallige Anordnung in Kurhessen nach einer Verordn. v. 12. Dec. 1821, und deren practische Anwendbarkeit zeigt ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes zu Cassel bei Strippelmann a. a. D. I. 25.

50) Böhmer l. c. §. 228. Weber a. a. D. Th. IV, S. 299. Páß a. a. D. §. 81, Note c.

51) Pfeiffer, Patrimonialjurisd. S. 525.

52) Páß a. a. D. §. 82, Note i. Weber a. a. D. Th. IV, §. 384; meist veraltet ist, was Ludovici's Lehensprozeß (Palle 1718) hierüber enthält.

53) X. a. D. Th. IV, §. 222, in fast wörtlicher Uebereinstimmung mit Böhmer l. c. §. 222. Vgl. auch Wehr a. a. D. S. 96, Note t.

54) X. a. D. §. 114.

55) X. a. D. B. II, §. 199.

jenigen Rechte, welche einestheils dem Lehensherrn vermöge der Proprietät und des Anspruches auf Lehenstreue zustehen, und mittelst deren das Lehenverhältniß begründet oder für die Zukunft befestigt werden soll, wohin die Belehnung, gewöhnliche Consentirung u. dergl. gehöre, anderentheils derer, welche nach der teutschen Verfassung Ausfluß einer öffentlichen Gewalt seien, die der Lehensherr demnach vermöge einer ihm zustehenden oheraussiehenden Gewalt vorzunehmen habe, wobei Phillips als Beispiel nur die Bestellung der Vormünder nennt, Mayr auch die Bestätigung von Dispositionen, insofern sie die Wirkung einer gewöhnlichen gerichtlichen Confirmation haben solle; Rechte der ersteren Art sollen, als Bestandtheil der Lehensherrlichkeit, einem jeden Lehensherrn als solchem zustehen, die der letzteren, welche Phillips ausdrücklich als Acte der Jurisdiction bezeichnet, insofern nicht der Lehensherr aus anderen Gründen sich im Besitze einer solchen Gewalt befinde, besonders erworben werden müssen, da hier der Lehenshof als öffentliche Behörde handle. Darauf läßt sich jedoch ganz einfach erwiedern: entweder gehört die Handlung an und für sich, wovon die Rede ist, nach allgemeinen Grundsätzen unter den Bereich der Gerichtsbarkeit, dann kommt sie dem Lehensherrn, welchem die Lehensgerichtsbarkeit überhaupt zusteht, schon vermöge dieser zu; oder nicht, und erscheint alsdann entweder als einfache Ausübung der lehensherrlichen Gerechtsame, dann hat der Lehensherr ohne Zweifel die Befugniß dazu, ohne diese auf die Zuständigkeit einer Lehensgerichtsbarkeit zurückzuführen oder sie davon abhängig halten zu können; oder es bedarf zu ihrer Ausübung noch einer anderen, dem Lehensherrn als solchem nicht zuständigen, Gewalt, die derselbe also erst besonders erwerben müßte; dann kann davon als Bestandtheil und Wirkung des Lehenverhältnisses an und für sich gar nicht die Rede sein, und man muß vielmehr der, das wahre Verhältniß der Sache offen darlegenden, Aeußerung von Págs<sup>56)</sup> beistimmen: die verschiedenen Befugnisse der Regierungs- und Polizeigewalt, welche in Deutschland mit dem Richteramte verbunden zu sein pflegten, und deren Umfang man unter dem, an sich freilich nicht passenden, Ausdrucke der willkürlichen Gerichtsbarkeit zu begreifen gewohnt sei, ständen dem Lehensherrn, als solchem, auch in Beziehung auf Lehen und Vasallen, durchaus nicht zu, er könne darauf nur insoweit Anspruch machen, als er sich aus anderen Gründen schon im Besitze einer Gewalt dieser Art befinde; er hätte nur noch hinzusetzen sollen: so weit sich diese Gewalt nach ihrer Eigenthümlichkeit erstreckt, worüber das Nähere unter dem Art. Lehensherrlichkeit und Lehenshoheit vorkommen wird. Am wenigsten präjudicial in dem einen oder dem anderen Sinne ist die zwiesach limitirte Aeußerung Eichhorn's<sup>57)</sup>: die Ausübung der nicht streitigen lehensherrlichen Gerechtsame (nicht: lehensherrlichen Gerichtsbarkeit), die aus der Proprietät und Lehenstreue entspringen,

56) X. a. D. §. 83.

57) X. a. D. §. 215 a. C.

gebühre den Lehenshöfen, sofern sie nach den Lehensgesetzen<sup>58)</sup> als eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzusehen, oder vom Lehensherrschaft ihnen übertragen sei; in Rücksicht anderer Bestandtheile der ordentlichen freiwilligen Gerichtsbarkeit werde die Mitwirkung des Lehengerichtes nothwendig, sofern der Gegenstand als eine *causa feudalis* anzusehen sei<sup>59)</sup>. Uebrigens steht die freiwillige Gerichtsbarkeit in Lehenssachen dem Lehensherrschaft ohne Unterscheidung zwischen Amtesfähigkeit oder Schriftfähigkeit der Vasallen zu<sup>60)</sup>. Die Statthastigkeit eines zur Geltendmachung der lehensherrlichen Gerechtsame jener ersteren Art anzuzwendenden Zwanges aber — von Krüll<sup>61)</sup> nicht unpassend als Bestandtheil der executiven Lehensherrlichkeit bezeichnet — ist, nach dem Grundsatz, daß die Lehensherrlichkeit an und für sich ein gleiches privatrechtliches Institut, wie die Gutsherrlichkeit überhaupt<sup>62)</sup>, und die vermöge derselben dem Lehensherrschaft zustehende Gewalt nur eine Privatgewalt, und keine öffentliche, ist<sup>63)</sup>, lediglich nach den von dem gutsherrlichen Zwange im allgemeinen, und dessen nach der Particularverfassung des betreffenden Landes noch fortbauernenden oder erloschenen Zuständigkeit, zu beurtheilen, und jedenfalls auf die Grenzen eines solchen zu beschränken.

**Lehensherrlichkeit und Lehenshoheit<sup>1)</sup>.** Eine feste Begriffsbestimmung und genaue Sonderung dieser beiden, in Beziehung auf die bei weitem größere Mehrzahl der Lehen in Teutschland, die Staatslehen, in einer und derselben Hand vereinigten Gewalten ist, vorzugsweise um dieser Vereinigung willen, höchst nothwendig, wenn man nicht, was so häufig geschieht, beide ihren Wirkungen nach mit einander vermischen, und dem Inhaber der einen Befugnisse zugestehen will, welche nur dem der anderen zukommen, was insonderheit bei Staatslehen gar leicht zu dem, die rechtliche Stellung der Vasallen dem Lehensherrschaft gegenüber in hohem Grade beeinträchtigenden, Versuche der Anwendung solcher administrativen Zwangsmittel, wie sie der Staatsgewalt, als solcher, zu Erreichung ihrer Zwecke zu Gebote stehen, auch in Fällen, wo es sich um die Geltendmachung von Rechten handelt, welche bloß in der Lehensherrlichkeit begründet sind, und deren Geltend-

58) Die hierbei angeführten Stellen erwähnen nur der Beweisführung über die geschehene Investitur im Ablegnungsfalle.

59) Nach diesem letzteren Grundsatz ist die desfallsige Praxis des Oberappellationsgerichtes zu Cassel (Pfeiffer, Patrimonialjurisb. S. 540) zu beurtheilen.

60) Böhmer l. c. §. 228. Weber a. a. D. Th. IV, S. 299.

61) A. a. D. §. 292.

62) Klüber, öffentl. Recht des teutsch. Bundes §. 534, Note d.

63) Albrecht, die Gewere S. 291, mit Bezugnahme auf Eichhorn, Staats- und Rechtsgeich. §. 302 (Th. II, §. 303, S. 465 der IV. Ausg.). Vgl. auch Kopp, hessische Gerichtsverfassung Th. I, §. 275.

1) Beht, über den rechtlichen Unterschied zwischen Lehensherrlichkeit und Lehenshoheit. Würzb. 1799. Dieser Unterschied wird gefunden in ihrem Grunde, ihrer Erwerbart, ihrem Subjecte und Objecte, den darin begriffenen Rechten, ihrem Zwecke, und der Art ihrer Beendigung.

machung daher auch lediglich zum Bereiche der lehensherrlichen Gewalt gehört, leicht führen kann. Beide Gewalten sind aber ihrem Grunde, Zwecke und Umfange nach gänzlich von einander getrennt, daher auch nie von der einen auf die andere geschlossen werden darf<sup>2)</sup>. Die Lehensherrlichkeit ist unmittelbar begründet in dem wesentlich conventiellen Lehnungsverhältnisse, und daher diesem ihrem Entstehungsgrunde und Wesen nach rein privatrechtlicher Natur, in der Regel als ein allodiales Recht, obwohl dieselbe auch selbst der feudalen Eigenschaft durch Belehnung von einem oberen Lehensherrschaften fähig ist<sup>3)</sup>. Als Gegenstand des Privateigenthums kann dieselbe einem Lehen, ohne Rücksicht auf seinen Stand und seine Stellung im öffentlichen Leben, sofern ihm nur die active Lehensfähigkeit (oben S. 393) nicht abgeht, zuständig sein, sei er Unterthan oder Landesherr, ohne daß, wenn letzteres der Fall wäre, dadurch irgend eine Erweiterung der in der Lehensherrlichkeit als solcher enthaltenen Befugnisse erzeugt würde, indem die Lehnverbindung, jener ihrer Natur nach, subjectiv und objectiv unterschieden und getrennt von der Staatsverbindung und von dem durch diese begründeten staatsoberherrlichen und unterthanschaftlichen Rechtsverhältnisse ist<sup>4)</sup>. Die Lehenshoheit dagegen ist unmittelbar begründet in der Staatsgewalt, oder ist vielmehr ein Bestandtheil der Staatsgewalt, indem diese, so wie sie im allgemeinen die innerhalb der Grenzen des Staatsgebietes befindlichen Gegenstände umfaßt, und in ihren wesentlichen Formen, der oherauffehenden, gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt, zum Besten des Staates darauf einwirkt, auch die in dem Staatsgebiete gelegenen Lehen mit gleicher Wirksamkeit umfaßt. Die Lehenshoheit gehört demzufolge wesentlich dem öffentlichen Rechte an, und unterscheidet sich also von der Lehensherrlichkeit schon durch den ihr solchemnach zukommenden rein publicistischen Charakter. Ist es nun, bei Staatslehen, der Lehensherr selbst, welchem zugleich die Staatsgewalt zusteht, und sind auf diese Weise beide Gewalten, die Lehenshoheit und Lehensherrlichkeit, in derselben Person vereinigt, so erscheint auch bei dieser, in rechtlicher Hinsicht bloß zufälligen<sup>5)</sup>, Verbindung der Lehensherr als solcher nicht in staatsoberhauptlicher Eigenschaft, gleichwie der Vasall nicht in unterthanschaftlicher oder staatspflichtiger<sup>6)</sup>, und es ist daher die Lehensherrlichkeit an sich von keinem ausgebehnteren Umfange, wenn dem Lehensherrn zugleich die Lehenshoheit zusteht, noch von einem geringeren, wenn er der Lehenshoheit eines Anderen unterworfen ist; die Verbindung beider mit einander oder die gesonderte Zuständigkeit derselben ist daher, eins wie das andere, ohne allen Einfluß auf den Umfang der mit jeder einzelnen dieser Gewalten als solcher verbundenen Rechte; insonderheit kann die Lehensherrlichkeit rechtlich durch die Lehenshoheit

2) Pögg a. a. D. §. 4.

3) Mayr a. a. D. §. 102. Schmalz a. a. D. §. 660.

4) Klüber a. a. D. §. 534.

5) Pögg a. a. D. §. 4. Mayr a. a. D. §. 4.

6) Klüber a. a. D.

nicht mehr beschränkt werden, als es der dieser letzteren eigenthümliche Zweck, die Beförderung des Staatswohles, erfordert<sup>7)</sup>; woraus weiter folgt (was oben bereits angedeutet wurde), daß nicht vermöge der dem Lehensherrn zugleich competirenden Lehenshoheit solche Zwangsmittel, durch deren Anwendung der Inhaber der letzteren die in derselben begründeten Ansprüche zur sicheren Erreichung jenes Zweckes zum Vollzuge zu bringen befugt ist, auch zur wirksamen Geltendmachung solcher Rechte, welche ihm nur vermöge der Lehensherrlichkeit zustehen, gebraucht werden dürfen, vielmehr hierbei auch von Seiten des mit der Lehenshoheit versehenen Lehensherrn nur die dem privatrechtlichen Lehensverhältnisse eigenthümlichen Mittel (oben S. 472) zur Anwendung kommen können<sup>8)</sup>. Auf der wesentlichen Verschiedenheit der rechtlichen Begriffe von Lehensherrlichkeit und Lehenshoheit beruht sodann eine zwiefache Eintheilung der Lehen: die von dem Subjecte der Lehensherrlichkeit hergenommene, in Staats- und Privatlehen, je nachdem der Lehensherr zugleich Staatsoberhaupt oder nicht ist, wo dann im ersteren Falle sowohl der Lehensherr, als der Vasall, eine doppelte Person in rechtlicher Hinsicht vorstellt<sup>9)</sup>, und die von dem Subjecte der Lehenshoheit hergenommene, in Außen- und Binnenlehen, je nachdem die Lehenshoheit über das Lehen einem anderen Landesherrn, als welchem der Lehensherr unterworfen ist, zusteht, oder diese Voraussetzung nicht eintritt<sup>10)</sup>. Da nämlich, so viel insonderheit diese letztere Eintheilung betrifft, dem Obigen zufolge, die Lehenshoheit alle Lehen, die sich innerhalb des Gebietes, welches der Staatsgewalt, dessen Bestandtheil sie ausmacht, unterworfen ist, befinden, Staatslehen nicht weniger als Privatlehen, umfaßt, umgekehrt aber sich über diejenigen nicht erstrecken kann, welche außerhalb des Staatsgebietes gelegen sind, so ergibt sich hieraus der nicht selten vorkommende Fall, daß dieselbe über Lehen ausgeübt werde, worüber die Lehensherrlichkeit einem außerhalb des Staatsgebietes wohnhaften Lehensherrn, wohl selbst einem in Beziehung auf das Lehen und die Lage des Lehens auswärtigen Landesherrn, zustehet, welcher alsdann, obgleich selbst mit der Staatsgewalt (in seinem Lande) versehen, doch in Beziehung auf das Lehen die Staatsgewalt des Landesherrn, in dessen Gebiete

7) Klüber a. a. D.

8) In dem rechtlichen Verhältnisse zu der Staatshoheit und Staatsregierung haben Lehensverbindung und Lehensherrlichkeit nichts voraus vor anderen privatrechtlichen Instituten, nichts vor Grund-, Guts- und Erbzinslichkeit: Klüber a. a. D. §. 534, Note d. Die der Mittheilung der oben S. 464 in der Note 7 erwähnten Erkenntnisse vorangebrachte Ausführung räumt den mit der Lehenshoheit versehenen Lehensherrn eine viel ausgedehntere Befugniß ein; doch ergibt sich aus den Erkenntnissen selbst keine Billigung dieser Ansicht, indem vielmehr das Obergericht, dessen Entscheidungsgründe auch von dem Oberappellationsgerichte genehmigt worden, eine Entscheidung darüber durch den Zwischensatz: abgesehen u. s. w., als entbehrlich bezeichnet hat.

9) Pagemann, Einleit. S. 15.

10) Eichhorn a. a. D. §. 192, S. 520. Mayr a. a. D. §. 2. Die verschiedenen hierher gehörenden Fälle mit Beispielen führt Buri, Erläut. des in Deutschland üb. Lehenrechtes S. 619 flg., an.

dasselbe liegt, unzweifelhaft anzuerkennen hat, so daß sogar der Vasall, wenn ihm die Staatsgewalt in dem Lande, worin das Lehen gelegen ist, zusteht, die Lehenshoheit gegenüber dem auswärtigen Lehens- und Landesherrn auszuüben hat<sup>11)</sup>; wie dann eine scharfe Sonderung der Begriffe von Lehensherrlichkeit und Lehenshoheit, und der hierdurch begründeten wesentlichen Verschiedenheit der Person eines Vasallen und Unterthan<sup>12)</sup>, den Fall als denkbar und wirklich vorkommend erscheinen läßt, daß der Landesherr Vasall seines eigenen Unterthans, und dessen Lehensherrlichkeit unterworfen sei<sup>13)</sup>. Von den Außenlehen, feuda extra curtem, oder denjenigen, welche in dem Gebiete eines anderen Staates, als welchem der Lehensherr angehört, gelegen sind, im Gegensatz zu den Binnenlehen, feuda in curte s. landsassiacia, welche in demselben Staatsgebiete liegen, worin der Lehensherr seinen Wohnsitz hat<sup>14)</sup>, gelten mancherlei eigenthümliche Grundsätze: 1) Auch die Außenlehen werden rücksichtlich aller unmittelbar auf das Lehensverhältniß sich beziehenden Momente nach dem *ius curiae*, d. h. nach dem an dem Sitze der Lehensherrlichkeit geltenden Rechte, beurtheilt<sup>15)</sup>; denn daß sie in einem anderen Staatsgebiete gelegen sind, ist nur von Einfluß, wenn es sich von der Ausübung des Rechtes der Lehenshoheit handelt<sup>16)</sup>; der Lehenscontract selbst aber, und jede Verbindlichkeit, die sich unmittelbar auf diesen gründet, kann, in Ermangelung einer davon abweichenden Verabredung, nur nach dem *ius curiae* beurtheilt werden, da die regelmäßige Rücksicht der Interessenten auf dieses in der Natur der Verhältnisse liegt, und angenommen werden muß, daß das Lehen als ein von einem bestimmten Lehenhofe nach dessen Gesetzen abhängiges der Lehensfamilie überlassen worden sei, daher hiernach die Rechte der Lehensfamilie an dem Lehen nicht nur in ihrem Verhältnisse unter einander, wie bei dem Successionsrechte, sondern auch gegen Dritte, so weit nur überhaupt die *leges rei sitae* sie als wohlterworbene Rechte anerkennen, ihre Bestimmung erhalten<sup>17)</sup>. Auch nach dem Gerichtsgebrauche in Kurhessen hat der Lehenhof sich nach den bei ihm geltenden Gesetzen und Gewohnheiten, nicht nach den Rechten des Landes, worin

11) Klüber a. a. D. §. 535.

12) Der möglichen Verwechslung des Lehens- und Subdignungsleibes wurde bereits oben (S. 420) besagnet. Vgl. auch G. L. Böhmer, de iudice feudorum extra curtem §. 6.

13) Mayr a. a. D. §. 4. Rau, progr. de superiori inferioris vasallo. Lips. 1801.; was Klüber, a. a. D. §. 544, als der bis dahin in Deutschland allgemein bestandenen Lehenssitte gemäß bezeugt.

14) Von diesem Gesichtspunkte aus gibt Pätz, a. a. D. §. 3, den Unterschied zwischen Binnen- und Außenlehen dahin an, daß der Gegenstand der ersteren demselben Staatsgebiete angehöre, gegen welches der Lehensherr sich als Regent oder Unterthan verhält, bei letzteren aber das Gegentheil eintrete.

15) Estor, de iurisd. curiar. client. §. 39. p. 79. Wuri a. a. D. S. 205 fl. und 634 flg.

16) Ubi ius aliquod vi iuris territorialis exercetur: Böhmer, obs. p. 328.

17) Eichhorn a. a. D. §. 38, S. 111 flg. Vgl. auch oben S. 469.

das Lehen gelegen ist, zu richten<sup>18)</sup>. Andere Ansichten hiervon haben Págg<sup>19)</sup> und Phillips<sup>20)</sup>, auf welche jedoch hier nur im allgemeinen mit der Bemerkung verwiesen wird, daß wenn Ersterer als Bestandtheil des *ius curiae* auch die vom Inhaber der Landeshoheit, mag er zugleich Lehenshofsherr oder nicht sein, gegebenen Gesetze bezeichnet, dieses jedenfalls eine sehr uneigenliche Redeweise ist, da mittelst der Landeshoheit auf das Lehensverhältniß selbst und die davon geltenden Rechte gar nicht eingewirkt werden kann, wenn gleich die Lehenspersonen sich den verordnungen, so weit sie davon betroffen werden, allerdings unterwerfen müssen. 2) Die Gerichtsbarkeit über die Außenlehen, insofern eine dieselbe begründende *causa feudalis* (oben S. 466) vorliegt, steht dem Lehensherrschaft, als regelmäßiger Bestandtheil seiner Lehensherrlichkeit, eben sowohl, wie über die Binnenlehen, zu<sup>21)</sup>. Wöllig unpassend bezeichnet aber v. Berg<sup>22)</sup> diese Lehensgerichtsbarkeit eines auswärtigen Lehensherrschaft als eine Staatsdienstbarkeit, und es scheint dieß auf einer Verwechslung mit dem Falle zu beruhen, wo dem auswärtigen Lehensherrschaft auch die Lehenshoheit vermöge einer solchen Dienstbarkeit zusteht<sup>23)</sup>. Weit richtiger führt dieselbe Estor<sup>24)</sup>, indem er jener Vorstellungsweise ausdrücklich widerspricht, auf die stillschweigende Einwilligung des Landesherren, welcher seinen Unterthanen das Eintreten in ein Lehensverhältniß zu einem auswärtigen Lehensherrschaft gestattet, zurück, indem er hierbei von der Voraussetzung ausgeht, daß der Vasall bei der Anerkennung jener Gerichtsbarkeit sich nicht einer fremden, sondern der eigenen, ordentlichen und allgemeinen, Jurisdiction seines Lehensherrschaft unterwerfe, welcher Voraussetzung es auch in Rücksicht auf die oben (S. 465) erwähnte rein privatrechtliche Natur der Lehensgerichtsbarkeit vollkommen entsprechend ist, daß davor der auswärtige Lehensherr, auch wenn es der Landesherr selbst wäre, nur als Privatperson in Betracht kommt<sup>25)</sup>. Es kann jedoch 3) die Ausübung dieser lehensherrlichen Gerichtsbarkeit über Außenlehen, insofern dieselbe solche Handlungen erfordert, welche in dem auswärtigen Territorium, in welchem das Lehen gelegen ist und der Vasall seinen Wohnsitz hat, geschehen müßten, wie namentlich die Behändigung der Citationen und die Vollstreckung der von dem Lehensgerichte ertheilten Erkenntnisse, nur mittelst Requisition des betreffenden auswärtigen Gerichtes bewirkt werden<sup>26)</sup>. 4) Eine der strengsten unter allen Lehens-

18) Kopp, Handb. der hess. Landesverf. und Rechte Th. VI, S. 290.

19) X. a. D. §. 21.

20) X. a. D. B. II, §. 199, S. 250.

21) Böhm, observ. p. 328. 341. Döring, diss. de appellatione in causis feudilibus (Gött. 1762.) §. 13. Häberlin, Handb. des teutsch. Staatsrechtes B. III, §. 412.

22) Rechtsfälle Th. II, S. 239.

23) Klüber a. a. D. §. 535.

24) in diss. II. §. 7. p. 24. 25. 29. Vgl. auch Buri a. a. D. S. 632.

25) v. Berg a. a. D. Note \*.

26) Döring, in diss. cit. §. 13. p. 34. Malblanc l. c. Strahl a. a. D. §. 304. Weber a. a. D. Th. IV, §. 384.

controversen ist die Frage, an wen die Appellation gegen Erkenntnisse, welche von dem Lehensgerichte in Beziehung auf Außenlehen erteilt worden sind, gehe, ob an das höhere Gericht in dem Lande, wo das Lehensgericht sich befindet, oder in dem Lande, wo das Lehen gelegen ist? Obwohl nun die neuesten Schriftsteller über Lehenrecht sich einstimmig für ersteres ausgesprochen haben<sup>27)</sup>, und dieser Ansicht auch die Praxis des Reichskammergerichtes zur Seite steht<sup>28)</sup>, so hatten sich gleichwohl bis dahin so viele und so bewährte Rechtsgelehrte für die gegentheilige Meinung erklärt<sup>29)</sup>, daß man dieselbe wohl bis gegen das zweite Decennium dieses Jahrhunderts als die allgemein vorherrschende bezeichnen konnte. Indessen fehlt es bei jenen, wie diesen, so sehr an einer klaren Auffassung und Darstellung der Elemente der Entscheidung dieser Streitfrage, daß man die dessfalligen Deductionen nicht gänzlich von Widersprüchen oder Inconsequenzen wird freisprechen können, auch hin und wieder andere Schriftsteller in ganz entgegen gesetztem Sinne allegirt findet; ersteres z. B. indem das vermöge der *suprema inspectio in legitimum exercitium iurisdictionis* zustehende *ius recipiendi appellationes*, welches doch nur für den Landesherrn, unter welchem das Lehensgericht sich befindet, in Anspruch genommen werden kann, als Grund für die Competenz der landesherrlichen Obergerichte in dem Lande, wo das Lehen gelegen ist, geltend gemacht wird<sup>30)</sup>; letzteres, indem z. B. Eichhorn für seine Ansicht Struben und v. Berg, die vielmehr für das Obergericht der gelegenen Sache entscheiden, und Cramer, als Vertheidiger der gegentheiligen Meinung anführt. Die eigentliche Bewandniß der Sache wird sich ganz einfach in folgender Weise darstellen lassen: Wenn und insoweit der Lehensherr eigene Gerichtsstellen zur Vernehmung der ihm vermöge seiner Lehensherrlichkeit zuständigen Lehensgerichtsbarkeit, sei es in der ersten<sup>31)</sup>, oder auch in einer höheren Instanz<sup>32)</sup>, hat, kommt ihm auch, und ihm ausschließlich, die Ausübung dieser seiner Gerichtsbarkeit auf gleiche Weise in der ersten oder

27) Pütz a. a. D. §. 82 a. E. Eichhorn a. a. D. §. 215. Mayr a. a. D. §. 113; deren Ansicht auch schon früher ausgeführt worden ist in zwei Dissertationen von Estor: I. de appellatione, quae ratione feudorum extra curtem ad dominum directum interponenda etc. Marb. 1766; II. (resp. Fiegenheim) de appellatione in causis feudi extra provinciam siti. Marb. 1770.; sodann in Schneidt, diss. de eo, quod — circa appellationem in feudis extra curtem iustum est. Wirceb. 1782., und Pfister, diss. de iudice feudorum extra curtem. Bamb. 1789.

28) Cramer, T. I. obs. 161.

29) Pufendorf, T. I. obs. 100. Struben, Th. I, Bch. 113, Aug. von Spangenberg III. 394. Böhmer, observ. XII. §. 17. Pütter, Rechtsfälle B. I, Th. II, resp. 54. Pöbertin, Handb. B. III, §. 412, und Repert. Th. III, S. 224. Wehr a. a. D. S. 131. Kröll a. a. D. §. 299. v. Berg, Rechtsfälle Th. II, Nr. 19. Vgl. auch Döring, diss. cit. cap. II.

30) Böhmer, observ. p. 349. Döring, in diss. cit. §. 28.

31) Eichhorn a. a. D. §. 215, Note t.

32) Welches nach Art. 14 der teutschen Bundesacte namentlich bei den Landesherren eintreten kann.



auch in der höheren Instanz zu; wenn und insoweit aber derselbe keine dazu geeigneten Gerichtsstellen hat, ihm selbst also die Fähigkeit, von seinem lehensherrlichen Rechte der Ausübung der Lehensgerichtsbarkeit Gebrauch zu machen, abgeht (oben S. 465), so muß die landesherrliche Justizgewalt, welcher im allgemeinen die Vorsorge für die Verwaltung einer gehörigen Rechtspflege im ganzen Umfange des Staatsgebietes obliegt, ihre Wirksamkeit dahin äußern, daß insonderheit auch die Rechtspflege in Beziehung auf Lehenssachen der Justizverfassung des Landes gemäß, und zwar, bei dem Mangel dazu geeigneter lehensherrlichen Gerichtsstellen, durch damit zu beauftragende landesherrliche Gerichte, versehen werde, was insonderheit, sofern jener Mangel nur in deren Beschränkung auf die Gerichtsbarkeit der unteren Instanz besteht, den Instanzenzug an die landesherrlichen Obergerichte begründet<sup>33)</sup>. Wenn man aber auch hierdurch den eigentlichen Grund der Competenz für die landesherrlichen Gerichte der höheren Instanz in Beziehung auf Lehensstreitigkeiten als genügend nachgewiesen anerkennt, so ist damit noch nichts für die Beantwortung der weiteren Frage gewonnen: ob es die Obergerichte in dem Lande, wo das Lehensgericht befindlich, oder wo das Lehen gelegen ist, seien, an welche die Appellationen gegen die von diesem Gerichte ertheilten Erkenntnisse gehen? wobei Alles darauf ankommt, ob die Justizgewalt des Staates, in welchem das Lehen gelegen ist, ihre Wirksamkeit dafür, daß in Beziehung auf die ihrem Staatsgebiete angehörige Besizung eine gehörige Rechtspflege gehandhabt werde, oder die Justizgewalt des Staates, in welchem das Lehensgericht sich befindet, die ihrige dahin, daß in Beziehung auf die in ihrem Bereiche ergehenden Erkenntnisse ein geregelter Instanzenzug stattfinden, eintreten zu lassen habe? Diese Frage ist nicht ohne erhebliche Schwierigkeit; zu ihrer genaueren Erörterung wird sich dem Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes in Kurzem eine andere Gelegenheit darbieten; hier mag es, nach der vorausgehenden Feststellung des wahren status controversiae, genügen, auf die Beantwortung derselben durch die in den Noten 27 u. 29 (S. 477) angeführten Schriftsteller mit der Bemerkung zu verweisen, daß in der wirklichen Anwendung vormalig die Regierungen von Kurbraunschweig und Hessen-Cassel (jetzt Königreich Hannover und Kurfürstenthum Hessen) entgegen gesetzter Ansicht über jene Streitfrage waren, und die erstere sich für die Obergerichte des Landes, wo das Lehen gelegen, die letztere für die des Landes, in welchem das Lehensgericht befindlich war, entschieden hatte, diese Differenz jedoch durch eine Uebereinkunft vom 1/11. Oct. 1802<sup>34)</sup> beigelegt worden ist. Nun behauptet zwar Weber<sup>35)</sup>, es habe die hier erörterte Controvers mit

33) Die hieraus sich ergebende Voraussetzung einer in der Zulassung der Appellation an ein landesherrliches Obergericht enthaltenen Substitution eines Lehensgerichtes höherer Instanz dient zugleich dem obigen Grundsatz, daß auch bei einem solchen Gerichte das ius curiae die Entscheidungsquelle bilde (S. 469), zu noch mehrerer Bestärkung.

34) Abgedruckt bei v. Berg a. a. D. S. 241.

35) X. a. D. Th. IV, §. 383, S. 750.

dem Verfall der Reichsverfassung ihr Interesse verloren, und selbst Drtloff<sup>36)</sup> bemerkt: bei den in neuerer Zeit mit diesen Lehen eingetretenen Veränderungen habe die Streitfrage, ob das Obergericht des Landes, in welchem das Lehen liegt, oder das Obergericht des Landes, in welchem sich der Lehenshof befindet, in höherer Instanz competent sei, fast nur noch historisches Interesse; aber jene erstgedachte Behauptung ist in Beziehung auf Privataußenlehen als allgemeine Regel durchaus nicht begründet, da dieselben nicht einmal für aufgehoben durch die rheinische Bundesacte zu achten sind<sup>37)</sup>, in Beziehung auf Staatsaußenlehen aber auch nur mit erheblichen Einschränkungen zuzugeben, da namentlich Hannover, Kurhessen, Braunschweig und Nassau die ehemaligen Lehensverhältnisse größtentheils wiederhergestellt haben, und auch königlich sächsischer Seits die Lehensherrlichkeit Böhmens über verschiedene Besitzungen innerhalb des Königreichs anerkannt worden ist<sup>38)</sup>. Eine übersichtliche Darstellung der Veränderungen, welche die Aufhebung der deutschen Reichsverfassung in Betreff des Lehenswesens in Deutschland, namentlich in Beziehung auf Lehensherrlichkeit und Lehenshoheit, zur Folge gehabt hat, theilt Mayr<sup>39)</sup> mit.

**Lehensschulden<sup>1)</sup> und Lehensstamm.** Das eigentliche Fundament der Eintheilung in Allodial- und Lehensschulden ist nicht sowohl, wie es von Eichhorn<sup>2)</sup> geschieht, in der Natur der Lehensfolge als *successio singularis*, vermöge deren allerdings der Nachfolger im Lehen die von seinem Vorfahren hinterlassenen Schulden zu bezahlen nicht verbunden ist, welches aber nur eine Folgerung aus dem hier entscheidenden Grundsatz ist, als vielmehr in der Beziehung, in welcher eine Schuld des Vasallen zu dem Lehen selbst steht, und vermöge deren sie eine Belastung des Lehens ausmacht<sup>3)</sup> oder nicht, wo dann unter der ersteren Voraussetzung ein jeder Besitzer des Lehens dieselbe übernehmen muß, zu suchen. Demnach definiert Böhmer<sup>4)</sup> das *debitum feudale*

36) X. a. D. S. 353, Note 67; womit jedoch S. 324, Note 41, zu vergleichen ist.

37) Klüber a. a. D. §. 543.

38) Klüber a. a. D. §. 542, Note c; §. 541, S. 748.

39) X. a. D. §. 6.

1) Außer den älteren Dissertationen über diesen Gegenstand von Carpzov, Engelbrecht und Sievogt, gehören hierher Gordesius, *diss. de oneribus s. debitis feudalibus*. Gryph. 1672.; in opusc. T. III. nr. 9. Dabelow, Versuch einer richtigen Theorie von den Lehensschulden. Halle 1797; von der nur erschienenen I. Abth. sagt der vorletzte Herausgeber des Böhmer'schen Compendiums §. 310, Note a: *quae praeter quasdam notiones generales, magis verbosa quam iusto prolatae, nihil continet, quam notitias literarias*. Pagemann, Handb. des Landwirthschaftsrechtes §. 414 flg. Steinacker, *sel. capita ad locum de debitis feudalibus* P. I. Lips. 1823.

2) X. a. D. §. 324. Vor ihm eben so von Schmalz a. a. D. §. 708, nach ihm von Phillips a. a. D. B. II, §. 229.

3) Das Lehen selbst trifft, wie das preussische Landrecht Th. I, Tit. 18, §. 229, sich ausdrückt.

4) l. c. §. 310.

ganz richtig dahin: quod ex speciali ratione solvendum est ex feudo vasalli debitoris, mit der hieraus gezogenen Folgerung, daß dadurch quilibet possessor feudi, ex quo solutio facienda est, obstringirt werde<sup>5)</sup>, und dazu bemerkt Weber<sup>6)</sup> noch erläuternd: die Qualität einer Lehensschuld kann nicht von der Person des Vasallen entnommen werden, denn der Vasall ist immer Schuldner, und nur die Art und Weise, wie die Schulden des Vasallen befriedigt werden, gibt den Charakter der Allodial- oder Lehensschuld. Dieß muß auch um so mehr als richtig anerkannt werden, als der von der Natur der Lehensfolge entnommene Eintheilungsgrund so wenig auf den Fall, wo der Vasall, welcher die Schulden contrahirte, noch bei seinem Leben in Concurs geräth, und es sich hierbei fragt, inwiefern dieselben als Lehensschulden einen Angriff auf das Lehen selbst rechtfertigen, als auf den Fall Anwendung findet, wo nach erfolgtem Heimfalle des Lehens an den Lehensherrn die Forderungen der Gläubiger des letzten oder eines früheren Vasallen gegen denselben geltend gemacht werden können. Der oberste Grundsatz, welcher in dieser Lehre durchgreifend zur Entscheidung dient, kann demnach lediglich durch die Beantwortung der Frage gewonnen werden, was dazu erforderlich sei, um durch eine Schuld des Vasallen das Lehen selbst für belastet zu halten; und dabei muß man von der allgemeinen Regel ausgehen, daß ein Vasall vermöge der beschränkten Zuständigkeit seines in der Ausübung theils von der Mitwirkung des Lehensherrn, theils von der Zustimmung der Lehensfolgeberechtigten, abhängigen Proprietätsantheiles nicht befugt ist, bloß durch seine Verfügungen die Substanz des Lehens zu vermindern oder bleibend zu belasten<sup>7)</sup>, woraus dann zunächst der Folgesatz zu entnehmen ist, daß der Vermuthung nach alle Schulden des Vasallen als Allodialschulden zu betrachten sind, für welche nur er selbst und seine Erben zu haften haben, und zu deren Berichtigung nur die Lehensfrüchte, insofern dieselben jenem oder diesen zukommen, nicht aber auch der aus der zu veräußernden Substanz des Lehens gelbste Werth, verwendet werden können<sup>8)</sup>. Um das Vorhandensein einer Lehensschuld anzunehmen, wird daher nothwendig ein besonderer Titel ihrer Begründung als einer solchen vorausgesetzt; gewöhnlich werden drei im allgemeinen dazu geeignete Titel angegeben: Gesetz, Verwendung und Einwilligung; doch haben wohl richtiger Eichhorn und Phillips die beiden ersteren zusammengefaßt, da auch die Verwendung, insofern man ihr jene Wirkung zuzugestehen hat, auf gesetzliche Bestimmung, zum wenigsten mittelst der Analogie, zurückgeführt werden muß. Diesem ausgebreiteren Begriffe ist die Bezeichnung der hierher gehörigen Verpflichtungen als eigentlicher Lehensschulden, debita sua natura talia, entsprechend<sup>9)</sup>. Den gesetzlichen Lehensschulden legt Mayr auch die

5) Vgl. auch Krüll a. a. D. §. 255. Páq a. a. D. §. 155.

6) X. a. D. Th. IV, S. 576.

7) Páq a. a. D. §. 155. Mayr a. a. D. §. 148.

8) Páq und Mayr a. a. D.

9) Weber a. a. D. Th. IV, §. 314.

Benennung *onera feudi* bei, und das scheint auch Eichhorn's Ansicht zu sein, Phillips hingegen versteht unter letzteren alle solche Lasten, zu welchen der Vasall vermöge des Lehensbesitzes, außer den durch seine Handlungen auf das Lehen gelegten Obligationen, verpflichtet ist. Bei den Lehensschulden treten mehrfache Unterscheidungen, außer der schon erwähnten, von ihrem Rechtsgrunde hergenommenen, in gesetzliche und bewilligte (*legalia et consensuata*), ein; nach dem Umfange ihrer Wirksamkeit unterscheidet man zwischen absoluten, welche unbedingt gegen alle Lehensfolger, beziehungsweise den Lehensherren, und respective, welche nur gegen einzelne dieser Personen begründet sind; sodann nach dem Umfange der Verpflichtung des Lehensbesizers, wie Eichhorn, oder nach der Art ihrer Tilgung, wie Páß und Mayr sich ausdrücken, zwischen nothwendigen, welche Jener ohne alle Rücksicht auf die allodiale Vermögensmasse zu bezahlen hat, und subsidiäre, welche von demselben nur bei dem Mangel oder der Unzulänglichkeit des Allodiums übernommen werden müssen. Sowohl bei den gesetzlichen als consentirten Lehensschulden kann diese zwiefache Distinction zur Anwendung kommen.

Als einzelne Arten der gesetzlichen Lehensschulden führen Eichhorn<sup>10)</sup> und Phillips<sup>11)</sup> folgende sechs auf: 1) die vermöge ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift<sup>12)</sup> den Lehensfolgern obliegende Verbindlichkeit der Verabreichung des Unterhaltes an solche zur Lehensfolge berechnigte Personen, welche wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen von derselben ausgeschlossen sind; die hierdurch begründete Verbindlichkeit, nach ihrem Gegenstande auch *alimentaria provisio* genannt, bildet eine absolute, jedoch subsidiarische, Lehenschuld<sup>13)</sup>. 2) Die zufolge einer ausdehnenden Erklärung der Lehensgesetze den Töchtern des letzten Lehensbesizers (doch ebensowohl denen eines früheren, die wegen ihres Anspruches noch nicht befriedigt worden) gebührende Alimentation bis zu ihrer Verheurathung und Dotation bei derselben; der Betrag der ersteren ist stets auf dasjenige, was nothwendig zum Unterhalte erfordert wird, beschränkt<sup>14)</sup>, und man pflegt als Maßstab dafür die Zinsen der Summe, welche der Tochter als Brautschatz gebühren würde, anzunehmen<sup>15)</sup>; der Betrag dieses letzteren richtet sich nach dem Ertrage des Lehengutes, dem Stande des Vasallen und der Anzahl der Geschwister<sup>16)</sup>; die eine wie die andere Verpflichtung bildet eine absolute, jedoch nur subsidiarische, Lehenschuld, auch stehen die Töchter damit nach ausgebrochenem Concursse den übrigen Lehensgläubigern nach<sup>17)</sup>; doch können sie in Beziehung

10) X. a. D. §. 235, vgl. mit §. 362.

11) X. a. D. §. 230.

12) I. F. 6. §. 2.

13) Schmalz a. a. D. §. 712. Mayr a. a. D. §. 149.

14) Hagemann, pract. Erörterungen B. VI, Nr. 5, S. 48.

15) Schmalz a. a. D. §. 713. Eichhorn a. a. D. §. 362. Mayr a. a. D.

16) Páß a. a. D. §. 152. Mayr a. a. D. §. 146.

17) Siegel, des *filiabus post obitum patris existente concursu creditorum ex feudo non praestanda*; in Zepernick, anal. T. I. p. 172. Páß und Mayr a. a. D.

darauf ein Retentionsrecht an dem Lehen ausüben<sup>18)</sup>. 3) Leibgebänge und Wirthum (dotalitium und vidualitium) für die Wittve des vorigen Lehensbesizers<sup>19)</sup>, sofern eine Verbindlichkeit dazu schon gesetzlich besteht; anderes tritt an die Stelle des dem Verstorbenen zugebrachten und in das Lehen verwendeten Brautschages, der, wenn die Wittve jenes vorzieht, in dem Lehen zurückbleibt<sup>20)</sup>; als Surrogat dieses letzteren genießt auch das demselben zustehende Vorzugsrecht, dagegen büßt es die Wittve aus denselben Gründen ein, wegen deren sie des Brautschages verlustig erklärt werden könnte; das Leibgebänge besteht gewöhnlich in zwei- oder vierfachen Zinsen des inferirten Brautschages<sup>21)</sup>. 4) Nach der Praxis die Kosten für das Begräbniß des letzten Lehensbesizers<sup>22)</sup>, soweit dessen hinterlassenes Vermögen dazu nicht hinreicht. 5) Bei veräußerlichen Lehen jede Schuld, wegen welcher das Lehen verpfändet ist (vgl. den Art. Lehensverpfändung), so daß der Gläubiger seinen Anspruch als absolute Lehensschuld mit der hypothekarischen Klage auf das Lehen geltend machen kann. 6) Bei nicht frei veräußerlichen Lehen begründen die allgemeinen Regeln von der Wirkung einer Verwendung in das Vermögen eines Dritten (versio in rem) nach Beschaffenheit jener selbst verschiedene Arten von Lehensschulden und Lehenslasten; so daß demnach Schulden, die aus einem rechtsbeständigen Geschäfte zwischen dem Gläubiger und dem Vasallen, welches zum Besten des Lehens vollzogen worden, entstanden sind, eine nothwendige und absolute Lehensschuld begründen, insofern sie zum Besten der Substanz des Lehens selbst reichen, hingegen eine, wenn gleich auch nothwendige, doch nur respective Lehensschuld, wenn sie nur gewissen Lehensfolgern zum Vortheile reichen<sup>23)</sup>. Zu dieser Classe von Lehensschulden überhaupt gehören: a) Verbesserungen der Substanz<sup>24)</sup>, wodurch jeder Lehensbesizer unbedingt zum Erfasse ihres Werthes verpflichtet wird, es sei denn, daß dieselben nur Folge dessen sind, was der Vasall zur Unterhaltung des Lehens regelmäßig aufzumenden verbunden war<sup>25)</sup>; die Vergütung aber geschieht nicht nach dem Betrage, welchen der Vasall angewendet hat, sondern nach dem Nutzen, welcher dem Nachfolger zu der Zeit, wo ihm das Lehen zufällt, noch wirklich davon zu Theil wird<sup>26)</sup>. Art. loff<sup>27)</sup> will hierher nur den Fall ziehen, wo für

18) Bastineller, de iure retinendi feudum quatenus filiae defuncti vasalli competit; in Zepernick, anal. T. II. p. 429. Páq a. a. D.

19) Nettelblatt, diss. de dotalitio. Rost. 1746. Weber a. a. D. Th. IV, §. 325 flg.

20) Nicht unbestritten: Weber a. a. D. §. 330.

21) Páq a. a. D. §. 153. Mayr a. a. D. §. 146.

22) Was zu diesen Kosten im rechtlichen Sinne zu rechnen sei, findet man in diesem Werke Bb. I, S. 821 flg., näher angegeben.

23) Páq a. a. D. §. 159.

24) Schweder, de meliorationibus feudi; in diss. T. I. nr. 4. Jenichen, resp. de meliorationibus feudalibus; in eius thes. P. III. p. 449. Weber a. a. D. Th. IV, §. 317.

25) Páq a. a. D. §. 160; was auch Eichhorn mit den Worten: nicht deren bloße Erhaltung, wohl hat andeuten wollen.

26) Weber a. a. D.

27) X. a. D. Note 82. Ebenso auch Sagemann a. a. D. §. 416.

bergleichen Verwendungen Schulden von dem Vasallen gemacht worden, die Grundsätze von der Vergütung des Gegenstandes der Verbesserungen selbst aber zu der Lehre von der Lehenssonderung verweisen, und dieses ist gewiß dem doctrinellen Princip gemäßer, wenn gleich von der (hier beibehaltenen) gewöhnlichen Behandlungsweise abweichend<sup>28)</sup>. b) Der Aufwand zur Erhaltung des Lehens, wodurch, wenn diese zum Vortheile aller Lehensfolger abzwecte, eine absolute, wenn nur zum Vortheile einzelner, eine respective Lehensschuld begründet wird. c) Der Rückstand des Preises, welcher auf den Ankauf des Lehens verwendet worden ist<sup>29)</sup>; der hierüber unter den älteren Schriftstellern stattgefundene Streit erscheint als befeitigt, wenn man unter Berücksichtigung des Grundes, worauf die Eigenschaft eines solchen Rückstandes als einer Lehensschuld beruht, daß nämlich das Lehen selbst durch den Ankauf dem Lehensfolger erworben worden ist, denselben nur als respective (niemals dem Lehensherrn, und auch nicht solchen Lehensfolgern, welchen schon ein Recht auf das Lehen zustand, gegenüber geltend zu machende), wenn gleich in dieser Beschränkung nothwendige, Lehensschuld anerkennt<sup>30)</sup>. d) Schulden, welche zur Tilgung anderer, bereits vorhandener, gültigen Lehensschulden, oder zur Befreiung des Gutes von Hypotheken und Reallasten, mit welchen dasselbe bisher verhaftet war, contrahirt wurden<sup>31)</sup>; wenn Eichhorn minder genau den Abtrag eines debitum feudale necessarium als Gegenstand der hier in Rede stehenden Art von Lehensschulden bezeichnet, so geräth er damit in den Bereich einer viel bestrittenen, davon wesentlich verschiedenen, Frage, welche Hagemann<sup>32)</sup> als die controverseste unter den mancherlei Controversen des Lehensrechtes bezeichnet, die Frage nämlich: ob die Allodialerben Ersatz für den Betrag, welchen der verstorbene Lehensbesitzer zur Bezahlung einer Lehensschuld aus dem Seinigen aufgewendet hat, von dem Nachfolger im Lehen zu verlangen berechtigt seien<sup>33)</sup>? Eine solche Berechtigung, beziehungsweise eine Verbindlichkeit des Lehensfolgers, derselben zu genügen, hat man theils aus dem Gesichtspunkte einer dadurch bewirkten Verbesserung des Lehens, theils indem man hier die Surrogation einer Lehensschuld an die Stelle der

28) Vgl. jedoch den Art. Lehenssonderung.

29) Salzmann, diss. residuum feudi pretium debitum feudale. Lips. 1765. Mencken, residuum ex pretio, quo feudum emtum est, ad debita feudalia refertur; in Zepernick, anal. T. I. p. 168.

30) Weber a. a. D. Th. IV, S. 318. Vgl. auch Steinacker l. c. p. 41.

31) Páß a. a. D. §. 160. Rayr a. a. D. §. 150.

32) Pract. Erörterungen B. V, Nr. 29; fast wörtlich übereinstimmend mit §. 415 des Landwirthschaftsrechtes.

33) Hellfeld, de herede allodiali debita feudalia a vasallo soluta repente; in opusc. et diss. p. 584. Nettelblatt, diss. de refusione debitorum feudaliu solutorum. Hal. 1770. Bremer, probl. iur. feud. num debita feudalia a vasallo soluta heres allodii a successore in feudo repetere queat. Hal. 1779. Bauer, pr. de vasallo ad pecuniam, qua antecessor debitum feudale solvit, eius heredi restituendam obligato. Lips. 1783. Weber a. a. D. Th. IV, §. 321.

anderen, welche mittelst des von dem Lehenbesitzer darauf verwendeten Geldes bezahlt worden, oder auch eine nützliche Geschäftsführung, unterstellte, zu begründen versucht<sup>34)</sup>. Dagegen stellt jedoch Schmalz<sup>35)</sup>, und wohl mit Recht, als Regel den Satz auf, daß die Allodialerben des Vasallen, welcher Lehenschulden bezahlt habe, von den Lehenfolgern des Bezahlenden an sich die Erstattung nicht fordern könnten, da der Vasall in der That nur seine eigenen Schulden bezahlt habe, wohingegen er jene, wenn durch die Bezahlung das Lehen selbst oder der Lehenfolger Vortheile ziehe, welche denselben entzogen worden, aus dieser versio in rem zur Klage auf Erstattung berechtigt hält; und damit stimmt im wesentlichen auch die der practischen Auffassung jener Frage schon näher tretende Bemerkung Hageman's<sup>36)</sup>, es komme Alles darauf an, wem die Hauptzahlungsverbindlichkeit obzulegen habe, und ob durch die geleistete Zahlung der Lehenfolger von seiner gleichmäßigen Principalverbindlichkeit frei geworden, mithin dessen Nutzen und Vortheil dadurch wirklich befördert sei oder nicht, überein; allein von den mehreren Anwendungsfällen, welche der letztgenannte Schriftsteller mittheilt, dürfte nur der dritte für ganz unbedenklich zu halten sein, daß nämlich, wenn zur Tilgung der auf dem Lehen haftenden Schuld der verstorbene Vasall oder dessen Ascendent zunächst und hauptsächlich, der succedirende Agnat aber nur hilfsweise, secundario, verpflichtet war, die Allodialerben des letzten Besitzers, wenn gleich der succedirende Agnat durch die Bezahlung der Schuld von den Ansprüchen des Gläubigers befreit wurde, und dieselbe insoweit zu seinem Vortheile geschehen ist, keinen Ersatz dafür verlangen können. In allen übrigen Fällen aber wird die Anwendung der obigen Regeln, wie auch Hageman nun im allgemeinen anerkennt, mehr auf eine quaestio facti, als iuris, hinauslaufen, und in jedem vorkommenden Falle von einer genauen Erforschung der jedesmaligen Natur und Beschaffenheit der in Frage stehenden Lehenschuld abhängen. Als gemeinrechtlichen Grundsatz bezeichnet es zwar Mayr<sup>37)</sup>, daß der folgende (Lehens-) Successor dem Allodialerben des früheren das an den Schulden Abbezahlte wieder erstatten müsse; doch erklärt er zugleich denselben für durchaus nicht genügend, indem bei diesem Grundsatz offenbar der letzte Besitzer am Ende alle Schulden allein abtragen müßte, und macht dessen Anwendung jedenfalls von der Voraussetzung abhängig, daß die Ablösung der Lehenschuld dem Lehenfolger zum Vortheil gereicht habe, sohin gleichsam eine versio in rem eingetreten sei. Gerade das umgekehrte Verhältniß wie in dem bisher erörterten tritt sodann in einem weiteren Falle ein, welchen Weber<sup>38)</sup> ebenfalls hieher zieht, nämlich der von dem künftigen Lehenfolger — einem Agnaten oder Mitbelehnten, oder auch dem Lehenherrn — zur

34) Vgl. P ä g a. a. D. §. 163, C. 383 flg. D r t l o f f a. a. D. §. 205, Note 85, C. 381.

35) X. a. D. §. 717.

36) X. a. D. C. 143.

37) X. a. D. §. 152 und Note 6.

38) X. a. D. C. 616.

Abwendung der nothwendigen Veräußerung des Lehens geschehenen Bezahlung von Lehensschulden, wofür derjenige, von welchem die Zahlung geleistet worden, eine Rückvergütung aus den dem Allodialvermögen zufallenden Lehensfrüchten den Allodialgläubigern oder Erben gegenüber fordert; welcher Fall lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen von der negotiorum gestio zu beurtheilen ist. e) Die zur Führung eines Prozesses, durch welchen das Lehen oder einzelne Rechte an demselben der Familie überhaupt oder gewissen Lehensfolgern, namentlich einer einzelnen Linie derselben, erkritten worden sind, aufgewendeten Kosten, wodurch in jenem beziehungsweise diesem Falle eine absolute oder respective Lehensschuld begründet wird<sup>39)</sup>. f) Eine zum Zwecke der Abfindung eines Agnaten bei einer zum Besten eines Lehensfolgers vorgenommenen Civiltheilung contrahirte Schuld<sup>40)</sup>, wodurch zwar ebenfalls eine nothwendige, jedoch nur respective, Lehensschuld, demjenigen Lehensfolger gegenüber, welcher nicht, ohne Rücksicht auf die Abfindung, aus eigenem Rechte succedirt, begründet wird<sup>41)</sup>. g) Eine für den Ankauf von Pertinenzstücken, welche mit dem Lehen zum Besten eines Lehensfolgers verbunden worden sind, gemachte Schuld<sup>42)</sup>. Daß in allen diesen Fällen die wirklich geschehene Verwendung im Falle des Widerspruches von demjenigen, welcher den in Frage stehenden Anspruch in der Eigenschaft einer Lehensschuld geltend macht, bewiesen werden müsse, versteht sich von selbst; um dieses oft schwierigen Beweises überhoben zu sein, wirken öfters die Vasallen einen Consens zu solchen Schulden mit Angabe ihres Zweckes aus, der, wenn es hiermit seine Richtigkeit hat, nicht verweigert werden kann<sup>43)</sup>, durch dessen Ertheilung jedoch die Lehensschuld nicht zu einer consentirten im lehensrechtlichen Sinne wird, vielmehr den Vorzug einer nothwendigen beibehält. Im Falle einer solchen Consensertheilung wird angenommen, daß der Consentirende zugleich die Sorge dafür, daß das Geld zu den bestimmten Zwecken auch wirklich verwendet werde, übernehme, den Gläubiger aber keine deshalbige Verantwortlichkeit treffe<sup>44)</sup>. Als nicht zur Begründung einer eigentlichen Lehensschuld in Folge der Verwendung geeignete Fälle nennen Weber und Schmalz beispielweise diejenigen Kosten, welche für die Verwaltung des Lehens, insonderheit für die

39) Páq a. a. D. §. 160. Schmalz a. a. D. §. 715. Mayr a. a. D. §. 150. — J. Weiske, Abh. Nr. IX, §. 5, will hiervon diejenigen Prozeßkosten ausnehmen, welche von zwei um die Lehensfolge Streitenden aufgewendet und erborgt worden sind, doch bilden auch diese eine respective nothwendige Lehensschuld für die Nachkommen des Siegers, welche in Folge des von diesem geführten Prozesses (schon jetzt) zur Succession gelangen.

40) Páq und Mayr a. a. D.

41) Weber a. a. D. Th. IV, §. 318, welcher überhaupt diesen Fall ausführlicher erörtert.

42) Páq und Mayr a. a. D.

43) Mayr a. a. D. Note 8.

44) Pufendorf l. c. T. III. obs. 143. Weber a. a. D. Th. IV, §. 317. Arg. L. ult. D. de exerc. act., worüber im allgemeinen zu vergleichen ist Crell, de privilegio pecuniae ad certum usum creditae §. 6.; in opusc. Fasc. IV. p. 636.



Erhebung der Lehensfrüchte, ferner für die Belehnung und das dabei entrichtete Laudemium, für die Leistung der Lehensdienste und für den Unterhalt des Vasallen, aufgewendet worden sind, so wie die zu deren Bestreitung gemachten Schulden, da der Vasall hiermit nur eine eigene Verbindlichkeit erfüllt, beziehungsweise den eigenen Nutzen, nicht den des Lehens selbst, befördert hat. Von dem Ansprüche der von der Lehensfolge ausgeschlossenen Personen auf einen Pflichttheil wird unter dem Art. Lehenssuccession weiter gehandelt werden. — In Beziehung auf die bisher erörterte Gattung von Lehensschulden, die sogen. gefeßlichen, überhaupt ist nun aber noch zu bemerken, daß Pá§<sup>45)</sup> die unter 2, 3 und 4 oben genannten nur als nach particularem Rechte geltende anerkennt, und man wird ihm hierin insoweit Recht geben müssen, als denselben in der That so wenig eine gefeßliche Bestimmung, als ein förmlich zu erweisendes allgemeines Gewohnheitsrecht, zur Seite steht, und selbst der bei Nr. 2 unterstellten analogen Anwendung der nur von den wegen geistiger oder körperlicher Mängel zur Lehensfolge Unfähigen redenden Gesetzstelle auf die Töchter des letzten Lehensbesizers ein wesentliches Bedenken um deswillen entgegensteht, weil diesen (sofern nicht von einem Weibelehen die Rede ist) gar kein Recht auf das Lehen, aus welchem ihre Alimentation und Dotation bestritten werden soll, zusteht, in einem solchen Rechte gleichwohl der eigentliche Grund des gedachten Anspruches für jene Unfähigen zu suchen ist. Das erkennt auch Weber<sup>46)</sup> in Ansehung der Alimentation an, nicht auch ebenso in Ansehung der Dotation; indessen tritt dem strengen Rechte nach das erwähnte Bedenken bei dem einen Anspruche wie bei dem anderen in gleichem Grade ein. Die Verbindlichkeit zur Bezahlung des Dotaltiums unter 3 möchte sich dagegen als zu jener Gattung der Lehensschulden gehörig schon aus dem Grunde einer versio in rem darstellen<sup>47)</sup>, weil dieselbe durch die Verwendung des Brautshages in das Lehen und dessen Verbleiben in diesem bedingt ist. In Beziehung auf die Begräbniskosten unter 4 nimmt Weber<sup>48)</sup> ein allgemeines Herkommen, wodurch dieselben unter die eigentlichen, jedoch subsidiarischen, Lehensschulden gesetzt worden, an, und Phillips<sup>49)</sup> spricht sich geradezu dahin aus: es müßten die Kosten des Begräbnisses des letzten Besizers, falls derselbe kein allodiales Vermögen hinterlasse, aus dem Lehen bestritten werden<sup>50)</sup>. Krüll<sup>51)</sup> zählt sowohl die Aussteuer der Töchter, als die Leichenkosten, sogar zu den ausdrücklichen gefeßlichen Lehensschulden.

Die Eigenschaft consentirter Lehensschulden, die als solche auf dem Lehen haften, beruht auf der dazu von denjenigen Personen, welche

45) X. a. D. §. 158. Vgl. auch Steinacker l. c. p. 12 sq.

46) X. a. D. Th. IV, §. 316, §. 585 u. 587.

47) Schmalz a. a. D. §. 714.

48) X. a. D. Th. IV, §. 316, §. 591.

49) X. a. D. B. II, §. 230.

50) Vgl. auch Crell, de vasallo ad impensas in funus decessoris faciendas in subsidium obligato; in diss. Fasc. V. p. 747.

51) X. a. D. §. 260.

auf deren Bezahlung in Anspruch genommen werden, — entweder von den zur Lehensfolge Berechtigten, allen oder einigen, oder von dem Lehensherrn, oder von jenen und diesem — ertheilten Einwilligung<sup>52)</sup>, und nach dieser verschiedenen Art, wie die Einwilligung ertheilt worden, bestimmt sich der Umfang und die Richtung der Geltendmachung des erwähnten Anspruches; so daß in letzterer Hinsicht dergleichen Lehensschulden bald die Eigenschaft von absoluten, bald die von respectiven, zukommt. Die Ertheilung der Einwilligung wird folgerungsweise angenommen, wenn der Lehensfolger die Schuldurkunde, ohne daß von einer anderen Absicht constirte, mit unterschrieben hat<sup>53)</sup>. Die durch die Einwilligung begründete Verbindlichkeit zur Bezahlung der consentirten Schuld liegt nicht bloß den Einwilligenden selbst, sondern auch ihren Erben ob, und sie kommt zur Vollziehung, sobald der Besitz des Lehens an sie gelangt, dauert auch fort, so lange sie sich in diesem Besitze befinden<sup>54)</sup>. Daß den consentirten Lehensschulden die Eigenschaft bloß subsidiarischer zukomme, die Verbindlichkeit zu deren Bezahlung also den Einwilligenden nur, wenn und insoweit das Allodialvermögen des eigentlichen Schuldners nicht dazu hinreicht, oblige, ist als die nach dem Vorgange beider Böhmer's<sup>55)</sup> in der neueren Zeit herrschend gewordene Ansicht zu betrachten<sup>56)</sup>. Die gegenwärtige Meinung wurde besonders von Ehard<sup>57)</sup> vertheidigt, dessen Gründe von Weber im einzelnen zu widerlegen versucht worden sind; neuerlich hat auch Weiske<sup>58)</sup> sich der Ehard'schen Meinung insoweit angeschlossen, als er die bloß subsidiarische Haftung des Consentirenden für abhängig von einem ausdrücklichen Vorbehalte desselben hält. Daß jene beschränkte Wirksamkeit der consentirten Lehensschulden jedoch nicht auch auf diejenigen anwendbar sei, deren Begründung auf einer Verwendung in das Lehen beruht, und welchen der Consens außerdem noch hinzugekommen ist<sup>59)</sup>, wurde oben bereits erwähnt. — Ob es auch bei einem Neulehen, um dasselbe auf eine für die Lehensfolger verbindliche Weise mit Schulden zu belasten, der Einwilligung der Letzteren bedürfe, hängt davon ab, ob das denselben an einem solchen Lehen zu-

52) Stryk, de obligatione feudi consensu munita (III. 473.). Ritter, de consensu feudali. Bamb. 1770. Müller, de consensu feudali. Erl. 1782.

53) Krüll a. a. D. §. 264. Páq a. a. D. §. 162. Weber a. a. D. Th. IV, §. 319. Vgl. auch den Art. Lehensverpfändung. Steinacker, l. c. §. 3., bestreitet ausdrücklich die Ansicht einiger älteren Schriftsteller, daß schon die Unterschrift als Zeuge zu jenem Zwecke genüge.

54) Páq a. a. D. Mayr a. a. D. §. 151.

55) J. H. Böhmer, de hypotheca feudali expressa. Cap. II. §. 15.; in exerc. T. III. p. 934. G. L. Böhmer, princ. §. 319. Dessen Rechtsfälle B. II, Th. I, Resp. 115.

56) Páq a. a. D. Schmalz a. a. D. §. 716. Weber a. a. D. S. 599 ff. Eichhorn a. a. D. §. 235. Mayr a. a. D. Damit stimmt auch das preuß. Landr. Th. I, Tit. 18, §. 243, überein.

57) Diss. de debitibus feudalibus eorumque exorto concursu feudali le-candorum ordine. Jen. 1787.

58) Abhandlungen Nr. IX, §. 7.

59) Mayr a. a. D.

ständige Successionsrecht auf einer bloßen Begünstigung des besitzenden Vasallen beruhe, oder ihnen von dem Lehensherrschaft zugestanden, auch in welcher Art es überhaupt ihnen ertheilt worden ist<sup>60)</sup>.

Die rechtlichen Wirkungen vorhandener Lehensschulden äußern sich im allgemeinen durch eine den Gläubigern in Beziehung auf das Lehen gegen dessen Besitzer zuständige Klage, die, obgleich an sich nur persönlicher Natur, doch in Folge jener ihr eigenthümlichen Richtung die Eigenschaft einer *actio in rem scripta* annimmt<sup>61)</sup>. Die Verschiedenheit der Wirksamkeit dieser Klage, je nachdem von nothwendigen oder subsidiarischen, absoluten oder respectiven, Lehensschulden die Rede ist, ergibt sich aus der obigen Begriffsbestimmung für jede dieser verschiedenen Sattungen; wider die Geltendmachung der subsidiarischen insonderheit steht dem Lehensfolger die Einrede der *Excussio* so lange, bis die allodiale Vermögensmasse zu ihrer Tilgung unzureichend befunden worden ist, zu<sup>62)</sup>. Keine Lehensschuld aber kann gegen den Lehensfolger, der nur als Besitzer des Lehens dafür zu haften hat, weiter, als die Früchte des Lehens oder dessen Substanz — der wahre Werth desselben, wie Páq<sup>63)</sup> sich ausdrückt — reichen, geltend gemacht werden<sup>64)</sup>, und auch dieses nur so lange, als nicht der Besitz auf einen solchen Lehensfolger übergeht, welcher nach der Beschaffenheit der in Frage stehenden Lehensschuld zur Bezahlung derselben nicht verpflichtet ist<sup>65)</sup>, z. B. im Falle einer consentirten Schuld seine Einwilligung dazu nicht ertheilt hat<sup>66)</sup>. Da es nun zunächst die Früchte des Lehens sind, in welche, wenn es auf die von dem Lehensgläubiger erhobene Klage zur Hilfsvollstreckung kommt, diese zu erkennen ist<sup>67)</sup>, gleichwohl die Lehensfrüchte durch die Separation sofort allodial werden, so kann der Lehensgläubiger in Beziehung auf solche Lehensschulden, wofür das Allodialvermögen gar nicht haftet, wie namentlich die nothwendigen, sich nur durch zeitige Auswirkung einer Immission in dieselben sichern, wodurch er selbst einen Vorzug vor denjenigen Allodialgläubigern, die sich auf den Grund der mit der Separation der Lehensfrüchte hiernächst eintretenden Allodialität derselben ebenfalls haben immittiren lassen<sup>68)</sup>, erlangt<sup>69)</sup>. So lange die Gläubig-

60) Weber a. a. D. Th. III, §. 132, S. 376.

61) Eichhorn a. a. D. §. 237. Mayr a. a. D. §. 152.

62) Páq a. a. D. §. 163. Weber a. a. D. Th. IV, S. 622.

63) K. a. D.

64) Eichhorn a. a. D. Note a. Mayr a. a. D.

65) Eichhorn und Mayr a. a. D.

66) Phillips a. a. D. B. II, §. 232.

67) Steinacker l. c. cap. 5. §. 2 sq. In eine Prüfung des von Weiske, Abh. Nr. IX, §. 9, aufgestellten Begriffes von Lehensfrucht schulden, mit den daran geknüpften rechtlichen Folgerungen, näher einzugehen, würde an diesem Orte zu weit führen.

68) Weber a. a. D. Th. IV, S. 618.

69) Phillips a. a. D. Ausführlicher behandelt diesen Gegenstand Pellsfeld, in der Abh. de iure creditorum vasalli in percipienda ex fructibus feudi solutione (opuscul. et diss. nr. 28.), deren wesentlichsten Inhalt Weber a. a. D. Th. IV, §. 322, mittheilt.

ger mit ihren Ansprüchen auf die Früchte des Lehens beschränkt sind, wird dieses zum Zwecke ihrer Befriedigung aus denselben sequestrirt, wobei jedoch so wenig die Rechte des Lehensherrn geschmälert werden dürfen, als dem Vasallen der Anspruch auf eine, zu dessen nothdürftigem Unterhalte hinreichende, Lehenscompetenz, nach der Analogie des im römischen beziehungsweise canonischen Rechte<sup>70)</sup> begründeten *beneficium competentiae*, versagt werden kann<sup>71)</sup>. Die Substanz des Lehens im Wege der Hilfsvollstreckung anzugreifen, berechtigt der Umstand allein, daß letztere eine auf dem Lehen haftende Schuld zum Gegenstande habe, noch nicht<sup>72)</sup>, und eben so wenig genügt dazu, und zu der in diesem Wege erfolgenden Distraction des Lehens, wie Páß<sup>73)</sup> annimmt, die Eigenschaft dieser Schuld als einer absoluten Lehensschuld; vielmehr ist der Lehensgläubiger, die Substanz des Lehens anzugreifen, selbst wenn die Lehensschuld eine nothwendige oder eine von allen Lehensfolgern consentirte ist, nur dann befugt, wenn entweder die Forderung mit einer vollkommen wirklichen Hypothek verbunden, oder eine solche ist, welche auch der Lehensherr, namentlich wegen der von ihm dazu ertheilten Einwilligung, anerkennen muß, oder wenn das Lehen ein veräußerliches (s. den Art. Lehensveräußerung) ist<sup>74)</sup>. In denjenigen Fällen aber, in welchen die Substanz des Lehens angegriffen werden kann, besteht die Form der Execution in der gesetzlichen Weise vorzunehmenden Subhastation, mittelst deren jedoch in der Regel nur das dem Vasallen zuständige Nutzungseigenthum auf den neuen Erwerber übertragen wird<sup>75)</sup>, woraus folgt, daß in dessen Person sowohl die allgemeine Lehensfähigkeit, als die bei dem in Frage stehenden Lehen erforderlichen besonderen Eigenschaften, vorausgesetzt werden. Wicht über das Vermögen des Lehensbesizers der Concurs aus<sup>76)</sup>, so tritt eine verschiedene Behandlungswaise ein, je nachdem es blos Lehensgläubiger oder blos Allodialgläubiger sind, auf deren Andringen derselbe erkannt wurde, oder beide zugleich dazu Veranlassung gaben. Im ersteren Falle bleibt von einem solchen Lehensconcurs das

70) L. 6. L. 18. D. de re iud. Biese, Handb. des Kirchenrechtes Th. I, S. 643.

71) Arg. II. F. 58. §. 1. Eichhorn und Mayr a. a. D. Globig, in obs. 16. §. 8. Schmalz a. a. D. §. 719. Ueber die einzelnen Voraussetzungen der Anwendung dieser Rechtswohlthat ist zu vergleichen Pagemann, pract. Erdr. B. VI, Nr. 5, welcher übrigens dieselbe noch auf den Zweck, den Vasallen dadurch zur Dienstleistung fähig zu erhalten, zurückführt.

72) Eichhorn a. a. D. §. 233, S. 610.

73) A. a. D. §. 163, S. 381.

74) Eichhorn a. a. D. §. 237. Mayr a. a. D. §. 152. Vgl. auch oben S. 432.

75) Mayr a. a. D.

76) Vgl. Hellfeld, de iure creditorum allodialium intuitu feudi et concursus feudalis, in opusc. et diss. nr. 22. Eckhardt, de debitis feudilibus, eorumque exorto concursu feudali locandorum ordine. Jen. 1787. Bestphal, Lehenrecht Abh. 26. Weber a. a. D. Th. IV, S. 621 flg., dessen Ausführung hauptsächlich die Abhandlung Hellfeld's zum Grunde liegt. Eichhorn, a. a. D. §. 237, Note d, nennt dieß eine noch nicht hinreichend erörterte Materie.

Allodium völlig ausgeschlossen, sofern nicht die Gläubiger in Ansehung der bloß subsidiarischen Lehensschulden zunächst auf jenes verwiesen wurden<sup>77)</sup>; in Beziehung auf das Lehen und dessen Früchte aber kommen auch im Concurse die oben vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung. Im zweiten Falle können nur die Lehensfrüchte zur Concursmasse gezogen werden, doch kann auch zu diesem Zwecke, auf den Antrag der Gläubiger oder des Concurscurators, eine Sequestration des Lehens angeordnet werden. Im dritten und hauptsächlichsten Falle, dem des Zusammenstreffens von Lehens- und Allodialgläubigern, werden zwei Concursmassen gebildet, die Früchte des Lehens von dem Momente der Eröffnung des Concurses an von dem übrigen Vermögen getrennt, und dieselben vorzugsweise zur Befriedigung der Lehensgläubiger verwendet, die jedoch, wenn solche dazu nicht ausreichen, auch die Substanz des Lehens, unter den oben erwähnten Voraussetzungen, angreifen dürfen; von dem übrigen Vermögen bleiben sie so lange ausgeschlossen, als noch Allodialgläubiger vorhanden sind, welche daraus ihre volle Befriedigung nicht erhalten haben. Die Allodialgläubiger, welchen auch die vorerwähnten, mittelst der Einrede der Excussion an das Allodium verwiesenen, Lehensgläubiger gleich zu achten sind, haben ihrerseits sich zunächst an den das Allodialvermögen enthaltenden Theil der Concursmasse zu halten, und können ihre Befriedigung aus dem Lehen, sofern es damit nicht auf das Andringen der Lehensgläubiger zum Verkaufe gekommen ist, erst dann, und immer nur aus den Früchten, suchen, wenn sämtliche Lehensgläubiger befriedigt worden sind, also der Lehensconcurse beendet worden ist, jedenfalls aber nur so lange, als das Lehen in den Händen eines solchen Lehensfolgers sich befindet, welcher für die Allodialschulden des Erbars zu haften hat<sup>78)</sup>, wobei hauptsächlich die Verbindlichkeit der Descendenten des Vasallen, die Allodialerbschaft desselben zugleich mit der Lehensfolge anzutreten (s. den Art. Lehenssuccession), in Betracht kommt. Ganz eigenthümliche Verhältnisse treten ein, wenn es zum Verkaufe des Lehens mittelst Subhastation kommt, und von dem Verkaufspreise nach Befriedigung derjenigen Gläubiger, von welchen die Subhastation betrieben wurde, noch eine Summe übrig bleibt, über welche Verhältnisse so wenig die Ausführung Weber's, als was Mayr<sup>79)</sup> darüber sagt, eine klare Vorstellung gewährt. Daß dem Lehensherrn auf diesen Ueberschuß kein Anspruch zukomme, folgt schon daraus, daß dessen Obereigenthum an dem Lehen, welches in dieser Eigenschaft auf den neuen Erwerber übergeht, an und für sich keine Veränderung durch den Verkauf erlitten hat, daher die überschießende Summe, als zufälliges Ergebnis der den Verkauf begleitenden äußeren Umstände, einen dem Allodialvermögen des Vasallen zufallenden Gewinn für denselben, daher auch einen

77) Nur mit dieser Beschränkung ist die Behauptung Mayr's, a. a. D. §. 153, Note 7, daß der Vasall mit seinem Allodialvermögen nie für Lehensschulden hafte, für richtig zu halten.

78) Eichhorn a. a. D. §. 237. Mayr a. a. D. §. 153.

79) Weibe der obengedachten Abhandlung Pellfeld's folgend.

zum Anriffe von Seiten der Allodialgläubiger geeigneten Gegenstand, bildet. Nicht ebenso lassen sich die Ansprüche solcher Lehensfolger beurtheilen, die zwar, weil die Lehensschuld, wegen deren der Verkauf des Lehens geschah, zugleich als die ihrige, nach der Natur derselben oder zufolge des von ihnen erteilten Consenses, anzusehen war, sich den Verkauf des Lehens, welcher ihre Rechte an demselben gänzlich aufhebt, gefallen lassen mußten, aber doch nicht für verbindlich gehalten werden können, auch den Theil des zur Tilgung der betreffenden Lehensschuld angegriffenen Lehens, welcher zu diesem Zwecke nicht erforderlich ist, einzubüßen; daher dieselben darauf bestehen können, daß aus dem Ueberschusse ein Lehensstamm (wovon sogleich das Nähere) gebildet werde; wogegen es nicht den vorliegenden Verhältnissen angemessen erachtet werden kann, daß, sofern nicht die Agnaten damit einverstanden sind, aus dem Ueberschusse ein Geldlehen gebildet oder ein neues Lehen dafür angekauft werde, wobei — wie *Mayr* ausdrücklich hinzufügt — auch die lehensherrlichen Rechte erhalten werden; da, wenn dieses geschähe, der Lehensherr offenbar eine Erweiterung seiner lehensherrlichen Rechte dadurch erlangen würde, indem er einmal den vollen Gegenstand derselben nach wie vor in seinem Eigenthume behält, und außerdem noch das Geldlehen oder das neu angekaufte Lehen in gleicher Weise erwirbt. Dieß Argument ließe sich zwar auch gegen die Agnaten scheinbar geltend machen; allein diese erlangen durch den neu gegründeten Lehensstamm keinen wirklichen Vortheil, sondern nur einigen Ersatz für das ihnen entzogene Lehen; jedenfalls aber tritt ihr Nutzungsrecht an dem Lehensstamme, dem besitzenden Vasallen oder seinem Gläubiger gegenüber, erst von dem Zeitpunkte an ein, wo sie zur Succession in das verkaufte Lehen gelangt sein würden. Andere Lehensfolger, welche nicht, selbst aus einem der vorerwähnten Gründe, für die Lehensschuld, wegen deren die Subhastation geschehen ist, hafteten, haben keinen Anspruch auf den Ueberschuß des Verkaufspreises, weil ein solcher Verkauf nur für die Dauer des Rechtes des Gemeinschuldners an dem Lehen von Wirksamkeit ist, nach dessen Erlöschung aber das Lehen selbst von ihnen revocirt werden kann (s. den Art. *Lehensveräußerung*), und sie dann ebenfalls, wie in dem oben angeführten Falle der Lehensherr, das Lehen in seiner vollen Integrität und außerdem jenen Ueberschuß besitzen würden. — Die Bestimmung der Rangordnung unter mehreren verschiedenartigen Lehensgläubigern, welche in dem Concurse auftreten, geschieht in der Weise, daß die aus einer *versio in rem* herrührenden Forderungen die erste Stelle einnehmen<sup>80)</sup>; alsdann die Ansprüche der untauglichen Lehensfolger und der Töchter auf Alimentation folgen; an diese sich die consentirten Schulden nach der Priorität, und an diese sich die Forderung der Töchter auf *Dotation* und die der Wittwe auf *Bidualitium* und *Dotallitium* (sofern leh-

80) Denn die übrigen Gläubiger würden, wenn sie den Werth dieser Verwendungen an sich ziehen wollten, sich nicht aus dem Vermögen ihres Schuldners, sondern eines Dritten, bezahlt machen: *Westphal*, *Abh.* 26, S. 332.

teres nicht auch in einer Version begründet ist), anreihen<sup>81)</sup>. Für die Allodialgläubiger unter sich wird eine eigene Rangordnung gebildet<sup>82)</sup>. Wie es insonderheit mit der Location der Zinsen gehalten werde, ist nicht unbestritten, doch so viel wohl für ausgemacht zu halten, daß dieselben nicht allein bei den nothwendigen, sondern auch bei den subsidiären gesetzlichen Lehensschulden an dem Range der Hauptschuld, als deren Accessorium, Theil nehmen; nur bei den consentirten Lehensschulden wird solches um deswillen in Zweifel gezogen, weil, nach der hier anwendbaren Analogie der Bürgschaft<sup>83)</sup>, der von dem Lehensherrn oder den Lehensfolgern erteilte Consens nur für beschränkt auf die Capitalschuld, wenn der Zinsen nicht ausdrücklich erwähnt worden, zu halten sei<sup>84)</sup>; wogegen zwar Weber<sup>85)</sup> den an einer anderen Stelle von ihm ausgeführten Satz geltend macht, daß sich die Lehenshypothek auch auf die Zinsen erstrecke, doch ist die Verschiedenheit beider Fälle einleuchtend, da es sich im ersteren von der Uebnahme einer fremden Verbindlichkeit handelt, deren Umfang lediglich nach dem dadurch zwischen den Betheiligten begründeten Obligationsverhältnisse bestimmt wird, im letzteren aber die dem dinglichen Rechte der Hypothek, welche als solche von dem Consentirenden anerkannt worden ist, seiner Natur nach inwohnenden Wirkungen in ihrem vollen Umfange entscheiden, worüber noch der Art. Lehensverpfändung zu vergleichen ist. Die Concurstkosten sind, wenn der Concurß sowohl über das Lehen als über das Allodium ausgebrochen ist, die respectiven Massen nach Verhältniß, eine jede die sie besonders betreffend, zu tragen<sup>86)</sup>. — Die wegen der Lehensschulden entstehenden Rechtsstreitigkeiten sind keine Lehenssachen in dem Sinne, daß dadurch der specielle Lehensgerichtstand begründet würde (oben S. 467); die Verhandlung derselben und die Entscheidung darüber gehört daher lediglich vor die ordentlichen Gerichte. Eben dieses gilt insonderheit von der Vollstreckung der dessfallsigen Erkenntnisse, auch wenn die Lehensfrüchte, ja selbst die Substanz des Lehens, den Gegenstand derselben ausmachen<sup>87)</sup>. Ebenso gehört der Lehensconcurß vor die ordentlichen Gerichte, und wird vor diesen nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Allodialconcurßes durchgeführt und erledigt<sup>88)</sup>.

In einer gewissen, obwohl nicht wesentlichen Beziehung zu der Lehre von den Lehensschulden stehen auch die von der Verpfändung des

81) Weber a. a. D. Th. IV, S. 630 flg. Phillips a. a. D. B. II, §. 232. Theilweise hiervon abweichend ist die Darstellung von Steinacker l. c. cap. 7.

82) Phillips a. a. D.

83) Dolliner a. a. D. §. 319. Schmalz a. a. D. §. 716.

84) Hellfeld, in diss. cit. de iure creditorum allodialium etc. §. 30.

85) X. a. D. S. 632, vgl. mit S. 421 flg.

86) Mayr und Phillips a. a. D. Etwas genauere Bestimmungen hierüber bei Weber a. a. D. S. 631 flg.

87) Dolliner a. a. D. §. 322. Hagemann, Landwirthschaftsr. §. 416. Weber a. a. D. Th. IV, §. 322, S. 617.

88) Mayr a. a. D.

Lehens für eine solche geltenden Grundsätze, welche demnachst unter dem Art. Lehensverpfändung werden vorgetragen werden, und die unter jenem Capitel gewöhnlich mit abgehandelte Lehre von dem Lehensstamme, *constitutum feudale*<sup>89)</sup>. Nur wenn man dem Begriffe einer Lehensschuld eine viel ausgedehntere Bedeutung, als von welcher bisher ausgegangen wurde, beilegt, kann man den Lehensstamm unter diesen Begriff mit aufnehmen, indem derselbe sich nicht, wie die Lehensschuld im engeren Sinne, auf ein das Lehen afficirendes obligatorisches Schuldverhältniß gründet, sondern gewissermaßen als Bestandtheil des Lehens mit demselben verbunden ist, nicht selten sogar selbst einen Gegenstand der Belehnung ausmacht<sup>90)</sup>; aber wenn auch dieses nicht der Fall ist, doch nur ein Verhältniß zwischen den Mitbelehnten oder den Lehensfolgern und Allodialerben (nicht gegen einen dritten Gläubiger) begründet, welches sowohl rücksichtlich der Dispositionsbefugniß über den Lehensstamm, als rücksichtlich der Succession in denselben, nach lehenrechtlichen Grundsätzen beurtheilt wird; für welchen als Regel eintretenden Fall die lateinische Benennung: *constitutum allodium in feudo*<sup>91)</sup> noch bezeichnender, als die obige: *constitutum feudale*, zu sein scheint; minder angemessen hingegen der von *Mayr*<sup>92)</sup> als mit letzterem gleichbedeutend angeführte Ausdruck: *pecunia feudalis*. Der Begriff des Lehensstammes wird von den Rechtslehrern sehr verschieden angegeben<sup>93)</sup>; durchaus unzulänglich von *Schmalz*<sup>94)</sup> dahin, es sei eine Schuld, welche für immer auf ein Lehen verhaftet sei; nicht viel besser von *Pätz*<sup>95)</sup> dahin: man verstehe darunter im allgemeinen jedes Capital, welches zum Besten gewisser Lehensfolger auf das Lehen gelegt sei; auch sehr unbestimmt von

89) Förster, von Lehensstämmen. Altenb. 1726. Fischer, de pecunia feudali, vulgo Lehensstamm. Gryph. 1738. Dägener, gründl. Unterricht von Lehensstämmen. Lips. 1745. Püttmann, observ. nr. 13. p. 91. Kind, quaest. for. T. I. cap. 14. II. Ed. Weber a. a. D. Th. II, §. 78, S. 489 flg.

90) In welchem Falle die Eigenschaft eines Selblehens (oben S. 397) und die eines Lehensstammes mit einander vereinigt sind: Westphal, Abh. 3, §. 4. Diesem Falle der wirklichen Belehnung mit einer solchen Geldsumme legen Berger, de iure pecuniae feudalis, quae nominatur ein Lehensquantum; in Zepernick, anal. T. I. p. 32., und Bauer, in respons. Vol. II. resp. 85. p. 173., die Bezeichnung eines Lehensstammes im eigentlichen Sinne bei. Dagegen Schnaubert a. a. D. §. 78, Anm. 2.

91) Schmalz a. a. D. §. 718.

92) X. a. D. §. 154.

93) Püttmann l. c. sagt von den ihm vorausgegangenen Schriftstellern: esse haud paucos, quos verae, quibus haec res distinguuntur, praetereant notae, cuique verbis utantur tam obscuris, ut ad intelligendum, quid sibi velint, sphinge non una opus esse videatur. Er selbst beschränkt jedoch seine Definition auf einen einzigen unter den mehreren hierher gehörigen Fällen. Auch Bauer l. c. beginnt seine Ausführung mit den Worten: anceps ac dubia est significatio pecuniae feudalis, quae vocatur Lehensstamm, ohne jedoch selbst in dem erwähnten responsum und den beiden folgenden ähnlichen Inhaltes eine erschöpfende Begriffsbestimmung zu liefern.

94) X. a. D.

95) X. a. D. §. 161.



Eichhorn<sup>96)</sup> dahin: es werde darunter überhaupt jede Geldsumme begriffen, die zum Besten aller oder gewisser Lehensfolger auf das Lehen gelegt werde; und ebenfalls nicht genau genug von Mayr<sup>97)</sup> dahin: man verstehe darunter ein Capital, welches in Folge einer Privatverfügung auf das Lehen in der Absicht gelegt werde, daß die Zinsen davon auf die Lehensfolger des Gläubigers gerade so, wie ein Lehen selbst, vererbt werden; die beiden letzteren Definitionen haben überdieß den Mangel, daß sie nur von Lehensfolgern, als den auf den Lehensstamm Berechtigten, reden, da es doch in gewissen Fällen auch die Allodialerben sein können, wie Eichhorn selbst anerkennt. Auch die Angabe Weber's<sup>98)</sup>, es sei im rechtlichen Begriffe ein Lehensstamm vorhanden, wenn ein Capital dergestalt auf ein Lehen constituiert werde, daß die Zinsen desselben nach Lehenrecht und Lehensordnung percipiert werden, gibt keine klare Anschauung von der Sache, und ist darin zu beschränkt, daß sie die Zinsenbeziehung, welche doch nicht immer vorkommt, und wenigstens nicht wesentlich ist, in den Begriff mit aufnimmt; kaum aber möchte dieser mit größerer Bestimmtheit anzugeben sein, als es von Westphal<sup>99)</sup> geschieht: der Lehensstamm sei eine Summe Geldes, so bei einem Lehen gesichert oder entstanden ist, darin nach Lehensart succedit wird. Der eigentliche Charakter des Lehensstammes, wie derselbe oben angedeutet worden, wird sich am deutlichsten aus den einzelnen Fällen, in denen ein solcher vorzukommen pflegt, erkennen lassen. Westphal benennt dergleichen 6, mit der Bemerkung, daß deren noch mehrere sich gedenken lassen, indem, wie Mayr<sup>100)</sup> hinzufügt, hier Alles auf besonderer Uebereinkunft beruht. Als die hauptsächlichsten werden von Eichhorn und Mayr folgende aufgeführt: 1) wenn bei einer Civiltheilung gewisse Lehensfolger für ihre Ansprüche auf das Lehen durch Aussetzung einer gewissen Summe abgefunden werden, wovon Mayr im allgemeinen sagt, daß hier die Last immer nur diejenigen Lehensfolger zu tragen haben, zu deren Gunsten die Abfindung geschehen ist. Mehrere Beispiele der wirklichen Anwendung hiervon findet man bei Zepernick<sup>101)</sup>. Darnach wäre zu unterscheiden zwischen den Ansprüchen der Allodialerben des Abgefundenen, von welchem die Zahlung geschah, und der Allodialerben des Abgefundenen, im Falle dieser vor dem Eintritte in die Succession ohne Leibeserben abgeht. Jenen ersteren gebührt ein Anspruch auf Wiedererstattung des Gezahlten nur, wenn die Rückerstattung zur Zeit des Wiedereintrittes des Abgefundenen in die Succession ausdrücklich vorbehalten (und dadurch ein Lehensstamm constituiert) ist, zufolge eines mitgetheilten Erkenntnisses des Wittenberger Schöffengerichtes<sup>102)</sup>; außer

96) X. a. D. §. 236.

97) X. a. D.

98) X. a. D. §. 486.

99) X. a. D. §. 1.

100) X. a. D. Note 9.

101) In mehreren sogleich anzuführenden Abhandlungen.

102) Bastineller, de pecunia fratribus pro feudi partibus suis a vasallo soluta, eo mortuo cui cedat; ap. Zepernick, anal. T. II. p. 425.

dem Falle eines solchen ausdrücklichen Vorbehaltes haben die Allodialerben des Abgefundenen einen Anspruch auf die noch rückständige Summe des Abfindungsgeldes, von welchem gesagt wird, daß es das Lehengut selbst afficire, indem der Abgefundene sein Successionsrecht in dieses so lange conservire, als nicht dessen Aequivalent gezahlt worden, dasselbe jedoch nach Allodialrecht beurtheilt werde, und sie können jenen Rückstand in dem über ihres Erblassers Vermögen ausgebrochenen Concurse geltend machen<sup>103</sup>). In dem besonderen Falle, wo der Zahlende vorbehalten hatte, daß die Abfindungssumme bei hiernächstiger Succession des Abgefundenen in das Lehengut in dieses wieder verwendet werde, erkannte die Leipziger Juristenfacultät<sup>104</sup>) in Beziehung auf diese Summe, quod pecunia ex feudo redacta ad solos successores feudales pertineat, exclusis allodialibus heredibus, vel, quod perinde est, ad instar feudi in pecuniam istam succedatur, non quoad dominum, sed quoad agnatos<sup>105</sup>). Eichhorn erwähnt hierbei noch speciell den Fall, wo der Lehensstamm in einem verzinslichen (also nicht sogleich ausgezahlten) Capital, mit welchem der Lehensfolger bei einer Civiltheilung des Lehens abgefunden worden, bestehe, und bemerkt dazu, daß derselbe immer allodial bleibe, aber dadurch eine dem Fideicommiss ähnliche Eigenschaft annehme, daß die Succession in die Zinsen nach den Regeln des Lehenrechtes verabredet werde; die Last gehe hier immer nur auf die Lehensfolger über, zu deren Bestem die Abfindung geschehen sei, und verwandle sich mit deren Abgange in eine Allodialschuld, so wie auch die Forderung im Falle eines Concurse an sich nur unter den chirographarischen Gläubigern collocirt werde<sup>106</sup>). 2) Wenn die Lehensfolger ihre Einwilligung zur Veräußerung des Lehens unter der Bedingung ertheilen, daß ihnen an dem Kaufschillinge oder einem Theile desselben die gewöhnlichen lehenrechtlichen Befugnisse zustehen, und derselbe namentlich nach Lehenrecht vererbt werden solle; durch die hinzukommende Mitwirkung des Lehenherrn bildet sich hieraus ein Geldlehen<sup>107</sup>). Hatte keine Verabredung jener Art stattgefunden, so bleibt es bei der Regel, daß das aus einem verkauften Lehen gelöste Geld allodial sei, ein Lehenstamm aber ist alsdann nicht vorhanden, sofern nicht für den Lehenherrn oder die Lehensfolger ein Recht auf die Verwandlung des Erlöses in ein Geldlehen oder dessen Anlegung zum Fideicommiss besonders begründet ist; und eben so wenig kann als Lehenstamm die Geldentschädigung betrachtet werden, welche der Vasall wegen eines evincirten Lehens erhält, da

103) Stryk, de pecunia ex feudi divisione debita, ad successionem allodiale pertinentem; ap. Zepernick l. c. p. 356.

104) Unter Bezugnahme auf Horn, jurispr. feudal. cap. 4. §. 25.

105) Siegel, qualitas feudalis pecuniae summae cohaeret vi pacti, licet domini consensus non accesserit; ap. Zepernick l. c. T. I. p. 35.

106) Bobel auf Kind, quaest. for. T. I. cap. 9. (cap. 14. ed. II.), Bezug genommen wird, welcher jedoch, wie die in der Note c, p. 135, angeführten Belegstellen zeigen, zunächst nur von dem königl. sächs. Rechte redet. Vgl. auch Zacharia a. a. D. §. 175—177.

107) Rayr a. a. D. und Note 8.

dieselbe gleiche Natur mit dem Verkaufspreise hat<sup>108</sup>); auch der Fall, wo der Vasall vermöge Privatverfügungen verpflichtet ist, den Verkaufspreis zum Ankaufe eines anderen Lehens zu verwenden, darf mit einem Lehensstamme nicht verwechselt werden<sup>109</sup>). Ein wirkliches Beispiel der Anwendung jenes erstgedachten Falles, wo durch die Verabredung, daß das den Mitbelehten zustehende Successionsrecht auf die denselben für ihre Einwilligung zu der (unter Zustimmung des Lehensherrn) vorzunehmenden Veräußerung des Lehens versprochene Geldsumme übertragen, und zu diesem Zwecke das Geld bis zu dem Zeitpunkte der ihnen anfallenden Succession von dem bisherigen Vasallen aufbewahrt werde, ein Lehensstamm wirklich constituirte, sodann aber die Verbindlichkeit zu dessen Leistung hypothekarisch und verzinslich von dem Käufer des Lehens übernommen worden, theilt Baur<sup>110</sup>) mit, nebst einem Erkenntnisse der Leipziger Juristenfacultät, wodurch die, nach dem Ableben des Verkäufers gegen den nächsten Agnaten desselben von dem Käufer auf Annahme des von ihm zur Zahlung angebotenen Kaufgelderrückstandes erhobene, Klage als ungegründet zurückgewiesen wurde, weil derselbe in gleicher Weise, wie der veräußernde Vasall, in dessen Verbindlichkeit er getreten, nicht befugt sei, das Geld abzutragen, so lange noch Jemand, dem das Successionsrecht in dasselbe, außer demjenigen, welcher jetzt die Zinsen davon beziehe, zustehe, vorhanden sei. Baur macht hierbei noch besonders darauf aufmerksam, daß ein solcher Lehensstamm, dem er jedoch wegen nicht damit verbundenen Geldlehens nur uneigentlich diese Benennung zugesetzt (vgl. oben S. 493, Note 90), nachdem durch die Veräußerung des Lehensgrundstückes das vinculum investiturae gelöst worden, nicht für feudale zu halten sei. Wesentlich verschieden von dem bisher erörterten Falle ist jedoch der, welchen Kind<sup>111</sup>) damit völlig zusammenstellt, wo nämlich die den Mitbelehten für ihre Einwilligung zu der Veräußerung des Lehens versprochene Summe sofort nach erfolgter Veräußerung an dieselben bezahlt wird, wodurch natürlich aller und jeder Zusammenhang mit dem Lehensverhältnisse aufhört, wenn gleich unter den Mitbelehten die Erhaltung jener Summe als eines unangreifbaren Capitales mit lehens- oder vielmehr stammgutsähnlicher Succession bis zum Abgange des letzten unter ihnen ohne zu solcher Succession geeignete Descendenz besonders verabredet werden kann. Mit dem bisher erörterten Falle des Vorhandenseins eines Lehensstammes nahe verwandt ist der weitere, wo 3) die Mitbelehten sich mittelst eines Lehensreverses verbindlich machen, bei dem Anfalle der Succession an dieselben für eine bestimmte, alsdann an sie zu zahlende, Summe das Lehen selbst den Allodialerben des letzten Vasallen zu überlassen. Ob in diesem Falle ein eigentlicher Lehensstamm vorhanden, oder ein anderes davon wohl

108) Eichhorn a. a. D.

109) Mayr a. a. D. Note 8. Ueber Lehenskaufgelder überhaupt ist auch noch zu vergleichen Mayr a. a. D. §. 50, S. 121.

110) l. c. resp. 85.

111) Quaest. forens. T. I. cap. 14. p. 134.

zu unterscheidendes Geschäft unter der Bezeichnung von *Lehensquantum*<sup>112)</sup> hier anzunehmen sei, worin *Eichhorn* und *Mayr* verschiedener Ansicht sind<sup>113)</sup>, ist ein von practischem Interesse entblößter Streit, da beide vorgenannten Schriftsteller darüber einig sind, daß in den Anspruch auf diesen Lehensstamm oder das *Lehensquantum* unter den Berechtigten nach *Lehenrecht* succedirt werde, daß die dadurch begründete Last auf jeden Lehensfolger übergehe, und daß eintretenden Falles die Geldsumme Jenen als freies Eigenthum zufalle. Auch in Beziehung auf diese Gattung des *Lehensstammes* findet man zwei Beispiele der Anwendung bei *Bauer*<sup>114)</sup>, in deren einem durch ein *Responsum* der Leipziger Juristenfacultät dem dem Vasallen überlebenden *Mitbelehn*ten auch die Zinsen der Summe, für welche er sein *Successionsrecht* in das *Lehen* aufgegeben hatte, vom *Todestage* des letzten Besitzers an gegen dessen *Allodialerben* zugesprochen wurden, und in dem anderen auf mehrere, auch in der höchsten Instanz bestätigte, *Erkenntnisse* Bezug genommen wird, nach denen den auf den *Lehensstamm* Berechtigten ein deshalbiges *Vorzugsrecht* im *Concurse* wegen des bis zur erfolgten Zahlung beibehaltenen dinglichen Rechtes in Beziehung auf das *Lehen* selbst zuerkannt wurde; aus welchem Gesichtspunkte auch *Berger*<sup>115)</sup>, unter Anführung eines damit übereinstimmenden Erkenntnisses des *Oberappellationsgerichtes* zu *Dresden*, bemerkt, daß ein solcher *Mitbelehn*ter nicht eigentlich als *Gläubiger* der betreffenden Geldsumme zu betrachten, diese vielmehr aus der *Concursumasse* zu sondern, und für den künftigen *Successionsfall* gerichtlich aufzubewahren sei, was im Grundsatz auch durch *Eichhorn's*<sup>116)</sup> *Außerung*: es könne das *Lehensquantum* im *Concurse* iure *vindicacionis* gefordert werden, bestätigt wird. Außerdem nimmt *Berger* sehr richtig an, daß es der lehensherrlichen *Einwilligung* zu der *Verabredung* eines solchen *Lehensquantums* nicht bedürfe. Ein gerade umgekehrtes Verhältnis, wie in dem vorstehend erörtertem Falle, tritt bei den sogen. *Lehensreversgeldern*<sup>117)</sup> ein, worunter man die Geldsumme versteht, welche präsentirte *Mitbelehn*te an die *Allodialerben* des letzten Besitzers auf den Fall zu bezahlen versprechen, daß sie zur *Lehensfolge* gelangen,

112) *Weber* a. a. D. S. 493 fig.

113) Auch schon *Kind* l. c. nahm letzteres an, bemerkt jedoch p. 140, daß bei der großen Meinungsverschiedenheit über beide Ausdrücke es am geratheften sei, sich nicht sowohl an diese, als an die *Natur* und *Beschaffenheit* des vorliegenden Geschäftes zu halten. Die in *Urkunden*, wie bei *Schriftstellern*, nicht selten vorkommende *Verwechslung* beider Ausdrücke bezeugt auch *Mayr* a. a. D.

114) l. c. resp. 86 u. 87.

115) Bei *Zepernick* l. c. p. 33.

116) X. a. D. §. 237, Note d.

117) *Brokes*, de iure pecuniae, hereditibus ultimi possessoris feudalis solvendae. Jen. 1747. *Eckardt*, de constituto feudali vulgo *Revers*gelber, seu *Revers*quantum. Jen. 1784; wovon *Weber*, a. a. D. S. 497 fig., einen *Auszug* liefert. Die *Benennung* constitutum feudalis legen den *Revers*gelbern auch *Dolliner*, a. a. D. §. 78, S. 144, und *Weber*, a. a. D. S. 488, bei.

zum Zwecke der größeren Sicherstellung hypothekarischer Allodialgläubiger<sup>11)</sup>. Kommt es zum gerichtlichen Verfahren, so gehört solches vor den gewöhnlichen Richter der gelegenen Sache, mag es dabei nur auf einen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder auf die Entscheidung eines förmlichen Rechtsstreites ankommen, da die Lehenssonderung keine Lehenssache im gemeinrechtlichen Sinne ist (oben S. 467), indem hier, da die Allodialerben den einen Streittheil ausmachen, von einer Verhandlung in Beziehung auf das Lehensverhältniß selbst keine Rede sein kann<sup>12)</sup>. Die hierbei in Betracht kommenden Rechtsmittel sind, nach Verschiedenheit der Umstände, in der Form einer rei vindicatio, iudicium communi dividundo, actio ad exhibendum oder imploratio iudicis, vorzubringen<sup>13)</sup>. Gegenstand dieses Verfahrens ist die Ausmittelung der einzelnen, zu dem Lehens- oder Allodialvermögen gehörigen, Stücke, und es kommen dabei insbesondere das Hauptgut selbst, die Zugehörungen desselben, die Verbesserungen oder Verschlechterungen, und die Lehensfrüchte, in Betracht; Hagemann<sup>14)</sup> rechnet dahin auch, und nicht mit Unrecht, die Auseinanderetzung in Betreff der vorhandenen Activ- und Passivschulden, welche sich nach den, unter dem Art. Lehensschulden oben (S. 479) vorgetragenen Grundsätzen richtet<sup>15)</sup>. Einzelne Vorbereitungs-handlungen zu dem gerichtlichen Verfahren gibt Pögg<sup>16)</sup> an; dazu gehört vorzüglich, daß alle bei der Sonderung theilhaftige Personen, oder denen ein dößalliges Widerspruchsrecht zusteht, mit in dasselbe gezogen werden, welches namentlich bei dem Lehensherrn der Fall ist, dem auch ein selbstständiges Interventionsrecht, sei es zunächst in seinem eigenen Interesse, sei es zum Beistande des künftigen Lehensbesizers, zusteht<sup>17)</sup>. Nicht selten ist es streitig, wem während des in dem Verfahren über die Lehenssonderung zwischen den Allodialerben und dem Lehensberechtigten wegen der Lehenseigenschaft gewisser Güterstücke entstehenden Streites der Besitz derselben zukomme; Mayr entscheidet in Ansehung des juristischen Besitzes für die Allodialerben<sup>18)</sup>, weil dieser auf sie mit dem Tode des Vasallen übergegangen sei<sup>19)</sup>, wenngleich die

11) Hagemann a. a. D. §. 400.

12) Weber und Pögg a. a. D. Eichhorn a. a. D. §. 363.

13) Pögg a. a. D. §. 165. Schmalz a. a. D. §. 699.

14) X. a. D. §. 400 u. 413.

15) Auch Hoffmann, in diss. cit. cap. III., handelt in einem eigenen Abschnitte de iure separandi allodium & feudo in obligationibus. Einiger anderen minder bedeutenden Fälle erwähnt Estor, in diss. cit. §. 4.

16) X. a. D. §. 165, mit Bezugnahme auf Gönner, Handb. des Proz. B. IV, S. 162 fig., II. Ausg. Vgl. auch Mayr a. a. D.

17) Hagemann a. a. D. §. 400. Eichhorn und Mayr a. a. D.

18) Arg. II. F. 26. pr. §. 1. Dietl a. a. D. S. 136. Lauthn, über die Vermuthung für die Lehensbarkeit der Lehenspertinenz §. 6, Note \*; in Sepernick, Misc. B. I, S. 199. Auch die preussische Gerichtsordn. Tit. 46, §. 28, verordnet, daß wenn die Lehenseigenschaft des Gutes selbst bestritten werde, bis zu ausgemachter Sache die Allodialerben im Besitze bleiben, und damit stimmt auch das Königlich sächsische Recht überein: Zachariä a. a. D. §. 214.

19) Pfeiffer, pract. Ausf. B. I, Nr. 15.

Erlangung des Naturalbesitzes mit seinen Wirkungen eine besondere Apprehension voraussetze<sup>20)</sup>. Auch *Sönnner*<sup>21)</sup> erkennt jenes als Regel an, will jedoch davon den Fall ausnehmen, wo ein Grundstück die Pertinenz Eigenschaft eines Lehens hat; allein dabei würde vorausgesetzt, daß über diese Qualität kein Streit obwalte, alsdann aber es bei einem solchen Gegenstande gar nicht der Feststellung eines solchen Provisionalzustandes bedürfen. — Die Grundsätze, welche bei der wirklich vorzunehmenden Lebenssonderung zu beobachten sind, beziehen sich, insofern die Lehensgesetze selbst solche enthalten, zwar nur auf einen der oben angegebenen Veranlassungsgründe, den der getheilten Succession zwischen Lehens- und Allodialerben, doch finden dieselben eine analoge Anwendung auch auf die übrigen Fälle<sup>22)</sup>. So viel nun unter den mehreren Gegenständen der Sonderung 1) das Hauptgut betrifft, entscheidet dabei zunächst die im allgemeinen begründete Vermuthung für die Allodialität (oben S. 390 fig.)<sup>23)</sup>, und es kommt hiergegen, da die lehenbare Eigenschaft immer durch das Vorhandensein einer besonderen Thatsache bedingt ist, so wenig die Qualität der streitenden Theile, als der bloße Besitz der streitigen Stücke, in Betracht<sup>24)</sup>. Daß aber die Vermuthung der freien Allodialität hinwegfalle, wenn außer Zweifel sei, daß das Gut kein freies Allod, und bloß unentschieden, ob es als Lehen, oder auf andere Weise, insonderheit als eine andere Art des beschränkten Eigenthums, verlichen worden sei<sup>25)</sup>, ist nur insofern wahr, als von solchen Allodialerben die Rede ist, welchen auch nicht die zur Succession in das letztere erforderlichen Eigenschaften zukommen, und eben dieses gilt von dem Falle, wo lediglich darüber Ungewißheit obwaltet, ob das betreffende Gut Lehen oder Stammgut sei, indem allerdings der zur Nachfolge in letzteres nicht geeignete Allodialerbe kein rechtliches Interesse bei dem Streite des Lehens- und Stammgutsfolgers über die eine oder die andere Eigenschaft des Gutes hat, da ihm jedenfalls kein Anspruch auf dasselbe zusteht. Der Regel nach liegt also demjenigen, welcher die Lehenbarkeit eines Gutes behauptet, der Beweis dieser Eigenschaft ob<sup>26)</sup>. Inwiefern der Lehenbrief und die sonstigen Lehenurkunden für beweisfähig zu diesem Zwecke zu halten seien, wurde bereits oben (S. 405) näher erörtert. Daß auch das Bekenntniß des Vasallen einen wirklichen Beweismittel abgebe<sup>27)</sup>, läßt sich nur insofern behaupten, als der Beweis dem Vasallen selbst oder einem solchen Allodialerben desselben gegenüber geführt wird, welcher aus dessen

20) *Mayr a. a. D.* §. 400, Note 7.

21) *X. a. D.* S. 163.

22) *Mayr a. a. D. Zacharia a. a. D.* §. 210.

23) *Stryk, de praesumptione feudali; in dissert. Vol. IV. §. 483. Thomasius, cautela circa doctrinam de praesumptione allodialitatis; in sel. feud. T. II. p. 325.*

24) *Påq a. a. D.* §. 166. *Mayr a. a. D.* §. 141.

25) *Påq a. a. D.*, womit auch *Mayr a. a. D.* zu vergleichen ist.

26) *Struben, vom Beweise der Lehenbarkeit; in den Nebenstunden Th. III, Abh. 17. Weber a. a. D. Th. IV, §. 342.*

27) *Påq und Mayr a. a. D.*

Handlungen verbindlich wird. — 2) In Ansehung der Zugehörungen des in Frage stehenden Lehengutes<sup>28)</sup> ist die Frage, was man hierunter im rechtlichen Sinne zu verstehen habe, im Ganzen nach den Grundsätzen des Allodialrechtes zu beantworten<sup>29)</sup>; und wenn Mayr erläutern hinzusetzt, es entscheide dabei, was nicht immer genügend beachtet werde, vorzugsweise die Absicht einer bleibenden Verbindung mit der Hauptsache, so daß das Pertinenzstück seiner Beschaffenheit nach zwar als ein selbstständiges Object für sich bestehen, ja sogar einem Anderen, als dem Besitzer der Hauptsache, zugehören könne, im Zweifel jedoch als ein Theil der Hauptsache auf jeden Erwerber der letzteren übergehe; so ist dieses zwar richtig, wenn man sich dabei auf die letzterwähnte Wirkung beschränkt, ohne jedoch daraus zu folgern, daß eine solche Pertinenz in lehenbarer Eigenschaft auf den neuen Besitzer übergehe; daher derselbe den Werth dieser, auch in seinen Händen allodial bleibenden, Pertinenz des Lehens den Allodialerben zu erstatten hat. Unter den einzelnen Stücken, welche sich in den Händen des seitherigen Vasallen, als Besitzers des Lehengutes, befanden, lassen sich nämlich unterscheiden solche, die einen integrierenden Bestandtheil dieses Gutes selbst ausmachen, und die Natur des Ganzen haben<sup>30)</sup>, wohin auch die Accessionen im engeren Sinne (oben S. 425) gehören; — ferner solche, die der Vasall neben dem Lehengute, um zu dessen Gebrauch zu dienen, besitzt, oder die eigentlichen Zugehörungen desselben, welche sowohl lehenbare, als allodiale Pertinenz sein können; endlich diejenigen Stücke, welche der Vasall neben dem Lehengute, ohne unmittelbare Beziehung auf dieses und dessen Benutzung, besitzt, und die zwar in der Regel reines Allodium sind, doch auch in einem gesonderten Lehensnerus stehen können<sup>31)</sup>. Die lehenbare Eigenschaft der Pertinenz des Lehengutes hat ebenso, wie die des Hauptgutes, selbst wenn dessen Lehenbarkeit erwiesen worden, die Vermuthung gegen sich<sup>32)</sup>, indem ein Allodialstück bloß durch die von dem Vasallen geschehene Bestimmung desselben zum Gebrauche des Lehens, und wenn dieser eine noch so lange Reihe von Jahren hindurch fortgesetzt worden wäre, nicht aufhört, eine bloß allodiale Pertinenz des Lehens zu sein<sup>33)</sup>. Ueber die lehenbare Eigenschaft der Lehenspertinenz muß daher von demjenigen,

28) Beselin, *theoria generalis de pertinentiis*. (Gött. 1782.) Cap. III. Pfister, *de criteriis pertinentiarum feudaliū et allodialium in casu separationis feudi ab allodio*. Bamb. 1792.

29) Mayr a. a. D. §. 47 u. 142.

30) Cramer, *de differentia inter partes feudi et pertinentias feudales*; in *observ. T. V. obs.* 1385.

31) Weber a. a. D. Th. II, §. 53.

32) Pá §. a. a. D. §. 167. Mayr a. a. D. §. 142.

33) Hagemann a. a. D. §. 402. Weber a. a. D. Th. IV, §. 348.

Dem rechtlichen Charakter einer allodialen Lehenspertinenz entspricht im umgekehrten Verhältnisse vollkommen der Begriff einer lehenbaren Allodialpertinenz, in welcher Eigenschaft nicht selten die mit einem Allodialgute verbundene Gerichtsbarkeit vorkommt: Mayr a. a. D. §. 47.

welcher sie behauptet, Beweis geführt werden<sup>34</sup>); es können jedoch solche besondere Umstände eintreten, welche ausnahmsweise für die Lehensbarkeit von dergleichen Pertinenzen vermuthen lassen<sup>35</sup>). Als eine solche Vermuthung wird hauptsächlich angegeben, wenn Jemand mit einem ganzen Gute, unter der allgemeinen Clausel „mit allen Zugehörungen“ belehnt worden<sup>36</sup>); allein der Gegenstand dieser Vermuthung, die Frage nämlich: ob ein oder das andere bei dem Lehengute befindliche Stück für mitbegriffen unter der ersten Belehnung zu halten sei, gehört gar nicht in das Capitel von der Lehenssonderung, da dieselbe nur zwischen dem Lehensherrschaften und dem besitzenden Vasallen oder dessen Nachfolger im Lehen streitig sein kann, die bei jenem Acte zunächst theilhaftigen Allodialerben oder Gläubiger des Lehensbesizers aber durchaus nichts angeht. Will man aber die Lehre von den Lehenspertinenzen hier aus einem allgemeinen Gesichtspunkte auffassen, so gelten davon die nachstehenden Grundsätze: Im Gegensatz zu den allodialen, Pertinenzen eines Lehens sind lehensbare diejenigen, welche entweder schon vor der Belehnung mit dem Hauptgute verbunden, oder in der Folge vom Lehensherrschaften selbst verliehen, oder diesem zu Lehen aufgetragen worden sind<sup>37</sup>); es kann aber auch die lehensbare Eigenschaft einer Zugehörigkeit des Lehens durch Verjährung (s. den Art. Lehenöverjährung) begründet werden<sup>38</sup>). Bei dem zuerst genannten Falle einer bereits vor der Belehnung stattgehabten Verbindung muß jedoch diese von solcher Art sein, daß daraus die Absicht des Lehensherrschaften, das betreffende Stück als Zugehörigkeit des nachher verliehenen Gutes zu behandeln, unzweifelhaft hervorgeht<sup>39</sup>); die bloße Benutzung eines solchen Stückes zum Vortheile des Hauptgutes aber ist, wenn jenes gleichwohl ein davon getrennter und selbstständiger Gegenstand blieb, nicht geeignet, demselben die Pertinenzqualität beizulegen, und dasselbe demzufolge für mitbegriffen unter der allgemeinen Belehnung mit dem Hauptgute zu halten<sup>40</sup>). Auch auf den Inhalt einer solchen allgemeinen Belehnung kommt es wesentlich an. Wurde sich dabei der Clausel „mit allen Zugehörungen“ bedient, ohne deren einzelne namhaft zu machen, so wird angenommen, daß Alles, was der letzte Vasall als eine Zugehörigkeit des Lehengutes besessen hat, vermöge jener allgemeinen Verleihung an ihn gelangt, und gleich dem Hauptgute selbst lehensbar sei, bis derselbe oder die an seine Stelle tretenden

34) Meucken, diss. de probatione pertinentiarum feudalium. Viteb. 1723.

35) Vgl. Euhn's oben angeführte Abhandlung. Lamm, an et quantum qualitas rei feudalis ex coniecturis colligi possit; in Zepernick, anal. T. I. p. 17.

36) Hagemann a. a. D. §. 401. Weber a. a. D. Th. IV, §. 343.

37) Mayr a. a. D. §. 142.

38) Weber a. a. D. Schmalz a. a. D. §. 700.

39) Wie z. B. wenn er die zwischen dem Gute und einem dazu erworbenen Grundstücke vorhandenen Grenzsteine wegnahm, und dieses mit jenem vereinigete: Weber a. a. D. Th. II, S. 101.

40) Weber a. a. D. Th. IV, S. 669.



Personen den Beweis einer erst nach der ursprünglichen Belehnung stattgehabten Verbindung führen<sup>41)</sup>; jene Voraussetzung aber gewinnt noch an Stärke, wenn die streitigen Stücke innerhalb der ausgemachten Grenzen des Lehengutes oder zwischen anderen unbestrittenen Lehensgrundstücken gelegen sind<sup>42)</sup>. Wurden hingegen einzelne Stücke ausdrücklich in dem Lehenbrieft als Zubehörungen angegeben, dann ist Alles, was von dormaligen Zubehörungen des Lehens nicht in dem Lehenbrieft genannt ist, für allodial zu halten, indem man bei einer solchen speciellen Angabe die Absicht voraussetzt, darüber keine Ungewißheit zu lassen, ob noch ein Mehreres, als die ausgedrückten Stücke, Lehen sei<sup>43)</sup>. Zur näheren Erläuterung des zweiten der oben gedachten Fälle, des der Verbindung eines Nebensstückes mit dem Lehengute, die erst in einer späteren Zeit nach der ersten Verleihung erfolgte, ist zu unterscheiden, ob dieselbe von Seiten des Lehensherrn, oder von Seiten des Vasallen, geschah; ersteres hat der Vermuthung nach die rechtliche Wirkung der gleichmäßigen Lehenbarkeit einer solchen Zugehörigkeit, indem eine solche Handlung des Lehensherrn nur dessen Absicht voraussetzen läßt, das Lehen als solches durch Beifügung eines Pertinenzstückes zu erweitern<sup>44)</sup>; geschah hingegen die Verbindung von Seiten des Vasallen, so tritt auch hier zunächst wieder die Vermuthung für die Allodialität nach den oben vorgetragenen Grundsätzen ein; nur wenn eine dingliche Gerechtsame den Gegenstand der von Seiten des Vasallen bewirkten Verbindung mit dem Lehengute ausmacht, ist nach gesetzlicher Bestimmung<sup>45)</sup> anzunehmen, daß dieselbe, wenn sie nicht für sich bestehen kann, dem Lehengute als ein Bestandtheil desselben zuwachse, mithin eine lehenbare Pertinenz desselben bilde<sup>46)</sup>. Das Gesetz erwähnt hierbei namentlich der Servituten; Struben<sup>47)</sup> rechnet dahin insonderheit mehrere von ihm als Regalien bezeichnete Gerechtsame, als die Jagd-, Brau-, Hute- und Weidgerechtigkeit, und Hagemann<sup>48)</sup> nennt, außer diesen, als dergleichen vom Gute unzertrennliche Accessionen auch die Forstschicks-, Plaggenhiebs-, Schäferei- und Beholzigungsgerechtigkeit. Ist aber die Natur eines mit dem Lehengute verbundenen Realrechtes so geeignet, daß es von demselben unbeschadet seiner Nutzbarkeit getrennt werden kann, so wird es nach den von den Lehenspertinenzgen überhaupt geltenden Regeln beurtheilt<sup>49)</sup>. In dem dritten jener vorgedachten Fälle endlich kann der

41) Böhmer l. c. §. 343. Struben a. a. D. §. 4. Weber a. a. D. Th. IV, S. 668. Vgl. auch Schweder, de clausula investiturae feudalis: cum pertinentiis, eiusque effectu; in disp.

42) Hagemann a. a. D. S. 705.

43) Struben a. a. D. und die in der Note 41 weiter angeführten Schriftsteller.

44) Páq a. a. D. S. 392. Vgl. auch Buder, diss. de confortatione feudi per allodia. Jen. 1756.

45) II. F. 8. §. 1.

46) Eichhorn a. a. D. §. 363. Mayr a. a. D. §. 142, Note 11.

47) X. a. D. §. 6.

48) X. a. D. S. 707.

49) Páq a. a. D. S. 394.

Lehensauftrag, dessen Vorhandensein stets bewiesen werden muß<sup>50)</sup>, nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend, geschehen sein<sup>51)</sup>. Sollte der Ursprung eines solchen Pertinenzstückes, oder die Art und Weise, wie dasselbe zu dem Lehen gekommen sei, gar nicht ausgemittelt werden können, so ist dasselbe für allodial zu achten, da hierbei die Eigenschaft des Hauptgutes nichts entscheidet<sup>52)</sup>. Solche, von dem Vasallen mit dem Lehen zugleich besessene Allodialsachen endlich, welche nicht zu einer der bisher erörterten Gattungen gehören, und auch nicht unter den Begriff von Meliorationen, wovon sogleich das Nähere, fallen, gehören unbedingt den Allodialerben<sup>53)</sup>. — 3) Meliorationen des Lehens<sup>54)</sup>, die auch unter den Accessionen im weiteren Sinne (oben S. 425) mit begriffen, und in dieser Eigenschaft als ein Theil des Lehens betrachtet werden, sich jedoch von den Accessionen im engeren Sinne, oder den in einem natürlichen Zuwachs bestehenden, dadurch unterscheiden, daß deren Uebergang auf den Nachfolger im Lehen nur gegen Vergütung ihres Werthes an die Allodialerben stattfindet<sup>55)</sup>. Unter Meliorationen im eigentlichen Sinne versteht man alles dasjenige, was von dem Vasallen zum Besten des Lehens auf eigene Kosten verwendet, und wodurch dasselbe nicht bloß im gehörigen Zustande erhalten, sondern auch dessen Werth erhöht worden, und was zur Zeit der Trennung des Lehens vom Erbe als Lebensverbesserung noch vorhanden ist<sup>56)</sup>. Die in Ansehung dieser Meliorationen, im Gegensatz zu denen, welche zur regelmäßigen Unterhaltung und Benutzung des Lehens erforderlich waren, eintretende Ersagverbindlichkeit beruht auf dem Grundsatz, daß der Vasall das Lehen zwar zu conserviren, aber nicht zu melioriren, verpflichtet ist<sup>57)</sup>. Die in Beziehung auf Gebäude durch gesetzliche Bestimmung<sup>58)</sup> dem Lehensherrn eingeräumte Wahl, den Werth derselben zu ersetzen oder den Allodialerben die Wegnahme zu gestatten, wird gewöhnlich auf

50) Páq a. a. D.

51) Struben a. a. D. §. 3. Eichhorn a. a. D. §. 363, mit Bezugnahme auf Pagemann a. a. D. §. 402, welcher hierbei namentlich den Fall der Verjährung anführt.

52) Páq a. a. D. S. 393.

53) Mayr a. a. D. §. 142. Als solche nennt Hoffmann, in diss. cit. §. 9 sq., insonderheit auch die, nicht als Pertinenzstücke von zum Lehen gehörigen Immobilien zu betrachtenden, beweglichen Sachen, und das vorrätthige Geld.

54) Schweder, de meliorationibus feudi; in disput. T. I. p. 139. Hackemann, de feudi meliorationibus feudo finito; in Zepernick, anal. T. I. p. 399.

55) Mayr a. a. D. §. 142 fig. Schmalz a. a. D. §. 705 fig.

56) Mayr a. a. D. §. 143. Páq a. a. D. §. 171. — Weiske, Abh. IX, S. 147, will den zum bleibenden Nutzen des Lehens von dem besitzenden Vasallen selbst bestrittenen Aufwand nicht bloß als Lebensverbesserung betrachten, sondern ihn zu den gesetzlichen Lehensschulden rechnen, doch bezeichnet man als solche genauer nur die zu solchem Zwecke aufgeborgten Gelder: Ebenbas. S. 146. Vgl. oben S. 482 fig.

57) Pagemann a. a. D. S. 708. Weber a. a. D. Th. IV, S. 687.

58) II. F. 28. §. 2.

alle Meliorationen jener Art angewendet<sup>59)</sup>, und Phillips<sup>60)</sup> insonderheit drückt dieses so aus: Erscheinen die Meliorationen dem Lebensfolger als werthlos, so kann er die Allodialerben veranlassen, das *ius tollendi* auszuüben. (Eichhorn<sup>61)</sup>) erkennt jene gesetzliche Regel überhaupt nicht als für das Verhältniß genügend an, und will die desselben Bestimmungen der Praxis und dem Particularrechte überlassen. Mehrere andere Schriftsteller<sup>62)</sup> scheinen die beiden wesentlich verschiedenen Fragen: inwiefern dem Lebensnachfolger das Recht zustehe, sich durch Gestattung der Wegnahme von der Ersagverbindlichkeit zu befreien, oder den Allodialerben das Recht der Wegnahme, dessen Ausübung der Lebensfolger durch das Anerbieten des Ersages beseitigen kann, zu vermischen; ersteres paßt vorzugsweise auf die dem Werth des Lehngutes bleibend erhöhenden Meliorationen, letzteres auf diejenigen, wobei solches nicht der Fall ist. Sollte jedoch die Wegnahme, wo sie an und für sich stattfindet, nicht, ohne den Gegenstand der Meliorationen gänzlich zu zerstören oder werthlos zu machen, bewirkt werden können, so ist auf eine billige Entschädigung nach richterlichem Ermessen zu erkennen<sup>63)</sup>. Das wirkliche Vorhandensein einer die Ersagverbindlichkeit mit sich führenden Melioration wird aber dem Lebensherrn gegenüber nicht darnach, ob dieselbe eine Wertherhöhung des Lehens in Vergleichung mit dem Zustande, in welchem sich dieses zur Zeit des Ueberganges desselben auf den letzten Vasallen befand, sondern in welchem dasselbe von dem ersten Erwerber empfangen worden, beurtheilt; daher für solche Verbesserungen, wodurch nur, was durch die Schuld der Lebensbesitzer vorher verschlimmert oder verloren worden, wiederhergestellt wurde, keine Vergütung beigeht werden kann<sup>64)</sup>. Wenn aber Gönner<sup>65)</sup> überhaupt den Allodialerben eines solchen Lebensbesizers, welcher den Sonderungsfall des Lehens vom Erbe nach seinem Tode voraussehen konnte, die bei diesem zu vermuthende Absicht entgegenstellen will, daß derselbe bei seinen Meliorationen dem Lebensherrn habe nützen wollen, so läßt sich wohl mit mehreren Grunde die Absicht, damit seinen eigenen Vortheil für die Dauer seines Besizes, unter der Voraussetzung des seines Erben dafür zu Theil werdenden Ersages, zu befördern, unterstellen. Tritt nun aber der Fall des zu leistenden Ersages wirklich ein, so ist als Gegenstand desselben nur derjenige durch Sachverständige auszumittelnde Werth, welchen die Melioration zur Zeit der Sonderung noch wirklich für das Leben hat, zu vergä-

59) Páß und Mayr a. a. D. — Steinacker, sel. cap. etc. p. 25 sq., will den angeführten Lebenstext respectiv verstehen, von Gebäuden beziehungsweise Meliorationen; doch verträgt sich damit nicht das: *Idem dico, si pretio servitutum etc.*

60) X. a. D. B. II, §. 248.

61) X. a. D. §. 363.

62) Weber a. a. D. Th. IV, §. 348. Schmalz a. a. D. §. 706.

63) Páß a. a. D. §. 167.

64) Hegemann a. a. D. S. 710. Weber a. a. D. Th. IV, S. 687.

65) X. a. D. S. 166.

ten<sup>66)</sup>; dieser Werth ist jedoch nicht bloß nach der dadurch bewirkten Vermehrung der Einkünfte des Lehens zu schätzen, sondern ebenwohl auch die dadurch erlangte Sicherung desselben gegen zu besorgenden Schaden zu berücksichtigen<sup>67)</sup>. Ueber die Anwendung der hier vorgetragenen Grundsätze auf Gebäude und mehrere andere Meliorationsgegenstände im Einzelnen sind Hagemann<sup>68)</sup> und Weber<sup>69)</sup> zu vergleichen. Unterliegt die Ersatzverbindlichkeit hinsichtlich der Meliorationen keinem Zweifel, so kann, unter den gemeinrechtlichen Voraussetzungen, dem im Besitze des Lehens befindlichen Allodialerben ein Retentionsrecht nicht ver sagt werden<sup>70)</sup>, dessen Ausübung jedoch von dem Lebensfolger durch angemessene Cautionsleistung verhindert werden kann<sup>71)</sup>. Auch können die Allodialerben Zinsen der ihnen für die Meliorationen zu vergütenden Summe, von dem Momente an, wo der Lebensfolger zum Besitze der Meliorationen gelangt, fordern<sup>72)</sup>, wogegen dieselben im Falle der Ausübung des Retentionsrechtes bei der demnächst erfolgenden Abtretung Rechnung über die unmittelbar gezogenen, dem Lebensfolger gebührenden, Nutzungen abzulegen haben<sup>73)</sup>. — 4) Deteriorationen<sup>74)</sup>. Da der Vasall zwar Verbesserungen des Lehens vorzunehmen berechtigt ist, die Verschlimmerung desselben aber so sehr außer dem Bereiche seiner Befugniß liegt, daß er deshalb unter gewissen Voraussetzungen (oben S. 455) sogar des Lehens verlustig erklärt werden kann<sup>75)</sup>, so versteht es sich von selbst, daß, wo auch dieser leßgebachte Erfolg nicht eintritt, der Allodialerbe des Lehensbesizers, von welchem die Verschlimmerung herrührt, dafür Ersatz leisten müsse. Mehrere Rechtslehrer wollen, nach dem Vorgange Fuch's in der angeführten Abhandlung, eine Ersatzverbindlichkeit nur wegen solcher Deteriorationen, welche absichtlich oder in Folge einer groben Vernachlässigung stattgefunden haben, begründet halten<sup>76)</sup>; die neueren aber sprechen sich unbedingt für den wegen

66) Páq a. a. D. §. 167. Weber a. a. D. Th. IV, S. 689. — Horn, in iurisp. feud. cap. 22. nr. 7., will, wenn der bermalige Werth der Melioration größer ist, als der dazu gemachte Aufwand, nur einen Ersatz des letzteren (nach L. 43. D. de R. V.) zugestehen, was jedoch Hackemann, l. c. §. 8., befreiet.

67) Hagemann a. a. D. §. 406.

68) H. a. a. D. §. 106 flg.

69) H. a. a. D. Th. IV, S. 688 flg.

70) Weber a. a. D. Th. IV, S. 694. Schmalz a. a. D. §. 706. Eichhorn a. a. D. §. 363. Mayr a. a. D. §. 143.

71) Hagemann a. a. D. §. 420. Mayr a. a. D. §. 143, Note 5. Ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes zu Gelle hierüber bei Pufendorf l. c. T. II. obs. 130.

72) Mayr a. a. D. Ein Erkenntniß des eben genannten Oberappellationsgerichtes hierüber in Hagemann, pract. Erdr. B. III, S. 115.

73) Böhmmer, Rechtsfälle B. II, Th. II. Resp. 173. nr. 20.

74) Mencken, de obligatione vasalli, res in feudum sibi datas deterioros hand reddendi etc.; in Zepernick, anal. T. I. p. 201. Fuch, von Lebensdeteriorationen u. s. w.; in Zepernick, Misc. B. II, S. 151.

75) II. F. 28. §. 1. II. F. 27. §. 7.

76) Páq a. a. D. §. 172. Hagemann a. a. D. §. 410. Weber

Deteriorationen zu leistenden Ersatz aus<sup>77)</sup>, und Mayr insonderheit bezeichnet als Deterioration, wofür die Allodialerben dem Lebensfolger haften, jeden Schaden, welchen der Vasall dem Leben durch positives Thun oder Unterlassen zufügte. Derselbe führt als Beispiele an, wenn der Vasall nicht den naturgemäßen Abgang ersetzt, die gewöhnlichen Reparaturen besorgt und die Zahl der inventirten Stücke voll erhalten hätte; Hagemann unterscheidet zwischen Verringerungen, welche bloß aus vernachlässigter Cultur, und solchen, welche durch unwirtschaftliche Verwaltung und Benutzung der Lebensstücke entstanden sind; für erstere soll kein Ersatz gefordert werden können, wegen der letzteren, insofern dadurch eine Verschlimmerung der Substanz selbst entstehe, dürfe der nächste Lebensfolger auf gerichtliche Sequestration oder andere Verfügungen antragen, und dem Lebensbesitzer hierunter Schranken setzen<sup>78)</sup>. Außer dem aber, was diese Unterscheidung schon dem Princip nach gegen sich hat, dürfte auch in der Anwendung die Grenzlinie zwischen beiden Arten der Verschlimmerung schwer zu ziehen sein. Mehrere einzelne Gegenstände der Deterioration zählen Hagemann und Weber, letzterer insonderheit nach Anleitung der Huch'schen Abhandlung<sup>79)</sup>, auf. Daß wer das Vorhandensein einer Deterioration, den Allodialerben gegenüber, behauptet, dasselbe beweisen müsse<sup>80)</sup>, bedarf kaum einer ausdrücklichen Erwähnung. Daß der Lebensfolger die Entschädigung, welche ihm für die Deteriorationen gebührt, an dem für die Meliorationen zu vergütenden Betrage in Abzug bringen könne, nimmt Eichhorn unbedenklich an; Páß will eine solche Compensation nur zufolge des, von der strengeren Theorie abweichenden, Gerichtsgebrauches zulassen<sup>81)</sup>, und auch Mayr fügt seiner Anerkennung jenes Grundsatzes die Limitation hinzu: wenigstens nach einem allgemeinen Gerichtsgebrauche; ein solcher Zweifel würde jedoch nur alsdann begründet sein, wenn man bei jener Compensation die civilrechtlichen Voraussetzungen einer solchen unbeachtet lassen wollte, indessen beschränkt schon Hagemann dieselbe ausdrücklich auf den Fall, wo das Entschädigungsquantum bereits ausgemittelt worden ist, bei dem Vor-

a. a. D. Th. IV, S. 696. Schmalz a. a. D. §. 707, unter Bezugnahme auf die gemeinrechtlichen Grundsätze. Mencken l. c. redet im allgemeinen von der dem Vasallen obliegenden Behandlung des Lehens als *bonus patrifamilias*.

77) Eichhorn a. a. D. und §. 223. Mayr a. a. D. Phillips a. a. D. B. II, §. 243.

78) Ueber die verschiedenen, zur Abwendung von Deteriorationen anzuwendenden, Sicherungsmittel sind zu vergleichen die beiden S. 507, Note 74, angeführten Abhandlungen, sodann Mencken, *diss. de feudi abusui per prohibitionem legitimam agnatorum vel simult. investitorum obviam eundo*. Vitab. 1743., und Weber a. a. D. Th. IV, S. 696.

79) §. 6; bei Zepernick a. a. D. S. 159.

80) Weber a. a. D.

81) Der von demselben in Bezug genommene Rosenthal, *tract. feud. cap. 10. concl. 33. nr. 10 u. 37.*, redet von einem ganz andern Falle, nämlich daß der Vasall nicht des Lehens wegen Deterioration desselben, wenn er solches zugleich meliorirt hat, verlustig erklärt werden könne.

handensein der erwähnten Voraussetzungen aber tritt die Compensation von Rechtswegen ein. — 5) Lebensfrüchte<sup>82)</sup>. Bei der Sonderung des Lebens vom Erbe in Beziehung auf die Lebensfrüchte ist vor Allem zu unterscheiden zwischen denjenigen, welche zu der Zeit, wo das die Sonderung veranlassende Ereigniß eintritt, bereits von dem Boden getrennt, also von dem Besitzer schon bezogen sind, und denen, wobei solches nicht der Fall ist. Die von Páez<sup>83)</sup> allgemein angenommene Regel, daß den Allodialerben auch die während der Abwesenheit eines verschollenen Vasallen erhobenen Früchte gebühren, ist jedenfalls durch die Voraussetzung, daß derselbe nachher für todt erklärt werde, bedingt, hängt aber auch unter dieser Voraussetzung von der, hier nicht zu erörternden, Frage ab: ob die Wirksamkeit der Todeserklärung *ex tunc* oder *ex nunc* eintrete<sup>84)</sup>. Bei den noch nicht percipirten Früchten ist weiter zu unterscheiden zwischen natürlichen oder industriellen und Civilfrüchten<sup>85)</sup>. Für die ersteren stellt das longobardische Recht<sup>86)</sup> die bestimmte Regel auf, daß, wenn der Vasall in dem Zeitraum zwischen dem 1. März und 1. Sept. mit Tode abgegangen ist, alle in dieser Zeit zu percipirenden Früchte den Allodialerben gebühren, wenn hingegen jener in der anderen Hälfte des Jahres, zwischen dem 1. Sept. und 1. März, gestorben ist, die noch nicht percipirten Früchte des Sterbejahres dem Lebensfolger zufallen, welcher dagegen die Saat- und Ausstellungskosten den Allodialerben zu vergüten hat. Die heutige Anwendbarkeit dieser gesetzlichen Regel ist, wegen der unverkennbaren Verschiedenheit des Klimas und der Culturweise in der Lombardei, welche man dabei vor Augen gehabt hat, von dem unsrigen, sehr bestritten<sup>87)</sup>. Schmalz<sup>88)</sup> beschränkt die angegebenen Termine ausdrücklich nur auf die Lombardei, und auch Phillips<sup>89)</sup> bemerkt, daß dadurch wenigstens für Italien die Schwierigkeiten der Berechnung beseitigt seien; Eichhorn<sup>90)</sup> nimmt an, die Praxis erkläre den obigen Grundsatz des longobardischen Rechtes nach der Regel des älteren deutschen Rechtes, daß die industriellen Früchte den Landerben nur dann gehörten, wenn für ihren Gewinn die meiste Arbeit bereits gethan sei, auch rücke man in dem ersten Falle der ange-

82) Schweder, de fructibus feudi; in disp. T. I. p. 789. Ibringk, diss. de modo computandi fructus in separatione feudi ab allodio. Marb. 1746. Trier, diss. de transmissione fructuum feudalium in heredes allodiales. Lips. 1747.

83) X. a. D. §. 169; mit Bezugnahme auf Conradi, de cura feudi absente vasallo etc.; in Zepernick, anal. T. I. p. 135. §. 13., und Böhmer, Rechtsfälle B. III, Th. I. Resp. 173.

84) Pfeiffer, pract. Ausführungen B. IV, S. 368 fig. und 385.

85) Hack, diss. de fructibus ult. anni int. allodiales defuncti vasalli heredes et successorem feudalem pro rata temp. dividendis. Bamb. 1773.

86) II. F. 28. §. 3.

87) Böhmer, de iuribus diversis ex diversitate climatum natis; in exerc. T. I. Ex. 7. §. 16 sq.

88) X. a. D. §. 702.

89) X. a. D. B. II, §. 243.

90) X. a. D. §. 363.

führten Alternative den Endtermin bis zur Beendigung der Erndte (welche in Deutschland theilweis gewöhnlich noch im September und October stattfindet) hinaus; und in gleichem Sinne äußert Mayr<sup>91)</sup>: wegen der Bestimmung des longobardischen Rechtes zu Grunde liegenden Principes habe die Praxis, mit Rücksicht auf das Klima in Deutschland, dem Endtermin im ersten Falle weiter hinausgerückt, und auf alle Früchte ausgedehnt, die in diesem Herbst noch geerntet werden können<sup>92)</sup>. Da indessen die longobardische Lehenrechtsammlung einmal in ihrem ganzen Umfange die Gültigkeit eines gemeinen Rechtes für Deutschland erhalten hat, und eine von jenen Bestimmungen abweichende allgemeine deutsche Gewohnheit sich nicht wird behaupten lassen, so müssen diese Bestimmungen auch jetzt noch allenthalben zur Anwendung kommen, wo nicht Particulargesetze oder ein besonderes Lehenhofrecht ausdrücklich ein Anderes festsetzen<sup>93)</sup>, und sehr richtig bemerkte hierüber schon Senckenberg<sup>94)</sup>, nach Anführung mehrerer Gegenargumente, insbesondere der Gleichstellung des Vasallen mit einem Usufructuar, und des Zusammenhanges der Fruchtbeziehung mit der Jenem obliegenden Dienstleistung: *Quidquid vero huius sit, a textu deflectere religioni mihi duco, unde vel ex hac ratione diversum sentirem; per supra enim deducta, verba satis plana apparent*<sup>95)</sup>. Auch Mayr fügt der Erwähnung eines gegen-theiligen, auf den Zweck der Verordnung gegründeten, Gerichtsgebrauches ausdrücklich den Vorbehalt hinzu: ungeachtet übrigens jene gesetzlich bestimmte Zeit noch gegenwärtig die unveränderliche Norm bleibt. Gegen die Erklärung der Lehenrechtsstelle aus dem deutschen Rechte macht<sup>96)</sup> Weber<sup>97)</sup> hauptsächlich geltend, daß der Grund von jener Entscheidung gar nicht aus den Regeln des deutschen Rechtes entspringe. Uebrigens sind nach denselben Grundsätzen, wie die natürlichen Früchte, auch die Pachtgelder für solche Lehengrundstücke, deren Ertrag in dergleichen Früchten besteht, wofür jene das Surrogat im rechtlichen Sinne bilden, obwohl dieselben von Einigen unter die Kategorie der Civilfrüchte gestellt werden, zu beurtheilen<sup>98)</sup>. Ob auch überhaupt bei den Civilfrüchten die erwähnten Bestimmungen des longobardischen Rechtes

91) X. a. D. §. 144.

92) Ueber die Anwendung auf Weinberge insbesondere ist zu vergleichen: Hagemann a. a. D. §. 411, Note 3. Weber a. a. D. Th. IV, S. 679.

93) Dolliner a. a. D. §. 345, S. 370. Böhmer, auserl. Rechtsfälle B. II, Th. I. Resp. 102. §. 2.

94) *De divis. fruct. feudal. anni emortalis inter succ. feud. et allod.; in medit. de univ. iur. Fasc. II. nr. 1.* (vorher als *prolasio in text. II. F. 28. §. 3.* besonders abgedruckt) §. 9.

95) Eben dieses motivirt Pfister, in *diss. cit.* §. 16., dahin: *legis enim ratio et usus maxime inter se differunt, prior quidem interpretandi, non applicandi iuris, regula est.*

96) Insbesondere gegen Böhmer, in *exerc. l. c.* §. 21.

97) X. a. D. Th. IV, S. 681, mit Bezugnahme auf Trendelenburg, *diss. de iure fructuum post Augustum maturescentium in separatione feudi ab allodio.* (Bützow. 1771.) §. 22 sq.

98) Weber a. a. D. Th. IV, §. 347. Mayr a. a. D.

zur Anwendung kommen, ist nicht unbestritten, namentlich behauptet dieß *Wegizn*<sup>99)</sup> wegen des in der betreffenden Gesetzstelle<sup>100)</sup> gebrauchten Ausdruckes: *omnes fructus*; mit Recht wird jedoch für eine Beschränkung derselben auf die natürlichen Früchte der weitere Ausdruck: *ex feudo provenientes*, so wie der nur auf solche Früchte bezügliche Maßstab der Vertheilung<sup>101)</sup>, und daß die Stelle eine ganz eigenthümliche, gewissermaßen correctorische, Verfügung enthalte, geltend gemacht<sup>102)</sup>. Wenn es aber hiernach an einer positiven Bestimmung des longobardischen Rechtes über die Civilfrüchte fehlt, so müssen auf sie die aushilflich eintretenden Grundsätze des gemeinen Civilrechtes Anwendung finden<sup>103)</sup>, und unter diesen namentlich die, das Verhältniß der Theilnahme der Erben eines Nießbrauchers und des Proprietars an den Früchten des Sterbeshjahres regelnden, Vorschriften des römischen Rechtes zur Grundlage dienen<sup>104)</sup>. Nun ist zwar die Anwendung dieser Vorschriften im allgemeinen nicht unbestritten<sup>105)</sup>; doch wird von den neueren Rechtsgelehrten ziemlich einstimmig folgende Unterscheidung angenommen: Solche Einkünfte aus dem Lehen, welche in jedem Augenblicke fällig werden, und sich demzufolge nach Tagen berechnen lassen, wie z. B. Hausmiete, Mühlenpacht u. s. w., werden zwischen den Allodialerben und dem Lebensfolger nach dem Verhältnisse der bis zum Ableben des Vasallen — oder wie *Schmalz*<sup>106)</sup> sich allgemeiner ausdrückt, bis zu dem die Lebensfondernng veranlassenden Ereignisse — verfloßsenen Zeit getheilt; diejenigen Einkünfte hingegen, welche keine solche Berechnung zulassen, da sie an einem bestimmten Termine fällig werden, wie z. B. Zehnten, Grundzinsen und dergleichen, gebühren den Allodialerben, wenn dieser Termin zu dem erwähnten Zeitpunkte bereits eingetreten war, außerdem fallen sie dem Lebensfolger zu<sup>107)</sup>; *Schmalz* will zwar auch in diesem letztgedachten Falle eine Theilung nach dem Verhältnisse der Zeit des letzten Jahres, in welcher der Vasall das Lehen noch besaß, zwischen den Nachfolgern im Allodium und denen im Lehen stattfinden lassen, und hat hierin sogar die Autorität *Böhmer's*<sup>108)</sup> und mehrerer von diesem

99) Kleine jurist. Schriften S. 2, C. 54 flg.

100) *Omnes fructus illius anni ex feudo provenientes.*

101) Daher *Böhmer*, l. c. §. 23., den angeführten Ehrentert auch nicht einmal auf solche *fructus naturales*, qui nullam culturam et curam desiderant, angewendet wissen will.

102) *Weber* a. a. D. Th. IV, §. 346.

103) *Dolliner* a. a. D. *Böhmer* a. a. D. §. 7. *Hagemann* a. a. D. §. 412.

104) *Arg. L. 25. §. 2. L. 26. L. 58. D. de usufr. L. 9. §. 1. D. locati. L. 7. §. 1. D. soluto matrim. L. un. §. 1 sq. C. de rei uxore. act. Pää* a. a. D. §. 170. *Eichhorn* und *Mayr* a. a. D. *Bgl.* auch *Weber* a. a. D. §. 345, C. 674 flg. Ausführlicher erörtert von *Ihringk*, in *diss. cit. cap. 2 u. 3.*

105) *Glück*, *Erdaut.* der *Pand. Th. IX, C. 339 flg.*

106) *X. a. D. §. 703.*

107) *Pää*, *Eichhorn* und *Mayr* a. a. D. *Weber* a. a. D. Th. IV, §. 346. *Phillips* a. a. D. B. II, §. 243.

108) *X. a. D. §. 8, 9;* wobei es sehr bemerkenswerth ist, daß dieser



angeführten älteren Schriftsteller für sich; doch sind die Gründe, worauf diese Meinung beruht, bereits von Weber<sup>109)</sup> speciell beantwortet worden. Von dieser Berechnungsweise werden jedoch, nach Schweder's<sup>110)</sup> Vorgang, überhaupt gewöhnlich ausgenommen diejenigen Einkünfte oder Vortheile, welche mit dem Lehengute vermöge eines von dem Lehensherrn bewilligten Privilegs verbunden sind<sup>111)</sup>, wie z. B. Steuern, Zölle, Nutzungen der Jagd- und Brauerichtigkeit, Gerichtsbarkeit u. s. w., welche Ausnahme Mayr umfassender auf alle diejenigen Rechte bezieht, welche ihrer Natur nach nur von dem jeweiligen Besitzer ausgeübt werden können, wofür er als weiteres Beispiel das Patronatrecht anführt; die Vortheile jener Art werden als mit dem Lehen unzertrennlich verbunden betrachtet, und können daher nur von dem Lehensfolger bezogen werden<sup>112)</sup>. — Schließlich ist noch eines Falles zu gedenken, welchen Petermann<sup>113)</sup> besonders abhandelt, nämlich des der Sonderung eines reinen Erblehens von dem eigentlichen Allodialvermögen, auf welchen Fall jedoch die obigen Grundsätze, nur mit Berücksichtigung des eigenthümlichen Charakters eines solchen Erblehens (vgl. den nächstfolgenden Artikel), und insonderheit des Umstandes, daß dabei der Lehensfolger zugleich Allodialerbe ist und vermöge dieser Eigenschaft in das Lehen succedirt, ohne erhebliche Schwierigkeit anzuwenden sind.

**Lehenssuccession**<sup>1)</sup>. Der primitiven Lehenserrichtung, wodurch ein Gegenstand des Allodialvermögens, mittelst der Investitur oder (constitutiven) Verjährung, zuerst in das durch die Lehenseigenschaft begründete Verhältniß eines getheilten Eigenthums übergeht (oben S. 401), steht, als translativ Erwerbungsart in Beziehung auf schon constituirte Lehen, gegenüber die Lehensfolge<sup>2)</sup>, welcher Ausdruck jedoch nur von dem Uebergange des nutzbaren Eigenthums von einem Vasallen auf den anderen, nicht auch von dem des Obereigenthums von einem Lehensherrn auf den anderen, da letzteres nach allodiale Rechte beurtheilt wird (oben S. 473), üblich ist. Mit dieser näheren Bestimmung versteht man

Rechtsgelehrte in seinem Compendium S. 346 die gegentheilige Ansicht angenommen hatte.

109) Nach der Ausführung von Schweder l. c. S. 31.

110) In diss. cit. S. 21.

111) Pütz, Weber, Mayr a. a. D.

112) Weber a. a. D. S. 683.

113) In diss. cit. S. 11 sq.

1) Hierüber sind im allgemeinen zu vergleichen: Meurer, von der Succession in Lehen- und Stammgütern. Leipz. 1781. Walch, princ. iur. germ. in successione feudali legitima; in Opusc. T. II. ex. 3. Danz, histor. Entwicklung der gemeinrechtl. Erbfolgeart in Lehen. Stuttg. 1793. Majer, deutsche Erbfolge in Lehen- und Stammgütern. Stuttg. 1804; mit drei Fortsetzungen 1805—1808. v. Pfizer, Lehensfolge nach dem longobardischen, dem altteutschen u. s. w. Lehenrechte. Ulm 1818.

2) Mayr a. a. D. S. 45. Unter Lehensfolge wird bisweilen auch, im Gegenfaze von Landfolge, die Verbindlichkeit des Vasallen, dem Lehensherrn in den Krieg zu folgen, verstanden: Sabetlin, Repert. des teutsch. Staats- und Lehenrechtes Th. III, S. 203.

unter Lehensfolge in einem allgemeineren Sinne jeden Eintritt in den Besitz und Genuß eines Lehengutes nach dem Abgange des bisherigen Vasallen und in Folge dieses Abganges, mag derselbe durch den Tod des Vasallen oder durch ein anderes diesem in seinen Wirkungen gleich zu achtendes Ereigniß stattgefunden haben; in einer engeren Bedeutung hingegen bezeichnet man als Lehensfolge den Uebergang des Lehens auf einen anderen Besitzer, welcher sich auf eine diesem ertheilte Belehnung gründet (*successio feudalis in specie s. ordinaria*), so daß hierdurch von jenem Begriffe diejenige Uebertragung des Lehens auf einen Andern ausgeschlossen ist, welche auf einem sonstigen besonderen Rechtstitel, wie z. B. Ankauf des Lehens<sup>3)</sup>, beruht (*successio extraordinaria*), wohingegen der Erwerb des Lehens vermöge der Mitbelehnung oder Eventualbelehnung, gleich dem vermöge der Abstammung vom ersten Erwerber, unter der ordentlichen Lehensfolge mitbegriffen ist<sup>4)</sup>; letztere oder die Succession nach dem Gebliete hat man jedoch vorzugsweise als die gemeinrechtliche oder gesetzliche, dagegen jene als specielle Lehensfolge, bezeichnet<sup>5)</sup>. Von Erheblichkeit, besonders für den practischen Gebrauch, ist bei der Lehensfolge überhaupt der Unterschied zwischen Lehensfolgerecht und Lehensfolgeordnung<sup>6)</sup>, wo dann unter jenem das Recht an sich, kraft der Lehensfolge dereinst zum Besitze des Lehens zu gelangen, unter letzterer die Regel verstanden wird, nach welcher sich die Folgereihe, in der die einzelnen zur Succession in das Lehen Berechtigten in vorkommenden Erledigungsfällen zum wirklichen Besitze des Lehens gelangen, richtet<sup>7)</sup>. Von der Lehensfolgeordnung wird noch speciell unten gehandelt werden. Dem Lehensfolgerechte insbesondre kommt die, dasselbe in seinen Wirkungen von der Allodialsuccession wesentlich unterscheidende, Eigenthümlichkeit zu, daß es als ein schon mit der Geburt erworbenes

3) Der weitere, gewöhnlich auch hierher gerechnete Fall, wo das Lehen durch letztwillige Verfügung auf einen Andern (eine dritte Person) übertragen wird (Mayr, Eichhorn, Phillips a. a. D.), erscheint nach den über die rechtliche Zulässigkeit testamentarischer Dispositionen über die Lehen im allgemeinen oben (S. 422 flg.) vorgetragenen Grundsätzen mindestens als sehr bedenklich.

4) Eichhorn a. a. D. §. 351. Mayr a. a. D. §. 77. Phillips a. a. D. B. II, §. 235. Rücksichtlich des Ueberganges des Lehens im Falle einer von dem besitzenden Vasallen begangenen Felonie auf den nächsten Lehensfolger bemerkt Phillips ganz richtig, daß derselbe nur dann als Wirkung der Investitur erscheine, wenn er nach der durch den Tod des Vasallen eingetretenen Erledigung des Lehens erfolge, nicht wenn der Lehensherr dieses sogleich nach dem über Jenen verhängten Urtheile dem nächsten Agnaten aus freiem Willen verleihe. Ersteres dürfte jedoch auch von dem sofortigen Eintritte der Agnaten bei der Quassifelonie gelten.

5) Mayr a. a. D. Note 2.

6) Dieß bestritt Poste, Prüfung des Unterschiedes zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung. Kofst. 1796, und Erbfolge in Lehen- und Stammgüter ohne den Unterschied zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung. Kofst. 1800; er ist aber von mehreren neueren Schriftstellern, besonders ausführlich von Griesinger, in der Forts. des Danz'schen Commentars zu Runde's teutscher Privatrechte B. VIII, §. 680, S. 354 flg., widerlegt worden.

7) Pää a. a. D. §. 97. Mayr a. a. D. §. 77.

Recht des künftigen Lebensfolgers diesen, noch ehe das den wirklichen Successionsfall bedingende Ereigniß eingetreten ist, und noch ehe ihn die Lebensfolgeordnung trifft, zur Geltendmachung 'gewisser darin begründeter Befugnisse befähigt<sup>8)</sup>, wohin, außer den die künftige Ausübung der Succession sichernden Mitteln<sup>9)</sup>, insonderheit die Consensertheilung zu Veräußerungen und Verpfändungen (vgl. diese Art.) zu rechnen ist<sup>10)</sup>. Hinsichtlich der Lebensfolge überhaupt kommt zwar heutzutage das longobardische Recht als gemeines Recht zur Anwendung, doch sind die davon abweichenden Grundsätze des teutschen Rechtes, wegen des gerade in dieser Lehre häufig beibehaltenen Gebrauches derselben, von großer Bedeutung<sup>11)</sup>; das Nähere hierüber wird unten vorkommen. Aus der obigen Voraussetzung, daß auch der Eintritt in das Lehen vermöge der Mitbelehnung und Eventualbelehnung in die Kategorie der ordentlichen Lebensfolge gehöre, was jedenfalls in Ansehung der Wirkungen dieser Belehnungsarten nicht zu bezweifeln ist, folgt von selbst, daß auch die Succession in das durch dieselben begründete Recht, noch ehe die Bedingung seiner Wirksamkeit eingetreten ist, sich nach den Regeln von der Succession in das Lehen selbst richtet<sup>12)</sup>.

Der ganzen Lehre von der Lebensfolge in ihrer engeren und eigentlichen Bedeutung dient gewissermaßen als Einleitung eine Controvers, die man in theoretischer Hinsicht wohl unter die wichtigsten der gesammten Lehenrechtswissenschaft zählen kann, die Frage nämlich nach dem wahren Fundament und der rechtlichen Natur jener Successionsart an und für sich. Die Beantwortung dieser Frage erscheint zwar als minder erheblich für den practischen Gebrauch, indem die davon abhängigen Wirkungen durch positive Bestimmungen ziemlich außer Streit gesetzt worden sind; dieselbe kann jedoch bei der auffallenden Meinungsverschiedenheit, welche darüber noch unter den neuesten Schriftstellern über das Lehenrecht obwaltet, hier nicht unerörtert bleiben. — Schon von den Zeiten der Glossatoren<sup>13)</sup> an kann man es als die herrschende Meinung unter den Lehenrechtsgelehrten, zu welcher insonderheit auch diejenigen unter ihnen sich bekannten, welche die größte Autorität in der Praxis genossen, bezeichnen, daß die Lebensfolge eine *successio ex pacto et providentia maiorum sei*, und daß ihr die rechtliche Eigenschaft einer *successio singularis* zukomme, daß aber die dem Lebensfolger etwa zugleich bewohnende Erbenqualität im Verhältnisse zum letzten Besitzer des Lehens mit jener Succession durchaus nichts gemein habe, vielmehr neben derselben, eine jede mit ihren eigenthümlichen Wirkungen, existire. Diese wesentliche Verschiedenheit der Lebensfolge als Singular- und der Allodialerbfolge als Universalsuccession hielt man, als in dem eigenthüm-

8) Eichhorn und Mayr a. a. D.

9) Pää a. a. D.

10) Mayr a. a. D. Note 5.

11) Eichhorn und Mayr a. a. D.

12) Eichhorn a. a. D.

13) Insbesondere die Glossen zu II. F. 45.

lichen Charakter des Lebensverhältnisses gegründet, für gleichmäßig anwendbar auf die Lebensfolge der Descendenten des letzten Besizers, wie der Seitenverwandten desselben, ohne Rücksicht darauf, daß bei Ersteren ihre gleichzeitig eintretende Erbenqualität auf gesetzlicher Nothwendigkeit, bei Letzteren nur auf dem freien Willen derselben, beruhte<sup>14)</sup>. Und für diese Ansicht<sup>15)</sup> lassen sich auch nicht unerhebliche Gründe geltend machen. Die Lebensfolge in ihrer eigentlichen Bedeutung ist eine dem Lebensverhältnisse ganz eigenthümliche, und, wie dieses Verhältniß selbst in seinem Ursprunge und fortdauernden Bestande, lediglich auf Vertrag beruhende. Durch den zwischen dem ursprünglichen Verleiher und dem ersten Erwerber des Lehens eingegangenen Vertrag, und die in dessen Gemäßheit Letzterem ertheilte Investitur, erlangt derselbe ein Recht auf den Besitz und das Nutzungseigenthum an dem Lehen für sich und für seine männlichen Abkömmlinge<sup>16)</sup>; es sind demnach diese unter der ersten Investitur stillschweigends mitbegriffen<sup>17)</sup>, und werden sofort mit ihrem Eintritte in das Leben als geborene Vasallen (*coinvestiti nati*) betrachtet<sup>18)</sup>, so daß jene Eigenschaft allein für sie den Anspruch auf die Lebensfolge im eintretenden Falle begründet<sup>19)</sup>. Erscheint aber solchemnach die Investitur des ersten Erwerbers als das wahre und einzige Fundament aller Lebensfolge für dessen Abkömmlinge, so ergibt sich hieraus von selbst, daß diese ihr Successionsrecht *ex pacto et providentia maiorum* ableiten, insonderheit *ex pacto et providentia primi*

14) Als entschiedene Anhänger der obigen Doctrin sind hier vorzugsweise unter den Schriftstellern aus dem letzten Viertel des vorigen und dem ersten dieses Jahrhunderts zu nennen: Püttmann l. c. §. 296. 320. Böhmer, princ. §. 121. 140., und Schnaubert, Dolliner, Weber zu diesen §§. Böhmer, Rechtsfälle B. III, Th. I. Resp. 205, S. 271. v. Kampf, Versuch über das longob. Lebensgesetz II. F. 45. Gdt. 1794. v. Bülow und Pagemann, pract. Erbt. B. III, Nr. 8, §. 3. Poffe, die Succession der Kinder in alte Lehen- und Stammgüter (Rost. 1805), §. 18, S. 51 und §. 19, S. 53. Päß a. a. D. §. 101, 117. Kröll a. a. D. §. 148, 170. Schmalz a. a. D. §. 612. Grändler a. a. D. §. 679.

15) Deren consequentes Festhalten, als wesentlicher Grundlage der rechtlichen Beurtheilung des ganzen Lebensverhältnisses, insonderheit der das Hauptmoment desselben ausmachenden Lebensfolge, erst die oben (S. 389) angeführte Bemerkung Dieck's, daß die Lehenrechtswissenschaft sich unter der Gestalt eines durchaus organischen Gebildes herausstelle, zur practischen Wahrheit werden läßt.

16) *Per investituram patris et avi in beneficium succedunt: I. F. 14. §. 1.* Pater und avus ist hier die nämliche Person im Verhältnisse zu den Söhnen und Enkeln.

17) *Beneficium ita ad accipientem transit, ut ad eum heredesque suos masculos, sive feminas, si de his nominatim dictum sit, in perpetuum pertineat: II. F. 23. §. 2.* Also nur in Beziehung auf weibliche Descendenz bedarf es der namentlichen Erwähnung. Vgl. Päß a. a. D. §. 98. Eichhorn a. a. D. §. 208. Rayr a. a. D. §. 67. Phillips a. a. D. B. II, §. 206.

18) Päß a. a. D. §. 60. Phillips a. a. D. B. II, §. 209.

19) *Dum tamen hoc constat, ab eo (qui feudum adquisivit) per masculos descendisse: II. F. 31.* Päß a. a. D. §. 98.

adquirentis, indem die nach dessen Investitur weiter stattgehabten Belehnungen der Zwischenbesitzer nur eine Wiederholung des Inhaltes von jener enthalten, und gar nicht die Eigenschaft eines Rechte begründenden, sondern nur schon vorhandene Rechte erhaltenden, Actes an sich tragen, worin eben der wesentlich unterscheidende Charakter einer bloßen Lebenserneuerung von der ursprünglichen Lebensübertragung zu finden ist (oben S. 444); es ergibt sich aus der obigen Voraussetzung weiter, daß die Lebensfolge eine *successio singularis* sei, sowohl mit Rücksicht auf den in einem dabei fortwirkenden Vertrage bestehenden Titel, als mit Rücksicht auf den nur ein einzelnes Stück aus dem Vermögen des vorigen Lebensbesitzers betreffenden Gegenstand derselben, welcher als ein von dem ersten Erwerber auf den Lebensfolger durch die Zwischenbesitzer transmittirtes Gut in deren Händen unvermischt mit der Universalität ihres sonstigen Vermögens — dem Inbegriffe der mit diesem verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten des Besitzers — blieb. Die Natürlichkeit der hier dargelegten Ansicht gibt auch sogar *Mayr*<sup>20)</sup>, welcher dagegen die Erbenqualität als Grund der Lebensfolge in dem weitesten Umfange vertheidigt, zu, und fügt auf eine bemerkenswerthe Weise erläuternd hinzu: Der natürlichste und der wahren Bedeutung des Lehens entsprechendste Gesichtspunkt ist es allerdings, das Lehen als ein in der Rechtsidee von dem allodialen Vermögen durchaus getrenntes, von der Disposition des zeitlichen Besitzers auch im Verhältnisse zu seiner eigenen Descendenz gänzlich unabhängiges, Vermögen zu denken, sohin die Lebenssuccession, ohne Beimischung irgend eines anderen Princip, in vollkommener Abgeschlossenheit von der Allodialsuccession zu behandeln; aus einer consequenten Durchführung dieser Ansicht würde allerdings eine *successio ex pacto et providentia maiorum* folgen. Gleichwohl hält der genannte Schriftsteller diese Ansicht für verwerflich, weil sie mit den Bestimmungen des positiven Rechtes durchaus unverträglich sei; es ist demnach vor Allem zu prüfen, ob denn wirklich die deshalb in Bezug genommenen gesetzlichen Bestimmungen jener natürlichen und der wahren Bedeutung des Lehens entsprechendsten Darstellungsweise so geradezu entgegen sind. *Mayr*<sup>21)</sup> führt deren insbesondere zur Rechtfertigung der Behauptung, daß auch die Agnaten in der Erbenqualität zur Succession gerufen würden, drei an, denen allen jedoch keine besondere Erheblichkeit in solcher Hinsicht beizulegen steht: 1) Daß bei einem Mannlehen nicht nur die Frauenzimmer, sondern auch die männlichen Cognaten, von der Succession gänzlich ausgeschlossen seien, was nicht der Fall sein könnte, wenn diese ihr Successionsrecht lediglich vom ersten Erwerber ableiteten, gleichsam in das Recht desselben succediren würden. Das aber können sie nicht, weil durch die Dazwischenkunft einer in der ersten Investitur nicht mit begriffenen weiblichen Descendentin die Lebensfolgereihe dergestalt unterbrochen ist, daß dieselbe an sie gar nicht mehr gelangen konnte; und

20) *X. a. D.* §. 177, §. 177 und Note 4.

21) *X. a. D.* §. 179.

gerade als unmittelbare Folgerung aus der, durch die Investitur des ersten Erwerbers begründeten Voraussetzung, daß nur die per masculinum sexum descendirenden Abkömmlinge desselben in das Lehen succediren, spricht daher II. F. 11. pr. den Satz aus: Proles feminini sexus vel ex femineo sexu descendens ad huiusmodi successionem aspirare non potest. 2) Eben so wenig vertrage sich mit der successio ex pacto et providentia maiorum die Bestimmung des longobardischen Lehenrechtes, nach welcher die Descendenten an den von ihren Ascendenten in die Lebensveräußerung ertheilten Consens gebunden seien. Die Erheblichkeit dieses Gegengrundes ist abhängig von der Vorfrage, ob die auf gesetzlicher Nothwendigkeit beruhende Allodialsuccession der zur Lebensfolge berufenen Descendenten des letzten Besitzers ein beide Successionsarten in einander verschmelzendes Rechtsverhältnis sei, oder beide neben einander, eine jede mit ihren eigenthümlichen Wirkungen, bestehen lasse, und es erscheint insoweit jenes Argument als petitio principii; auf die erwähnte Vorfrage werde ich nachher zurückkommen. 3) Heiße es in den libris feudorum, daß der Bruder in das Lehen des Vaters, nicht Bruders, und der Onkel in das Lehen des Großvaters, succedire<sup>22)</sup>, was doch nur unter der Voraussetzung einen Sinn habe, daß der Seitenverwandte seinem Ascendenten succedire. Aber umgekehrt läßt sich aus der angeführten Stelle vielmehr die Folgerung ableiten, daß stets dem ersten Erwerber, und zwar vermöge der diesem ertheilten Investitur (per investituram), succedit werde. Uebrigens läßt sich mit dem allgemeinen Sage, daß jeder Lebensfolger nur in seiner Qualität eines Erben zur Succession berufen werde, Mayr's<sup>23)</sup> weitere Bemerkung, daß bei Seitenverwandten ihr mögliches Verhältniß zu dem letzten Besitzer, welchem sie das Lehen verdanken, durch keine Erbenqualität charakterisirt sei, nicht wohl vereinigen. Somit dürfte die der Lebensfolge die Eigenschaft einer Universalsuccession im weitesten Umfange, sowohl in Beziehung auf Agnaten als Descendenten, beilegende Ansicht für genügend widerlegt zu halten sein. Aber auch die jene Eigenschaft auf die Lebensfolge der Descendenten beschränkende Meinung hat im wesentlichen dieselben Gründe gegen sich; auch ihr gegenüber erscheint die in der Rechtsidee gefonderte Auffassung der in dem Descendenten vereinten Lebens- und Allodialfolge, jener als Singular-, dieser als Universalsuccession, als „die natürlichste und der wahren Bedeutung des Lehens entsprechendste“, und es bedarf keineswegs eines Herausstückelns, wie Eichhorn<sup>24)</sup> sich ausdrückt, der zwielfachen Person des in das Lehen succedirenden Sohnes, um den mit dessen Eigenschaft eines nothwendigen Allodialerben in den Lehensgesetzen verbundenen Wirkungen eine rechtliche Unterlage zu gewähren, die vielmehr in der Voraussetzung, daß die Vereinigung jener beiden Successionsarten in derselben Person

22) I. F. 19. §. 1. I. F. 14. §. 1.; welchen beiden Stellen die Sprachbemerkung in der Note 16, S. 515, zur Erläuterung dient.

23) X. a. D. S. 189 und Note 19.

24) X. a. D. §. 353, S. 362.

eine bloß Subjective sei, welche die Verschiedenheit ihres objectiven Charakters nicht aufhebe<sup>25)</sup>, vollkommen genügend zu finden ist. So bestimmt aber Eichhorn sich dafür auspricht, daß in Hinsicht des Sohnes die Lebenssuccession keineswegs für eine *successio singularis* gehalten werden könne, so wenig befriedigend sind die einzelnen Sätze der hierauf bezüglichen Deduction. So will sich die im Eingange allgemein ausgesprochene Regel: auf den Lebensfolger als solchen gehe nur vollständig auch das Erbe des letzten Besitzers zugleich über, mit der weiteren Behauptung, es gründe sich die gesetzliche Bestimmung, daß der Sohn dem Vater zugleich im Lehen und Erbe succediren müsse, auf die gewöhnliche Beschaffenheit des Lehens, in welches der Sohn nur als Erbe succedire, nicht recht vereinigen lassen; auch weiß man es nicht zu erklären, daß der genannte Schriftsteller, obwohl er doch nur hinsichtlich des Sohnes die Singularität der Lebenssuccession in Abrede stellt, die Meinung der Anderen, welche die Agnaten ebenso wie den Sohn nur als Erben in das Lehen succediren ließen, als die einzige, welche sich mit dem Inhalte des longobardischen Lehenrechtes vereinigen lasse, bezeichnet<sup>26)</sup>. Ob übrigens die, durch keine positive Bestimmung unterstützte<sup>27)</sup>, Voraussetzung, daß die Bedeutung des Lehenfolgerechtes bei den Agnaten und bei den Descendenten wesentlich verschieden sei, einen überzeugenderen Erklärungsgrund für die Verbindlichkeit des Sohnes, nur in Erbe und Lehen zugleich zu succediren, und für die deshalbige Verschiedenheit seines Verhältnisses von dem des Agnaten, abgebe, als die Unterstellung, man habe aus Rücksichten der Pietät des Descendenten gegen seinen Ascendenten verhindern wollen, daß diesen der Makel einer seine Gläubiger beeinträchtigenden Ueberschuldung treffe, während jener sich des schuldenfreien Besitzes des aus dem Nachlasse seines Ascendenten an sich genommenen Lehens erfreue<sup>28)</sup>, möchte schwerlich zu bejahen sein. Einen anscheinend recht zutreffenden Beweisgrund dafür, daß die Lebensfolge der Descendenten auf der in den Lehensgesetzen ihnen beigelegten Qualität als Erben des letzten Lehenbesitzers beruhe, führt Cujaz<sup>29)</sup> an, nämlich daß nur durch diese Eigenschaft ein Vorzug für dieselben solchen Agnaten gegenüber, die dem ersten Erwerber

25) Wofür Schmalz, a. a. D. §. 614, in dem eigenen Ausdrucke des Gesetzes II. F. 45. eine Anerkennung findet. Vgl. auch Weber a. a. D. Ab. III, §. 140, S. 444 fig.

26) Es müßte dann statt „im letzteren“ heißen sollen „im ersteren (dem Erblehen)“.

27) Auch aus der Glosse zu II. F. 45., auf welche Eichhorn, §. 359, Note f, l, n, Bezug nimmt, ist eine Unterscheidung des Titels der Lebensfolge bei Descendenten und Agnaten nicht zu entnehmen, da sie von Weiden den Ausdruck *principali providentia* gebraucht, bei Weiden (nach gewohnter Weise) Stellen des römischen Rechtes allegirt, und die Verschiedenheit Weiden lediglich in den factischen Umstand, *quod deterior conditio est filiorum*, setzt.

28) Carpzov, *iurispr. for. P. II. const. 46. def. 5.* Schnaubert a. a. D. §. 140, S. 447. Weber a. a. D. S. 432. v. Kampß a. a. D.

29) *De foudis Lib. IV. tit. 54.*

näher ständen, begründet werde, doch macht er sich selbst den Entwurf, daß aus jenem Titel der Lehensfolge weiter die Befugniß des Ascendenten, über das Lehen unter seinen Descendenten zu verfügen und es einem derselben vorzugsweise zuzuwenden, folgen würde, was doch nach I. F. 4. (I. F. 8.) nicht gestattet sei. Es läßt sich aber auch der Vorzug der Descendenten vor den dem ersten Erwerber näher stehenden Seitenverwandten des letzten Besitzers ohne Rücksicht auf ihr Erbenverhältniß viel einfacher dadurch erklären, daß schon nach der allgemeinen Regel der Lehensfolgeordnung<sup>30)</sup> alle zu derselben Linie gehörigen Personen als *proximiores respectu aliarum linearum* betrachtet, und diese erst nach dem Abgange von jenen zur Succession gerufen werden. Am gründlichsten und ausführlichsten ist die Meinung, daß nach dem longobardischen Lehenrechte alle Descendentenfolge ins Lehen eine wahre Erbfolge sei, so daß auf den folgenden Descendenten das Lehen als ein Theil der Erbschaft seines letzten Ascendenten komme, von Henneemann<sup>31)</sup> insonderheit gegen v. Kämpf<sup>32)</sup>, vertheidigt worden, und seine Ausführung verdient wohl eine umständlichere Prüfung und Erörterung, als ihr hier gewidmet werden kann. Eins der erheblichsten Argumente für diese Meinung ist ohne Zweifel die so häufig in den Lehenstexten vorkommende Bezeichnung der Descendenten des Lehenbesizers als *heredes*; dabei würde jedoch die Frage, ob jene Bezeichnung nur Folge des in dem longobardischen Lehenrechte einmal anerkannten Grundsatzes, daß der Descendent nicht Lehensfolger sein könne, wenn er nicht zugleich Erbe werden wolle, sei, oder ob hingegen dieser Grundsatz auf der Voraussetzung beruhe, daß der Descendent nur als Erbe seines Ascendenten in das von diesem besessene Lehen succedire, erst mittelst einer weiteren historisch-hermeneutischen Ausmittelung ihre Lösung finden können. Drückt man aber das Resultat der obgedachten Meinung sogar mit Vermehren<sup>33)</sup> (allerdings consequent) so aus: der Descendent folge nicht dem ersten Erwerber, sondern seinem Vater; ihm habe er das Lehen zu danken; von dessen Willen sei sein Erwerb oder Nichterwerb einzig abhängig; dann steht ihr ganz offenbar die schon erwähnte Bestimmung in I. F. 8. entgegen, nach welcher dem Vasallen nicht einmal unter seinen Söhnen (und Erben) eine Abänderung in der Lehensfolgeordnung, namentlich dahin, daß mehrere derselben nicht zu gleichen Theilen, oder die Enkel nicht an der Stelle ihrer verstorbenen Väter succediren sollen, durch letztwillige Verfügung zu treffen, gestattet ist<sup>34)</sup>. Sehr bemerkenswerth ist es auch, daß in der

30) II. F. 50.

31) Ueber II. F. 45., und die Descendentenfolge in Lehen nach longobard. Rechten. Schwerin 1804.

32) K. a. D.

33) Erinnerungen ans Lehenrecht Abh. 2, S. 62.

34) Dieß gesetzliche Verbot auf die, bei der regelmäßigen Unfähigkeit der Frauen sich von selbst verkehende, Unstatthaftigkeit einer Kenderung in dem ausschließenden Successionsrechte der Söhne zu beschränken: Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. B. IV, §. 542, Note r, hat keinen genügenden



Verordnung Kaisers Conrad II., wodurch der Uebergang der Lehen auf die Descendenten zuerst eingeführt wurde<sup>35)</sup>, so wenig die Bezeichnung derselben als Erben, als irgend eine sonstige Andeutung der Verschiedenheit des Rechtstitels, aus welchem Descendenten und Agnaten zur Succession in die Lehen berufen worden, vorkommt. Dafür aber, daß der eigentliche Grund der Lebensfolge der Descendenten nicht in ihrer Erbenqualität, sondern in der Investitur, zu suchen sei, läßt sich noch die Entscheidung eines speciellen Falles in I. F. 25. anführen, wodurch dem Erben desjenigen, welcher ein Gut, ohne Investitur, feudi nomine erlangt und lebenslänglich besessen hatte, die Succession in dasselbe abgesprochen wurde. — Das practische Interesse der bisher erörterten Streitfrage ist nun, dem ersten Anscheine nach, ein äußerst wichtiges, das jedoch bei der Anwendung, welche die Anhänger der verschiedenen Ansichten davon machen, gar sehr an Erheblichkeit verliert. Eine folgerichtige Durchführung des Principes, daß der Descendent das Lehen, ohne selbstständiges Recht auf dasselbe, nur als Bestandtheil der Erbschaft seines Ascendenten, und nur in seiner Eigenschaft als dessen Erbe, erwerbe, nur diesem also den Besitz desselben verdanke, würde eine solche Vermischung der Lebens- und Allodialfolge in der Person des Descendenten, so wie der dieser Gesamtsuccession unterworfenen Gegenstände, nach sich ziehen, daß, vermöge des dieselben gleichmäßig umfassenden Universalitels, der ganze Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten des zu beerbenden Ascendenten auf den Descendenten als dessen Nachfolger in Lehen und Allodium übergehen würde, beides daher, Lehen und Allodium, von ihm als Mittel der Erfüllung der von Letzterem auf ihn übergegangenen Verbindlichkeiten verwendet werden müßte, und von diesen Verbindlichkeiten namentlich auch die aus Verfügungen des Ascendenten über das Lehen selbst entspringenden nicht auszunehmen sein würden. Auf der anderen Seite würde die folgerichtige Durchführung des Principes, daß der Descendent in das Lehen lediglich vermöge der, ihn schon mit begreifenden, Investitur des ersten Erwerbers, unabhängig von seinem Verhältnisse zu dem letzten Besitzer, seinem Ascendenten, als dessen Erbe, succedire, eine solche Trennung der Lebens- und Allodialfolge in der Person des Descendenten, so wie der der einen und der anderen unterworfenen Gegenstände, nach sich ziehen, daß, vermöge des der Allodialfolge eigenthümlichen Universal- und der Lebensfolge eigenthümlichen Singularitels auf den seinem Ascendenten in Beides succedirenden Descendenten nur die von Jenem für seine Person oder in Beziehung auf sein Allodialvermögen übernommenen Verbindlichkeiten, nicht auch diejenigen, welche aus Verfügungen desselben über das Lehen entspringen, übergehen, und jene daher auch nicht aus dem Lehen, sofern nicht dieses selbst dafür verhaftet ist (eigentliche Lebensschulden: oben S. 479) erfüllt zu werden brauchen. So weit gehen jedoch in

Grund für sich. Das Nähere hierüber unten, wo von der Lebensfolgeordnung die Rede ist.

35) Senkenberg, corp. iur. feud. p. 598.

der Consequenz ihrer Lehre die Anhänger der beiden Theorien nicht, indem sie vielmehr mit Rücksicht auf die positive Bestimmung in II. F. 45. §. 1., daß es den Söhnen nicht gestattet sei, die Erbschaft ihres Vaters, mit Beibehaltung des Lehens, auszuschlagen, sondern daß sie verpflichtet seien, entweder beides zu behalten oder beides aufzugeben, im wesentlichen darüber einverstanden sind, daß die rechtlichen Wirkungen die nämlichen seien, möge man nun dieß Verhältniß der Söhne rücksichtlich der Allodial- und Lebensfolge (nach der Universaltheorie) aus dem allgemeinen Fundament der letzteren und der darin begründeten Eigenschaft derselben als eines Bestandtheiles der ersteren, oder (nach der Singulartheorie) allein aus jener positiven Bestimmung, und der darin begründeten Verbindung der Allodialfolge mit der Lebensfolge, ableiten. Als den klarsten Beweis hiervon braucht man nur die Ansicht zweier der angesehensten Lehenrechtsgelahrten aus der neueren Zeit, Páß und Eichhorn, von denen jener eben so entschieden der Singular-, wie dieser der Universaltheorie, zugethan ist, über die rechtliche Wirkung der Coexistenz der Lehens- und Allodialsuccession bei Descendenten im allgemeinen anzuführen. Letzterer<sup>36)</sup> sagt: Der Sohn, welcher einem Ascendenten succedirt, wird als dessen Erbe behandelt; als Erbe haftet er, wie jeder andere Erbe, für alle Handlungen des Vasallen, dem er succedirt, und muß daher, sofern das Allodium nicht hinreicht, dessen Schulden auch aus den Früchten des Lehens bezahlen; von diesen Grundsätzen machen auch die Handlungen keine Ausnahme, welche sich auf das Lehen selbst beziehen, außer wenn sie der Erblasser selbst hätte widerrufen können. In völlig gleichem Sinne aber äußert Páß<sup>37)</sup> sich noch ausführlicher dahin: Die Wirkung der bei dem Sohne aus gesetzlicher Nothwendigkeit stattfindenden Vereinigung der Lebensfolge mit der Allodialerbschaft in derselben Person ist im Allgemeinen nur, daß der Lebensfolger in seiner coexistirenden Qualität als Erbe alle Handlungen seines Erblassers, welche nach den Regeln des Civilrechtes den Erben überhaupt treffen, wie seine eigenen anerkennen, und die daraus erwachsenden Verbindlichkeiten erfüllen muß. Hiernach ist er gehalten, solche Handlungen des Verstorbenen, die nicht auf das Lehen selbst, sondern auf das übrige Vermögen, sich bezogen, theils aus dessen allodialer Verlassenschaft, theils auch nach Maße seiner Erbschaftsportion aus seinem eigenen Vermögen, zu prästiren, und zu dem letzten gehört nun das zugleich ihm angefallene Lehen, nicht zwar der Substanz, aber doch den Früchten und der gesammten Nutznießung, nach. So viel aber die auf das Lehen selbst sich beziehenden Handlungen des Erblassers anlangt, so ist der Successor an solche Verfügungen über das Lehengut, welche in den Gesetzen schlechtthin für nichtig erklärt sind, auch als Erbe nicht gebunden, hingegen alle Dispositionen, in Ansehung welcher dieses nicht der Fall ist, muß derselbe unbedingt anerkennen, und die darauf gegründeten Verbindlichkeiten erfüllen, sollten sie auch sonst an sich von

36) X. a. D. §. 361 und Note k.

37) X. a. D. §. 118 flg.

der Art sein, daß der Lebensfolger als solcher, ohne die besondere Eigenschaft eines Erben, keineswegs daran gebunden sein würde; denn diese Verpflichtung trifft gar nicht den Lebensfolger, sondern den davon unzertrennlichen Erben, der jene Handlungen des Erblassers eben so wenig anzufechten im Stande ist, als dieser selbst dazu befugt war<sup>38)</sup>. Wer nun möchte wohl in dieser beiderseitigen Darstellung des in Frage stehenden Verhältnisses eine wesentliche Verschiedenheit entdecken, und dennoch verbindet damit ein jeder der genannten Schriftsteller seinen ausdrücklichen Widerspruch gegen die Grundlage, wovon der andere bei seiner Darstellung ausgeht, namentlich Eichhorn dagegen, daß der Sohn im Lehen successor singularis sei, und Páß dagegen, daß durch die bei dem Sohne nothwendige Vereinigung der Lebensfolge mit der Allodialherrschaft eine völlige Amalgamation beider Vermögensmassen in eine einzige universale Erbschaft bewirkt werde. Sogar Henemann<sup>39)</sup> erkennt es unumwunden an, daß ein ganz ähnliches Resultat in Beziehung auf die Verpflichtung des Sohnes, die Lehenhandlungen seines Vaters zu erfüllen, aus der Bestimmung des Textes II. F. 45., wie aus dem Sage, daß der Sohn sein Lehenrecht eigentlich vom Vater habe, folge. Die besondere Meinung derer aber, welche die letztgedachte gesetzliche Bestimmung auf die zu der Classe der uneigentlichen gehörigen Erblichen (wovon unten), im Gegensatz zu den die Regel ausmachenden Stammlehen, oder sogar auf Neulehen (S. 410), beschränken wollen, hat in der neueren Zeit keinen namhaften Vertheidiger mehr gefunden<sup>40)</sup>. — Der über das rechtliche Verhältniß der mit der Lebensfolge der Descendenten gesetzlich verbundenen Allodialsuccession entscheidende Grundsatz läßt sich ganz einfach und für die practische Anwendung genügend dahin angeben: ein solcher Descendent, der zugleich Lebensfolger und Allodialerbe des letzten Besizers wird, tritt in dieser zwiefachen Beziehung gänzlich in die Stelle seines Vorgängers; weiter kann die in dem durch die Allodialerbfolge begründeten Universalität enthaltene Repräsentation des Erblassers in ihrem ausgedehntesten Umfange nicht gehen, aber weniger kann auch diese, von der mit der Lebensfolge des Descendenten nothwendig verbundenen Eigenschaft eines Allodialerben unzertrennliche, Repräsentation nicht begreifen; ein solcher Descendent hat demnach als Lebensfolger nicht mehr und nicht we-

38) Zwar will Mayr, a. a. D. §. 81, Note 7, es nicht recht einsehen, wie sich die Behauptung von Páß, daß die Descendenten wegen der coexistirenden Erbenqualität an die Handlungen der Ascendenten gebunden seien, mit der von demselben auch von Descendenten behaupteten *successio ex pacto et providentia maiorum* vertrage; allein eben weil es nur eine (auf positiver Bestimmung beruhende) Coexistenz beider Successionsarten, nicht eine (in der Natur der Lebensfolge begründete) Identität derselben, ist, welche bei den Descendenten eintritt, kann in jener zwiefachen Behauptung kein Widerspruch gefunden werden.

39) X. a. D. §. 31.

40) Vgl. Schnaubert a. a. D. §. 140, Anm. 1. Weber a. a. D. Th. III, §. 140, S. 437. Eichhorn a. a. D. §. 353, S. 361 flg.

niger Rechte, in Beziehung auf das Lehen, als seinem Vorbesitzer in gleicher Eigenschaft zustanden; auf ihn als Allodialerben geht der ganze Inbegriff von Verbindlichkeiten über, welche diesem Letzteren in Beziehung auf sein Allodialvermögen oblagen; er ist hierin völlig jedem andern Lebensfolger gleich, welcher, ohne die bei Jenem eintretende gesetzliche Nothwendigkeit, die ihm zugleich mit der Lebensfolge angefallene Allodialerbschaft des letzten Lebensbesizers freiwillig antritt<sup>41)</sup>; und gerade darin zeigt sich recht deutlich die rechtliche Unerheblichkeit der oben erwähnten Verschiedenheit des Rechtstitels, welcher zwischen der Lebensfolge der Descendenten und der Agnaten stattfinden soll. An diese, zunächst nur die Feststellung des allgemeinen Rechtsgrundes der Lebensfolge, und dessen Anwendung auf die der Descendenten insbesondere, bezweckende Ausführung wird, der leichteren Auffassung wegen, obgleich nicht streng systematisch, eine nähere Erörterung der Folgen anzureihen sein, welche der mehrgedachte Grundsatz des longobardischen Lehenrechtes, daß der Sohn eines verstorbenen Vasallen die Succession in das von diesem besessene Lehen nicht trennen könne von der Annahme der Allodialerbschaft desselben, sondern entweder Beides annehmen oder Beides ausschlagen müsse, und die hierdurch begründete Verpflichtung des Ersteren, in die gesammte Rechtssphäre des Letzteren einzutreten, in der Anwendung auf die verschiedenen einzelnen Handlungen, welche als Gegenstand von diesem übernommener Verbindlichkeiten vorkommen können, äußern. Und hierbei darf es wohl als ein in practischer Hinsicht besonders wichtiges, den wahren Gesichtspunkt der Beurtheilung aller hierher gehörigen Fälle regelndes, Moment geltend gemacht werden, daß selbst Henemann<sup>42)</sup>, der doch in der völligen Identificirung der Lebens- und Allodialfolge der Descendenten am weitesten geht, der hierauf gegründeten Regel, daß der Sohn die Lasten der Erbschaft auch nach dem Verhältnisse des einen integrierenden Bestandtheil von dieser ausmachenden Lehen übernehmen müsse, die bemerkenswerthe Einschränkung hinzufügt: insofern aus dem Lehen nach dessen eigner Natur sich die Verbindlichkeiten erfüllen lassen.

Zu dem gesammten Obligationenverhältnis des letzten Lebensbesizers, in welchen dessen Descendent vermöge der mit der Lebensfolge nothwendig verbundenen Eigenschaft eines Allodialerben eintritt, gehören a) zunächst die von Jenem eingegangenen Verträge, die, soweit derselbe selbst zu deren Erfüllung rechtlich angehalten werden konnte, auch für den Descendenten vollkommene Verbindlichkeit haben, mögen sie bereits vollzogen oder nicht sein, mag ihr Gegenstand das Lehen oder das sonstige Vermögen des Contrahenten und Erblassers betreffen. Unter diesen Verträgen nehmen die wichtigste Stelle 1) diejenigen ein, welche eine Veräußerung des Lehen bezwecken. Sofern dieselbe zu den gesetzlich verbotenen Veräußerungen<sup>43)</sup> gehört — worüber das Nähere unter

41) Nach II. F. 45. pr.

42) I. a. D. §. 27; vgl. mit §. 22 a. C.

43) II. F. 52. II. F. 55.

dem Art. Lebensveräußerung vorkommen wird — ist der Descendent in der Regel an sie allerdings nicht gebunden, weil es auch der veräußernde Vorbesitzer selbst nicht gewesen wäre, und so weit es dieser nicht gewesen ist. War nämlich der Veräußerungsvertrag noch nicht vollzogen, so konnte auch der Veräußerer selbst nicht zu dessen Erfüllung gegen das gesetzliche Verbot angehalten werden, und es entstand hierbei nur die Frage, inwiefern er seinem Mitcontrahenten, welcher den Umständen nach nicht als wissentlicher Theilnehmer an der Gesetzverletzung betrachtet werden konnte, zu etwaiger Entschädigung verpflichtet sei, welche Verpflichtung alsdann auch auf den Descendenten übergegangen sein würde; war hingegen die Veräußerung bereits vollzogen, so sind die mehreren dabei gedenklichen Fälle zu unterscheiden. Befand sich der Vasall bei der Veräußerung in gutem Glauben, d. h. er hielt das Lehen ober den Theil desselben, den er veräußerte, für Erbgut; dann konnte er selbst die Zurückgabe des Veräußerten von dem neuen Erwerber begehren<sup>44)</sup>, und also kann dieß auch sein Descendent. War hingegen die Veräußerung wissentlich geschehen, in welchem Falle dem Lehenherrn durch den Act der Veräußerung selbst das Recht der Wiederanziehung des Lehens sofort erworben wird, und derselbe macht von diesem Rechte Gebrauch, so kann, da solches dem gänzlichen Heimfalle gleichgeachtet wird<sup>45)</sup>, von einem weiteren Ansprüche des Descendenten auf das Lehen gar keine Rede mehr sein; derselbe muß vielmehr über dieß, so wie es seinem Ascendenten oblag, dem in gutem Glauben befindlich gewesenen Käufer den von diesem gezahlten Kaufpreis erstatten<sup>46)</sup>. So lange hingegen der Lehenherr jene Befugniß geltend zu machen unterläßt, so ist wohl anzunehmen, daß der Veräußerer selbst, welchen nicht einmal die Zurücknahme des Lehens gegen dessen einmal eingetretenen gesetzlichen Verlust sicher stellen würde<sup>47)</sup>, nicht seine eigene Handlung, dem neuen Erwerber gegenüber, habe zurücknehmen können, und eben so wenig würde dazu sein Descendent, welcher als Allodialerbe alle seine Handlungen zu vertreten hat, berechtigt sein; obgleich dieser Punkt zu den noch unerledigten Controversen des Lehenrechtes zu rechnen ist. War hingegen durch die von dem Lehenherrn zu der Veräußerung ertheilte Einwilligung die Anwendung jenes gesetzlichen Verbotes beseitigt, die Veräußerung hierdurch also zu einer an sich erlaubten geworden<sup>48)</sup>, dann vermag so wenig der Descendent und Erbe des Veräußerers, als dieser selbst es konnte, sich der vertragsmäßigen Verpflichtung zu entschlagen, dieselbe dem Mitcontrahenten des Letzteren gegenüber zu vollziehen, oder nachdem sie vollzogen worden, es dabei zu belassen,

44) II. F. 42.

45) *Fundam ad dominum libere revertitur*: II. F. 55.

46) II. F. 55. pr. — *Prohibe ac beneficio se cariturum agnoscat*: II. F. 52. §. 1.

47) II. F. 44. pr.

48) Die verbotenden Gesetze II. F. 52 et 55, sagen ausdrücklich nur: *sine dominorum licentia* — *sine ipsorum permissione*.

so lange sein Recht an dem Lehen dauert<sup>49)</sup>, und es gehen die Vertheiliger des Singularprincipis bei der Lebensfolge der Descendenten offenbar zu weit, wenn sie dem damit zusammentreffenden Universalprincip der von ihr unzertrennlichen Allodialfolge nur die beschränkte Einwirkung gestatten, daß der Descendent die, auch ihm nicht zu versagende, Revocation des veräußerten Lehens nur gegen Erstattung des von seinem Ascendenten empfangenen Kaufpreises auszuüben berechtigt sei<sup>50)</sup>; eine vollkommene Verbindlichkeit der mit Einwilligung des Lehenherrn geschlossenen Veräußerungen, sowohl für die Erben des Veräußerers, als für diesen selbst, nimmt jedoch Vág<sup>51)</sup>, obwohl der Theorie nach mit zu Jenen gehörend, an. Dasselbe gilt von allen anderen Arten der an sich erlaubten, für die Lebensfolger als solche jedoch widerruflichen, Lebensveräußerung, worüber ebenfalls, so wie über die Ausübung des bei dergleichen Veräußerungen den Lebensfolgern zustehenden Retractes, der Art. Lebensveräußerung weitere Auskunft gibt. — 2) Verträge über die Verpfändung des Lehens sind, insofern sie unmittelbar und ausdrücklich unter dem gesetzlichen Verbote begriffen sind<sup>52)</sup>, namentlich also eine mit Besitzübertragung verbundene Pfandbestellung enthalten, oder zwar nur eine Hypothekerrichtung an dem Lehen bezwecken, aber im letzten Erfolge die eventuell dadurch vorbereitete Veräußerung wirklich nach sich ziehen, nach den Grundsätzen von den Verträgen über unerlaubte Veräußerungen zu beurtheilen, im übrigen aber für die Descendenten des Verpfänders in gleicher Weise, wie für diesen, verbindlich, worüber der Art. Lebensverpfändung nachzulesen ist. Das practische Interesse einer solchen Verpfändung, die doch ohne des Lehenherrn Einwilligung nicht zu dem endlichen Resultate einer jeden Pfandbestellung, der Veräußerung des Pfandgegenstandes, führen kann, besteht für den Gläubiger während der verpfändende Vasall und die an seine Handlungen gebundenen Descendenten im Besitze des Lehens sind, immer darin, daß er, sobald seine durch die Hypothek gesicherte Forderung fällig geworden, zu seiner Befriedigung in den Genuß aller mit dem Nutzungseigenthume am Lehen verbundenen Vortheile einzutreten verlangen, und darauf ein vorzügliches Recht vor anderen Gläubigern geltend machen kann. — 3) Die Asterbelehnung einer zu der vasalltischen Familie nicht gehörigen Person mit dem Lehengegenstande (oben S. 408). Insofern diese per oblationem geschieht, in welcher Form sie, weil der Vasall sich dadurch der unmittelbaren Erfüllung der Lebenspflichten gegen seinen ursprünglichen Lehenherrn entzieht, zu den gesetzlich verbotenen Veräußerungen des Lehens gerechnet wird<sup>53)</sup>, ist dieselbe

49) Dafür spricht auch das cap. extraord. II. F. 88. Vermehren a. a. D. S. 64.

50) Böhmer, princ. §. 276. Reber a. a. D. Th. IV, §. 276, S. 457, 459.

51) X. a. D. §. 138.

52) Pignorare — pignori obligare: II. F. 55.

53) Eichhorn a. a. D. §. 231. Rayr a. a. D. §. 128.

insonderheit auch rücksichtlich ihrer Verbindlichkeit für die Descendenten des Vasallen nach gleichen Grundsätzen, wie dergleichen Verbindlichkeiten, zu beurtheilen. Dagegen muß in Ansehung der Afterbelehnung per dationem, da sie nach gesetzlicher Bestimmung dem Vasallen erlaubt, und selbst der Lehensherr nach erfolgtem Heimfalle daran gebunden ist, wenn der Aftervasall alsdann ihn als seinen unmittelbaren Lehensherrn anerkennen will<sup>54</sup>), angenommen werden, daß dieselbe auch für die Zwischenzeit bestehen bleibe, mithin, so wie die Lehensfolger überhaupt, also auch insbesondre die Descendenten dessen, welcher die Afterbelehnung vornahm, dieselbe anzuerkennen verbunden seien<sup>55</sup>). — 4) Pachtcontracte, die der Vasall über das Lehen eingeht, sind zwar vermöge der bloß temporären Theilnahme jedes einzelnen Lehensbesizers an dem der ganzen vasallitischen Familie zugehörigen Nutzungseigenthume, auf die Dauer seines Besizes beschränkt, und brauchen bei dem Abgange des Verpächters von dem neuen Lehensbesizer nicht eingehalten zu werden<sup>56</sup>); ist dieser jedoch ein Descendent des verpachtenden Vasallen, und tritt in dieser Eigenschaft als nothwendiger Erbe in dessen ganzen Obligationenverus ein, so muß er auch einen über die Dauer des eigenen Besizes desselben hinaus abgeschlossenen Pachtvertrag als von ihm, dem Descendenten, selbst eingegangen betrachten, und ist demnach, solchen zu erfüllen, verpflichtet<sup>57</sup>). — Ganz vorzüglich aber kommt 5) bei Schuldverhältnissen des Vasallen im engeren Sinne die Frage, inwiefern dieselben auf einen Lehensfolger, welcher dessen Descendent und nothwendiger Erbe ist, übergehen, in Betracht. Hierüber enthält der Lehensstext eine specielle Bestimmung, die sich zwar zunächst auf den Lehensfolger, welcher nicht Descendent ist, bezieht, aber bei der ausdrücklichen Gegenüberstellung der Agnaten und Descendenten, was sie von jenen verneint<sup>58</sup>), als von diesen bejahend angesehen werden muß. Der Descendent des letzten Vasallen, welcher demselben im Lehen folgt, ist demnach gehalten, auch aus den ihm durch den Lehensbesiz zu Theil gewordenen Mitteln (feudi nomine) die von diesem seinem Ascendenten herrührenden Erbschaftsschulden zu bezahlen, und kann sich von dieser Verbindlichkeit auch nicht durch den ihm allerdings, wie jedem Erben, freistehenden Gebrauch der Rechtswohlthat des Inventars befreien, indem diese für ihn nur die rechtliche Wirkung hat, sein eigenes, auf andere Weise, als durch die in Frage stehende Lebens- und Allodialfolge, erworbenes, Vermögen von der Heranziehung zur Bezahlung der Schulden seines Ascendenten und Erblassers auszuschließen<sup>59</sup>). Zwar wollen mehrere unter den Anhängern des Singularprinzips, und

54) II. F. 9. pr. II. F. 84. §. 3.

55) Das Gegentheil behauptet Wollgraff, Abh. B. I, S. 179.

56) Weber a. a. D. Th. IV, §. 252, S. 340. Schmalz a. a. D. §. 588.

57) Weber a. a. D.

58) Nec de debito hereditario aliquid feudi nomine solvere cogitur.

59) Weber a. a. D. Th. IV, §. 140, S. 452. Vermehren a. a. D. S. 80. Eichhorn a. a. D. §. 361. Mayr a. a. D. §. 81, S. 189.

namentlich (sogar P d §<sup>60</sup>), den jener Rechtswohlthat sich bedienenden Descendenten zur Erfüllung der erbchaftlichen Verbindlichkeiten seines Vorbesizers nur aus dessen freier Verlassenschaft, mit Ausschließung der dazu nicht gehörigen Lebensfrüchte und gesammten Nutznießung des Lehens, verbunden achten, allein dadurch würde in der Wirkung<sup>61</sup>) die gesetzliche Vorschrift gänzlich vereitelt, und die den Gläubigern dadurch zuge dachte Begünstigung ihnen eben sowohl, wie durch die verbotene Ausschlagung der Erbschaft, entzogen werden<sup>62</sup>). Nicht ganz unbedenklich ist bei der Anwendung des *beneficium inventarii* die Art der Veranschlagung des Betrages der beiden zur Bezahlung der Erbschaftsschulden zu verwendenden Vermögensmassen; Hennemann<sup>63</sup>) äußert hierüber, die Folge jener Rechtswohlthat sei, daß der Sohn aus seinem privativen, ganz unabhängig vom Vater habenden Vermögen über den Betrag der Verlassenschaft, Lehen und Allodium zusammengerechnet, nichts hingeben dürfe, um die erbchaftlichen Verbindlichkeiten zu erfüllen, und Weber<sup>64</sup>) bestimmt solches näher dahin: Die Lebensfrüchte machen als Interessen zu Capital angeschlagen die Schätzung des Lehens aus, und deshalb ist es dem Sinne des longobardischen Rechtes gemäß, daß der Sohn zur Bezahlung der väterlichen Schulden nur nach den Kräften des Schätzungsanschlages der Allodial- und Feudalhinterlassenschaft verbunden werde. — Zu dem gesammten Obligationsnerus des vorhinigen Lehensbesizers, in welchen dessen Descendent und nothwendiger Erbe einzutreten hat, gehören b) diejenigen dinglichen Belastigungen, welche von Jenem dem Lehen auferlegt worden sind; auch dafür läßt sich eine ausdrückliche Bestimmung aus dem mehrgedachten Lehensterze II. F. 45. anführen, worin gegensätzlich von dem Sohne, welcher in Folge der von dem Lehensherrschaft *ex nova gratia* erlangten Belehnung zur Ausschlagung der väterlichen Erbschaft in den Stand gesetzt worden ist, gesagt wird: *nullo onere ei hereditario imminente*, sofern man den Ausdruck *onus* nicht für gleichbedeutend mit dem vorhergehenden *debitum* halten will<sup>65</sup>). Dahin gehören z. B. jährliche Renten, welche aus dem Lehen

60) X. a. D. §. 120.

61) So drückt es richtig Weber, a. a. D. S. 459, aus, richtiger als Böhmer, l. c. §. 313. not. c., welcher von der Erbschaftsantrittung des Descendenten cum *beneficio inventarii* zu allgemein sagt: *perinde esset ac si allodium repudiasset*, denn auch nach der gegentheiligen Ansicht würde derselbe sich der mit der Repräsentation des Erblassers verbundenen Verpflichtung, für die Befriedigung der Gläubiger aus dem von Letzterem durch die Allodial- und Lebensfolge überkommenen Vermögen, so weit dasselbe reicht, Sorge zu tragen, nicht entschlagen können.

62) Dolliner a. a. D. §. 313.

63) X. a. D. §. 40, S. 175.

64) X. a. D. S. 452.

65) Hennemann, a. a. D. §. 2, Note 1, versteht darunter jede Verbindlichkeit des Erblassers; wogegen Nettelbladt, in *diss. de successione ex pacto et provid. mal. ad facta ult. defuncti non obligatq* (Hal. 1764.) p. 46., durch den Ausdruck *hereditario* alle auf das Lehen sich beziehenden Verbindlichkeiten für ausgeschlossen hält.



zu entrichten sind, wie namentlich ein Wittthum; es gehöret aber vorzüglich dahin auch die Einräumung oder Zulassung von Servituten, welche an dem Lehengute ausgeübt werden<sup>66)</sup>, indem diese nach II. F. 8. pr. und §. 1. zwar so lange besteht, als der Vasall sich im Besitze des Lehens befindet, diesem selbst aber nicht zur bleibenden Belästigung, auch für die Zeit, wo dasselbe durch Succession an die Agnaten fällt, gereichen kann, worüber der Art. Lebensveräußerung zu vergleichen ist; die letzterwähnte Beschränkung findet jedoch keine Anwendung auf den Fall des Ueberanges des Lehens auf Descendenten und Erben des Ersteren. Auch die Verpfändung des Lehens, wovon oben gehandelt worden, läßt sich aus dem Gesichtspunkte der Beschwerung des Lehens mit einer dinglichen Last betrachten, und unterliegt in dieser Beziehung einer gleichen Beurtheilung. — c) Testamentarische Anordnungen über das Lehen, welche zwar ihrem Inhalte nach dieselben Gegenstände der Belästigung eines Lebensfolgers, von welchen unter 1 und 2 gehandelt worden, betreffen können, aber mit Rücksicht auf ihre Form einer ganz eigenthümlichen Beurtheilung unterliegen. Dabei ist nun vor auszuschicken, daß alle letztwilligen Verfügungen des Vasallen, welche eine Abänderung in dem Successionsrechte und der Successionsordnung, wie solche in den Gesetzen bestimmt sind, zum Zwecke haben, auch wenn sie nur unter seinen Descendenten getroffen werden, nach der ausdrücklichen Vorschrift in I. F. 8. (oben S. 423 u. 519) keinen Rechtsbestand haben; der letzteren insbesondere wird noch unten Erwähnung geschehen; ob aber jener Grundsatz auch auf sonstige testamentarische Dispositionen des letzten Lebensbesizers, welchen dessen Descendent, der mit der Lebensfolge die Qualität eines nothwendigen Erben verbindet, bei der Unzulänglichkeit des Allodialnachlasses nur aus den ihm durch den Lebensbesitz zu Theil gewordenen Mitteln Genüge zu leisten im Stande sein würde, Anwendung leide, ist nicht unbedenklich. Für eine verneinende Beantwortung dieser Frage, wenigstens in Beziehung auf solche Verfügungen, welche der Descendent, wenn sie durch einen Act unter Lebenden getroffen worden, anzuerkennen verbunden wäre, ließe sich wohl anführen, daß der Allodialerbe alle, nicht an sich ungiltigen, Handlungen seines Erblassers als die seinigen anerkennen müsse, daß auch der Descendent des disponirenden Vasallen dessen Allodialerbe im vollsten Umfange dieser Eigenschaft sei, und daß das Positive Verbot des angeführten Lehensortes solcher letztwilligen Verfügungen, welche nicht auf die Succession in das Lehen unmittelbar Bezug haben, gar nicht gedente; dagegen ist jedoch nicht außer Acht zu lassen, daß die mit der Erbenqualität verbundene Repräsentation wesentlich auf den Titel beschränkt ist, durch welchen diese Qualität begründet wird, so daß der Testamentserbe zwar alle seine Erbenseinsetzung begleitenden testamentarischen Verfügungen seines Erblassers, der ihm durch das Testament die Eigenschaft eines Universalnachfolgers beilegte, als für ihn verbindlich anerkennen muß, der Intestaterbe hingegen, wenn er die

<sup>66)</sup> Pennemann a. a. D. §. 33, S. 121. Vermehren a. a. D. S. 63.

aus gesetzlicher Nothwendigkeit geworden ist, doch nur in denjenigen Obligationsnerus seines Erblassers eintritt, in welchem dieser zur Zeit der eingetretenen Erbfolge selbst gestanden hat, worunter aber solche Rechtsverhältnisse, insonderheit Verbindlichkeiten, welche erst durch seinen letzten Willen und dessen Vollziehung begründet werden sollen, nicht begriffen sind<sup>67)</sup>; daher auch die dem descendirenden Lebensfolger nothwendig anhängende Erbenqualität, sofern diese sich auf den Titel der ihm gesetzlich auferlegten Intestatsuccession beschränkt, ihn nicht verbindlich machen kann, die von seinem Ascendenten überhaupt, und insbesondre über das Lehen, getroffenen testamentarischen Anordnungen zu vollziehen. Wäre man aber auch der Ansicht, daß ein solcher Descendent vermöge des von seiner Lebensfolge unzertrennlichen Charakters eines Erben seines Vorgängers im Lehen und Ascendenten an die letztwilligen Verfügungen desselben, namentlich auch in Beziehung auf das Lehen, gebunden sei, dann könnte dieses unbedingt doch nur unter der Voraussetzung der Richtigkeit jener extremen Theorie, welche bei der Succession der Descendenten des letzten Lebensbesizers das Lehen als integrierenden Bestandtheil der Erbschaft seines Vorgängers und Ascendenten behandelt, stattfinden; ohne diese Voraussetzung hingegen jedenfalls nur in der Weise, daß Jener dergleichen letztwillige Verfügungen über das Lehen nicht weiter anzuerkennen und zu vollziehen verpflichtet sei, als ihm für die damit verbundene Aufopferung und Belästigung ein gleichgeltender Ersatz in dem Werthe des von dem Testator ererbten Allodialvermögens zu Theil würde<sup>68)</sup>. Bei aufgetragenen Lehen will Glöb<sup>69)</sup> dem Vasallen ausnahmsweise eine völlig freie Testamentifaction, und demzufolge auch die Befugniß, seine Söhne in Beziehung auf das Lehen zu enterben, gestatten, doch ist seine Ansicht von der Eigenthümlichkeit jener Art von Lehen überhaupt nicht zu billigen. Daß Bauer<sup>70)</sup> sogar im allgemeinen den Vasallen für berechtigt zur Ausschließung der Söhne von der Lebensfolge mittelst Enterbung (aus den gesetzlichen Ursachen) hält, ist nur eine streng consequente Folge der von ihm, nach der obengedachten Universaltheorie, der Lebensfolge beigelegten Eigenschaft einer successio hereditaria. — d) Felonie des letzten Lebensbesizers mit ihren Wirkungen auf den Lebensbesitz und dessen Entziehung. Allerdings sprechen es die Lebensgesetze vollkommen deutlich aus, daß diese Wirkungen auch den Descendenten des Vasallen, welcher die Felonie, wohin vorzugsweise auch die gesetzlich verbotene Lebensveräußerung gehört, beging, treffen sollen<sup>71)</sup>; und daraus wird von den Vertheidigern des Universalprincips der Descendentenfolge in Lehen ein Hauptargument für dieses Princip entnommen, indem namentlich Hennemann<sup>72)</sup> es für unmöglich erklärt, daß wegen eines Lebens-

67) Hennemann a. a. D. §. 29, Note 2.

68) Stryk, de iure successionis in revocandis bonis familiae §. 45 (VIII. 458.).

69) In obs. 2. p. 13 sq.

70) De vasallo exheredante; in opusc. Vol. II. nr. 51. §. 9.

71) II. F. 26. §. 17. II. F. 31.

72) X. a. D. §. 17.

fehlers, den der Vater beging, die Kinder des Folgerechtes, welches sie aus der Investitur des ersten Erwerbers, und nicht vom Vater hätten, nach des Vaters Tode verlustig werden könnten, und nach Vermehren<sup>73)</sup> aus jenem Grundsätze klar erhellen soll, daß der Sohn sich keines eigenen Rechtes, wie der Agnat, erfreue, sondern er eben als Erbe im Lehen unter den Handlungen seines Vaters leide. Allein diese allerdings auffallende Erscheinung findet eine genügende Aufklärung aus einem ganz anderen Gesichtspunkte, als dem einer fingirten Theilnahme der Kinder an dem Vergehen ihres Vaters in Folge der mit der Erbenqualität verbundenen Repräsentation desselben, in den eigenen Worten des Lehenstertes II. F. 24. §. 11.<sup>74)</sup>, nach welchen es als eine den felonirenden Vasallen selbst treffende Strafe betrachtet wird, daß auch seinen nächsten Verwandten das Lehen wegen seines Vergehens entzogen wird, ganz in dem Sinne, wie nach dem alttestamentlichen Aussprüche der Bibel<sup>75)</sup> der Väter Missethat heimgesucht werden soll an den Kindern bis ins dritte und vierte Glied. Auch Weber<sup>76)</sup> erklärt, obwohl ohne specielle Begründung, jenes Argument für unrichtig. — Endlich kann auch e) bei der Frage, ob den Descendenten des Vasallen, welcher eine Lebensveräußerung vornahm, die Befugniß zur Ausübung des Retractes gegen den neuen Erwerber des Lehens zu gewähren oder zu versagen sei, der Einfluß, welchen darauf die nothwendige Erbenqualität derselben im Verhältnisse zu dem Veräußerer, ihrem Ascendenten, habe, in Betracht gezogen werden. Daß ihnen die eigentliche Revocatoriensklage nicht zustehet, folgt schon von selbst aus den obigen allgemeinen Principien, da diese Klage auf dem eigenen Successionsrechte dessen, welcher sich derselben bedient, in das von seinem Vorgänger veräußerte Lehen beruht, gleichwohl der descendirende Lebensfolger die Ausübung dieses Successionsrechtes nicht von dem Erwerbe der Allodialerbschaft des Veräußerers trennen kann, durch die hiermit verbundene Repräsentation aber zur Anerkennung der, nur nicht gesetzlich verbotenen, Handlungen desselben verpflichtet wird. Anders verhält es sich dem Princip nach, obgleich nicht im Erfolge, mit der in solchem Falle den Lebensfolgern zustehenden Retractsklage, denn da diese unabhängig von der durch den Lebensanfall begründeten Ausübung des Successionsrechtes in das Lehen ist, indem sie auch schon vor dem Eintritte dieses Falles den nächsten Lebensfolgern zustehet, so würden auch die Descendenten an deren Gebrauche nicht durch ihre nur mit der wirklichen Ausübung des Lebensfolgerechtes verbundene Erbenqualität verhindert werden; aber es würden dieselben, nachdem sie das von ihrem Ascendenten veräußerte

73) X. a. D. C. 63, Note 20.

74) *Ut hanc saltem habeat suae iniuriae ultionem.* Diesen ganzen Satz, und insonderheit auch das *suae*, bezicht Bitsch, *comm. in consuet. feud. p. 371.*, auf den Lehensherrn; doch ist die hier angenommene Bedeutung gewiß sprachrichtiger.

75) II. Mos. 20, 5.

76) X. a. D. C. 433 flg.

Lehen retrahirt hätten, doch wieder als Erben desselben zur Vollziehung des von ihm eingegangenen Veräußerungsvertrages (oben unter a) genöthigt werden können, und so des mittelst der Retractsklage erlangten Lebensbesitzes wieder verlustig werden, worüber noch der Art. Lebensveräußerung zu vergleichen ist<sup>77)</sup>. Auch ergibt sich die Voraussetzung, daß von den Descendenten sich der Retractsklage nicht wirksam bedient werden könne, aus dem Lehensterze II. F. 13., nach welchem, selbst wenn der Veräußerer eigene Söhne hat, noch bei dessen Lebzeiten der Agnat soll retrahiren können.

Von dem auf das rechtliche Fundament der Lebensfolge im allgemeinen sich beziehenden Verhältnisse derselben zu der Allodialsuccession, insonderheit rücksichtlich der nothwendigen Verbindung jener mit dieser in der Person der Descendenten des letzten Lebensbesitzers gelten nun noch folgende einzelne Bestimmungen: 1) Die ausdrücklich nur von dem Sohne rebende gesetzliche Verordnung, daß diesem nicht gestattet sei, seines Vaters Erbschaft auszuschlagen, und gleichwohl das von demselben besessene Lehen beizubehalten, gilt auch von dem Enkel und von jedem anderen Descendenten entfernteren Grades, indem es das nämliche Lebensfolgerecht ist, vermöge dessen der Sohn, und vermöge dessen der Enkel (bei der Concurrenz mit Vaters Brüdern loco sui patris), succedirt, und die Lebensfolge der Descendenten überhaupt eine zusammenhängende Reihe usque in infinitum bildet<sup>78)</sup>, von jenem Lebensfolgerechte aber die Annahme der Allodialerbschaft unzertrennlich ist. Die gegentheilige Ansicht, welche v. Kampß<sup>79)</sup> auszuführen sucht, wird von den neueren Schriftstellern<sup>80)</sup> mit Recht mißbilligt. Wenn jedoch der Enkel, nach seines Vaters Tode, dem Großvater unmittelbar im Lehen folgt, so steht es ihm frei, die Erbschaft des Vaters auszuschlagen, wenn er nur die großväterliche annimmt<sup>81)</sup>; doch ist auch dieses nicht unbestritten, und wird namentlich von A. Bauer<sup>82)</sup>, wiewohl ohne genügende Gründe, verneint. — 2) Mit Recht behauptet Päß<sup>83)</sup> die Anwendbarkeit des obigen Grundsatzes auf jede Art von Lehengütern; namentlich gilt dieses auch von Weiberlehen und weiblichen Lebensfolgern, obgleich die Lehensgesetze ausdrücklich nur von Söhnen reden; denn das Lebensfolgerecht in dergleichen Lehen ist, nur mit dem Unterschiede, daß es überhaupt zu dessen Begründung für die Töchter eines besonderen Vertrages bedarf,

77) Die nähere Ausführung bei Pennemann a. a. D. §. 33, S. 121 u. 137. Die unbedingte Befugniß der Söhne zur Ausübung des eigenen Retractrechtes behauptet v. Winterfeld, Abh. über das Retractrecht der Söhne und Minorennen auf aväterliche Stammlehen (Gött. 1803), §. 50.

78) I. F. 8. II. F. 11. II. F. 50.

79) X. a. D. §. 13, mit welchem auch Schmalz, a. a. D. §. 613, sich für einverstanden erklärt hat.

80) Pennemann a. a. D. §. 34. Weber a. a. D. S. 442. Päß a. a. D. §. 117. Mayr a. a. D. §. 81.

81) Pennemann a. a. D. §. 138, S. 158. Weber a. a. D. Schmalz a. a. D. Eichhorn a. a. D. §. 361, Note d. Mayr a. a. D.

82) Utrum nepos abstinens a patris hereditate sibi delata in allodio et fundo avi succedere possit. (Marb. 1793.) §. 13.

83) X. a. D. §. 117.

von gleicher rechtlicher Natur, wie das der Söhne, und beide werden in den Gesetzen<sup>84)</sup>, unter Voraussetzung einer solchen speciellen Verbindung, einander vollkommen gleichgestellt. Daß auch Neulehen und Erblehen unter der gesellschaftlichen Verordnung mitbegriffen sind, ist um so weniger zu bezweifeln, als mehrere bewährte Rechtsgelehrte dieselbe sogar nur auf diese Lehensgattungen für anwendbar halten wollen<sup>85)</sup>. Ausdrücklich nennt Hennemann<sup>86)</sup> die mit Fideicommiss-Eigenschaft verbundenen Lehen als zur Anwendung jener Verordnung ebenwohl geeignet. — 3) Nach den Worten des Lehenssterbes II. F. 45.: aut utrumque non potest, aut utrumque repudiet, und alterum sine altero retinere non potest, könnte man glauben, daß es dem Descendenten auch nicht gestattet sei, zwar die Erbschaft anzunehmen, aber das Lehen auszuschlagen, und dieses wäre wenigstens dem strengen Universalprincip, nach welchem das Lehen einen integrierenden Bestandteil der Erbschaft des Vasallen ausmachen soll, völlig entsprechend. Indessen wird ein solcher Fall sich nur sehr selten zutragen, an einem rationellen Grunde für jene Ansicht fehlt es gänzlich, und die angeführten Ausdrücke stellen sich als bloße Folgerung aus dem Hauptsatz: non potest hereditatem sine beneficio repudiare, welchem auch die denselben ganz einfach wiederholende Vorschrift in II. F. 51. §. 4.: non potest recusare hereditatem patris absque feudo, völlig entspricht, dar, durch welchen sie daher auch ihre Auslegung erhalten müssen. Hiernach ist die Ansicht Weber's<sup>87)</sup>, daß der Sohn die väterliche Allodialerbschaft antreten und der Lebensverlassenschaft sich entschlagen könne, wohl nicht zu mißbilligen. — 4) Diejenigen Fälle, in welchen ausnahmsweise die Anwendbarkeit des betreffenden Lehenssterbes nach der Ansicht mehrerer Schriftsteller hinfällig sein soll, werden am vollständigsten von Hennemann<sup>88)</sup> und Weber<sup>89)</sup> angegeben. Dahin gehört a) wenn es an den factischen Voraussetzungen der gesellschaftlich vorgeschriebenen Verbindung der Allodial- mit der Lebenssuccession, dem Dasein eines Gegenstandes der ersteren, fehlt; also das von dem Ascendenten des Lebensfolgers besessene Vermögen nichts weiter, als das Lehen, in sich begreift<sup>90)</sup>; allein dagegen ist, wie auch Hennemann<sup>91)</sup> richtig bemerkt, zu erwägen, daß die mit dem Universalmittel eines Erben verbundene Repräsentation des Erblassers gar nicht bedingt durch das Vorhandensein bestimmter Erbschaftsgegenstände ist, und auch ohne Rücksicht auf solche das Eintreten in den gesammten

84) I. F. 8. §. 2. II. F. 11. pr.

85) J. L. B. Böhmer, diss. de filio vasalli successore in feudum. (Gött. 1779.) Cap. I. §. 7. Weber a. a. D. S. 437.

86) X. a. D. §. 35.

87) X. a. D. S. 443.

88) X. a. D. §. 38.

89) X. a. D. S. 438 fig.

90) Stryk, de caut. testament. cap. 3. §. 17. in f. cap. 6. membr. 2. §. 23. v. Kampß a. a. D. §. 20.

91) X. a. D. S. 154. Vgl. auch Vermehren a. a. D. S. 74. Rayr a. a. D. §. 81, Note 14.

Obligationsnerus des Erblassers gedenkbar ist. b) Wenn der Vater selbst den Sohn durch (formell gültige) Enterbung von der Succession in das Allodium ausgeschlossen hat. Ueber diesen Fall sind die Meinungen der Rechtsgelehrten sehr von einander abweichend. Weber<sup>92)</sup> nimmt an, daß wenn der Sohn zur väterlichen Erbschaft gar nicht berufen werde, auch eine Repudiation derselben nicht gedenkbar sei, daher dem enterbten Sohne das ihm durch seine Vorfahren defecirte Successionsrecht in das Lehen verbleibe; Hennemann<sup>93)</sup> geht ebenfalls davon aus, daß das Repudiiren der väterlichen Erbschaft, wie das Behalten derselben, den Anfall voraussetze, der in jenem Falle nicht geschehen sei, legt aber dennoch dem Sohne, wenn die Enterbungsursachen nicht von der Art seien, daß sie ihn auch um das Lehen bringen, die Erbenqualität in Rücksicht auf das Lehen bei, so daß derselbe nun ab intestato in das Lehen, und der eingesetzte Erbe ex testamento in die Allodialerbschaft, succedire; auch Eichhorn<sup>94)</sup> hält dafür, daß die Enterbung im Allodium den Sohn nicht vor den Verpflichtungen eines Allodialerben schütze, sobald er nur das Lehen wirklich überkomme, weil auf den Willen des Ascendenten, dem Descendenten das Allodium zu entziehen, nichts ankomme, da die Verbindung der Lebens- und Allodialfolge gesetzlich nothwendig sei. Offenbar viel consequenter in Beziehung auf die von den Vertheidigern des strengen Universalprincipis angenommene Voraussetzung, daß das Lehen als ein Stück der Erbschaft überhaupt zu betrachten sei<sup>95)</sup>, spricht dagegen Mayr<sup>96)</sup> sich dahin aus, daß der Sohn, dem nur seine Erbenqualität hinsichtlich des übrigen Nachlasses das Lehen sichere, vom ersteren ausgeschlossen, auch das Lehen, welches einen Theil der Erbschaft ausmache, entbehre. Hiernach bietet die Doctrin drei wesentlich verschiedene Ansichten dar: daß der enterbte Sohn das Lehen, ohne Allodialerbe zu sein, erhalte; daß er das Lehen erhalte, aber zugleich in das Verhältniß eines Allodialerben trete; daß er mit der Allodialerbschaft auch das Lehen entbehre. Die erste dieser Ansichten ist vorzugsweise durch die Betrachtung unterstützt, daß wenn der Vater selbst, den in seinem gesammten Obligationsnerus zu repräsentiren das Gesetz dem Sohne zur Pflicht macht, ihn dieser Verpflichtung dadurch, daß er ihn von seiner Erbschaft ausschließt, entbindet, aller Grund, sie ihm dennoch, gegen den Willen beider zunächst Betheiligten, aufzulegen, hinwegfällt<sup>97)</sup>. c) Wenn der Vater das Lehen schon bei seinem Leben zu Gunsten des Sohnes refutirt und an denselben abtritt. Obgleich die Lehenrechtsgeslehrten, welche dieses Ausnahmefalles gedenken, darüber einverstanden sind, daß der Sohn alsdann

92) X. a. D. S. 439 fig., in Uebereinstimmung mit Böhm er, in diss. cit. S. 9.

93) X. a. D. S. 160.

94) X. a. D. S. 361, Note f.

95) Welcher doch auch Eichhorn, a. a. D. Note h, beipflichtet.

96) X. a. D. S. 189.

97) Dieß will auch wohl v. Kampf, a. a. D. S. 20, S. 108, mit der Bemerkung sagen: In diesem Falle kann der Sohn das Gesetz nicht erfüllen, der eigene Wille des Vaters hindert ihn daran.



nicht genöthigt sei, Allodialerbe seines Vaters zu werden<sup>98</sup>), so sind doch die von ihnen dafür angeführten Gründe nicht dieselben. Hennemann's Hauptargument, daß der Sohn auf diese Art das Leben durch Erbgang und als einen Theil der väterlichen Erbschaft erhalte, ist bedingt durch die Voraussetzung der Richtigkeit des Universalprinzips bei der Descendentenfolge; in einem allgemeineren Sinne führt Mayr den Grund an, daß in einem solchen Falle von einer Coexistenz der Allodial- und Lebenssuccession nicht die Rede sein könne<sup>99</sup>), und mit diesem Grunde läßt sich auch der bei dem Falle b angegebene Gesichtspunkt verbinden. Alle drei in der Note 98 genannten Schriftsteller wollen jedoch den Umständen nach die Anwendung der actio Pauliana nach den von dieser geltenden Grundsätzen zulassen, wobei aber Hennemann gegen v. Kampß<sup>100</sup>) bemerkt, daß solches nicht für consequent nach der Theorie dieses Letzteren zu halten sei, indem hiernach der durch den Lehentext begründeten Verbindlichkeit ein ius personalissimum des Vaters gegenüberstehe, worauf dieser durch die Abtretung des Lebens bei seinen Lebzeiten verzichte. Von diesem Gesichtspunkte aus würde man allerdings annehmen müssen, daß die Gläubiger nicht gegen den Willen des Vaters die Verbindung der Lebens- und Allodialfolge in der Person des Sohnes erzwingen könnten. Dem Falle der Abtretung des Lebens von Seiten des Vaters an den Sohn noch vor seinem Ableben ist d) auch der Fall gleichzustellen, wenn der Vater darein willigt, daß noch bei seinen Lebzeiten der Sohn auf das Allodialvermögen Verzicht leiste, oder das Leben davon getrennt werde<sup>101</sup>). e) Wenn der Sohn schon bei der Belehnung des Vaters ausdrücklich mit in dieselbe aufgenommen und demselben auch für seine Person als Mitbelehntem die Investitur ertheilt worden war<sup>102</sup>). Zwar glaubt Hennemann, welcher für die Nichtanwendung des Lehentextes II. F. 45. auf diesen Fall hauptsächlich den in demselben gebrauchten Ausdruck: feudum paternum geltend macht, daß consequenterweise die Anhänger des Singularprinzips<sup>103</sup>) jenen Ausnahmefall nicht zugeben könnten, weil nach diesem Princip der Sohn das Leben, möchte er Mitbelehnter des Vaters oder nicht sein, unabhängig von diesem erhalte; allein unter der Voraussetzung einer wirklich stattgefundenen Coinvestitur ist bei dem Ableben des Vaters gar kein Successionsfall für den Sohn in Beziehung auf das Leben vorhanden, vielmehr gelangt

98) Hennemann a. a. D. S. 155. Eichhorn a. a. D. §. 361, Note c. Mayr a. a. D. §. 81, S. 190.

99) Indem der Sohn bei dem Ableben des Vaters das Leben schon hatte: Böhmer, in diss. cit. §. 9. in f.

100) X. a. D. §. 20, S. 108.

101) v. Kampß a. a. D. §. 20, S. 110.

102) Griebner, de filio patris aut matris simultaneae investito; in Zepernick, anal. T. II. obs. 14., wo auch ein hiermit übereinstimmendes Responsum der Leipziger Juristenfacultät angeführt wird. Böhmer, in diss. cit. §. 10. Weber a. a. D. S. 443. Päß a. a. D. §. 117, S. 279. Hennemann a. a. D. S. 163.

103) Wie namentlich v. Kampß a. a. D.

derselbe durch den Abgang des bisherigen Lebensbesizers nur zur wirklichen Geltendmachung des ihm durch die eigene Investitur bereits erworbenen, bis dahin in der Ausübung suspendirten, binglichen Rechtes an dem Lehen, und es hätte daher, wenn auch dieser Fall unter der gesetzlichen Verordnung mitbegriffen sein sollte, nothwendig eines positiven Ausspruches darüber, daß der mitbelehnte Sohn das ihm aus eigenem Rechte schon erworbene Lehen durch die Ausschlagung der Allodialerbschaft seines Vaters wieder verliere, bedurft. f) Einige andere Ausnahmefälle: wenn der Sohn nur in re certa zum Erben eingesetzt worden sei, wenn keine Agnaten vorhanden seien, wenn die Allodialerbschaft beträchtlich genug sei, um die Schulden ohne Zuziehung der Lebensfrüchte zu tilgen, sind schon von mehreren der genannten Schriftsteller<sup>104)</sup> als ungegründet bezeichnet worden. Weber<sup>105)</sup> will jedoch den letztgedachten Fall, als in welchem die Gläubiger kein Interesse bei der Sache hätten, als Ausnahme gelten lassen. g) Noch ein Fall, welcher auch hierher gezogen zu werden pflegt, wo der Vater des dormaligen Lebensfolgers vor dessen Großvater verstorben war, und das Lehen daher unmittelbar aus dem Besitze dieses Letzteren auf jenen seinen Enkel übergeht, kam oben (S. 531) bereits vor. Auf einer durchaus irrigen Vorstellungsweise aber beruht es, wenn man h) auch in der in dem betreffenden Lehenstexte enthaltenen Bestimmung, daß dem Sohne, obwohl er das Lehen ohne die Erbschaft nicht erhalten könne, doch, wenn er, mit Zustimmung der Agnaten, von dem Lehensherrn quasi de novo beneficio investirt werde, erlaubt sei, mit Ausschlagung der Erbschaft das Lehen zu behalten, einen Ausnahmefall von der gesetzlichen Regel finden will, und das Irrige einer solchen Vorstellungsweise tritt noch stärker hervor, wenn man jene gesetzliche Bestimmung so auffaßt, als habe dadurch der Gesetzgeber den Erbschaftsgläubigern mit der einen Hand genommen, was er ihnen mit der anderen gegeben hatte<sup>106)</sup>, und, wenig mit sich selbst übereinstimmend, den Weg angegeben, worauf das Gesetz umgangen werden könne<sup>107)</sup>, in welchem Sinne es Pennemann<sup>108)</sup> sogar als etwas Thörichtes bezeichnet, daß in eben der Verordnung, welche die Annahme der Erbschaft des Vaters neben dem Lehen bezwecke, dem Sohne eine Methode (ein Pfiff) angewiesen sei, wie er die Verordnung und ihren Zweck vereiteln könne. Es enthält nämlich jene Bestimmung in der That nichts Anderes, als die Anerkennung des folgerichtigen Ergebnisses einer einfachen Anwendung allgemeiner Grundsätze auf den vorliegenden Fall, welche Anwendung zu verhindern es vielmehr eines noch weiter, als die Hauptverfügung selbst, gehenden Actes der legislatorischen Willkür bedurft haben würde, indem dadurch nicht bloß, wie bei jener, das Interesse des Sohnes

104) v. Kampß a. a. D. S. 110 fig. Pennemann a. a. D. §. 39. Päß a. a. D. §. 117, Note y.

105) X. a. D. in Uebereinstimmung mit Böhmer, in diss. cit. §. 10.

106) Weber a. a. D. S. 439.

107) Schmalz a. a. D. §. 613.

108) X. a. D. §. 22, S. 62, §. 23, S. 65.



der Rücksicht auf die dem Vater schulbige Pietät aufgeopfert, sondern selbst in die Rechtsphäre dritter Personen eingegriffen sein würde, da, wenn nur keine gegen th eilige positive Bestimmung getroffen wurde, den Agnaten eines descendirenden Lebensfolgers ohne Zweifel das Recht zustand, sich der ihnen durch den Verzicht desselben auf die Erbschaft und das Lehen seines Vaters eröffneten Lebensfolge zu begeben, so wie dem Lehenherrn, das ihm hierdurch heimgefallene Lehen einer jeden ihm gefälligen Person, also auch jenem, nunmehr als Fremder in Beziehung auf das Lehen zu betrachtenden, Descendenten, von Neuem zu verlehnen. Nicht also eine Ausnahme von der Anwendung der in dem Lehensterre aufgestellten Regel bildet der (erläuterungsweise) hinzugefügte Vorbehalt, sondern er bezeichnet nur ein Mittel, wodurch, nach der wirklichen Anwendung der gesetzlichen Regel, dem Sohne, welcher, derselben gemäß, das Lehen zugleich mit der Erbschaft aufgegeben, also beides eingebüßt hat, zu ersterem, vermöge einer besonderen Begünstigung von Seiten der Agnaten und des Lehenherrn wieder verholffen werden könne. Ganz eine andere Frage aber ist es, ob, was dem Sohne hiernach vor dem äußeren Gerichtshofe gestattet ist, nicht für einen nach den Grundsätzen der Moral unerlaubten Kunstgriff zu halten sei<sup>109</sup>). — Nach dieser vorgängigen Erörterung des Princips der Lebensfolge im allgemeinen und in der Anwendung auf Descendenten als Lebensfolger, zerfallen die weiter hier vorzutragenden Grundsätze in solche, welche das Lebensfolge recht, oder die Befugniß gewisser Personen, zur Succession in das Lehen berufen zu werden, ihrer Zuständigkeit nach betreffen, und diejenigen, welche die Lebensfolgeordnung, oder die Art der Ausübung dieses Rechtes, und die Reihenfolge, in welcher mehrere zur Succession Berechtigte wirklich dazu gelangen, zum Gegenstande haben<sup>110</sup>).

Das Lebensfolgerecht steht nach der gesetzlichen Regel den sämtlichen Abkömmlingen männlichen Geschlechtes des ersten Erwerbers des Lehens, vermöge der diesem darauf erteilten Investitur (welche in jedem einzelnen Successionsfalle nur erneuert zu werden braucht), zu (oben S. 515 fig.). In soweit bildet es wesentlich den Charakter der gesetzlichen Lebensfolge, daß sie 1) eine Descendentensuccession sei<sup>111</sup>), indem hiernach Seitenverwandte des ersten Erwerbers gar nicht zu den Successionsberechtigten gehören, Seitenverwandte des letzten Besitzers nur vermöge ihrer Eigenschaft von Descendenten des ersten Erwerbers zur Lebensfolge gelangen können, und Ascendenten<sup>112</sup>) schon dadurch ausgeschlos-

109) S. meiner, allgem. teutsches Ehenrecht. Grdß 1795. (oben bei der Literatur S. 388 nachzutragen) B. III, §. 362, Note 2.

110) Ueber die doctrinelle Richtigkeit dieser Unterscheidung ist viel, in practischer Hinsicht Unnützes, geschrieben worden, worüber hauptsächlich Weber, a. a. D. Th. III, §. 133, und Mayr, a. a. D. §. 77, Note 6, zu verglichen sind.

111) Pää a. a. D. §. 99. Gründler a. a. D. §. 677. Mayr a. a. D. §. 79.

112) Von welchen der Feudist in II. F. 50. sagt: Successionis feudalis est natura, quod ascendentes non succedunt.

a sind, daß nur durch sie die Lebensfolge an den letzten Besitzer langt sein konnte, welches voraussetzt, daß dieselben entweder nicht mehr n Leben sind, oder ihr Recht am Lehen zu Gunsten ihres Descendenten abgegeben haben, welches letztere ihnen nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze<sup>113)</sup> für immer den Lebensbesitz entzieht<sup>114)</sup>. 2) Daß sie eine Cognaten successio sei<sup>115)</sup>, indem davon nicht allein die weiblichen Descendenten des ersten Erwerbers, sondern auch die von diesen abstammenden männlichen Abkömmlinge (Cognaten) gesetzlich ausgeschlossen sind<sup>116)</sup>. Ausnahmsweise kann jedoch auch für solche Personen, welchen ein gesetzliches Lebensfolgerecht nicht zusteht, dieses durch specielle Verabredung, mittelst Aufnahme derselben in die Investitur, begründet werden, und diesem Falle steht in rechtlicher Hinsicht der gleich, wo dergleichen Ausnahmen durch Gewohnheitsrecht oder Particulargesetze eingeführt sind. Eine vertragsmäßige Abweichung von der gesetzlichen Regel der Berechtigung zur Lebensfolge findet namentlich statt rücksichtlich der Succession der Ascendenten, der Seitenverwandten des ersten Erwerbers, der Frauen und Cognaten. 1) Die Ascendenten des ersten Erwerbers erlangen solchergestalt das Recht zur Lebensfolge, wenn dieser sie mit investiren ließ, damit sie nach ihm, falls er selbst ohne Descendenz verstarbe, oder nach dem Aussterben seiner Descendenz, zum Besitze des Lehens gelangen<sup>117)</sup>; ohne dergleichen ausdrückliche Verabredung reicht jedoch die bloße Verleihung als feudum novum iure antiqui concessum (oben S. 410), welche sich stillschweigends nur auf die Seitenverwandten des ersten Erwerbers bezieht, nicht hin, um darin auch Ascendenten desselben zur Succession zuzulassen<sup>118)</sup>. Ein Ascendent des letzten Besitzers aber kann vertragsmäßig nur dann zur Succession kommen, wenn er das durch die gesetzliche Lebensfolge an ihn gelangte Lehen einem Descendenten mit dem ausdrücklichen Vorbehalte abgetreten hatte, daß solches, wenn derselbe ohne Abkömmlinge versterben, oder auch diese vor Jenem mit Tode abgehen sollten, an ihn zurückfalle. In diesem Falle wurde dem, bereits unter der ersten Investitur mitbegriffenen, Ascendenten durch die getrof-

113) II. F. 49. II. F. 84. Arg. II. F. 14. II. F. 26. §. 24. Pdtg a. a. D. §. 79, Note y.

114) Eichhorn a. a. D. §. 352, Note 1. Phillips a. a. D. B. II, §. 237.

115) Pdtg a. a. D. §. 104, S. 149. Weber a. a. D. Th. III, §. 124, S. 267.

116) Proles enim feminini sexus et ex femineo sexu descendens ad huiusmodi successionem aspirare non potest: II. F. 11. pr. I. F. 1. §. 2.

117) Phillips a. a. D. B. II, §. 237.

118) Schnaubert a. a. D. §. 146. Pdtg a. a. D. §. 100 a. G. Mayr a. a. D. §. 79, Note 2 (wo Cognaten statt Ascendenten für einen Druckfehler zu halten ist). Unter den Anhängern der gegentheiligen Ansicht verdient hauptsächlich Böhmmer, de successione feudali fratrum etc. cap. 1. §. 8.; in elect. iur. feud. T. II. p. 364., genannt zu werden. Die ältere Literatur mit weiterer Ausführung der Gründe für und wider bei Weber a. a. D. Th. III, §. 146, S. 565 flg.

fene Verabredung die Wiederausübung des in dieser Investitur schon begründeten Rechtes auf den Lebensbesitz, der geschehenen Refutation ungeachtet, erhalten. Einige Schriftsteller wollen zwar, um der Refutation die ihr sonst eigene Wirkung der gänzlichen Aufhebung des Lebensfolgerechtes in einem solchen Falle zu entziehen, einen ausdrücklichen Vorbehalt alsdann, wenn der refutirende Ascendent zugleich Descendent des ersten Erwerbers ist (welche Voraussetzung aber hierbei stets eintritt), für unnöthig halten<sup>119</sup>); auch findet diese Ansicht in der Wortfassung des Lehensartes II. F. 49.<sup>120</sup>) insoweit einige Unterstützung, als hiernach das non obstaré als Regel, und die Ausnahme dieser Regel als bedingt durch das omnino refutare darge stellt zu sein scheint; doch steht jener strengeren Auslegung sowohl die aus dem rechtlichen Begriffe einer Refutation überhaupt sich entwickelnde regelmäßige Beschaffenheit derselben<sup>121</sup>), als insbesondere auch die hiermit übereinstimmende specielle Verfügung im Cap. extr. II. F. 84. (nisi nominatim cum domino pactus fuerit) zur Seite. Jedenfalls aber succedirt alsdann der Ascendent nicht vermöge dieser Eigenschaft, sondern wie jeder Andere, welcher unter einem solchen Vorbehalte sein Leben zu Gunsten eines Dritten refutirt hat<sup>122</sup>). Noch zwei sehr streitige, auf die Ascendentenfolge in Leben sich beziehende, Fragen, nämlich wie es damit bei Weiberlehen gehalten werde, und ob in den Fällen, wo die Ascendenten zur Succession kommen, die Brüder und Bruderskinder des letzten Lebensbesizers mit denselben an der Lebensfolge Theil nehmen, können hier nicht, specie ll erörtert werden, und es ist dessfalls zunächst auf Weber<sup>123</sup>), rücksichtlich der letzten Frage insbesondere auch auf Schnaubert<sup>124</sup>), zu verweisen. Auch die Succession der Ascendenten in Erb lehen<sup>125</sup>) gehört zu den auf Vertrag beruhenden Ausnahmen von der gesetzlichen Lebensfolge, indem auch bei solchen in der Regel das Princip der Abstammung vom ersten Erwerber zur Anwendung kommt<sup>126</sup>), und hiernach die Ascendenten desselben nicht ohne speciellen Rechtstitel succediren können<sup>127</sup>). Die sehr reichhaltige Literatur über die Lebensfolge der Ascendenten überhaupt findet man bei Weber<sup>128</sup>), und die vorzüglichsten Schriften darüber besonders ausgezeichnet bei Eichhorn<sup>129</sup>). — 2) Seitenverwandte des ersten Erwer-

119) Böhmer l. c. p. 365. Die weitere Literatur bei Weber a. a. D. S. 569.

120) Ueber die grammatische Auslegung dieser Stelle in Verbindung mit II. F. 26. §. 7. ist zu vergleichen Biener, opusc. Vol. II. p. 25 sq.

121) I. F. 5. §. 1.

122) Phillips a. a. D. S. 375.

123) X. a. D. S. 532 fig., 571 fig.

124) X. a. D. S. 479 fig.

125) Schnaubert a. a. D. S. 478. Weber a. a. D. S. 568.

126) Weber a. a. D. Th. III, §. 131, S. 349.

127) Páß a. a. D. §. 105 und Note p. Mayr a. a. D. §. 85 und Note 8.

128) X. a. D. S. 532 und Note a.

129) X. a. D. §. 352, Note d. Eine ausführliche Kritik der Ansichten mehrerer älteren Schriftsteller, namentlich Schnaubert's, Koch's und Gönner's,

bers<sup>130</sup>), oder solche Seitenverwandte des letzten Besitzers, welche nicht vom ersten Erwerber abstammen. Vorzüglich treffend äußert sich hierüber Phillips<sup>131</sup>): Die, der Regel nach nicht zur Succession berufenen Seitenverwandten können allerdings dann in den Besitz des Lehens gelangen, sobald dasselbe für sie ein feudum novum iure antiqui concessum ist. Aber alsdann succediren sie nicht als Seitenverwandte des letzten Besitzers, sondern als Descendenten einer Person, die für sich und für ihre Nachkommenschaft dieses Successionsrecht besonders erworben hat, und also in dieser Hinsicht ebenfalls als ein erster Erwerber betrachtet werden kann. Die Blutsverwandtschaft zu dem letzten Besitzer als solchem ist hier gar nicht mehr entscheidend, sondern die Descendenten irgend eines fremden Mit- oder Eventualbelehnten würden im Falle des Aussterbens der vasallitischen Familie ganz gleiche Ansprüche erheben können. Dabei erscheint demnach die Unterscheidung zwischen einem feudum novum und antiquum, so wie der, in ihrer hauptsächlichsten Wirkung dem letzteren verwandten, Unterart des ersteren, dem feudum novum iure antiqui concessum (oben S. 410), von besonderer Erheblichkeit. Als allgemeine Regel kann man nämlich annehmen, daß in Alllehen die Seitenverwandten des abgegangenen Vasallen succediren, in Neulehen nicht<sup>132</sup>). Wenn aber die Verleihung eines Neulehens mit der Verabredung geschah, dasselbe in rechtlicher Hinsicht als ein altes (feudum paternum) gelten zu lassen, so ist davon die Folge, daß bei der Anwendung des allgemeinen Erfordernisses jeder Lehensfolge, der Abstammung vom ersten Erwerber, ein solcher als bereits vorhanden gewesen fingirt, und der Besitz des wirklichen neuen Erwerbers als von Jenem auf ihn übertragen betrachtet wird, so daß nun alle Seitenverwandten dieses wirklich zuerst Belehnten, welche Descendenten des fingirten ersten Erwerbers sind, zur Succession in das Lehen gelangen<sup>133</sup>). Welcher der Vorfahren des zuerst Belehnten aber für den fingirten Stammvater zu halten sei, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Páß nimmt an, die Ausdehnung der Succession in ein solches Lehen auf die Seitenverwandten des zuerst Belehnten umfasse im Zweifel das ganze Geschlecht bis auf dessen obersten gemeinsamen Stammvater; Eichhorn und Mayr aber halten für den fingirten ersten Erwerber den nächsten gemeinsamen Stammvater von Jenem aufwärts<sup>134</sup>).

enthält Majer's teutsche Erbfolge, 3. Forts., auch unter dem Titel: Zulässigkeit der Ascendentenfolge in Lehen. Lüb. 1806; womit zu vergleichen ist: 4. Forts., auch unter dem Titel: Das Ganze der Lehre vom Erbfolgeinealitätsmus (Lüb. 1808), Abschn. IV.

130) Namentlich von Brüdern des ersten Erwerbers sagt I. F. 1. §. 1. ausdrücklich, daß sie demselben nicht succediren, nisi hoc nominatim dictum sit. Vgl. auch I. F. 8. §. 3. I. F. 14. §. 2. I. F. 20.

131) X. a. D. §. 373.

132) I. F. 8. §. 3. II. F. pr. 11.

133) Páß a. a. D. §. 100. Eichhorn a. a. D. §. 352, §. 859. Mayr a. a. D. §. 79.

134) Die weitere Ausführung dieser Controvers bei Weber a. a. D. Th. III, §. 132, §. 366 flg., wo auch noch andere hier einschlagende Fragen erörtert werden.



Uebrigens findet der obige Grundsatz auch bei Erblichen <sup>135)</sup> Specielle Bestimmungen über die ausnahmsweise stattfindende Succession der Brüder des ersten Erwerbers enthalten I. F. 20. und II. F. 12., wovon der Biener<sup>136)</sup> zu vergleichen ist. — 3) Frauen<sup>137)</sup>. Da, mit Rücksicht auf die einen regelmäßigen Bestandtheil des Lebensverhältnisses ausmachende Verpflichtung zum Kriegsdienste (oben S. 438), das Successionsrecht in Lehen durch die Gesetze selbst auf die männlichen Abkömmlinge des ersten Erwerbers beschränkt ist, und die Frauen davon ausgeschlossen sind, ja diese gesetzliche Ausschließung selbst auf die durch Frauen von Jenem descendirenden Männer (Cognaten) ausgedehnt worden<sup>138)</sup>, so bedarf es, um für die Frauen und ihre Abkömmlinge einen Anspruch auf die Lebensfolge zu begründen, eines besonderen Rechtstitels, welcher seinem letzten Grunde nach stets auf einen Vertrag zwischen dem Verleiher und ersten Erwerber des Lehens zurückzuführen sein wird<sup>139)</sup>. Als stillschweigend vorhanden wird ein solcher insonderheit alsdann, ohne Rücksicht auf die frühere Beschaffenheit des Lehens, angenommen, wenn die erste Erwerblerin eine Frau war (feudum femineum, oben S. 413); und nicht die Beschränkung der Lebensfolge auf den von ihr descendirenden Mannsstamm besonders verabrebet worden ist<sup>140)</sup>; dem Vertrage gleich ist es auch zu halten, wenn für eine gewisse Gattung von Lehen die weibliche Succession (durch Lehenhofrecht) hergebracht ist<sup>141)</sup>. Der Begriff eines Weiberlehen (feudum femininum) beruht demnach wesentlich darauf, daß den Frauen und deren Abkömmlingen ein Successionsrecht in dasselbe zusteht<sup>142)</sup>; wogegen jedoch, da hierin stets eine Improprietas liegt, die Vermuthung streitet<sup>143)</sup>; auf das Geschlecht des Verleihers kommt dabei durchaus nichts an<sup>144)</sup>. Die Eintheilung der Weiberlehen in feuda feminina promiscua und successiva bezieht sich auf die Lebensfolgeordnung, und wird dabei näher erörtert werden. Die Eigenschaft eines Erblichen bringt es nicht schon mit sich, daß weib-

135) Mayr a. a. D. §. 86, Note 8.

136) l. c. p. 129.

137) Stryk, de successione in feudo masculis et feminis concessio (VL 173.). Kind, de feudis femininis. Lips. 1775.

138) II. F. 11. pr.

139) Filia patri non succedit, nisi ex pacto: II. F. 50. I. F. 1. §. 2. I. F. 8. §. 2. I. F. 14. §. 2. II. F. §. 3. Vollständiger brüdt sich II. F. 11. pr. aus: nisi eius conditionis sit feudum, vel eo pacto acquisitum. Einen besonderen Fall, wo die Lebensdienste von der Art waren, daß sie auch von einer Frau geleistet werden konnten, enthält das Cap. extr. II. F. 104.

140) Feudum transmissione femininum, weibliches Erbmannlehen. Weber a. a. D. Th. III, §. 124, S. 280. Mayr a. a. D. §. 83, Note 19.

141) Pütz a. a. D. §. 104. Eichhorn a. a. D. §. 354. Mayr a. a. D. §. 85.

142) Pütz a. a. D.

143) Mencken, de praesumptione feudi masculini; ap. Jenichen, T. II. p. 1012. Pütz a. a. D. Schmalz a. a. D. §. 600. Ortloff a. a. D. §. 602.

144) Mayr a. a. D.

liche Succession in dasselbe stattfindet<sup>145</sup>), und eben so wenig ist diese bei geistlichen, offerirten, gekauften, Freilehen, schon durch die Natur derselben, wie Einige dafür halten, begründet<sup>146</sup>).

Die Befugniß zur Ausübung des Successionsrechtes derjenigen Personen, welche nach dem bisher Ausgeführten, vermöge der Gesetze oder eines besonderen Titels zur Lebensfolge berufen sind, ist bedingt durch die Zuständigkeit gewisser Eigenschaften, die ihre persönliche Lebensfolgefähigkeit begründen. Nicht jeder zur Succession in ein Lehen Berechtigter ist demnach auch lebenssuccessionsfähig. Daß übrigens mit der Lebensfolgefähigkeit die, bei jedem Successionsberechtigten außerdem nothwendig vorauszusetzende, Lebensfähigkeit überhaupt oder Lebenserwerbsfähigkeit nicht zu verwechseln und zu vermischen sei, wurde bereits oben (S. 395 a. E.) bevortwortet<sup>147</sup>). Bei einem Lebensunfähigen kann so wenig von dessen Lebensfolgefähigkeit, als von seiner Lebensfolgeberechtigung auch nur die Rede sein. Bei der Anwendung der von der Lebensfolgefähigkeit geltenden Grundsätze gilt es als allgemeine Regel, daß die dazu erforderlichen Eigenschaften im Momente des Anfalles der Lebensfolge bei dem dazu Berufenen vorhanden sein müssen, und, wenn solches nicht der Fall ist, der nächste Lebensfolger an die Stelle des wegen seiner Unfähigkeit ausgeschlossenen tritt<sup>148</sup>), demselben auch das solchergestalt auf ihn devolvirte Lehen, selbst wenn der Ausgeschlossene in der Folge die fehlende Qualität erlangen sollte, nicht wieder entzogen werden kann, und nach dessen Abgang zunächst auf seine Descendenz übergeht<sup>149</sup>). Dieser Eintritt des nächsten successionsfähigen Lebensfolgers kann auch nicht durch eine dem Ausgeschlossenen von dem Lehenherrn ertheilte Dispensation — wie solche Letzterem in den meisten Fällen der Lebenserwerbsunfähigkeit zusteht (oben S. 395) — verhindert werden<sup>150</sup>), vielmehr bedarf es dazu der Beistimmung aller im Falle des Hinwegfallens von Jenem zur Lebensfolge Berechtigten, auch kann aus der dispensationsweise geschehenen Zulassung eines Lebensunfähigen nicht zum Besten der an einem gleichen Mangel leidenden Nachkommen desselben eine gleiche Ausnahme von den zur Lebensfolgefähigkeit erforderlichen Eigenschaften gefolgert werden<sup>151</sup>). — Die Eigenschaften, von deren Vorhandensein die Lebensfolgefähigkeit abhängt, lassen sich im allgemei-

145) Phillips a. a. D. B. II, §. 239.

146) Mayr a. a. D. §. 83, Note 16.

147) Phillips a. a. D. B. II, §. 238. Für methodisch richtig ist es daher nicht zu halten, wenn hier, unter den der Lebensfolge Unfähigen, Gebrechliche, Geistliche, Anruchtige, noch besonders genannt werden: Páq, Eichhorn, Mayr a. a. D. Dasselbe gilt bei recht scharfer Unterscheidung zwischen Lebensfolgeberechtigung, Lebensfolgefähigkeit und Lebenserwerbsfähigkeit, auch von der, gewöhnlich hierher gezogenen, Lehre von der Succession der Frauen und Cognaten.

148) Páq a. a. D. §. 102. Eichhorn a. a. D. §. 354 a. E. Mayr a. a. D. §. 82.

149) Páq und Mayr a. a. D.

150) Páq, Eichhorn, Mayr a. a. D.

151) Páq a. a. D.

nen ausdrücken durch das Erforderniß der leiblichen Abstammung aus einer kirchlich und bürgerlich vollkommen gültigen Ehe<sup>152</sup>). Hiernach sind als unfähig ausgeschlossen: 1) uneheliche Kinder, mögen sie mit ehelichen Kindern concurriren, oder deren keine vorhanden sein<sup>153</sup>), mag ein Lehen ihres Vaters oder ihrer Mutter den Gegenstand der Lebensfolge ausmachen<sup>154</sup>), mögen sie legitimirt sein oder nicht. Diesem letzteren Satze steht im allgemeinen die ausdrückliche Bestimmung der Lehensgesetze<sup>155</sup>) zur Seite; sehr streitig aber ist die Frage, ob die hierdurch ausgesprochene Unwirksamkeit der Legitimation in Beziehung auf Lebensfolgesehigkeit auch auf die, nach dem canonischen Rechte der ehelichen Geburt in ihren Wirkungen gleich zu achtende, legitimatio per subsequens matrimonium Anwendung finde. Für die Bejahung dieser Frage, also für die gemeinrechtliche Unfähigkeit der durch die nachfolgende Ehe Legitimirten oder sogen. Mantelkinder, hatten sich die neueren Schriftsteller bis gegen die Mitte des vorigen Jahrzehends fast einstimmig ausgesprochen<sup>156</sup>), seit welcher Zeit, auf Veranlassung der bekannten gräflich Bentinck'schen Successionsstreitigkeit, sich auf einmal die lebhaftesten Discussionen über die obige Frage erhoben haben, und nunmehr Namen der ausgezeichnetsten Rechtsgelehrten unter den Bertheiligern der einen und der anderen Meinung zu erblicken sind. Eine zweckmäßige Uebersicht der beiderseitigen Ausführungen gewährt die, den literarischen Stand dieser Angelegenheit überhaupt bis zum Jahre 1841 betreffende, Schrift von Michaelis<sup>157</sup>), welcher selbst sich mit Klüber und Dietz<sup>158</sup>) gegen die Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lebensfolge

152) Päß, Eichhorn, Mayr u. a. D. Daß die Ehe in einem verbottenen Grade, jedoch nach vorgängiger Dispensation, geschlossen worden, schadet der Successionsfähigkeit der in ihr Erzeugten nicht: Schnaubert a. a. D. §. 123, Anm. 3. Weber a. a. D. Th. III, §. 122, S. 174.

153) II. F. 26. §. 10. Schnaubert a. a. D. Anm. 1.

154) Päß a. a. D. §. 103, Note t, mit Bezugnahme auf Schnaubert. Eichhorn a. a. D. §. 354, Note b. Mayr a. a. D.

155) *Naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittantur*: II. F. 26. §. 10.

156) Eichmann, Erklärung des bürgerl. Rechtes Th. II, §. 146, S. 260, 270. Stück, Erläut. der Pand. Th. II, §. 146, Nr. 1. Thibaut, Pandektenr. B. II, §. 436. Goede, ius germ. priv. §. 380. Hufeland, Lehrb. des Civilrechtes B. II, §. 864. Päß a. a. D. §. 103. Dietz, Grundriss §. 135. Schmalz a. a. D. §. 603. Hagemann, pract. Erörterungen B. VI, Nr. 2. Pfeiffer, pract. Ausführ. B. II, Nr. 7. Eichhorn a. a. D. §. 354, Note c, §. 369 a. E. Gründler, Polemik des germ. Rechtes B. III, §. 645. Biener, opusc. acad. Vol. II. p. 179. 305. Mayr a. a. D. §. 82. Phillips a. a. D. B. II, §. 233. Auch Ortloff, a. a. D. S. 600, sagt von der gegentheiligen Ansicht nur, daß sie auch wohl für gemeinrechtlich ausgegeben werde.

157) *Votum über den reichsgräflich Bentinck'schen Erbfolgestreit*. Züb. 1841. Hierher gehört insbesondere S. 46 flg. und 92 flg.

158) Dietz war früher, wie schon erwähnt, gegentheiliger Meinung, indem er die Legitimirten ohne Unterschied unter denjenigen Personen aufführte, welche von der Lebensfolge wegen Mangels an gehörig qualificirter Abstammung ausgeschlossen seien. Auf ihn ist daher die Bemerkung Bollgraff's

erklärt hat, während Zacharia, Hefster und Wilda ihnen gegenüberstehen. In Uebereinstimmung mit diesen Letzteren haben sodann ferner auch Maurenbrecher<sup>159</sup>), Mühlenbruch<sup>160</sup>) und Brackenhoeft<sup>161</sup>) sich für jene Unfähigkeit ausgesprochen, und in weiteren Schlüssen Michaelis<sup>162</sup>) und Wilda<sup>163</sup>) ihre einander entgegengesetzten Meinungen vertheidigt<sup>164</sup>). Michaelis selbst erkennt unbedenklich (S. 52 flg.) die Auslegung der Lehensterte, auf welchen die gegentheilige Ansicht der oben angeführten Schriftsteller beruht, ganz bestimmt als die richtige an<sup>165</sup>), und erklärt diese Letzteren nur darin für tadelnswerth, daß sie ein während und durch Jahrhunderte ausgebildetes, ihrem Geiste vollkommen entsprechendes, und jene Texte vollkommen aufhebendes, Gewohnheitsrecht deshalb nicht gelten lassen wollten, weil es diesen Texten nicht gemäß sei; als ein offener Anachronismus aber sei es zu betrachten, wenn man den durch nachfolgende Ehe legitimierten Kindern im 19. Jahrhunderte, welches das Feudalsystem fast ganz zerstört, und, wo auch noch Lehen bestehen, den alten Charakter derselben ganz geändert habe, nicht die Rechte gestatten wollte, welche ihnen seit den drei letzten Jahrhunderten beigelegt worden, sondern nur die, welche im Anfange des 12. Jahrhunderts ihnen zustanden; ein solcher Rückschritt von sieben Jahrhunderten würde unsere Rechtsgelehrten und unsere Rechtsprechung ganz Europa gegenüber compromittiren<sup>166</sup>). Die Schlüssigkeit dieses letzten Arguments wird jedoch denjenigen gewiß nicht einleuchten, welche der oben (S. 389) vorgetragene Grundansicht

(XII. v. 1841 S. 78) anwendbar, daß es nicht gut sei, wenn Autoren und Rechtslehrer Parteischriststeller werden. Ähnliches kann man von Zacharia behaupten, den Michaelis, a. a. D. S. 50 und S. 52, Note 51, einer solchen Wandelbarkeit des Urtheiles im entgegengesetzten Sinne zeugt.

159) Teufsch. Privatrecht II. Ausg., §. 12, Note 4.

160) Rechtliches Gutachten betr. den gegenw. Besißstand der reichsgräfl. obdenburg. Bentind'schen Fideicommissherrschaften (Gött. 1841), S. 132 flg.

161) In diesem Werke Bd. V, S. 374.

162) In den krit. Jahrb. der deutschen Rechtswissenschaft B. X, S. 1085 flg.

163) In der Zeitschr. für deutsches Recht B. VI, S. 390 flg.

164) Ein, hauptsächlich nur referirender, Aufsatz von Buddeus über die Bentind'sche Successionsstreitigkeit, im Staatsarchiv B. II, Nr. 1, ergibt so wenig ein bestimmtes Resultat der rechtlichen Beurtheilung, daß darauf von mehreren der obengenannten Schriftsteller in ganz entgegengesetztem Sinne Bezug genommen wird.

165) Ihr steht hauptsächlich zur Seite der gesetzliche Ausdruck licet postea si a n t legitimi, was, wenn von irgend einer Legitimation, nur von der durch die nachfolgende Ehe gesagt werden kann.

166) Im wesentlichen ist es dieselbe Ansicht, welche Dieck, in den Beitr. zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe (Halle 1832), Abh. I, ausführlich zu begründen sucht, und deren Resultat man besonders S. 60 u. 138 hervorgehoben findet. Nicht ohne Grund bezeichnet Mühlenbruch, a. a. D. S. 130, die auf solche Deductionen gegründete Beantwortung der hier vorliegenden Streitfrage als Erzeugniß der neueren Zeit, welche sich Rechtsgrundsätzen ungünstig erweise, worin man die Ueberbleibsel eines veralteten Feudalaristokratismus zu erblicken leicht geneigt sei.



von der noch heutzutage fortbauenden practischen Geltung des longobardischen Lehenrechtes bestimmen, das dabei vorausgesetzte Gewohnheitsrecht aber, welchem doch, um gegen die gesetzliche Regel aufhebend zu wirken, die Eigenschaft eines allgemeinen teutschen zukommen müßte, kann als ein solches um so weniger für schon erwiesen gehalten werden, als bis in die neueste Zeit zwei der angesehensten unter den höchsten Gerichtshöfen teutscher Staaten, die Oberappellationsgerichte zu Celle und zu Cassel<sup>167)</sup>, gegen die Fähigkeit der Mantelkinder zur Lebensfolge entschieden haben<sup>168)</sup>. — 2) Brautkinder<sup>169)</sup>. Da sich hierüber keine positive Bestimmung in den Lehensgesetzen findet, so ist die Frage von der Lebensfolgefähigkeit der Brautkinder lediglich darnach, ob man dieselben überhaupt, was nach gemeinem Rechte streitig ist, für successionsfähig hält, zu entscheiden<sup>170)</sup>. Dagegen erklärt sich ausdrücklich Braakenhoeft<sup>171)</sup>. Wer die Mantelkinder zur Lebensfolge zuläßt, wird geneigter sein, auch jene nicht davon auszuschließen. — 3) Kinder aus einer bloßen Gewissensehe<sup>172)</sup>. Da über die Successionsfähigkeit der in einer solchen Ehe erzeugten Kinder die Lehensgesetze eine ausdrückliche Bestimmung nicht enthalten, so entscheiden hierüber die allgemeinen Grundsätze von der Giltigkeit und den rechtlichen Wirkungen einer Gewissensehe, welche ebenfalls in der neuesten Zeit auf Veranlassung des schon erwähnten gräflich Bentinck'schen Successionsstreites zur ausführlichen Erörterung gekommen sind. Doch wird es hinreichen, hier nur auf die obengedachte Schrift von Michaelis<sup>173)</sup> und die sehr gründliche Gegenausführung von Wilda<sup>174)</sup> zu verweisen, da ein reines Resultat über die Rechtsfrage selbst durch die beiderseitigen Ausführungen noch nicht für gewonnen zu halten sein dürfte. — 4) Kinder aus einer morganatischen Ehe<sup>175)</sup>. Die Ausschließung der in einer solchen Ehe erzeugten Kinder von der gesetzlichen Lebensfolge beruht auf der wesentlichen Bestimmung einer solchen Ehe, den darin erzeugten Kindern nicht die mit der ehelichen Geburt schon an sich verbundenen, sondern nur gewisse, durch den Ehevertrag festgesetzte Rechte zu verleihen. Eine unrichtige Auffassung dieses Verhältnisses ist es daher, wenn Páß<sup>176)</sup> die Successionsfähigkeit von dergleichen Kindern für

167) Pufendorf l. c. T. I. obs. 90. Hagemann a. a. D. S. 25. Pfeiffer a. a. D. S. 313 u. 316.

168) Der Behauptung eines den Legitimirten zur Seite stehenden Reichsherkommens hat bereits Moser, im Familienstaatsrechte Th. II, Cap. 17, §. 77, bestimmt widersprochen.

169) Weber a. a. D. Th. III, §. 123, S. 260. Páß a. a. D. §. 103. Mayr a. a. D. §. 82.

170) Schnaubert a. a. D. Anm. 4.

171) U. a. D. Vgl. auch Wilda a. a. D. §. 64.

172) Páß und Mayr a. a. D.

173) U. a. D. S. 15 flg. u. 75 flg.

174) U. a. D. §. 37 flg., womit auch Mühlenbruch, a. a. D. S. 135 flg., zu vergleichen ist.

175) Weber a. a. D. Th. III, §. 122, S. 219. Eichhorn a. a. D. §. 354. Mayr a. a. D. §. 82. Phillips a. a. D. B. II, §. 238.

176) U. a. D. §. 103, S. 247.

abhängig davon, daß die Ausschließung derselben von der Lebensfolge gleich Anfangs Bedingung des morganatischen Vertrages gewesen sei, erklärt, da es vielmehr, um ihnen die Fähigkeit zur Lebensfolge zu gewähren, einer dergleichen besonderen Verabredung bedarf, und letztere alsdann eine vertragsmäßige ist. Der hier entscheidende Lehensart II. F. 26. §. 15. bezeichnet auch die Unfähigkeit der Kinder aus einer morganatischen Ehe zur Succession in das Lehen als Folge ihrer vertragsmäßigen Ausschließung von der Intestaterbfolge. Die rechtliche Zulässigkeit der Eingehung einer solchen Ehe ist nach den allgemeinen Grundsätzen des teutschen Privatrechts von einer solchen zu beurtheilen. — 5) Kinder aus einer Mißheurath<sup>177)</sup>. Diesen sprechen die Lebensgesetze<sup>178)</sup>, obgleich sie dieselben als legitime Kinder anerkennen, ausdrücklich die Lebensfolge ab, selbst für den Fall, daß keine Kinder aus einer standesmäßigen Ehe vorhanden seien. Was unter einer Mißheurath mit solcher Wirkung zu verstehen sei, lehrt das teutsche Privatrechtsverhältnisweise Privatfürstenrecht<sup>179)</sup>. Auch darüber ist viel in den Schriften über den gräflich Ventinelli'schen Successionsfall gestritten worden, wovon das Wesentliche bei Michaelis<sup>180)</sup> zu finden ist<sup>181)</sup>. Eine Ausdehnung des hiernach als gemeinrechtlich zu bestimmenden Begriffes einer Mißheurath ist, bei schon constituirten Lehen, so wenig dem Lehenherrn, als der Lehensfamilie, sofern nicht sämmtliche dabei Betheiligten ihre Zustimmung ertheilen, gestattet<sup>182)</sup>. — 6) Adoptivkinder sind nach ausdrücklicher Bestimmung der Lebensgesetze ausgeschlossen<sup>183)</sup>; doch kann durch Vertrag oder besonderes Lehenhofsrecht eine Ausnahme begründet werden<sup>184)</sup>. Als Ausnahme von der gesetzlichen Regel will Weber<sup>185)</sup> auch den Fall gelten lassen, wo einem Befallen, welcher keine anderen als Adoptivkinder hatte, ein Neulihen für sich und seine Erben verliehen wurde, aus dem nicht unscheinbaren Grunde, weil der Lehenherr, welchem bei solcher Verleihung bekannt war, daß Jener keine leiblichen Kinder und dergleichen zu erhalten keine Hoffnung habe, durch die, sonst bedeutungslose, Ausdehnung derselben auf die Erben des Befallenen wohl nur den Uebergang des Lehen auf die Adoptivkinder habe genehmigen wollen. Eine gleiche Ausnahme bei den Erblehen überhaupt anzunehmen, ist dem Grundsätze entgegen, daß auch bei ihnen die Successionsfähigkeit durch Abstammung vom ersten Erwerber bedingt wird<sup>186)</sup>.

177) Böhmmer, de impari matrimonio et liberorum ex eo natorum iure circa successionem feudalem; in elect. feud. T. I. nr. 3.

178) II. F. 29.; welche Stelle jedoch von einem Falle redet, in welchem die Ehe mit einer Frau von geringerem Stande morganatisch eingegangen war.

179) Mayr a. a. D. §. 82, Note 13.

180) X. a. D. §. 60 flg. u. 95 flg.

181) Vgl. auch Wilda a. a. D. §. 80 flg.

182) Pögg a. a. D. §. 103, §. 247.

183) II. F. 26. §. 8.

184) Mayr a. a. D. §. 82 a. E.

185) X. a. D. §. 237. Dagegen ist Schnaubert a. a. D. §. 381.

186) Sie wird auch, nebst einigen anderen, die noch weniger für sich haben, für ungegründet erklärt von Weber a. a. D. §. 238.

— Dagegen gehören 7) nicht hierher die zu früh Geborenen, die vielmehr, wenn ihre Geburt in rechtmäßiger Ehe erfolgt, und der Vater sie als die seinigen anzuerkennen nicht verweigert, für successionsfähig auch in Beziehung auf Leben zu halten sind<sup>187</sup>); und eben so wenig 8) die zur Zeit des Lebensanfalles noch nicht Geborenen, jedoch bereits Empfangenen, indem die nascituri (oder posthumi) den bereits Geborenen rechtlich ganz gleich geachtet werden<sup>188</sup>). Ist ein solcher nach dem Tode des letzten Lebensbesizers noch zu erwarten, so wird die Belehnung so lange ausgesetzt, bis die erfolgende Geburt über den wirklichen Lebensfolger entscheidet<sup>189</sup>).

Als besondere Lebensgattung, bei welcher eine sehr erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Lebensfolgefähigkeit stattfindet, pflegt hier das, schon öfter erwähnte, Erblehen bezeichnet, und die Lehre davon näher erörtert zu werden<sup>190</sup>). Da jedoch die dabei eintretende Lebensfolge lediglich als eine auf speciellem Vertrage beruhende zu betrachten ist, so lassen sich über die Succession in ein solches gemeingiltige Regeln um so weniger aufstellen, als selbst der Rechtsbegriff eines Erblehens nicht positiv in den Lebensgesetzen gegründet<sup>191</sup>), sondern, durch die Doctrin zuerst ausgebildet, auch in die Praxis aufgenommen ist. Wo hiernach die Benennung als Erblehen in vorkommenden Fällen bei der Verleihung gebraucht worden ist, und dem Zusammenhange nach nicht etwa nur den Gegensatz des Personallehens andeuten soll<sup>192</sup>), kann freilich auch die Beantwortung der Frage nicht vermieden werden, worin die Abweichung der Succession in ein solches Leben von der gesetzlichen Lebensfolge bestehe; doch wird die Antwort sich im allgemeinen darauf beschränken müssen, daß dadurch eine den Grundsätzen von der Allodialfolge näher gerückte Successionsart habe begründet werden sollen<sup>193</sup>), und das Nähere hierüber aus den Bestimmungen des Investiturvertrages zu entnehmen sein. Als durchgreifende Eigenthümlichkeit der Succession in Erblehen kann man daher wohl mit Eichhorn<sup>194</sup>) und Phillips<sup>195</sup>) nur dieses annehmen,

187) Mayr a. a. D. §. 82. Hagemann a. a. D. Nr. 82.

188) Reinhard, diss. de iure posthumi in feudo. Vitob. 1777. Päß a. a. D. §. 108. Eichhorn a. a. D. §. 856, Note b. Mayr a. a. D. §. 89 und §. 95, Note 3.

189) Gmeiner a. a. D. B. II, §. 354, C. 220. Weber a. a. D. Th. III, C. 266, 286.

190) Päß a. a. D. §. 105. Weber a. a. D. Th. III, §. 130 ff. Eichhorn a. a. D. §. 855. Mayr a. a. D. §. 85. Phillips a. a. D. B. II, §. 299.

191) Spuren davon will man zwar in I. F. 14. §. 2. II. F. 26. §. 13. II. F. 48. pr. finden: Päß a. a. D. Note a; doch ohne Grund: Eichhorn a. a. D. Note b. Mayr a. a. D. Note 2.

192) Ueber die zur Bezeichnung eines wahren Erblehens geeigneten Ausdrücke sind Schnaubert a. a. D. §. 131, C. 414, Weber a. a. D. Th. III, §. 181, und Mayr a. a. D. zu vergleichen.

193) Eichhorn und Mayr a. a. D.

194) X. a. D. C. 870.

195) X. a. D.

daß der Lebensfolger bei einem solchen als *successor universalis* zu betrachten sei<sup>196</sup>); dagegen findet auch bei Erblichen das oberste Princip der Lebensfolge, Nothwendigkeit der Abstammung vom ersten Erwerber, so lange Anwendung, als nicht eine vertragsmäßige Abänderung desselben specieil dargethan wird<sup>197</sup>), von welcher Regel bereits oben, rücksichtlich der Successionsfähigkeit der Seitenverwandten des ersten Erwerbers, der Frauen, und der Adoptivkinder, Gebrauch gemacht worden ist. Nach dem größeren oder geringeren Umfange, in welchem die Grundsätze von der Allodialfolge auf die Erblichen zur Anwendung kommen, unterscheidet man reine und gemischte Erblichen, je nachdem darin das Successionsrecht und die Successionsordnung nach den Regeln des Civilrechtes überhaupt eingeführt ist, oder aus diesem nur einzelne, auf das Successionsrecht oder die Successionsordnung, oder auf die Verbindlichkeit des Lebensfolgers, für die Allodialschulden seines Vorgängers zu haften, sich beziehende Bestimmungen entlehnt und auf das Erblichen übertragen sind<sup>198</sup>). Da es sich bei den hier vorliegenden Abweichungen von den Grundsätzen der gesetzlichen Lebensfolge um die Begründung einer Improperität (oben S. 536 fig.) handelt, so streitet die Vermuthung nicht nur im allgemeinen gegen das Vorhandensein eines Erblichen, sondern auch, wo ein solches dargethan ist, gegen die von den Regeln der gesetzlichen Lebensfolge am meisten abweichende Art, also gegen das reine Erblichen<sup>199</sup>).

Unter mehreren zur Lebensfolge berechtigten und dazu fähigen Personen entscheidet über deren wirklichen Eintritt in den Besitz des Lebens die Lebensfolgeordnung<sup>200</sup>), welche sich, anders als die Zuständigkeit des Lebensfolgerechtes, nach dem Verhältnisse der Successionsberechtigten zu dem letzten Besitzer richtet<sup>201</sup>); und von diesem Gesichtspunkte aus gilt es als eine, die ganze Lehre von der Lebensfolgeordnung beherrschende, Regel, daß eine Succession, die einmal in eine Linie gekommen ist, so lange dieselbe fortbauert, in keine andere Linie gelangen könne<sup>202</sup>); daher insonderheit alle Successionsberechtigten, die bei dem Abgange des letzten Besitzers noch in dessen Linie vorhanden sind, alle übrigen, in anderen Linien befindlichen, ausschließen<sup>203</sup>). Hieraus nun bilden sich

196) Boraus Weber, a. a. D. S. 349, folgert, daß bei Erblichen allgemein (nicht bloß für Descendenten) eine Unzertrennlichkeit der Allodialsuccession von der Lebensfolge (oben S. 522) eintrete.

197) Páq a. a. D.

198) Eichhorn und Mayr a. a. D.

199) Páq a. a. D. Phillips a. a. D. B. II, §. 239.

200) Hierüber sind überhaupt zu vergleichen die oben S. 513, Note 6, angeführten Schriften von Posse und Griesinger; Johann Michaelis, *observ. de ordine succedendi iuris feudalis longobardici*. Stuttg. 1818.

201) Páq a. a. D. §. 106. Mayr a. a. D. §. 88. Phillips a. a. D. B. II, §. 240.

202) Pütter, *Grdr. des teutsch. Staats- und Fürstenrechtes Th. I, S. 343, 353*. Vgl. auch Weber a. a. D. Th. IV, S. 49. Mayr a. a. D. §. 99, S. 234.

203) Besonders anschaulich wird dies Verhältniß von Pütter, a. a. D.

zwei Classen der Lebensfolgeberechtigten, deren eine die andere bei der Ausübung des Successionsrechtes ausschließt, die Classe der Abstammlinge des letzten Besizers und die der Seitenverwandten desselben. Unter mehreren nach der Ordnung der Lebensfolge gleichmäßig zur Succession berufenen Personen findet der Regel nach eine gleiche Theilnahme an dem Besitze des Lehens statt<sup>204</sup>), ohne daß ein Vorzug des Alters oder der Geburt, noch der Wille des Lehensherrn oder des letzten Besizers, in der Regel einen Unterschied begründet<sup>205</sup>). Die Geltendmachung dieses Rechtes auf gleiche Theilnahme kann nun in vorkommenden Successionsfällen auf eine dreifache Weise stattfinden: entweder bleiben die mehreren Lebensfolger in dem gemeinschaftlichen Besitze des Lehens nach ideellen Theilen<sup>206</sup>), was als die gesetzliche Regel anzusehen ist, da zu jeder Abweichung hiervon eine ausdrückliche Bestimmung in dem Investiturvertrage, oder eine specielle Verabredung unter den Successionsberechtigten, die das Gesetz als zulässig anerkennt<sup>207</sup>), erforderlich ist; oder sie theilen vermöge einer solchen Verabredung das Lehen unter sich, indem jeder mitberechtigter Lebensfolger auf Naturaltheilung dringen kann, alle dadurch aber dem Lehensherrn zur Lehenstreue (und zu den unter sich zu vertheilenden Lehendiensten) verbindlich werden<sup>208</sup>); oder sie vereinigen sich dahin, daß das Lehen ungetheilt bei einem von ihnen verbleibt, welcher gewöhnlich den anderen wegen ihrer für jetzt aufzugebenden Ansprüche auf den Mitbesitz eine Abfindungssumme entrichtet, die der Regel nach ihnen mit allodialem Rechte zufällt, oder auch als Lehensstamm (oben S. 494) auf das Lehengut gelegt wird<sup>209</sup>). Das vormalig übliche, und im canonischen Rechte sogar positiv anerkannte, Kürrecht (*maior dividit, minor eligit*) findet gemeinrechtlich bei der Lehenstheilung nicht statt<sup>210</sup>). Auch die sogen. Mutschirung, oder der periodenweise Wechsel unter den mehreren Lebensfolgern im Bezuge der Nutzungen des Lehens, gehört vor-

S. 342, auseinandergesetzt: daß zwar das Recht der Erbfolge in der Abstammung vom ersten Erwerber beruhe, ohne daß solches vom letzten Besizer jemandem genommen werden könne, und daß also in diesem Verstande nicht dem jebeßmaligen Letztverstorbenen, sondern immer dem ersten Erwerber, nämlich nicht *ex beneficio ultimi defuncti*, sondern lediglich *ex beneficio primi adquirentis* oder *ex pacto et providentia maiorum*, succedirt werde; daß aber die Ordnung der Succession, wie immer einer erst den Tod des anderen abwarten müsse, natürlicherweise jebeßmal nach dem Letztverstorbenen und nach dem Verhältnisse der Ueberlebenden gegen denselben zu beurtheilen sei.

204) I. F. 1. §. 1. I. F. 8. pr. II. F. 50.

205) P d s a. a. D. §. 107.

206) II. F. 26. §. 7.

207) II. F. 55. §. 2.: *Aliud feudum (welches nicht mit einem Reichthame verbunden ist), si consortes voluerint, dividatur.*

208) II. F. 26. §. 7. II. F. 55. §. 2. P d s a. a. D. Mayr a. a. D. §. 94.

209) Eichhorn a. a. D. §. 357. Mayr a. a. D.

210) P d s a. a. D. §. 107. Weber a. a. D. Th. III, §. 137, S. 415. Eichhorn a. a. D. §. 357, Note e, vgl. mit §. 387 a. G.

zugeweihe dem teutschen Rechte an<sup>211</sup>). — Als ein jenen verschiedenen Successionsarten unter gleichberechtigten Lehensfolgern gemeinschaftliches Princip der Lehensfolgeordnung nach langobardischem Rechte ist hierbei festzuhalten, daß alle diejenigen, welche bei der Theilung des Lehens oder dessen Ueberlassung an einen unter ihnen zur gleichen Theilnahme an der Succession in das Lehen und zum Mitbesitze desselben berechtigt waren, dieses ihr Successionsrecht fortwährend beibehalten<sup>212</sup>), und es selbst, oder durch ihre Abkömmlinge, alsdann wieder ausüben, wenn durch den Abgang ihres Mitberechtigten und seiner Abkömmlinge der Besitz des Lehens, oder desjenigen Theiles desselben, welcher Jenem damals zugefallen war, wieder eröffnet wird<sup>213</sup>), und daß bei dieser Succession im Falle mehrfach geschehener Theilung des Lehens oder Ueberlassung desselben an einen der Mitberechtigten die nämliche Reihenfolge aufwärts beobachtet werde, in welcher die dazu Berechtigten den Mitbesitz des Lehens oder des den Gegenstand der Succession ausmachenden Theiles desselben aufgegeben hatten<sup>214</sup>). Dieselbe Lehensfolgeordnung findet auch in Ansehung der erledigt werdenden ideellen Theile eines im gemeinschaftlichen Besitze mehrerer Successionsberechtigten verbliebenen Lehens statt<sup>215</sup>).

Erste Classe: Descendenten des letzten Besitzers. Diese succediren, mit Ausschluß aller anderen Personen, bis ins Unendliche<sup>216</sup>), und zwar, ohne Rücksicht darauf, ob sie von derselben Mutter oder von verschiedenen Müttern herkommen<sup>217</sup>); namentlich schließen sie alle Seitenverwandten des letzten Besitzers, auch wenn diese demselben dem Grade nach näher ständen, aus<sup>218</sup>). Zugleich mit den nächsten Descendenten succediren auch die entfernteren, insofern sie von jenen nicht abstammen; also zugleich mit den noch lebenden Söhnen die männlichen Enkel früher verstorbenen Söhne, in deren Stelle sie treten. Ob man dieser, auf positiver gesetzlicher Bestimmung<sup>219</sup>) beruhenden, Regel die Voraussetzung eines Repräsentationsrechtes unterlegen<sup>220</sup>), oder sie, zur Vermeidung dieses, nicht unbestrittenen, Ausdruckes auf die Grundsätze von der Uo-

211) Brackenhoeft a. a. D. S. 744.

212) Eichhorn und Mayr a. a. D.

213) I. F. 8. §. 1. II. F. 50.

214) Pögg a. a. D.

215) Mayr a. a. D.

216) II. F. 11. §. 1. 50.

217) Pögg a. a. D. §. 108. Mayr a. a. D. §. 89. Der natürliche Grund hiervon liegt darin, daß bei der gesetzlichen Lehensfolge nur die Abstammung durch die Männer berücksichtigt wird. Ueber die anscheinend abweichende Bestimmung in II. F. 26. §. 9. und II. F. 103. s. Biener, hermen. S. 23. not. 5., zu vergleichen.

218) Mayr a. a. D.

219) I. F. 8. §. 1. II. F. 11. pr.

220) Wie Mayr, a. a. D. Note 5, mit dem Vorbehalte jedoch, daß dieses Recht überhaupt nicht als Basis für die Ausmittelung der Größe der Erbportion, nach welcher die Quote des Verstorbenen auf den Eintretenden übergehen solle, zu betrachten sei.

Malsuccession zurückführen will<sup>221)</sup>, ist ohne practische Erheblichkeit. Die Kinder des ersten Grades succediren nach Köpfen, die mit ihnen concurrirenden entfernteren Abkömmlinge nach Stämmen, so daß ein jeder dieser letzteren den Antheil erhält, welcher auf seinen vorher verstorbenen Ascendenten, als unmittelbaren Descendenten des letzten Besitzers, gefallen sein würde<sup>222)</sup>.

Zweite Classe: Seitenverwandte des letzten Besitzers. In Ermangelung lebensfolgefähiger Abkömmlinge des letzten Besitzers werden die Seitenverwandten desselben, sofern sie vom ersten Erwerber abstammen, zur Succession berufen; zunächst dessen Brüder und vorher verstorbenen Brüder Söhne, sodann Vaters Bruders Söhne (consobrini), nach ihnen die entfernteren Agnaten bis ins Unendliche<sup>223)</sup>. Ueber die Abstammung derselben von dem ersten Erwerber muß vor Allem, wenn sie bestritten wird, förmlicher Beweis geführt werden<sup>224)</sup>, wofür jedoch eine rechtliche Vermuthung daraus, daß der auf die Succession Anspruch machende Seitenverwandte sich schon im Besitze eines Theiles des Lehens befindet, so wie aus der Nachweisung, daß ein gemeinschaftlicher Ascendent damit belehnt worden, zu entnehmen ist<sup>225)</sup>, und welchen Beweis bei einem Neulehen auch die Nachweisung, daß dasselbe iure feudi antiqui verliehen worden sei, ersetzt<sup>226)</sup>. Dagegen kann umgekehrt auch bei einem altväterlichen Lehen der Gegenbeweis, daß dasselbe mit Zustimmung der Lebensfolger in ein Neulehen verwandelt worden, zum Zwecke der Ausschließung der Seitenverwandten des letzten Besitzers von der Succession in dasselbe geführt werden<sup>227)</sup>, was unter anderen durch die Nachweisung, daß entweder das Lehen mit Einwilligung sämtlicher Betheiligten an einen Fremden veräußert worden, oder daß die ganze Lebensfamilie auf das Lehen unter der Bedingung verzichtet hat, daß einer von ihnen aufs Neue damit belehnt werde (oben S. 535), geschehen kann, aus der bloßen Verzichtleistung auf die Succession zum Besten anderer Folgeberechtigten aber nicht hergeleitet werden kann<sup>228)</sup>. Auf den Unterschied zwischen voller und halber Geburt kommt übrigens auch bei den Lebensfolgern aus dieser Classe nichts an<sup>229)</sup>, vorausgesetzt jedoch, daß dieselben einen gemeinschaftlichen Stammvater mit dem Verstorbenen haben<sup>230)</sup>; daher zwar consanguinei und germani mit einander

221) Pâq a. a. D. §. 108 a. G.

222) Pâq, Eichhorn, Mayr a. a. D.

223) I. F. 14. §. 1. II. F. 11. §. 1. II. F. 50. Pâq a. a. D. §. 109. Mayr a. a. D. §. 90.

224) Majer, teutsche Erbfolge, 1. Forts., Nr. 11, gibt eine vierfache Richtung dieses Beweises an.

225) I. F. 4. §. 2. I. F. 12.

226) Eichhorn a. a. D. §. 352. Mayr a. a. D. §. 79.

227) II. F. 11. §. 2. II. F. 15. §. 1.

228) Eichhorn und Mayr a. a. D.

229) Mayr a. a. D. §. 90, womit was oben in der Note 217, S. 549, hierüber bemerkt worden, zu vergleichen ist.

230) Si feudum fuit illius parentis, qui eius fuit agnationis communis: II. F. 11. §. 1.



concurriren, uterini aber (bei der Succession in Mannlehen) gänzlich ausgeschlossen sind<sup>231</sup>). Daß andererseits in Weiberlehen uterini und germani mit einander concurriren, wie Mayr annimmt, ist nicht allgemein richtig, und gilt namentlich so wenig von der Zeit, ehe das Lehen an den weiblichen Stamm gekommen ist, als nachher, wenn es sich um die Succession von Seitenverwandten handelt, die von einem männlichen Cognaten abstammen; daher auch Böhmer jenen Satz nur unter der Voraussetzung, daß von einem feudum per patrem acquisitum und einer investitura matris die Rede sei, ausspricht. — Ueber die Ordnung selbst, welche unter mehreren zur Lebensfolge berechtigten Seitenverwandten zu beobachten ist, hat die Doctrin drei verschiedene Systeme aufgestellt, deren jedes eifrige Vertheidiger unter den angesehensten Lehenrechtsgelahrten gefunden hat: 1) das der reinen Gradualfolge, nach welcher unter den lebensfolgefähigen Seitenverwandten des letzten Vasallen lediglich die Nähe des Verwandtschaftsgrades in Beziehung auf diesen entscheidet, daher dieselben in der nämlichen Ordnung zur Lebenssuccession berufen werden, welche das römische Recht für die Allodialsuccession vorschreibt, also daß zunächst die Brüder des letzten Vasallen mit den Söhnen vorher verstorbener Brüder desselben, erstere nach Köpfen, letztere, wenn sie mit einem Bruder des Verstorbenen concurriren, nach Stämmen, wenn sie aber allein vorhanden sind, ebenfalls nach Köpfen<sup>232</sup>), in das Lehen succediren. Sind weder Brüder, noch Brudersöhne, vorhanden, so succediren die entfernteren Agnaten nach der Nähe des Grades, und unter gleich Nahen wird nach Köpfen getheilt. 2) Das System der reinen Linealfolge, welches dem Gradualsysteme insoweit geradezu entgegensteht, daß, während bei diesem allein auf die Nähe des Grades und nicht auf die Linie, bei jenem ausschließlich auf die Nähe der Linie gesehen wird, ohne die Gradesnähe dabei zu berücksichtigen. Nach diesem, im allgemeinen auf die Parentelensuccession des altgermanischen Rechtes gegründeten, Systeme succediren zunächst diejenigen Seitenverwandten, und zwar diese ausschließlich und sämmtlich, welche zu der Linie (oder dem Stamme) des letzten Lebensbesizers gehören, d. h. alle diejenigen, welche mit ihm den nächsten Stammvater gemein haben, und sie stehen zu einander in demselben Verhältnisse, wie wenn sie dem nächsten Stammvater selbst als dessen Descendenten im Lehen folgen würden. So lange in der Speciallinie, zu welcher der Verstorbene gehört, Seitenverwandte desselben vorhanden sind, bleibt das Lehen bei diesen, mit Ausschluß aller anderen Linien<sup>233</sup>); sind aber in dieser Linie keine lebens-

231) Bitsch, comm. ad II. F. 11. p. 293. Böhmer, de succ. feud. fratrum; in elect. feud. T. II. nr. 8. §. 5. 6. Mayr a. a. D. §. 90, Note 1.

232) Indem die befallige Bestimmung des Reichsabschiedes von 1529, §. 31, sich, zufolge der denselben begleitenden kaiserlichen Constitution vom 23. April g. J. namentlich auch auf die Lebensfolge bezieht: R. Samml. der Reichsabsch. Th. II, S. 299 u. 302. Omeiner a. a. D. B. III, §. 366, Note 2.

233) Als ein practisches Argument für diesen Vorzug wird von Omeiner, a. a. D. B. III, §. 369 u. 370, S. 27, angeführt, daß der Stifter jener



folgefähigen Seitenverwandten mehr vorhanden, so treten nun die mit der Stiftung dieser Linie zugleich entstandenen Nebenlinien ein, und auf gleiche Weise schreitet die Succession aufwärts von einer Stufe zu der anderen, bis das Lehen zuletzt den mit der ersten Hauptlinie zugleich entstandenen Nebenlinien zufällt. Das hierdurch begründete Verhältniß der Seitenverwandten aus mehreren Linien zu einander gibt Bracken-*hoeft*<sup>234)</sup> dahin an: daß Nachkommen von höheren Ascendenten, unter denen dann wieder der nähere vorgeht, sämtlichen Nachkommen von Geschwistern nachstehen<sup>235)</sup>. Von einem Vorzuge des Grades unter den einzelnen Gliedern der gleichzeitig zur Succession gelangenden Linien weiß dieses System nichts, vielmehr theilen die sämtlichen dazu gehörigen Seitenverwandten, welche keinen noch lebenden Ascendenten in derselben Linie vor sich haben, das Lehen unter sich blos stammweise. Die hierbei zu beobachtende Regel bestimmt v. *Pfizer*<sup>236)</sup> ganz richtig dahin: es werde ebenso gehalten, als ob die Theilung gar nicht vorgegangen, als ob die erloschene Linie gar nicht vorhanden gewesen wäre.

3) Das gemischte oder Linealgradualsystem, welches die beiden anderen insofern mit einander verbindet, daß es, wie das letztere, zuerst auf die Nähe der Linie sieht, dann aber in der nächsten Linie mit dem ersteren die Nähe des Grades berücksichtigt. In vorkommenden Successionsfällen gelangen darnach zuerst die Seitenverwandten, welche zur Linie des Vasallen gehören, zur Lebensfolge, und in deren Ermangelung successiv die übrigen Linien aufwärts, ganz nach der obigen Regel des Linealsystems. Unter den einzelnen Gliedern der zur Succession gelangenden Linien aber entscheidet die Nähe des Verwandtschaftsgrades zu dem Verstorbenen, in gleicher Weise, wie solches nach der obigen Regel des Gradualsystems stattfindet<sup>237)</sup>. Das practische Interesse der Verschiedenheit dieser drei Systeme der Lebensfolgeordnung aber zeigt sich beispielsweise darin, daß in dem unten<sup>238)</sup> bemerkten Falle dem a, als letztverstorbenem Lebensbesitzer, nach dem Gradualsysteme b und d,

Speziallinie denselben für seine Nachkommen durch die bei seinem Eintritte in den Lebensbesitz den Stiftern der anderen Linie gezahlte Abfindung (oben S. 548) erworben habe.

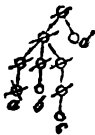
234) X. a. D. S. 779, Note 510.

235) Vorüber auch II. F. 95. zu vergleichen ist.

236) X. a. D. §. 31. Ebenso *Poffe*, Erbfolge in Lehen- und Stammgüter S. 33.

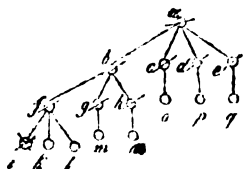
237) Ueber diese Charakteristik der drei vorgedachten Systeme der Lebensfolgeordnung ist zu vergleichen *Mayr* a. a. D. §. 91—93. *Phillips* a. a. D. B. II, §. 240. Ein geeignetes Schema für jede derselben findet man bei *Dieck* Grundriß §. 144—146.

238)



mit Ausschließung des c, als dem Grade nach entfernter, nach dem Linealsysteme b und c, mit Ausschließung des d, als einer früher entstandenen Linie angehörig, nach dem Linealgradualsysteme b allein, mit Ausschließung von c und d, des ersteren dem Grade, des anderen der Linie nach, succediren würden. — Fände sich nun in den positiven Gesetzen eine Entscheidung darüber, welches dieser drei Systeme der Collateralenfolge für das richtige zu halten sei, so wäre damit allem doctrinellen Streite hierüber ein Ende gemacht, und wirklich enthalten eine solche Entscheidung zwei hier einschlagende Verordnungen<sup>239)</sup>, welche mittelst Anwendung der ganz einfachen Interpretationsregel, daß zwei mit gleicher gesetzlichen Gültigkeit neben einander bestehende, und selbstständige Verfügungen über denselben Gegenstand enthaltende, Bestimmungen so verstanden werden müssen, daß sie nicht einander widersprechen, vielmehr neben einander, eine jede in ihrer besonderen Sphäre, zur Anwendung kommen, gar wohl mit einander vereinigt werden können, und in dieser Vereinigung eine sichere Grundlage für das sogenannte Coalitionssystem der in der Anwendung zusammen treffenden Lineal- und Gradualfolge abgeben. Es werden dieselben jedoch von den Vertheidigern des reinen Gradual- und des reinen Linealsystems in ganz anderem Sinne, wiewohl in entgegengesetzter Richtung, ausgelegt, und zur Unterstützung des einen und des anderen Systems in der Weise benutzt, daß die Ersteren nur II. F. 37., die Anderen nur II. F. 50., als die über die Lebensfolgeordnung allgemein entscheidende Norm anerkennen, und diese dagegen die ersterwähnte, jene die letztgedachte Stelle, als auf einen specielleu Fall sich beziehend darzustellen suchen. Geht man indessen, unter Anwendung der oben erwähnten Interpretations-

239) II. F. 37.: Ad agnatum proximioem feudum pertinebit, si paternum fuerit; eodem prorsus observando quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus; — und II. F. 50.: Si quis habens beneficium, quatuor superstibus filiis decedat; et feudum ad unum solum ex divisione deveniat, et iste superstibus filiis duobus vel tribus decedat, qui patruales dicuntur; et ad unum eorum beneficium feudi ex divisione perveniat, et similiter iste superstibus filiis decedat, qui patruales dicuntur, ad quorum unum feudum similiter pervenit; sicut etiam ex aliis superioribus (Weber, a. a. D. Th. III, S. 486, sagt irrig superstibus) vel primis fratribus supersunt masculi. Si ille, qui feudum habet, decesserit nullo filio relicto: an ad omnes vel ad quos perveniat, quaeritur. Respondeo, ad solos et ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit. Et hoc est, quod dicitur ad proximiores pertinere; isti vero proximiores esse dicuntur respectu aliarum linearum. Sed omnibus ex hac linea deficientibus, omnes aliae lineae aequaliter vocantur. Zur Erläuterung dienendes Schema:



- k. l. fratres ultimi defuncti.
- m. n. superstites ex superioribus fratribus.
- o. p. q. superstites ex primis fratribus.

regel, davon aus, daß der Lehenstext II. F. 50., welcher die Lebensfolge, insonderheit die der Collateralen, in ihren allgemeinsten Beziehungen auffaßt und deren Ordnung regelt, für die eigentlich entscheidende Stelle zu halten, und die Anwendung der in II. F. 37. enthaltenen Regel auf diejenigen Voraussetzungen zu beschränken sei, wofür jener keine positive Bestimmung enthält, so wird man leicht die Ueberzeugung gewinnen, daß in II. F. 50. der Feudist nur bezweckt habe, die Ordnung der Lebensfolge für die sämmtlichen, durch die mehrere Generationen hindurch beobachtete Individualsuccession in das Lehen successiv entstandenen, und solchergestalt in einem gemeinsamen Parentelnerus begriffenen, Linien, als solche, und in ihrem Verhältnisse gegen einander, zu bestimmen, ohne dabei zu berücksichtigen, oder sich darüber auszusprechen, in welcher Reihenfolge die einzelnen, in jeder der stufenweise zur Succession berufenen Linien vorhandenen, lebensfolgefähigen Personen auf den Besitz des ihrer Linie angefallenen Lehens Anspruch zu machen hätten, und ob dabei der einen oder der anderen dieser Personen ein Vorzug vor den übrigen aus einem derselben individuell zur Seite stehenden Grunde (wie z. B. dem der Nähe des Verwandtschaftsgrades zum letzten Lebensbesitzer) zugestehen sei, sowie daß in II. F. 37. gerade darüber, daß unter mehreren zur Lebensfolge berufenen Seitenverwandten die Gradesnähe, nach den darüber im römischen Rechte enthaltenen Bestimmungen, den Vorzug einzelner vor den übrigen bestimmen solle, entschieden worden sei, und solchermach diese Stelle dem Texte II. F. 50., insonderheit den Worten *et hoc dicitur ad proximiores pertinere*, dergestalt zur Ergänzung diene, daß auch hierbei der die ähnliche Bestimmung in jener ersteren *ad agnatum proximorem feudum pertinebit* begleitende erläuternde Zusatz *eodem prorsus observando quantum ad ordinem gradus etc.* hinzugebracht werden müsse<sup>240</sup>). Diese Art der Vereinigung beider Lehenstexte stimmt auch mit der geschichtlichen Grundlage, aus welcher man die darin enthaltenen Verfügungen abzuleiten hat, vollkommen überein. Wie nämlich schon unter den longobardischen Königen des 7. und 8. Jahrhunderts dem römischen Rechte gesetzliches Ansehen neben den einheimischen Rechtsnormen zugestanden wurde<sup>241</sup>), so kann es nicht befremden, daß insonderheit auch bei der Erbfolge dem im altgermanischen Rechte gegründeten Princip der Stammfolge die aus dem römischen Rechte entlehnte Prærogative der Gradesnähe beigemischt<sup>242</sup>), und hiernach auch in die longobardische Lehenrechtsammlung solche Bestimmungen aufgenommen wurden, durch welche in der Anwendung auf die Ordnung der Lebensfolge jenes für das Verhältniß mehrerer zur Succession berechtigten Linien unter sich bestehende Princip der Stammfolge für das Verhältniß der einzelnen,

240) Majer, deutsche Erbfolge, 1. Fortf., Nr. IX, §. 1.

241) v. Savigny, Gesch. des röm. Rechtes im Mittelalter B. I, S. 97, B. II, S. 205.

242) *Parens parenti per gradum et parentelam hæres succedit: Cap. 153. legum Rotharis, apud Georgisch p. 966.*



in den nach diesem Princip zur Succession berufenen Linien befindlichen, Personen aus dem römischen Rechte ergänzt wurde, wovon, außer dem mehrgedachten Lehensterte II. F. 37., auch die, für die Lebenssuccession der (die erste Stufe der Collateralinalfolge einnehmenden) Brüder und Brudersöhne das dem Gradualsysteme des römischen Rechtes eigene Repräsentationsrecht einführende Stelle II. F. 11. §. 1.<sup>243</sup>), zur klaren Bestätigung dient<sup>244</sup>). Ungleich größere Schwierigkeit, als man hiernach bei der Vereinigung der beiden oben angeführten Hauptstellen zur Begründung des Linealgradualsystems im allgemeinen finden wird, bietet dagegen eine klare Auffassung des Inhaltes von II. F. 50. rücksichtlich der einzelnen dadurch entschiedenen Successionsfälle dar. Man kann wohl darin mit Mayr<sup>245</sup>) übereinstimmen, daß dem Feudisten eine äußerst mittelmäßige Redaction dieser Stelle und auffallende Unbehilflichkeit des Ausdruckes zur Last falle, aber von dem Vorwurfe einer aus derselben nach jeder Interpretationsweise sich ergebenden Ungereimtheit wird man ihn doch freisprechen müssen. Zu einer solchen würde es allerdings führen, wenn man mit Schnaubert<sup>246</sup>) und Weber<sup>247</sup>) die Worte qui ex illa linea sunt von der Hauptlinie des b (nach dem obigen Schema) verstehen, und auf diese auch die Worte an ad omnes beziehen, somit durch den Lehenstert nichts weiter für entschieden halten wollte, als daß, nach dem Abgange der sämtlichen Abkömmlinge aus jener Linie, die drei anderen Hauptlinien (c, d, e) gleichmäßig zur Succession gelangen sollten; denn nachdem von dem Feudisten die factischen Verhältnisse des zu entscheidenden Successionsfalles mit der größten Genauigkeit dahin angegeben worden, daß der letzte Lehenbsitzer keinen Sohn bei seinem Ableben hinterlassen habe, ohne zu erwähnen, daß die beiden Brüder, welche derselbe jener factischen Angabe zufolge gehabt, und etwaige Abkömmlinge derselben, vor ihm verstorben seien, wogegen ausdrücklich angeführt worden, daß überlebende männliche Abkömmlinge von seinen Vorfahren, den früheren Lehenbsitzern, in zwei Abstufungen (ex superioribus et primis fratribus) vorhanden gewesen seien; so kann man vernünftigerweise nicht anders annehmen, als daß auch dieses ganze Successionsverhältniß, wie es hier umständlich dargelegt worden, nach allen seinen Richtungen habe entschieden werden sollen; dann aber mußte, nach ganz unzweifelhafter gesetzlicher Bestimmung<sup>248</sup>), die Succession zunächst und ausschließend an die Brüder des letzten Lehenbsitzers und vorher verstorbenen Brüder Söhne, so wie deren weitere männliche Nachkommen (ad solos et ad omnes, qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit), gelangen, in deren Ermangelung sodann ebenwohl nach einem aus-

243) Vocantur primo fratres cum fratrum praemortuorum liberis. Vgl. auch I. F. 14. §. 1.

244) Die nähere Ausführung bei Pfeiffer, über die Ordnung der Regierungsnachfolge in teutschen Staaten u. s. w. Th. I, §. 41 flg.

245) A. a. D. §. 91, Note 7.

246) A. a. D. §. 144, S. 462.

247) A. a. D. §. 144, S. 487.

248) II. F. 11. §. 1.

drücklichen Lehensterbe<sup>249</sup>) an die Ueberlebenden in den von des Vaters Brüdern desselben gestifteten Linien (*superstites ex superioribus fratribus*), endlich, auch in deren Ermangelung, an die Ueberlebenden in der von seines Großvaters Brüdern gestifteten Linien (*superstites ex primis fratribus*), und in jeder dieser Abstufungen, gleichmäßig an die sämmtlichen von demselben unmittelbaren Stammvater herrührenden Linien (*omnes aliae lineae aequaliter vocantur*). Und gerade so findet man denn auch wirklich den in II. F. 50. vorgetragenen Successionsfall daselbst entschieden, wenn man nur der mangelhaften Redaction dieser Stelle dadurch nachhilft, daß man den Ausdrücken *iste* und *isti*, so wie *omnes aliae lineae*, eine respective Bedeutung beilegt, und hiernach die Worte *ex qua iste* suit auf den, welcher in jeder der nach einander entstandenen Linien in den ausschließenden Besitz des Lehens gekommen ist<sup>250</sup>), und das *isti proximiores* auf diejenigen, welche in jeder der einzelnen, successiv zur Lehensfolge gelangenden, Linien den unmittelbaren Stammvater mit Jenem gemein haben, bezieht, unter den *omnes aliae lineae* aber, welche aequaliter zur Succession berufen werden, die sämmtlichen Linien in jeder einzelnen zur Succession gelangenden Abstufung, zunächst also die von den *fratres superiores*, sodann die von den *fratres primi* gestifteten, versteht. Darauf deutet auch schon Weber, welcher (S. 488) den Grund der Linealsuccession sehr richtig deducirt, durch den wiederholten, seinen Zweifel ausdrückenden, Einschluß: derjenigen des F oder des B?, und: entweder die von G und H oder die von C, D und E gestiftete?, hin, und man braucht dabei nur das „ober“ mit „beziehungsweise“ zu vertauschen, um seine Ansicht mit der hier versuchten Auslegungsweise in Einklang zu bringen. Uebrigens werden zur Bestimmung der unter den Seitenverwandten einer jeden in dem vorkommenden Successionsfalle zur Lehensfolge berufenen Linie zu beobachtenden Reihenfolge nach der Gradesnähe die Verwandtschaftsgrade durchaus nach den Grundsätzen des römischen Rechtes, nicht wie Einige<sup>251</sup>) geglaubt haben, nach der canonischen Computationsweise, berechnet<sup>252</sup>).

Das in dem Bisherigen näher auseinandergesetzte System der Linealgradualfolge kann nun gegenwärtig als dasjenige bezeichnet werden, dessen Richtigkeit von den neuesten und bewährtesten Lehenrechtsgelehrten<sup>253</sup>) fast ohne Ausnahme anerkannt ist, und welches daher gemein-

249) I. F. 19. §. 1.: *frater patris*.

250) In gleichem Sinne bemerkt Majer, deutsche Erbfolge §. 49: Der Feudist verstand unter dem Worte Linie ein jedes einzelne Kind seiner Eltern.

251) Unter Anderen Biener, de successione feudorum sec. linearum praerogativam ord. §. 12.; in opusc. Vol. I. p. 113.

252) Majer, deutsche Erbfolge, 1. Forts., Nr. IX. Mayr a. a. D. §. 89, Note 4.

253) Weber a. a. D. Th. III, §. 144, bei welchem man die ausführlichste Erörterung der drei Lehensfolgesysteme findet. Eichhorn a. a. D. §. 356. Mayr a. a. D. §. 93. Phillips a. a. D. B. II, §. 240. — Walbeck, in den Controv. des Oberappellationsger. zu Wolfenbüttel, Nr. 13, theilt ein Erkenntniß dieses Gerichtes vom Jahre 1823 mit, wodurch das Linealgradual-

rechtlich, d. h. allenthalben, wo die Lebensfolge nach den Grundsätzen des longobardischen Rechtes beurtheilt wird, zur Anwendung kommt. Daneben ist es jedoch in practischer Hinsicht sehr bemerkenswerth, daß gerade bei diesem Bestandtheile des Lebensverhältnisses, nämlich bei dem Uebergange des Lehens auf die Nachfolger des letzten Besitzers desselben, mehr als bei irgend einem anderen, die davon wesentlich abweichenden Grundsätze des germanischen Rechtes durch eine ziemlich weit verbreitete Gewohnheit, die jedoch, so ausgedehnt an örtlichem Umfange ihre Wirksamkeit sein mag, immer nur eine particularrechtliche Norm zu begründen vermag, sich in fortwährendem Gebrauche erhalten haben. Eine übersichtliche Darstellung dieser Grundsätze wird daher hier, gegen die sonstige Regel der Nichtberücksichtigung particularrechtlicher Bestimmungen, immer als zweckmäßig erscheinen<sup>254</sup>). Die Lebensfolge der Seitenverwandten nach teutschem Rechte unterscheidet sich wesentlich von der des longobardischen dadurch, daß letztere eine Succession aus dem Geblütsrechte, erstere hingegen eine solche aus Vertrag ist, daher jene auf der Abstammung vom ersten Erwerber und dem Verwandtschaftsverhältnisse zu demselben beziehungsweise zum letzten Besitzer des Lehens, diese auf der Erwerbung und Erhaltung der eigenen und selbstständigen Theilnahme an dem durch die Investitur begründeten Vertragsverhältnisse, vorzugsweise beruht. In der früheren Zeit bedurfte es nämlich, um, wenn Mehrere insgesammt mit einem Gute belehnt worden waren, jedem der Mitbelehnten seinen Anspruch auf das Ganze für den Fall des Abganges eines unter ihnen zu erhalten, der Fortdauer ihrer Gemeinschaft und ihres gemeinschaftlichen Besitzes, indem jede Theilung des Lehens für denjenigen, welcher dadurch seinen Mitbesitz an den Theilen seiner Mitbelehnten aufgab, den gänzlichen Verlust seines Anspruches auf diese Theile, nach der alten Rechtsregel: Theilung bricht Folge, nach sich zog. So lange nun die Gemeinschaft des Lehens und dessen gemeinschaftlicher Besitz fortgesetzt wurde, erfolgte bei dem Abgange eines der Mitbelehnten der Uebergang des Gegenstandes seiner Theilnahme an dieser Gemeinschaft auf dem einfachsten Wege durch Consolidation, indem seine Mittheilhaber in einem solchen Erledigungsfalle nur in ihr eigenes, durch die Concurrenz des Abgegangenen in der Ausübung beschränkt gewesenes, Recht wieder eintraten. Von einer eigentlichen Succession konnte dabei keine Rede sein; diesen Charakter nahm die Lebensfolge unter Mitbelehnten nach teutschem Rechte erst dann an, als man sich, um der oben gedachten natürlichen Wirkung einer vorgenommenen Lebenstheilung zu entgehen, mit dem Lehensheern vertragmäßig darüber einte, daß die gänzlich oder theilweise aus dem Besitze des Lehens getretenen Mitbelehnten dennoch als dem Rechte nach in der Gemeinschaft desselben verblieben

system ausdrücklich als das vorzüglichere anerkannt wurde. — Die weitere Literatur in Beziehung auf alle drei Systeme hauptsächlich bei Griesinger a. a. D. S. 364 fig. und Mayr a. a. D. §. 91, Note 6, §. 92, Note 1, §. 93, Note 2. 254) Im allgemeinen ist hierüber zu vergleichen: Weber a. a. D. Th. III, §. 189. Eichhorn a. a. D. §. 359. Mayr a. a. D. §. 96.

betrachtet werden, und vermöge dieses Vertrages im Falle der Erledigung eines der unter dieser symbolischen Gemeinschaft verbliebenen Theile gerade so, wie es sonst vermöge der Consolidation geschehen sein würde, succediren sollten. Eine Gesamtbelehnung mit diesem Vorbehalte nannte man die Gesamte Hand, in deren Folge die Gemeinschaft des Lebens selbst in der That aufgelöst, und an deren Stelle das Bekenntniß des Lehenherrn gesetzt wurde, daß er es so betrachten wolle, als ob für den Zweck der künftigen Succession unter den Gesamtbelehnten auch nach erfolgter Theilung das Gemeinschaftsverhältniß unter den Abgetheilten zu einander noch bestehe. Die Erhaltung dieser gesammten Hand und des darin gegründeten Successionsanspruches für die sämmtlichen in der Gesamtbelehnung begriffenen Personen und ihre lebensfolgefähigen Abkömmlinge erfordert es aber, daß dieselbe von Fall zu Fall von allen einzelnen Betheiligten erneuert werde<sup>255</sup>), indem auf gleiche Weise, wie ehedem die Theilung, nun die Verabsäumung dieser Erneuerung die durch die Gesamtbelehnung symbolisch repräsentirte Gemeinschaft des Eigenthums aufhebt, und den, welcher sie versäumte, von der Lebensfolge ausschließt<sup>256</sup>). Nachdem solchergestalt die Lebensfolge des teutschen Rechtes den Charakter einer eigentlichen Succession angenommen hatte, entstand auch das Bedürfniß einer dabei zu beobachtenden Successionsordnung, welche die reine Anwendung des Consolidationsprincips früherhin nicht hatte vermiffen lassen; diese Successionsordnung ist nun in der Regel die oben beschriebene gemeinrechtliche<sup>257</sup>); sie richtet sich demnach zugleich nach der Linie und nach dem Grade, so daß also unter mehreren Lebensfolgern, welche zu demselben Stamme gehören, der Gradesvorzug entscheidet<sup>258</sup>). Nur in Sachsen und in den Ländern des sächsischen Rechtes<sup>259</sup>) besteht eine eigenthümliche Successionsordnung unter den in der Gesamtbelehnung begriffenen Personen, worüber Zacharia<sup>260</sup>) ausführliche Auskunft gibt.

Noch andere Abweichungen von der gemeinrechtlichen Lebensfolge-

255) In Vergleichung mit dieser, die fortbauernbe Zuständigkeit des Lebensfolgerechtes wesentlich bedingenden, Erneuerung erscheint die nach dem longobardischen Rechte übliche, nur die dem Lehenherrn schuldige Treue bethätigende, Lebenserneuerung (oben S. 443) als bloße Formalität: Bachmann, über die Lebensfolge der Seitenverwandten S. 102.

256) Eine ausführlichere Erörterung des Ursprunges, der weiteren Fortbildung, des eigentlichen Charakters und der Wirkungen der Gesammten Hand des neueren Rechtes bei Pfeiffer a. a. D. §. 44 flg. Derselbe theilt in den practischen Ausführungen, B. I, S. 175 flg., einen nach diesen Grundsätzen von dem Oberappellationsgerichte zu Cassel entschiedenen Anwendungsfall mit. Vgl. auch Meurer, von der Succession in Leben- und Stammgüter §. 44 flg. v. Pfizer a. a. D. §. 92 flg.

257) Eichhorn a. a. D. S. 359, 381.

258) Auch dieses findet man näher ausgeführt und mit Beispielen practischer Anwendung belegt bei Pfeiffer, über die Regierungsnachfolge u. s. w. Th. I, §. 47.

259) Vgl. Mayr a. a. D. Note 12.

260) X. a. D. §. 97 flg.

ordnung haben ihren Grund theils in der eigenthümlichen Beschaffenheit der Lehen, wie namentlich bei Weiberlehen, theils in der Begründung einer besonderen Successionsordnung durch die Autonomie der Lehenpersonen.

Von denjenigen, welchen nicht nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen von der Lebensfolge, sondern vermöge ihrer Aufnahme in die Investitur neben den zunächst Belehnten, ein Successionsrecht zusteht<sup>261</sup>), wie z. B. den Mitsubelehnten und Eventualbelehnten (oben S. 411, 416)<sup>262</sup>), gilt im allgemeinen die Regel, daß sie in der Ordnung der Nachfolge allen denjenigen nachstehen, welche von dem zuerst hauptsächlich Belehnten (dem ersten Erwerber) abstammen; und aus diesem Grunde gehen insonderheit bei Weiberlehen auch die von demselben abstammenden Frauen und Cognaten jenen vertragsmäßigen Lebensfolgern, namentlich auch den in der ersten Investitur mitbegriffenen Brüdern desselben, vor<sup>263</sup>). Innerhalb der zur Succession in ein Weiberlehen unmittelbar berechtigten Familie bestimmt sich die Ordnung der Lebensfolge zunächst nach der Eintheilung der Weiberlehen in durchgehende (promiscua s. simpliciter feminina), wobei die weiblichen Nachkommen des ersten Nasallen hinsichtlich der Lebensfolge den männlichen schlechthin gleichstehen, und subsidiarische (successiva s. conditionata), wobei Jene erst nach dem Abgange des Mannstammes zur Succession berufen werden. Bei ersteren, gegen welche jedoch, da sich in ihnen die bei Weiberlehen überhaupt stattfindende Improperität in ihrer größten Ausdehnung äußert, eine rechtliche Vermuthung streitet, weicht die Lebensfolgeordnung von der gemeinrechtlichen in nichts weiter ab, als daß dieselbe gleichmäßig auf die weiblichen Nachkommen, wie auf die männlichen, in völliger Unter Mischung mit diesen, anwendbar ist. Von der Successionsordnung in subsidiarische Weiberlehen hingegen gelten die nachfolgenden Regeln<sup>264</sup>): 1) Frauen und Cognaten sind so lange gänzlich von der Lebensfolge ausgeschlossen, bis der Mannstamm des ersten Erwerbers in allen seinen Gliedern erloschen ist<sup>265</sup>); und dieser Vorzug der männlichen Descendenten findet selbst bei der Lebensfolge in ein feudum femineum Anwendung<sup>266</sup>). 2) Die während der Succession des Mannstammes durch diesen ausgeschlossenen weiblichen Nachkommen behalten ihre Lebensfolge-recht, und es kommt dasselbe nach dessen Abgange zur Ausübung<sup>267</sup>); bei dem Eintritt dieses Ereignisses concurriren dieselben mit denjenigen,

261) Meurer, a. a. D. S. 94, sagt von diesem Falle, es sei darin gar keine Lebenssuccession vorhanden, sondern nur Succession in ein Gut, dessen alter Lebensnexuſ erloschen sei.

262) Schmalz a. a. D. §. 616.

263) Eichhorn a. a. D. §. 858 und Note a.

264) Vgl. Pütz a. a. D. §. 113. Weber a. a. D. Th. III, §. 126. Mayr a. a. D. §. 95.

265) II. F. 17. pr. §. 1. I. F. 8. §. 2. II. F. 30. pr.

266) II. F. 30. pr.

267) In deren Sicherstellung ihnen der Gebrauch aller geeigneten Rechtsmittel zusteht; Weber a. a. D. S. 282.



an welche die Reihe der Lebensfolge bisher noch gar nicht gelangt war (die einmal verdrängten Weibspersonen, wie *Gönnner*<sup>268</sup>) sich ausdrückt, mit den noch nicht verdrängten). 3) Unter mehreren beim Erlischen des Mannstammes am Leben befindlichen Frauen und männlichen Cognaten gehen stets die letzteren den ersteren vor; sowohl bei dem ersten Uebergange des Lebens von dem Mannstamme auf die weiblichen Nachkommen, als bei der weiteren Vererbung desselben innerhalb des weiblichen Stammes, nachdem es auf diesen durch die Succession gekommen war. Wenn jedoch 4) nachdem das Leben auf eine Frau als nächste Lebensfolgerin gekommen ist, ein männlicher Cognat geboren wird, welcher zur Zeit des Successionsanfalles noch nicht empfangen war, so kann für diesen jener Vorzug nicht mehr rückwirkend geltend gemacht werden<sup>269</sup>. 5) Unter den weiblichen Nachkommen gleicher Art (Frauen oder Cognaten) entscheidet die Regel der Lebensfolgeordnung nach dem oben als das gemeinrechtliche nachgewiesenen Linealgradualsystem; also die Nähe der Linie und des Grades im Verhältnisse zum letzten Besizer<sup>270</sup>; es gibt aber insbesondere 6) unter mehreren successionsberechtigten Frauen die Abstammung vom ersten Erwerber durch eine Mannsperson keinen Vorzug vor solchen, die eine Frau zur unmittelbaren Stammutter haben<sup>271</sup>). An mehrere dieser Regeln knüpfen sich jedoch nicht unerhebliche Controversen der Lehenrechtswissenschaft. So wird der zweiten Regel von älteren und neueren Schriftstellern<sup>272</sup>) der ehemals vielbesprochene, aus I. F. 6. §. 1.<sup>273</sup>) entlehnte Satz: *femina semel exclusa semper exclusa manet*, entgegengestellt. Da jedoch der in der Hauptstelle, welche über das Verhältniß des Mannstammes zu den weiblichen Nachkommen bei der Succession in Weiberlehen entscheidet — II. F. 17. — wiederholt gebrauchte Ausdruck *donec* eine viel bestimmtere Bedeutung hat, als das bloß relative *ulterius* in dem erstgedachten Lehensterte, und gerade in seiner gewöhnlichen Bedeutung eine vorübergehende Zeitdauer, nach deren Ablauf ein gewisses Ereigniß eintreten soll, bezeichnet, so folgt hieraus, in Verbindung mit dem auf Nachkommen bereits zur Succession

268) Ueber die Succession in successive Weiberlehen nach erloschenem Mannstamme; im Archive für Gesetzgebung u. s. w. B. II, S. 265.

269) *Gmeiner* a. a. D. B. II, §. 354, S. 221. *Weber* a. a. D. Th. III, S. 285 u. 287.

270) Dieß kann zur Folge haben einerseits, daß ein männlicher Cognat seine eigene noch lebende Mutter ausschließt: *Gmeiner* a. a. D. B. II, §. 354, S. 219. *Weber* a. a. D. Th. III, S. 286 u. 293; andererseits daß die durch einen solchen ausgeschlossene Mutter, gegen die sonstige Regel der Successionsunfähigkeit der Ascendenten des letzten Lebensbesizers (oben S. 536 fig.), nach dessen kinderlosem Ableben zur Lebensfolge gelangt, wie denn überhaupt jene Regel bei der Succession in Weiberlehen manche, wenigstens scheinbare, Abweichung darbietet: *Weber* a. a. D. S. 532 fig., ohne daß jedoch die concurrirende Ascendentenqualität irgend einen Vorzug zu begründen vermöchte: *Poffe*, über Erbfolgerecht u. s. w. S. 99. *Paß* a. a. D. §. 113 a. G.

271) *Weber* a. a. D. S. 287.

272) *Bitsch*, comm. ad I. F. 6. §. 1. p. 104. *Bezin*, fl. jur. Schr. Abh. II. *Reichhelm*, Auslegung dunkler Gesetze Abh. II.

273) *Relicto masculino, ulterius feminae non admittuntur*.

gelangter männlicher Abkömmlinge hinweisenden Ausdrucke *superest*, ganz einfach die Regel, daß die Frauen nur währenddem, daß noch männliche Nachkommen des ersten Erwerbers, welche vor ihnen zur Succession gelangen, vorhanden sind, zur Lebensfolge nicht zugelassen werden sollen<sup>274</sup>). Mit dem obigen Satze würde selbst der, doch allgemein angenommene, Begriff eines successiven Weiberlebens ganz unverträglich sein, indem eine successive Nachfolge der Frauen den vorgängigen Eintritt des Mannestammes nothwendig voraussetzt<sup>275</sup>). Fast noch bestrittener ist die dritte Regel, wenigstens in Ansehung des dadurch den männlichen Cognaten unbedingt zugestandenen Vorzuges vor den Frauen, und namentlich geben unter den neueren Lebensrechtslehrern (Sichhorn<sup>276</sup>) und Mayr<sup>277</sup>) diesen Vorzug des Geschlechtes lediglich mit der Beschränkung zu, daß derselbe nur bei gleicher Nähe der Linie und des Grades geltend gemacht werden könne. Sie folgern dieses aus einer Vergleichung von II. F. 17. und II. F. 51. §. 3. Dagegen spricht jedoch die erstgedachte Stelle ganz allgemein und wiederholt den Grundsatz aus, daß keiner Frau (*feminae*) die Lebensfolge eröffnet werde, so lange noch ein von dem zuerst Belehnten abstammender Mann (*masculus*) vorhanden sei, die Eigenschaft eines von Jenem abstammenden Mannes kommt aber ebensowohl dem mittelst einer Frau, als mittelst eines Mannes, von ihm abstammenden zu, und in Beziehung hierauf ist also durchaus kein Unterschied zwischen Cognaten und Agnaten, so daß von beiden gleichmäßig vermöge des ihnen zukommenden Geschlechtsvorzuges die Frauen ausgeschlossen werden. Hiermit völlig übereinstimmend entscheidet auch, mittelst directer Folgerung aus jenem Grundsätze, II. F. 17. pr. den Fall, wo mit den Töchtern des einen Sohnes der letzten Lebensbesitzerin der Sohn eines andern Sohnes derselben concurrirte<sup>278</sup>), für die ausschließende Succession des Letzteren, und wenn gleich II. F. 51. eine gegentheilige Entscheidung zu enthalten scheint, so fehlt doch in derselben ein ganz bestimmter Ausspruch des Feudisten über die darin vorgetragene Meinungsverschiedenheit des Gerardus und Obertus<sup>279</sup>). Auch die Anwendung des vorerwähnten Geschlechtsvorzuges auf den Fall des ersten Ueberganges eines Weiberlebens auf die weiblichen Nachkommen ist keineswegs unbestritten, und

274) Päch a. a. D. §. 112. Weber a. a. D. Th. III, §. 127. Sichhorn a. a. D. §. 358 mit Note e. Mayr a. a. D. §. 95 mit Note 11.

275) Griesinger, a. a. D. S. 387, drückt dies so aus: daß nach jenem Satze in successiven Weiberlehen Weiber doch nie succediren könnten.

276) X. a. D. mit Note i.

277) X. a. D. mit Note 6.

278) Vgl. Rajer, deutsche Erbfolge, 1. Forts., Nr. 13, §. 16.



279) Eine ausführliche Erörterung dieser Streitfrage bei Weber a. a. D. Th. III, §. 126, S. 287 flg., vgl. mit S. 284. Auch er nimmt, wie Päch, a. a. D. §. 113, die Richtigkeit der obigen Regel an.

namentlich von Gönner<sup>280</sup>) die verneinende Meinung mit großer Zuversichtlichkeith ausgeführt worden. Doch steht seinen Gründen mehr äußerer Schein, als innere Wahrheit, zur Seite, und die neueren Schriftsteller sind daher einstimmig der Ansicht, daß auch schon bei dem ersten Eintritte der weiblichen Lebensfolge den männlichen Cognaten der Vorzug vor den Frauen (insoweit sie diesen überhaupt anerkennen) gebühre<sup>281</sup>). Auf die fünfte Regel endlich bezieht sich die in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts bei der Anwendung auf fürstliche Successionen sehr berühmt gewordene Controvers über den Vorzug der sogen. Erbtochter des letzten Vasallen oder der diesem nächst verwandten Lebensfolgerin, and der sogen. Regredienterbin oder der dem ersten Erwerber nächst verwandten, welche zu der Zeit, wo sie in dieser Eigenschaft zur Succession gelangt sein würde, durch die Concurrrenz mit männlichen Lebensfolgern davon ausgeschlossen wurde<sup>282</sup>). Für den Vorzug der Regredienterbin spricht der allerdings anschauliche Grund, daß sie schon früher die nächste zur Lebensfolge war, und nur an der damaligen Ausübung ihres Successionsrechtes durch das Zusammentreffen mit den durch ihr Geschlecht bevorzugten Gliedern des Mannstammes verhindert wurde, nach dessen gänzlichem Erlöschen aber ihr ehemaliger, dadurch blos suspendirter, Successionsanspruch wieder auflebt; dagegen entscheidet für die sogen. Erbtochter, wenn sie eine Descendentin des letzten Vasallen ist, schon diese ihre Eigenschaft, vermöge deren sie in die erste Classe der Lebensfolger tritt, und schon darum allen in diese Classe nicht gehörigen vorgeht, wenn sie aber eine Seitenverwandtin von Jenem ist, die für solche gemeinrechtlich bestehende Lebensfolgeordnung nach dem Linealgradualsystem, da dieses auf positiver Bestimmung der Lebensgefesse, welche dasselbe für die Collateralfolge überhaupt, ohne dabei einen Unterschied zwischen den Seitenverwandten und ihren verschiedenen Arten zu berücksichtigen, eingeführt haben, beruht. Für das Vorzugsrecht der sogen. Erbtochter bei der weiblichen Lebensfolge haben sich in der neueren Zeit bestimmt ausgesprochen Páq<sup>283</sup>), Gönner<sup>284</sup>), Weber<sup>285</sup>), Eichhorn<sup>286</sup>) und Mayr<sup>287</sup>). Uebrigens ist hiermit noch, was unten über die Anwendung der Primogeniturordnung auf Weiberlehen vorkommt, zu vergleichen.

280) Im Archive für Gesetzgebung B. II, Abh. 15.

281) Páq a. a. D. §. 113, S. 269. Weber a. a. D. Th. III, S. 295 flg. Eichhorn a. a. D. §. 358, S. 876. Mayr a. a. D. §. 95, S. 218.

282) Die Literatur über diese Streitfrage bei Mayr a. a. D. §. 95, Note 12. Die neueste Schrift hierüber ist Wedekind, was war von jeher und was ist noch heutzutage bei Regredienterbschaften Rechtens. 1816.

283) X. a. D. §. 113.

284) X. a. D. S. 262 flg.

285) X. a. D. Th. III, §. 127, S. 316 flg.

286) X. a. D. §. 358; vgl. mit §. 349, S. 852.

287) X. a. D. §. 95, mit Note 12. Ohne specielle Rücksicht auf das Lebensverhältniß sind gleicher Meinung auch Rittermaier, teutsch. Privatr. Th. II, §. 458. Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 569, Note x. Kohler, Privatsürstenrecht §. 112. Phillips a. a. D. B. II, §. 175.

Neben der im Obigen erörterten gemeinrechtlichen Lebensfolgeordnung kommen jedoch in der Praxis häufig noch andere dergleichen vor, die eine wesentliche Abweichung von jener mit sich führen. Solchen besonderen Successionsordnungen steht hin und wieder als allgemein durchgreifender Grund die Particulargesetzgebung und das Gewohnheitsrecht zur Seite, gewöhnlich aber beruhen dieselben auf der eigenen Autonomie der Lehenpersonen, die hierbei, da die Successionsordnung nichts dem Lehenverhältnisse wesentlich Angehöriges ist, sondern nur zu den regelmäßigen Bestandtheilen desselben gehört, völlig frei wirken kann. Der hauptsächlichste Zweck der Einführung von dergleichen besonderen Lebensfolgeordnungen ist, die bei dem Uebergange des Lehen auf mehrere zur Succession gleich Berechtigte der Regel nach eintretende Theilung des Lehen zu verhüten, welche bei öfterer Wiederholung in gleichem Grade den Genuß der Lehenvortheile zersplittert, als die Leistung der vasallischen Obliegenheiten gegen den Lehenherrn erschwert<sup>288</sup>); und zu diesem Zwecke dient hauptsächlich die Verabredung, daß das Lehen ungetheilt nur einem unter mehreren Successionsberechtigten zufallen solle, wovon man schon in der longobardischen Lehenrechtsammlung nicht seltene Beispiele findet<sup>289</sup>), die aber darnach als Sache der freiwilligen Vereinbarung in jedem vorkommenden Falle erscheinen, indem darin von Seiten der von dem Lehenbesitze vorläufig ausgeschlossenen Lebensfolger ein Aufgeben ihres Rechtes auf gleiche Theilung liegt; wohingegen durch die erfolgte Einführung einer der hierauf abzuweckenden Successionsordnungen die Individualsuccession als ein alle künftigen Fälle des Zusammentreffens mehrerer Lebensfolger im Voraus feststehendes Princip auf eine für dieselben verbindliche Weise begründet wird. Hierbei nun entsteht zunächst die in practischer Hinsicht sehr wichtige Vorfrage, ob und inwiefern die Lehenpersonen vermöge der ihnen zustehenden Autonomie für berechtigt zu halten seien, eine von der gemeinrechtlichen abweichende besondere Successionsordnung, wenn eine solche nicht schon in dem Investiturvertrage zwischen dem Lehenherrn und dem ersten Erwerber des Lehen festgesetzt ist, nachher neu einzuführen, oder Aenderungen an einer schon bestehenden vorzunehmen? Da nun die Rechte des Vasallen an dem Lehen, so wie sie durch die regelmäßige Natur des Lehenverhältnisses begründet werden, gemeinschaftliche der gesammten Vasallenfamilie sind, so versteht es sich von selbst, daß nicht einzelnen Gliedern derselben die Befugniß zustehen könne, darin eine Veränderung zum Nachtheile der übrigen vorzunehmen, und da die gesetzliche oder vertragmäßige Successionsordnung, nach welcher sich die Reihenfolge bestimmt, in welcher die lebensfolgefähigen Glieder der Familie im Erledigungsfall zum Besitze des Lehen und zur Ausübung jener daran zuständigen Rechte gelangen, einen Bestandtheil des von dem ersten Belehnten auf die sämmtlichen Familienglieder übergegangenen Lehenverhältnisses ausmacht<sup>290</sup>), so folgt aus jenem ganz

288) Bollgraff, Abh. B. I, S. 172.

289) II. F. 26. §. 7. II. F. 50.

290) Kohler, Handb. des Privatsfürstenrechtes §. 97, S. 275; daher

unzweifelhaften Vorderfrage, daß insonderheit auch an dieser Successionsordnung nichts ohne die Zustimmung der sämmtlichen zur Lehensfolge berechtigten Familienglieder geändert werden dürfe, insoweit durch eine solche Aenderung einzelnen unter ihnen ein in dem gemeinen Rechte nicht begründeter Vorzug, wie namentlich auf den alleinigen Besitz des Lehens, mit Ausschließung oder vorläufiger Uebergang anderer gleich Berechtigten, zugestanden werden soll. Der Einwilligung des Lehensherrn bedarf es dagegen zu dergleichen Aenderungen in der Lehensfolgeordnung nicht<sup>291)</sup>, indem für ihn, da sein Anspruch auf dereinstigen Heimfall des Lehens durch den vorherigen Abgang der gesammten Vasallenfamilie bedingt ist, gar kein rechtliches Interesse dabei obwaltet, in welcher Reihenfolge die zur Succession in das Lehen Berechtigten den Besitz desselben erhalten. Hätte jedoch der Lehensherr schon in dem ersten Investiturvertrage eine besondere Lehensfolgeordnung in seinem eigenen Interesse, welches bei der Individualsuccession nach dem Obigen allerdings eintritt, ausdrücklich vorbehalten, so würde auch diese nicht ohne seine Zustimmung wieder abgeändert werden können. Daß die Einwilligung oder Bestätigung des Landesherrn nicht zur Giltigkeit der Einführung oder Abänderung einer besonderen Lehensfolgeordnung erfordert werde, ist wohl für allgemein anerkannt zu halten<sup>292)</sup>; gleichwohl fügen Eichhorn und Mayr, fast mit denselben Worten, die, an und für sich nichtsagende, Bemerkung hinzu: daß dieselbe doch besondere Wirkungen hervorbringe. Die dabei allegirten Schriftsteller, Bauer<sup>293)</sup> und Zachariä<sup>294)</sup>, aber führen als hauptsächlichste Wirkung an, daß erst durch die landesherrliche Bestätigung der mit Einführung der Individualsuccession verbundenen Abfindung der vorläufig ausgeschlossenen Lehensfolger die Eigenschaft einer mit einem Vorzugsrechte versehenen Reallast beigelegt werde, was jedoch zunächst auf das sächsische Particularrecht gegründet wird, und gemeinrechtlich auch nicht wohl zu behaupten sein dürfte; eine weitere Wirkung aber, worüber sich Bauer ausführlicher äußert, nämlich die Einführung einer besonderen Successionsordnung auch für die nicht einwilligenden Lehensfolger verbindlich zu machen, beschränkt derselbe ganz bestimmt auf den Zweck der Ausschließung eines Widerspruches der pflichttheilsberechtigten Descendenten des Disponenten, und insbesondere auf die Besitzungen der Reichsfürsten, wobei das öffentliche Wohl die Einführung der Individualsuccession erheischen könne. Wenn nun aber die erstgenannten beiden Schriftsteller noch außer jener unbestimmten Bemerkung im allgemeinen anführen, es sei die landesherrliche Bestätigung nothwendig, wenn die Einführung der speciellen Successionsordnung wohlervorbene Rechte auf-

auch die Formel der Lehenbriefe „für sich und seine Leibeslehensherben“ eben sowohl auf die Successionsordnung, wie auf das Successionsrecht, zu beziehen ist: Krit. Archiv der neuesten jurist. Literatur B. I, S. 102 u. 105.

291) Weber a. a. D. Th. IV, §. 148, S. 4. Eichhorn a. a. D. §. 360. Mayr a. a. D. §. 98.

292) Pög a. a. D. §. 114. Weber, Eichhorn und Mayr a. a. D.

293) Opuscula T. II. op. 66. §. 21—27 u. 37.

294) A. a. D. §. 110.

heben solle, und hierdurch folgewise die Voraussetzung aussprechen, daß der landesherrlichen Bestätigung eine solche Wirkung beizulegen sei, so kann dieses durchaus nicht als richtig zugegeben werden, indem nach anerkannten Grundsätzen des öffentlichen Rechtes die Ausübung der landesherrlichen Machtvollkommenheit, auf welche Dolliner<sup>295)</sup> jene Wirksamkeit der Bestätigung ausdrücklich zurückführt, zur Schmälerung oder Aufhebung wohlervorbener Rechte der Privaten an die Grenzen des sogen. *ius eminens* gebunden, dieses aber durch das Vorhandensein eines ohne die Aufopferung solcher Privatrechte nicht zu befriedigenden Bedürfnisses des Staatswohles bedingt ist<sup>296)</sup>, wovon gleichwohl bei Veränderungen in der Successionsordnung einzelner Privatlehen gar nicht die Rede sein kann. — Eine speciell hier einschlagende Frage, ob nämlich an solche Verfügungen über die Lebensfolgeordnung, welche für die nicht einwilligenden Familienglieder keine verbindliche Kraft haben würden, nicht wenigstens die Descendenten der einwilligenden gebunden seien, hat zu den verschiedenartigsten Ansichten Veranlassung dargeboten. Zunächst hat man hierbei zu unterscheiden zwischen dergleichen Verfügungen, welche auf dem Wege einer vertragsmäßigen Bestimmung in der vasallitischen Familie getroffen werden, und welche einer einseitigen, insonderheit letztwilligen, Disposition des Lebensbesizers ihre Entstehung verdanken. Von denen der ersteren Art sagen Eichhorn<sup>297)</sup> und Mayr<sup>298)</sup> bestimmt, daß sie auch für die Descendenz der einwilligenden Lebensfolger verbindend seien, mit Bezugnahme auf ihre über die Verbindlichkeit der Descendenten zur Anerkennung der Handlungen ihrer Ascendenten, auch der das Lehen betreffenden, überhaupt geäußerte Ansicht, und es ist wohl ganz richtig, die Entscheidung jener speciellen Streitfrage davon abhängig zu machen, zu welchen Grundsätzen man sich über die rechtlichen Wirkungen der gesetzlich notwendigen Erbenqualität descendirender Lebensfolger im allgemeinen bekennt, weshalb hier lediglich auf die obige Ausführung dieser Grundsätze (§. 517 flg.) verwiesen werden kann. Nicht ohne Schwierigkeit ist jedoch die Anwendung der hieraus zu ziehenden Folgerung auf solche Lebensfolgeberechtigten, welche zur Zeit der von ihren Ascendenten über die Successionsordnung getroffenen Verfügungen noch gar nicht am Leben, auch nicht einmal *nascituri*, waren, und mit Recht nennen es die beiden letztgenannten Schriftsteller inconsequent, wenn selbst die Vertheidiger der Nichtverbindlichkeit solcher Verfügungen für schon lebende Descendenten

295) X. a. D. §. 149, §. 247.

296) Auch Dolliner, a. a. D. §. 148, §. 246, und Weber, a. a. D. Th. IV, §. 147, §. 2 u. 9, legen nur einer aus Gründen des gemeinen Wohles erfolgenden Bestätigung verbindliche Kraft für sämtliche Familienglieder bei; Letzterer mit dem ausdrücklichen Zusage, daß diese Gründe dringend und entscheidend sein müßten, indem Jenen außer diesem Collisionssalle ihre wohlervorbeneren Rechte nicht entzogen werden könnten. Schnaubert, a. a. D. §. 149, §. 486, erfordert sogar, daß bei der gemeinen Successionsordnung der völlige Untergang des Hauses und Ruin des Landes zu befürchten sei.

297) X. a. D. §. 882.

298) X. a. D. §. 231.

die noch nicht gebornen hiervon ausschließen wollten<sup>299</sup>), indem das hauptsächlichste Argument für jene Ansicht, daß nämlich allen Abstammungen des ersten Erwerbers das von demselben abzuleitende Successionsrecht in demselben Umfange, wie solches nach gesetzlicher Bestimmung auf seine nächsten Lebensfolger überging, sogleich mit ihrer Geburt erworben werde, auf dergleichen noch nicht geborene Descendenten des ersten Erwerbers ebensowohl, wie auf diejenigen, welche zur Zeit einer ihnen nachtheiligen Verfügung über das Lehen schon am Leben waren, anwendbar ist<sup>300</sup>). Als folgerichtiger erscheint es demnach gewiß, wenn Kohler<sup>301</sup>) annimmt, der Sohn trete, wie er geboren sei, mit dem ihm schon als Nichtgeborenen erworbenen Erbfolgerechte auch in die Erbfolgeordnung, wie sie eben in der Familie bestehe; seine Geburt acquirire diese Successionsordnung als ein Recht, und ohne seine Bestimmung könne dieselbe nicht geändert werden. Jedenfalls möchte es daher als Cautel anzurathen sein, daß bei der Abschließung solcher Verträge, welche über die Einführung einer besonderen Successionsordnung oder Abänderung einer schon bestehenden abgeschlossen werden, eine Vertretung der Nichtgeborenen in gleicher Weise, wie in Ansehung der Minderjährigen, welche auch nicht selbst ihre Einwilligung wirksam erklären können, stattfindet<sup>302</sup>). Ueber die rechtliche Wirksamkeit der durch einseitige Verfügungen des letzten Vasallen — welches nur letztwillige sein können, da es sich hier von einer erst nach dessen Ableben zur Vollziehung kommenden Anordnung handelt — getroffenen Abänderungen in der gesetzlichen oder in der schon bestehenden besonderen Lebensfolgeordnung gibt es hauptsächlich drei wesentlich von einander abweichende Meinungen<sup>303</sup>). Einige halten die Descendenten an eine solche Verfügung schon alsdann gebunden, wenn ihnen Jener nur überhaupt Allodium hinterläßt, indem sie alsdann Erben desselben werden, und als solche die Handlungen ihres Erblassers anerkennen müßten<sup>304</sup>); Andere wollen die Verbindlichkeit zu solcher Anerkennung davon abhängig machen, daß den Descendenten so viel über den Betrag des Pflichttheiles aus dem Allodialnachlasse von dem Disponenten zugewendet worden sei, als durch die neue Anordnung ihr Anspruch auf die Lebensfolge geschmälert werde; die dritte Meinung endlich geht dahin, daß die Ascendenten überall nicht berechtigt seien, eine besondere Succes-

299) Wie namentlich Weber a. a. D. Th. IV, §. 149, S. 8. Auch Pöhl, a. a. D. §. 147, ist wohl dahin zu rechnen, indem er den bloßen Beitritt der näheren Successoren für genügend zur Gültigkeit einer testamentarischen Disposition über das Lehen zum Besten eines Gliedes der Lebensfamilie erklärt.

300) Vgl. Pfeiffer, vermischte Aufsätze Abh. 1, §. 10.

301) A. a. D.

302) Kohler a. a. D. — Dolliner, a. a. D. §. 149, S. 247, rath als eine solche Cautel die Einholung der landesherrlichen Bestätigung an.

303) Die man am bündigsten bei Schnaubert, a. a. D. §. 149, S. 486 flg., Dolliner, a. a. D. §. 149, und Weber, a. a. D. Th. IV, §. 149, vorgetragen und erörtert findet.

304) Diese Meinung scheint auch das Oberappellationsgericht zu Celle angenommen zu haben: Küling, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Celle Nr. 55.

sionsordnung zum Nachtheile eines oder des anderen ihrer Descendenten, ohne deren Einwilligung, einzuführen. Eines speciellen Eingehens auf diese verschiedenen Meinungen bedarf es jedoch nicht, wenn man sich zu der bereits oben (§. 423 und 519) wiederholt ausgesprochenen Ansicht bekennt, daß durch I. F. 8. pr. eine jede einseitige Verfügung über das Lehen und die Succession in dasselbe, namentlich auch eine solche, die eine Abweichung von der gesetzlichen Regel der gleichen Theilung des Lehens unter mehrere gleichberechtigte Lehensfolger bezweckt<sup>305</sup>), für rechtlich unwirksam erklärt worden sei<sup>306</sup>). — In der Anwendung der bisher vorgetragenen Grundsätze auf einzelne Sattungen der Lehen verdienen die Neulehen, Weiberlehen und Erblehen einer speciellen Erwähnung. Von den Neulehen behaupten Schnaubert<sup>307</sup>), Dolliner<sup>308</sup>) und Weber<sup>309</sup>), daß der erste Erwerber derselben darin eine von der gesetzlichen abweichende Successionsordnung, ohne Einwilligung seiner Descendenten, auch insofern dieselben dadurch benachtheiligt werden, einführen könne, weil dieselben lediglich von ihm all' ihr Recht haben, und dieses erst mit dem wirklichen Eintritte der Lehensfolge als eigenes, ihnen nicht mehr zu entziehendes, Recht erwerben; auch sprechen für diese Ausnahme die in dem hauptsächlich entscheidenden Lehensterte<sup>310</sup>) vorkommenden Worte *haec de hoc feudo paterno*. Gänzlich anderer Meinung ist dagegen Páß<sup>311</sup>), welcher den allgemeinen Grundsatz, daß auch bei Neulehen, die noch gar nicht in Erbgang gekommen sind, die Befugniß zur Ansetzung der von einem Lehensbesitzer über das Lehen getroffenen Verfügungen den Descendenten, selbst denen, welche zur Zeit der Vornahme einer solchen Verfügung noch nicht am Leben waren, zustehe, insbesondere auf die gegen ihren Willen testamentarisch geschehene Festsetzung einer neuen und abweichenden Successionsordnung anwendet<sup>312</sup>), und im gleichen Sinne nimmt auch Vollgraff<sup>313</sup>) an, daß selbst nicht einmal der erste Erwerber eine von der gemeinrechtlichen Lehensfolge abweichende besondere Successionsordnung, ohne Zustimmung der berechtigten Agnaten,

305) Dafür finden eine ausdrückliche Bestimmung in dem angeführten Lehensterte Schnaubert a. a. D. Majer, deutsche Erbfolge §. 28 a. E. Posse, Succession der Kinder S. 73. v. Winterfeld, über das Retractionsrecht der Söhne u. s. w. §. 50, S. 57. Weber a. a. D. Th. IV, S. 10, indem sie den Nachsatz: *nulla ordinatione etc.* insbesondere auch auf die Worte: *succedunt aequaliter* beziehen. Hauptsächlich ist hierüber noch zu vergleichen: Hombergk, *diss. de patre vasallo liberis exheredatione vel inaequali feudi divisione no iure longob. quidam praeiudicante.* (Marb. 1771.) S. 18 sq.

306) Auch Schmalz, a. a. D. §. 650, äußert sich, unter Bezugnahme auf I. F. 8. pr., ganz bestimmt dahin, daß der Vasall von Todeswegen das Lehen auch nicht auf einen Mitbelehnten, den nicht die gesetzliche Erbfolge trifft, bringen könne.

307) X. a. D. §. 149, S. 485.

308) X. a. D. §. 149.

309) X. a. D. Th. IV, §. 149.

310) I. F. 8. §. 2. vgl. mit II. F. 9. §. 1. in f.

311) X. a. D. §. 101 u. 146.

312) X. a. D. §. 146, S. 349, §. 114 a. E.

313) X. a. D. S. 173.



einführen könne<sup>314</sup>). Weiberlei Ansichten dürften nicht unbedingt für richtig zu halten sein, die letztere insonderheit kann — abgesehen von dem aus der Unwirksamkeit testamentarischer Verfügungen über das Lehen überhaupt zu entnehmenden Grunde — nur für die folgenden beiden Fälle zugegeben werden: a) in Beziehung auf den Lehenherrn, wenn schon durch den Investiturvertrag eine von der gemeinrechtlichen abweichende Lebensfolgeordnung festgesetzt war<sup>315</sup>), indem man alsdann annehmen muß, daß die dadurch begründete Individualsuccession im eigenen Interesse des Lehenherrn eingeführt worden sei, und b) in Beziehung auf die Descendenten, insofern bestimmte Personen derselben in den Lehenbrief namentlich mit aufgenommen sind, und diesen dadurch ein selbstständiges Vertragsrecht erworben worden ist, wohingegen wenn die Belehnung nur im allgemeinen dem ersten Erwerber und seinen Erben ertheilt ward, dadurch nur die Transmiffion des Lehens auf die Erben als eigenes Recht des ersten Erwerbers begründet zu halten ist, was auch die Lehensterne durch den Ausdruck: *sibi suisque heredibus videtur prospexisse*<sup>316</sup>) anzudeuten scheinen. Das in der Eigenschaft eines Alllehens (*iure antiqui*) verliehene Neulehen wird in Beziehung auf die in der ersten Investitur mit begriffenen Seitenverwandten des ersten Erwerbers und deren Descendenten auch in jener Hinsicht nach den von einem Alllehen geltenden Grundsätzen beurtheilt<sup>317</sup>), es sei denn, daß die Aufnahme derselben in das Lehenverhältniß ausdrücklich nur im eigenen Interesse des ersten Erwerbers geschah, und Jenen dadurch nur ein von dessen Willen abhängiges Recht ertheilt wurde. Von den Weiberlehen, die, wo einmal diese Eigenschaft als subjective Abweichung von der gesetzlichen Lebensfolge rechtlich begründet ist, im übrigen ganz nach den Grundsätzen, wie die Mannlehen, namentlich in Rücksicht der Succession, beurtheilt werden (§. 540, 559), gilt eben dieses auch in der besonderen hier vorliegenden Beziehung, wie dann Phillips<sup>318</sup>) zur verbindlichen Kraft der Hausverträge überhaupt auch den Consens der weiblichen Familienglieder, wenn über bereits bestehende Rechte derselben disponirt werden soll, erfordert. Bei Erb-lehen ist die Anwendung der obigen Grundsätze um so weniger zu bezweifeln, als hierbei die Lebensfolgeordnung lediglich eine auf speciellem Vertrage beruhende ist, worin natürlich nicht anders, als ebenfalls durch Vertrag mit den Successionsberechtigten, eine Abänderung getroffen werden kann. Das wollen dann auch wohl nur die Schriftsteller sagen, welche für Erb-lehen die Regel aufstellen, es entscheide dabei über die Befugniß zur Einführung einer besonderen Successionsordnung der Umstand, ob bei denselben die Allodialintestaterbfolge auch insofern

314) Die hieraus folgende Unwirksamkeit einer solchen Verfügung wendet Hombergk, in diss. cit. §. 15., insonderheit auf die ungleiche Vertheilung eines Neulehens unter den Edhnen des Basallen an.

315) Wollgraff a. a. D.

316) H. F. 18. Bgt. II. F. 17. pr. II. F. 23. §. 2.

317) Weber a. a. D. Th. IV, §. 149, §. 13, Th. III, §. 132, §. 374.

318) A. a. D. B. II, §. 183, §. 188.

angenommen sei, daß die Erbfolger die Handlungen der Vorfahren in Ansehung derselben auch wider sich und zu ihrem Nachtheile gelten lassen müßten<sup>319)</sup>. — Eine nicht unwichtige Ausnahme von der Regel, daß der zeitige Lebensbesitzer nicht durch einseitige Dispositionen eine Aenderung in der einmal bestehenden Successionsordnung treffen könne, drückt Páá<sup>320)</sup> in den Worten aus: nur den Gliedern des hohen Adels ist das Recht hierzu in ihrer Autonomie verliehen; und dieß würde, wenn es gegründet wäre, insonderheit auch auf dergleichen Verfügungen der Standesherrn und nachgeborener Prinzen aus den Häusern der regierenden Bundesglieder Anwendung finden; allein die von demselben allegirten Autoritäten Kunde und Gönner stellen jenen Satz keineswegs unbedingt auf, auch beruht derselbe auf einer irrigen Auffassung des Begriffes der Autonomie, welcher der Charakter einer Selbstgesetzgebung nur gegenüber den allgemeinen Anordnungen der Staatsregierung (welche das gemeine Recht bilden), nicht den bestehenden Rechten der Familienglieder, welche in der Regel nicht einmal durch die Staatsgesetzgebung beeinträchtigt werden dürfen, zukommt<sup>321)</sup>, daher auch Neumann<sup>322)</sup> namentlich in der Anwendung auf die einer fürstlichen Familie zustehenden Lehen, unter Bezugnahme auf I. F. 8. pr., sagt, daß keine (testamentarische) Verfügung eines Verstorbenen über solche rechtsbeständig sei; wodurch eine Ausnahme vermöge der jenen Familien zustehenden Autonomie von selbst ausgeschlossen wird. Auch Mayr<sup>323)</sup> beschränkt die Wirkung des erweiterten Autonomierechtes des hohen Adels darauf, daß hierdurch Dispositionen jener Art bei demselben vorzugsweise begünstigt würden, und Eichhorn<sup>324)</sup> äußert sich in ähnlicher Weise.

So viel nun die verschiedenen Arten der besonderen Lebensfolgeordnung, wie solche in der Erfahrung vorzukommen pflegen, betrifft, so beruht die denselben gemeinschaftlich zum Grunde liegende Regel, wonach sich der ihrem gewöhnlichen Zwecke der Untheilbarkeit des Lehens entsprechende Vorzug eines der mehreren zur Lebensfolge gleich Berechtigten zum alleinigen Lebensbesitze bestimmt, meistens auf der früheren oder späteren Geburt<sup>325)</sup>, was richtiger ausgedrückt ist, als wenn man hier den Altersvorzug als das entscheidende Princip bezeichnet<sup>326)</sup>, da gerade bei der am häufigsten vorkommenden Art der Individualsuccession, der Primogenitur, dem zunächst Berechtigten nur selten das höhere Alter in Vergleichung mit den ihm nachstehenden Familiengliedern zur Seite steht. Aus der Anwendung jener Regel der früheren oder späteren Geburt zur

319) Schnaubert und Weber a. a. D. Vgl. auch Dolliner a. a. D.

320) X. a. D. §. 114 a. E.

321) Kohler a. a. D. §. 27, 118, 122, S. 318, Note b. Vgl. auch Klüber, öffentl. Recht §. 306, Note a und d.

322) ius priv. princ. T. V. §. 482.

323) X. a. D. §. 98, S. 232.

324) X. a. D. §. 360, S. 882.

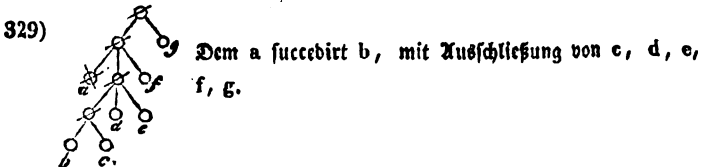
325) Páá a. a. D. §. 115. Weber a. a. D. Th. IV, §. \*150, S. 13 u. 19.

326) Eichhorn a. a. D. §. 370, S. 912. Mayr a. a. D. §. 99.

Bestimmung des Vorzuges theils einer unter mehreren zur Lebensfolge berechtigten Linien, theils eines unter mehreren in der bevorzugten Linie vorhandenen Individuen, ergibt sich sodann zunächst die Unterscheidung zwischen Majorat im allgemeineren Sinne und Minorat. Ersteres, bei welchem die frühere Geburt den diesen besonderen Successionsordnungen überhaupt eigenen Anspruch auf Individualsuccession begründet, begreift, als drei Unterarten, die Primogenitur, das Majorat im engeren Sinne, und das Seniorat. Nach der Ordnung der Primogenitur<sup>327)</sup> gelangt unter mehreren Successionsberechtigten der Erstgeborene in der erstgeborenen (der von einem früher Geborenen abstammenden) Linie<sup>328)</sup>, mit Ausschließung aller übrigen, ohne Rücksicht auf die Gradesnähe zu dem letzten Vasallen oder ersten Erwerber, zur Lebensfolge<sup>329)</sup>; sie unterscheidet sich demnach von der gesetzlichen Successionsordnung nach dem Linealgradualprincip, insonderheit bei der Collateralfolge, dadurch, daß nach letzterem Princip alle von dem nämlichen (unmittelbaren) Stammvater entsprungene Linien zur Succession gerufen werden, und unter den in diesen Linien vorhandenen Agnaten die Gradesnähe zu dem letzten Vasallen entscheidet, mehrere von gleichem Grade aber zugleich succediren<sup>330)</sup>. Nach der Ordnung des Majorats im engeren Sinne wird mit Beobachtung des allgemeinen Grundsatzes der Linealfolge, daß die Succession, welche einmal in eine Linie gekommen ist, so lange in derselben bleibt, als in ihr ein Successionsfähiger vorhanden ist<sup>331)</sup>, zunächst auf die Nähe des Grades zum letzten Vasallen gesehen<sup>332)</sup>, und unter mehreren gleich nahen entscheidet die frühere Geburt<sup>333)</sup>. Dieses reine Majorat trifft man jedoch in der Praxis nur

327) Bal. Böhmer, de ord. succ. ex iure primogenituræ etc., in elect. feud. T. II. nr. 7. Hofacker, de orig. et fat. success. ex iure primogenituræ; in opusc. nr. 1.

328) Die vollständige Geltung des Repräsentationsrechtes (Phillips a. a. D. B. II, §. 189. Weber a. a. D. Th. IV, §. 150, S. 15 u. 48) versteht sich hiernach von selbst; eben sowohl aber, daß daraus nicht, gegen die Natur der Individualsuccession, eine gleichzeitige Succession mehrerer den Erstgeborenen repräsentirenden Descendenten gefolgert werden kann: Weber a. a. D. S. 32.



330) Nach dem Schema in der Note 329 würde hiernach f, bei dessen frühem Ableben d und e, succediren. Mehrere einzelne Momente der Verschiedenheit beider Successionsordnungen zählt Böhmer, l. c. cap. 2. §. 33, auf.

331) Weber a. a. D. S. 49. Mayr a. a. D. §. 99.

332) Der nachgeborene Sohn geht daher dem Enkel vom erstgeborenen vor: Weber a. a. D. S. 48.

333) Nach dem vorgedachten Schema würde f, in dessen Ermangelung d mit Ausschließung des e vermöge der früheren Geburt, des dem Grade nach

selten an, häufiger eine aus dieser und einer der anderen Successionsarten gemischte Lebensfolgeordnung, über deren eigentliche Beschaffenheit und die Art ihrer Anwendung diejenigen Normen, durch welche dieselbe eingeführt worden, Auskunft geben müssen<sup>334</sup>). Nach der Ordnung des Seniorats entscheidet über den Anspruch auf Individualsuccession lediglich die frühere Geburt, so daß nach ihr das an Lebensjahren älteste unter sämtlichen successionsberechtigten Gliedern der Vasallenfamilie, ohne alle Rücksicht auf den einem oder mehreren anderen zustehenden Vorzug der Linie oder Nähe des Grades, zur Lebensfolge gelangt<sup>335</sup>). Mit dem Seniorate, als Successionsordnung, ist das Seniorat, als Inbegriff derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche der Familiendälteste, ohne Rücksicht auf den Lebensbesitz, im Gesamtinteresse der Familie und in deren Namen auszuüben hat (ius senii), nicht zu verwechseln<sup>336</sup>). Die einzige besondere Lebensfolgeordnung, wobei der Anspruch auf Individualsuccession durch die spätere Geburt begründet wird, das Minorat, ist dem Princip nach insofern dem Seniorate gleichzustellen, als dabei kein anderer Vorzug, sei es der Linie oder des Grades, sondern nur die Prätogative der Geburt, welche bei diesem die frühere, bei jenem die spätere ist, entscheidet, so daß hiernach das an Lebensjahren jüngste unter sämtlichen successionsberechtigten Gliedern der Vasallenfamilie, mit Ausschließung aller übrigen, zur Lebensfolge gelangt. Andere, und namentlich auch Mayr<sup>337</sup>), obwohl er den Fall des Minorats ebenso, wie es hier geschehen, bestimmt, nehmen an, daß dasselbe sich ganz nach der Analogie des Majorats richte<sup>338</sup>); Weber<sup>339</sup>) verwechselt es sogar völlig mit der Secundogenitur. Ein dem Majorat nachgebildetes Minorat wird vorzugsweise mit dem Namen des Juniorats bezeichnet; die Secundogenitur aber gehört dem Princip der Primogeniturordnung insofern an, als dadurch die Individualsuccession in einer nachgeborenen Linie rücksichtlich gewisser, dieser überwiesenen, Güter festgesetzt, und bei deren Ausübung nach den Grundsätzen der Primogenitur verfahren wird<sup>340</sup>). — Von den sämtlichen, auf Individualsuccession abzuweckenden, beson-

---

näheren g vermöge des Vorzuges der Linie, des b und c, selbst wenn etwa b mit d von gleichem Alter wäre, vermöge der Gradesnähe.

334) Weber a. a. D. S. 53. Eichhorn a. a. D. §. 370, S. 912 flg. Mayr a. a. D. S. 234.

335) Nach dem obigen Schema g, mit Ausschließung aller übrigen.

336) Weber a. a. D. S. 66. Mayr a. a. D. S. 234. Rudloff, diss. de iure senii in familiis illustribus. Bützow. 1769.

337) X. a. D., welcher hierin mit Eichhorn, a. a. D. S. 913, übereinstimmt.

338) Daß, wie Rittermaier, teutsch. Privatr. Th. II, §. 450, bemerkt, bei dem Minorat unter gleich Nahen der Jüngste succedire, ist ganz etwas anderes, als der bei dem Majorat zunächst entscheidende Vorzug der Gradesnähe.

339) X. a. D. S. 75. Dagegen Eichhorn a. a. D. §. 370, Note d.

340) Mayr a. a. D. Note 6. Phillips a. a. D. B. II, §. 189. Sie ist demnach nicht, wie der letztgedachte Schriftsteller annimmt, dem Minorat beizuzählen.

deren Lebensfolgeordnungen gelten gemeinschaftlich folgende Regeln der Anwendung: 1) Alle diejenigen Successionsberechtigten, welche in einem vorkommenden Falle durch den zur alleinigen Lebensfolge vermöge des ihm nach der Verschiedenheit des Principis einer solchen Successionsordnung zukommenden Vorzuges Berufenen von der Theilnahme an derselben ausgeschlossen werden, behalten ihr Lebensfolgerecht, und es ist dessen Ausübung nur so lange suspendirt, als irgend einem unter ihnen ein solcher Vorzug zur Seite steht, sie tritt aber ein, sobald in einem weiteren Successionsfalle mit dem bisher Ausgeschlossenen kein anderer, vor ihm Bevorzugter, zusammentrifft<sup>341)</sup>. 2) Den durch den bevorzugten Lebensfolger von der Succession in das Lehen vorläufig ausgeschlossenen Familiengliedern pflegt während der Dauer ihrer Ausschließung eine gewisse, zu ihrem standesmäßigen Unterhalte gereichende, Abfindung (Apanage) gegeben zu werden, die, in der Eigenschaft eines Surrogats für die ihnen durch Einführung der Individualsuccession für jetzt entzogene Theilnahme an dem Besitze und Genuße des Lebens<sup>342)</sup>, mit Rücksicht auf die Größe und den Ertrag des den Gegenstand der Succession ausmachenden Lehens bestimmt wird<sup>343)</sup>, und in der Regel auch auf die Descendenten der zunächst-Ausgeschlossenen übergeht<sup>344)</sup>. 3) Ob, wenn bei subsidiarischen Weiberlehen eine auf Individualsuccession abzielende besondere Lebensfolgeordnung eingeführt worden ist, diese auch dann, wenn die Frauen und Cognaten zur Succession gelangen, unter diesen zu beobachten, oder nur die Lebensfolge des Mannsstammes zu regeln bestimmt sei, und mit dessen Aussterben die gemeinrechtliche Lebensfolgeordnung unter den weiblichen Verwandten eintrete, ist bestritten. Pá §<sup>345)</sup> nimmt an, daß, wenn eine besondere Successionsordnung bei einem subsidiarischen Weiberlehen ganz im allgemeinen festgesetzt sei, dieselbe auch beim Uebergange der Lebensfolge auf das cognatische Geschlecht fortdauerer, und macht die Beschränkung derselben auf die Aagnaten davon, daß diese aus den ausdrücklichen Worten oder dem klaren Zwecke der Anordnung hervorgehe, abhängig; Mayr<sup>346)</sup> hingegen läßt die Anwendung einer solchen Successionsordnung, namentlich der Primogenitur, auf den Weibsstamm nur in Folge einer besonderen Bestimmung eintreten. Ueber diesen Punkt herrschte schon unter den früheren Schriftstellern eine große Meinungsverschiedenheit, indem Kunde<sup>347)</sup> sich in gleicher Weise, wie Mayr, äußerte; Schnaubert<sup>348)</sup> und Dolliner<sup>349)</sup> annahmen, daß im

341) Pá § a. a. D. §. 115. Phillipß a. a. D. B. II, §. 240 a. G.

342) Eichhorn a. a. D. §. 370, S. 913. Köhler, Privatfürstenrecht §. 101.

343) Pütter, de augendo apanagio auctis redditibus etc. §. 26.; in comm. iur. priv. princip. p. 111. Köhler a. a. D. §. 104.

344) Neumann, ius princ. priv. T. V. §. 237. Köhler a. a. D. §. 106.

345) X. a. D. §. 115, S. 273.

346) X. a. D. §. 99, Note 2.

347) Beitr. zur Erläut. rechtl. Gegenstände B. I, Nr. 12, §. 12.

348) X. a. D. §. 151, S. 494.

349) X. a. D. §. 151.

Zweifel die Vermuthung für die bloß agnatische Primogenitur streite, wofür insonderheit Letzterer den Grundsatz der strengsten Interpretation einer jeden Abweichung von der gemeinrechtlichen Successionsordnung geltend machte; dagegen (Cramer<sup>350</sup>) und Pütter<sup>351</sup>), denen auch Weber<sup>352</sup>) beigetreten ist, der Meinung den Vorzug geben, daß, wegen des auch bei der Succession des weiblichen Stammes noch zu erreichenden Hauptzweckes jener besonderen Lebensfolgeordnungen, der Untheilbarkeit des Lehens, die für den Mannstamm festgesetzte Erbfolgeart nach dessen Erlöschen auch unter den weiblichen Nachkommen ihren Fortgang behalte. In practischer Hinsicht ist diese Streitfrage von minderer Erheblichkeit um deswillen, weil der Fall wohl nicht leicht vorkommen wird, daß nicht auf dem Wege der doctrinellen Interpretation<sup>353</sup>) aus dem Inhalte der die besondere Successionsordnung einführenden Norm, und den dabei gebrauchten Ausdrücken, ein sicherer Schluß auf deren ausgebehntere oder beschränktere Bedeutung in jener Hinsicht sollte gezogen werden können. Aber selbst bei unzweifelhafter Anwendbarkeit einer solchen besonderen Lebensfolgeordnung auf den cognatischen Stamm bietet sich eine weitere practisch wichtige Controvers über die Frage dar, welches Individuum aus diesem Stamme nach Erlöschung des Mannstammes zur alleinigen Succession berufen werde? Darauf näher einzugehen würde jedoch hier zu weit führen<sup>354</sup>); es genüge demnach die Bemerkung, daß unter den neueren Lehenrechtsgelehrten Mayr<sup>355</sup>) sich für übereinstimmend mit der Ansicht von Pá §<sup>356</sup>) erklärt, daß, nach völlig erloschenem Mannstamme, von allen Cognaten derjenige, welchem als Agnaten die Succession gebühren würde, also insonderheit bei der Primogenitur der Erstgeborene in der nunmehr erstgeborenen Linie, succedire, wobei sich aber der auch hier wieder eintretende Vorzug des männlichen Geschlechtes von selbst verstehe. 4) Nicht selten wird bei Einführung einer besonderen Lebensfolgeordnung dem Gegenstande derselben zugleich die Eigenschaft eines Fideicommiss<sup>357</sup>) oder Stammgutes beigelegt, was hauptsächlich die unbedingte Unveräußerlichkeit desselben zur Folge hat<sup>358</sup>). Die Gültigkeit einer solchen Verfügung macht Eichhorn<sup>359</sup>) nur von der Voraussetzung, daß die ersten Descendenten sich derselben zu unterwerfen verbunden seien, abhängig, worüber die obigen allgemeinen Grundsätze über die rechtliche Zulässigkeit von Abänderungen der bestehenden Lebensfolgeordnungen zu vergleichen sind. Mit:

350) De vero ord. succ. feminarum sec. ius primog. cap. 1. §. 3.; in opusc. T. I. in app.

351) Erört. des teutsch. Staats- und Fürstenr. B. I, Nr. 6, S. 330.

352) X. a. D. S. 95.

353) Wozu Schnaubert und Kunde a. a. D. nähere Anleitung geben.

354) Man vgl. hierüber Schnaubert a. a. D. S. 495. Weber a. a. D. S. 37.

355) X. a. D.

356) X. a. D. §. 116 a. G.

357) Mayr a. a. D. §. 98 a. G.

358) X. a. D. §. 368, S. 906.

termaier<sup>359</sup>) bemerkt hierüber insbesondre, daß bei einem solchen mit Lebensqualität behafteten Fideicommiß jene Haupteigenschaft dadurch nicht verändert werde, und daher, so weit das Lehenrecht die Descendenten des Vasallen verpflichte, die Handlungen des letzteren anzuerkennen, dieß auch bei Fideicommissen mit der Lebensnatur zur Anwendung kommen müsse.

Schließlich ist noch über das rechtliche Verhältniß, in welchem der Lebensfolger zu den Allodialerben des letzten Lebensbesizers steht, Einiges zu sagen. Als Regel muß man nun zwar hierbei annehmen, daß zwischen dem Lebensfolger als solchem und den Allodialerben durchaus kein rechtliches Verhältniß bestehe, da beide Successionsarten ihrem Fundamente und eigentlichen Charakter nach so wesentlich verschieden sind, daß sie beide neben einander, eine jede in ihrer gesonderten Sphäre, ihre Wirksamkeit äußern. Nur ausnahmsweise tritt ein solches Verhältniß ein: a) insofern der zur Succession in das Lehen Berechtigte dieses sein Recht gegenüber dem Allodialerben, auf welchen der Besitz des Lehens von dem letzten Vasallen, seinem Erblasser, übergegangen ist, geltend macht, wo dann zwischen ihnen dasjenige Verhältniß mit allen seinen Wirkungen eintritt, welches durch den Gebrauch der geeigneten possessorischnen und petitorischnen Rechtsmittel unter den Betheiligten begründet, beziehungsweise seiner Lösung entgegengeführt wird. b) Wenn in der Person des Lebensfolgers diese Eigenschaft mit der eines Allodialerben zusammentrifft, sei es vermöge gesetzlicher Vorschrift, wie bei den Descendenten des letzten Vasallen, sei es in Folge freiwilliger Annahme der von diesem ihm angefallenen Erbschaft, wo dann der Lebensfolger in Ansehung der ihm als Allodialerben zustehenden Rechte und obliegenden Verbindlichkeiten in das seiner Theilnahme an der Erbschaft des letzten Vasallen entsprechende Verhältniß zu den übrigen Allodialerben tritt, und insoweit einer völlig gleichen Behandlung mit diesen unterworfen ist. Dahin gehört insonderheit die Frage von der Collationsverbindlichkeit des Lebensfolgers, welcher, mit Ausschließung der übrigen Allodialerben, in ein Neulehen succedirt, in Beziehung auf den aus dem Allodialvermögen des gemeinschaftlichen Erblassers entnommenen Erwerbungspreis<sup>360</sup>). Diese Collationsverbindlichkeit ist nicht zu bezweifeln<sup>361</sup>), und zwar selbst ohne die beschränkende Voraussetzung, deren Páq<sup>362</sup>) hierbei gedenkt, daß der Vasall das Lehen bei seinem Leben seinem Sohne überlassen habe; die von Weber<sup>363</sup>) angeführten Gegengründe aber beseitigen sich durch die

359) X. a. D. §. 449.

360) Den Fall eines aus dem Allodialvermögen erworbenen Lehens erwähnt II. F. 17. Vgl. Globig, obs. 2. not. 1.

361) Pестel, pr. pecuniam qua feudum emtum est, in commune conferri debere. Rint. 1749. Dabelow, Erbrt. der Frage: sind die Töchter eines verstorbenen Lehensmannes befugt, bei der Succ. mit den Söhnen im väterl. Allode die Conferirung der neuerworbenen Lehengüter zu verlangen? Halle 1791. Biener, diss. de collatione feudorum. Lips. 1795.

362) X. a. D. §. 151.

363) X. a. D. Eb. IV, §. 337, §. 659.

Bemerkung, daß von einer solchen Collation überhaupt nur, wenn der Lebensfolger zugleich Allodialerbe ist, und es auf die Bestimmung der einzelnen Erbtheile und dabei stattfindende Zurechnung ankommt, die Rede sein kann. Verschieden hiervon ist die Collation der Früchte des Lehens, welche noch vor dessen Anfall von dem Lebensfolger bezogen wurden<sup>364</sup>), indem diese zu dem Allodialvermögen des verstorbenen Vasallen gehörten. c) Insofern den Allodialerben ein Anspruch auf den Pflichttheil in Beziehung auf das von ihrem Erblasser auf den Lebensfolger gekommene Lehen zusteht, und von denselben gegen Letzteren, als dormaligen Lehensbesitzer, geltend gemacht wird<sup>365</sup>). Ein solcher Anspruch ist rechtlich begründet, wenn das Lehen von dem letzten Vasallen zuerst erworben (also Neulehen) ist, und derselbe auf dessen Erwerb einen so großen Theil seines Allodialvermögens verwendet hat, daß der den Allodialerben übrig gebliebene Nachlaß dem Betrage des ihnen von dem gesammten Vermögen ihres Erblassers gesetzlich zukommenden Pflichttheiles nicht gleichkommt; und es kann derselbe in diesem Falle mit einer utilis querela inofficiosae donationis geltend gemacht werden<sup>366</sup>). Etwas verschieden hiervon ist die Frage, ob die Allodialerben verlangen können, daß das Lehen bei der Berechnung ihres Pflichttheiles in Anschlag gebracht werde<sup>367</sup>), indem bei deren Anwendung vorausgesetzt wird, daß der Lebensfolger zugleich Allodialerbe sei, und sich mit den übrigen Allodialerben wegen des ihnen gebührenden Pflichttheiles zu berechnen habe; beide Fälle unterliegen jedoch einer gleichen rechtlichen Beurtheilung, auch wird auf beide der von Phillips hinzugefügte Vorbehalt, daß der Anspruch auf einen Pflichttheil hinwegfalle, wenn die Summe, für welche das Lehen erworben wurde, aus einem feudum antiquum herrühre, für anwendbar zu halten sein. Daß von Einigen auch in dem Falle ein Anspruch auf den Pflichttheil begründet gehalten werde, wo in Folge einer durch einseitige Verfügung des Lehensbesitzers getroffenen Abänderung in der bestehenden Lebensfolgerordnung einzelne nach dieser zur Succession berufene Familienglieder davon ausgeschlossen werden, kam oben (S. 566) bereits vor. Auf dieser Ansicht beruhte auch die Meinung mehrerer älteren Rechtsgelehrten, daß es bei der Einführung der Primogenitur zur Beseitigung des Anspruches der Nachgeborenen auf einen Pflichttheil der kaiserlichen Bestätigung bedürfe<sup>368</sup>).

364) Eichhorn a. a. D. §. 362, S. 888. Mayr a. a. D. §. 146, S. 341.

365) Vgl. Bauer, de feudo inofficioso quaesito; in opusc. T. II. p. 64. Siegel, de legitima ex feudo petenda. Lips. 1752. Ueber den Pflichttheil der Edlthter, wo diesen particularrechtlich ein Anspruch darauf zusteht, ist Stryck, in collect. dissert. Vol. VIII. p. 233 sq. (auch bei Zepernick II. 298 sq.) zu vergleichen.

366) Vgl. a. a. D. §. 150. Eichhorn und Mayr a. a. D. Dagegen Globig, in obs. 22. Eine ausführliche Erörterung dieses Gegenstandes bei Weber a. a. D. S. 649.

367) Phillips a. a. D. B. II, §. 242.

368) Eichhorn a. a. D. §. 360, Note k. Mayr a. a. D. §. 98, Note 6.



Uebrigens würde, wenn man der Ansicht Hennemann's und Vermehren's, nach welcher die Lehensfolge der Descendenten in solchem Grade identisch mit der Allodialsuccession derselben sein soll, daß man das Lehen als einen integrierenden Bestandtheil der Allodialerbschaft betrachten müßte (oben S. 519), beiträte, daraus streng consequent der Schluß zu ziehen sein, daß in bergleichen Fällen auch das Lehen bei der Bestimmung des Pflichttheiles solcher mit dem Lehensfolger concurrirenden Allodialerben, welchen darauf aus dem gesammten Nachlasse des gemeinschaftlichen Erblassers ein Anspruch zukommt, mit in Berechnung kommen müsse; eine Schlussfolge, die doch jene Schriftsteller selbst und ihre Anhänger im Resultate wohl nicht zugeben möchten. — Außer den bisher vorgetragenen Momenten der Begründung eines zwischen den Lehensfolgern und Allodialerben ausnahmsweise eintretenden rechtlichen Verhältnisses gehört hierher noch, was in dieser Beziehung unter den Art. Lehenschulden und Lehenssonderung (oben S. 479 u. 499) vorgekommen ist.

**Lehensveräußerung<sup>1)</sup>.** Wenn man von dem Begriffe des Lehens als eines in dem getheilten Eigenthume des Lehensherrn und des Vasallen befindlichen Gegenstandes (oben S. 390) ausgeht, und sich zunächst an diesen einen, den dinglichen, Bestandtheil des Lehensverhältnisses bei der Beantwortung der Frage: ob den in diesem Verhältnisse stehenden Personen die Veräußerung des Lehens, einem Jeden zu seinem Antheile an der Proprietät desselben, gestattet sei? hält, so kann die Antwort darauf keine andere, als eine bejahende, sein, indem das Wesen der Proprietät gerade in der Befugniß zur freien Verfügung über den Gegenstand derselben besteht, und diese also demjenigen nicht versagt werden kann, welchem jene zusteht, die dem Lehensverhältnisse eigenthümliche Beschränkung der in der Proprietät an und für sich wesentlich begründeten Dispositionsbefugniß aber rücksichtlich der dabei stattfindenden Theilung der Proprietät unter den beiden in demselben befindlichen Personen nur zur Folge hat, daß keine von diesen über das volle Eigenthum an dem Lehensgegenstande, vielmehr der Lehensherr nur über sein *dominium directum*, der Vasall nur über sein *dominium utile*, frei zu verfügen berechtigt sei; nach der allgemeinen Regel: *nemo plus iuris in aliam transferre potest, quam ipse habet*<sup>2)</sup>. Dagegen führt allerdings das mit jenem dinglichen unzertrennlich verbundene persönliche Element des Lehensverhältnisses eine Beschränkung in der Ausübung der ihrer Zuständigkeit nach freien Dispositionsbefugniß der Lehenspersonen, einer jeden über ihren Proprietätsantheil, in der Weise mit sich, daß nicht durch die Veräußerung dieses Antheils von Seiten der einen jener Personen das Recht der anderen auf gehörige Erfüllung

1) *Thomasius, de causis prohibita alienationis feudi; in select. feud. T. II. p. 167.* (v. Sartori) *Gesch. vom Ursprung und Fortgang der longob. und teutsch. Lehenrechte u. s. w. in Veräußerungsfällen.* Augsb. 1783.

2) *Maurenbrecher, teutsch. Privatt. §. 246, Note 3.*

der persönlichen, in der wechselseitigen Lehensstreue begründeten, Verbindlichkeiten, auf Seiten des Vasallen insonderheit der das Hauptstück der ursprünglichen Bestimmung der Lehen ausmachenden Verpflichtung desselben zum Kriegsdienste, beeinträchtigt werde, indem nämlich durch die unbedingte Veräußerung des lehensherrlichen oder vasallitischen Eigenthums an dem Lehen die eben hierin für den Berechtigten liegende volle Bürgschaft der gehörigen Leistung der darauf radkirten Verbindlichkeiten demselben entzogen werden würde. Immer aber ist und bleibt auch eine solche, in ihrer Ausübung beschränkte, Verfügung über das Lehen lediglich Ausfluß des dem Verfügenden (Lehensherrn oder Vasallen) daran zustehenden Eigenthumes<sup>3)</sup>. Und hierin ändert insonderheit rücksichtlich des Vasallen auch nichts die dem Lehensverhältnisse eigenthümliche, bloß temporäre, Zuständigkeit seines Proprietätsantheiles in der zwiefachen Beziehung, daß diese Proprietät einerseits nicht bloß dem Vasallen für seine Person, sondern der ganzen vasallitischen Familie, und einem jeden zu dieser gehörigen lehensfähigen Nachfolger, unabhängig von der Einwirkung des besitzenden Vasallen, competirt, andererseits selbst die Rechte dieser ganzen Familie an dem Lehen mit dem Erlöschen derselben zu Ende gehen, und davon die Wiedervereinigung des Nutzungseigenthumes mit dem Obereigenthume in der Hand des Lehensherrn die Folge ist; denn diese Eigenthümlichkeit wirkt, nach ihrer zwiefachen Richtung, auf die von dem besitzenden Vasallen unternommene Veräußerung seines Nutzungseigenthumes nur in der Weise ein, daß demnächst bei dem Ableben des Vasallen beziehungsweise dem Aussterben der vasallitischen Familie, mittelst Anwendung der allgemeinen, von dem Lehensverhältnisse, wie von jeder anderen Art des wiederauflösbaren Eigenthumes, geltenden Rechtsregel: *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*, der neue Erwerber des Lehens das durch die Veräußerung nur in der Eigenschaft eines dereinst auflösbaren Eigenthumes auf ihn übertragene Recht wieder einbüßt, und das Lehen sodann an den nächsten Lehensfolger beziehungsweise den Lehensherrn zurückfällt<sup>4)</sup>. Wenn aber selbst diese, in der bloß temporären Zuständigkeit des vasallitischen Proprietätsantheils gegründete, Beschränkung der Dauer einer von dem Vasallen vorgenommenen Veräußerung nichts in der Beschaffenheit dieser Veräußerung als wirklichen Actes der Eigenthumsausübung ändert, so kann diese Qualifikation um so weniger bei derjenigen Veräußerung in Zweifel gezogen werden, welcher durch die hinzukommende Einwilligung der Lehensfolger beziehungsweise des Lehensherrn bleibende Wirksamkeit verliehen wird, indem diese Zustimmung die Einwilligenden doch nicht zu unmittelbaren Theilnehmern an der Veräußerung selbst (*coautores*) macht, wie schon der gemeinrechtliche, auch von Weber<sup>5)</sup> hieher bezogene Grundsatz: *aliud est vendere, aliud vendenti consentire*<sup>6)</sup>, besagt, welchem zufolge

3) Maurenbrecher a. a. D. §. 245, Note 1.

4) Dollgraff, Abh. B. I, S. 176.

5) X. a. D. Th. IV, S. 758.

6) L. 160. D. de R. J.

die dem Verkäufer ertheilte Einwilligung nur dem zwischen diesem und dem Käufer selbstständig abgeschlossenen Kaufcontracte zur Bekräftigung dient.

Mit dieser aus der rechtlichen Natur des Lehensverhältnisses ganz einfach entwickelten Vorstellungsweise stehen dann auch die positiven Bestimmungen des longobardischen Rechtes, zunächst in Betreff der Veräußerungsbefugniß des Vasallen, in vollkommenem Einklange. So lange dieses sich innerhalb des Bereiches der alten Lehensgewohnheiten<sup>7)</sup>, denen erst durch die neueren kaiserlichen Verordnungen aus dem 12. Jahrhundert derogirt worden ist, hielt, war es dem Vasallen erlaubt, ohne die Zustimmung des Lehensherrn, ja selbst gegen dessen Willen, einen Theil des Lehens zu veräußern, wenn er wenigstens die Hälfte desselben (durch deren fortbauern den Besitz man die Erfüllung der ihm gegen den Lehensherrn obliegenden Verbindlichkeiten gesichert hielt) für sich zurückbehielt<sup>8)</sup>, und eine solche Veräußerung wurde für an sich rechtsbeständig auch dem Lehensherrn gegenüber betrachtet, bis zu dem Zeitpunkte, wo das Lehen demselben eröffnet worden, und dadurch in sein volles Eigenthum zurückfiel<sup>9)</sup>. Aber auch diese Folge trat nicht ein, wenn der Lehensherr seine Einwilligung zu der Veräußerung gegeben hatte, welches ebenwohl die selbstständige Zuständigkeit der Veräußerungsbefugniß des Vasallen, nur beschränkt in ihrer Ausübung, voraussetzt<sup>10)</sup>; daher von diesem Falle die Lehensterter sagen: *stabilis permanent alienatio*<sup>11)</sup>; welchen Ausspruch die angeführte Stelle auch auf den Fall anwendet, wo das Lehen, wenn gleich ohne des Lehensherrn Willen, an eine schon in der Investitur begriffene Person veräußert wurde; der Vasall konnte auch (was noch jetzt gilt) mit bleibender Wirkung das Lehenobject durch weitere Lehenreichung auf einen Andern (Fremden) übertragen, und diesen hatte der Lehensherr selbst im Falle der Lehenöffnung als seinen Vasallen anzuerkennen, wenn derselbe ihm dienen und die Belehnung von ihm empfangen wollte<sup>12)</sup>. Aus allen diesen Bestimmungen ergibt sich, daß man nicht daran dachte, in der Beschaffenheit des dem Vasallen an dem Lehen zuständigen dinglichen Rechtes einen Grund, die Veräußerungsbefugniß davon ausgeschlossen zu halten, zu finden; vielmehr hielt man diese Befugniß für so wenig unverträglich mit dem Wesen des Lehenverhältnisses und insonderheit der eigenthümlichen Beschaffenheit des hiervon dem Vasallen zukommenden Antheiles, daß mehrere Lehenhöfe, wie namentlich der mailändische, annahmen, es könne der Vasall sogar das ganze Lehen ohne des Lehens-

7) *Usus aut mores*: II. F. 1. pr.

8) I. F. 5. pr. I. F. 13. pr. §. 2. II. F. 9. pr. II. F. 73. Ohne allen Grund will v. Sartori, a. a. D. S. 73, hierin nur die Gestattung einer Subinféudation finden.

9) *Revertitur feudum ad dominum*: I. F. 5. pr. §. 1. I. F. 13. §. 2.

10) Von Pâq, a. a. D. §. 14, wird hierzu geschichtlich bemerkt: in damaliger Zeit habe die Einwilligung des Lehensherrn so leicht erlangt werden können, daß dabei an eine Aeußerung des Eigenthums desselben kaum noch zu denken war, und dies nur dem Lehensmanne zugustehen schien.

11) I. F. 13. §. 3.

12) II. F. 9. pr.

herrs Willen veräußern<sup>13)</sup>. Darum bedurfte es zu dem gänglichen Verbote der Lebensveräußerung, mit der daran geknüpften Wirkung nicht bloß der Ungültigkeit derselben, sondern selbst der sofortigen Entziehung des Lebens von Seiten des Lehnsherrn, einer positiven Sanction, welche zuerst Kaiser Lothar, nach vorgängiger Berathung mit den hohen Reichsbeamten und Vasallen der Krone in Italien, erließ<sup>14)</sup>, und deren Anwendung auch auf schon vorhergegangene Fälle (die außerdem also noch dem älteren Rechte unterlegen hätten) Friedrich I. durch eine weitere, in gleicher Weise zu Stande gekommene, Verordnung ausdrücklich vorzuschreiben für nöthig erachtete<sup>15)</sup>. Als das hauptsächlichste Motiv dieser beiden Acte der Gesetzgebung wird der, mit der Natur und Beschaffenheit des dem Vasallen an dem Lehen zuständigen dinglichen Rechtes, und insonderheit mit dem Umfange der vasallitischen Proprietät, in keiner Beziehung stehende, vielmehr, dem Obigen zufolge, lediglich dem persönlichen Elemente des Lebensverhältnisses angehörige Grund, daß die Vasallen durch die Entäußerung von den Lehen sich zur Leistung der den Lehnsherrn schuldigen Dienste außer Stande setzten<sup>16)</sup>, ausdrücklich angegeben; daher es auch Phillips<sup>17)</sup> als Grundsatz des heutigen Rechtes<sup>18)</sup> ausspricht, daß nur diejenigen Veräußerungen verboten und daher ipso iure nichtig seien, welche nach den ehemaligen Verhältnissen dem Lehendienste Eintrag thaten. Daß aber nur aus diesem Gesichtspunkte, nämlich dem einer durch die Veräußerung des Lebens von dem Vasallen begangenen Verletzung der dem Lehnsherrn schuldigen Lehenstruce mit den davon abhängigen Verbindlichkeiten, keineswegs aber aus dem einer vorausgesetzten Ueberschreitung der Grenzen des Jenem an dem Lehen zuständigen dinglichen Rechtes, die Lebensveräußerung durch jene Gesetze verboten und für nichtig erklärt worden, dies Verbot mithin nur für eine Folge des Princips der Persönlichkeit, wie Maurerbrecher<sup>19)</sup> sich ausdrückt, zu halten sei, ergibt sich folgerungsweise auch daraus,

13) II. F. 13. pr. II. F. 44. pr.

14) II. F. 52. pr. Vgl. auch II. F. 38.

15) II. F. 55. pr.

16) *Milites sua beneficia passim distrahere, ac ita, omnibus exhaustis, suorum seniorum servitia subterfugere*: II. F. 52. pr.; vgl. mit II. F. 55. pr.

17) *X. a. D. Th. II, §. 224*, womit auch Eichhorn, *a. a. D. §. 226*, zu vergleichen ist.

18) Das altteutsche Recht — nach welchem übrigens die Lebensveräußerung von Seiten des Vasallen ebenwohl als in der Befugniß desselben begriffen geachtet, und zu deren formeller Gültigkeit nur die Auflassung vor dem Lehengerichte, wodurch der Lehnsherr Kenntniß davon erlangte, erforderlich, auch bei dessen Stillschweigen die bleibende Wirksamkeit einer solchen einseitig vorgenommenen Veräußerung nicht bezweifelt wurde (*Mayr a. a. D. §. 121. Phillips a. a. D. B. II, §. 223*) — gilt bekanntlich nicht mehr als gemeines Recht.

19) *Teutsch. Privatr. II. Ausg., B. I., §. 249, Note 14*, mit Bezugnahme auf II. F. 12. §. 1.: *ne forte invitus dominus alium, quam quem voluerit, sibi acquirit vasallum*. Vgl. auch Krug, *diss. de nat. domini directi et utilis feudorum*. (Lips. 1823.) §. 22.

daß die Uebertretung desselben als Felonie betrachtet und behandelt wird<sup>20)</sup>, in welcher Hinsicht die Verordnung Friedrichs dieselbe der durch Unterlassung der Lehenserneuerung begangenen Verletzung der Lehensstreue unmittelbar an die Seite stellt<sup>21)</sup>. Ein weiteres Argument für diese Ansicht geben die von der Befugniß des Vasallen zur Afterbelehnung geltenden Grundsätze ab, welche letztere demselben, wenn sie durch Lehensreichung geschieht, erlaubt, wenn aber durch Lehensauftrag, verboten ist (oben S. 409), obgleich in der einen wie der anderen Handlung objectiv die gleiche Verfügungsweise über das Lehen enthalten, und letztere von ersterer bloß subjectiv darin verschieden ist, daß nur sie eine Auflösung des persönlichen Verbindlichkeitsnerus zwischen dem Vasallen und dem Lehensherrn mit sich führt; wie dann auf gleichem Grunde der Verschiedenheit auch die Unanwendbarkeit des allgemeinen gesetzlichen Verbotes auf die Lehensveräußerung an schon in der Investitur begriffene Personen beruht, weil nämlich diese bereits in dem nämlichen Verhältnisse der Lehensstreue zu dem Lehensherrn stehen<sup>22)</sup>, und daher durch eine solche, in objectiver Hinsicht der Veräußerung an einen Fremden völlig gleichartige, Verfügung nicht, wie durch letztere, dem persönlichen Verbindlichkeitsnerus zwischen dem Lehensherrn und der vasallitischen Familie Eintrag geschieht. Wie wenig endlich die in Folge der Wichtigkeit einer gesetzlich verbotenen Veräußerung dem Lehensherrn zustehende Revocationsklage<sup>23)</sup> auf das nur diesem zuzugestehende wahre Eigenthum am Lehen zurückzuführen sei, ergibt sich daraus, daß dieselbe Revocationsklage auch den nicht consentirenden Agnaten, deren Recht an dem Lehen doch in keinem Falle stärker als das des besitzenden Vasallen, in Vergleichung mit dem lehensherrlichen Eigenthume, ist, zusteht<sup>24)</sup>, und die Lehensgesetze sich in Beziehung auf sie des nämlichen Ausdruckes, wie in Beziehung auf den Lehensherrn (*seudum ad eum reverti*) bedienen<sup>25)</sup>.

Die bisherige Darstellungsweise der eigentlichen Bewandniß, welche es mit dem gesetzlichen Verbote der Lehensveräußerung von Seiten des Vasallen hat, ist es nun, worauf die von den neueren Schriftstellern, anstatt der früheren Unterscheidung zwischen einer solchen Veräußerung im engeren und im weiteren Sinne<sup>26)</sup>, für den praktischen Gebrauch vorgeschlagene in unerlaubte und erlaubte Lehensveräußerung<sup>27)</sup> beruht, welcher zufolge insonderheit für unerlaubte Veräußerungen alle diejenigen — ohne Rücksicht darauf, ob sie eine völlige Uebertragung sämtlicher dem Vasallen an dem Lehen zustehenden Rechte oder nur gewisser

20) Eichhorn a. a. D. §. 241, Note d. Mayr a. a. D. §. 122, 160; was auch schon nach älterem Rechte bei einer Veräußerung über die Hälfte galt: I. F. 5. pr.

21) Womit auch I. F. 21. §. 1. zu vergleichen ist.

22) Phillips a. a. D. B. II, S. 334.

23) II. F. 40. §. 1.

24) II. F. 26. §. 13. II. F. 39. pr. Eichhorn a. a. D. §. 228. Mayr a. a. D. §. 122.

25) I. F. 8. §. 1.; vgl. mit I. F. 13. §. 2. II. F. 55. pr.

26) Pögg a. a. D. §. 135. Weber a. a. D. Th. IV, §. 259.

27) Mayr a. a. D. §. 122. Phillips a. a. D. B. II, §. 224.

dinglicher Rechte an demselben in sich begreifen — zu halten sind, durch welche der Vasall (für sich und seine Familie) aus seinem bisherigen vasallitischen Verhältnisse tritt<sup>28)</sup>, das Lehen mithin an eine solche Person gelangt, die, als nicht in der Treue zu dem Lehensherren stehend, auch nicht von diesem zum Lehendienste verpflichtet werden kann<sup>29)</sup>. Das hierauf sich beziehende gesetzliche Verbot ist jedoch so allgemein gefaßt<sup>30)</sup>, daß man durch dasselbe alle Arten der Lehensveräußerung für verboten halten muß, in Ansehung deren sich nicht eine Ausnahme besonders rechtfertigen läßt<sup>31)</sup>. Zu den unerlaubten Veräußerungen von Seiten des Vasallen gehören demnach 1) der Verkauf des Lehens, so wie überhaupt jede Uebertragung des ganzen vasallitischen Rechtes an demselben auf eine diesem Verhältnisse fremde Person, welche dadurch ganz an die Stelle des Vasallen eintreten soll, sei es unter einem onerosen oder lucrativen Titel<sup>32)</sup>, sei es unter welcher Form oder unter welchem Vorwande es wolle<sup>33)</sup>, so daß auch nicht mehr die nach dem älteren Rechte zu berücksichtigende necessitas<sup>34)</sup> einen Grund der Ausnahme abzugeben vermag. 2) Die Verpfändung des Lehens, welche sowohl zufolge der ihrem wesentlichen Zwecke nach ihr zukommenden Eigenschaft einer eventuellen Veräußerung<sup>35)</sup>, als nach ausdrücklicher Bestimmung der Lehensgesetze<sup>36)</sup>, unter jenem allgemeinen Verbote begriffen ist; das Nähere hierüber, insonderheit auch rücksichtlich der zwischen der Bestellung eines Faustpfandes oder einer Hypothek an dem Lehen eintretenden Verschiedenheit, unter dem Artikel Lehenverpfändung. 3) Die Errichtung eines Asterlehens an dem im Nutzungseigenthume des Vasallen befindlichen Gegenstande mittelst Oblation (oben S. 409), welche, im Gegensatze zu der mittelst Donation geschehenden, als verbotene Veräußerung betrachtet wird<sup>37)</sup>. 4) Diejenige Verfügung über das Lehen, welche die Lehensterne mit dem Ausdrucke iudicare pro anima bezeichnen<sup>38)</sup>. Dieser Ausdruck wird gewöhnlich für gleichbedeutend mit testari gehalten<sup>39)</sup>, von Einigen jedoch darunter die Lehenreichung an eine Kirche, mit der Bedingung, für die Seele des Gebers zu beten, verstanden<sup>40)</sup>. Auf eine grammatische Erörterung

28) Mayr a. a. D. S. 286.

29) Phillips a. a. D. S. 334.

30) Quocunque modo distrahere vel alienare: II. F. 55. pr.

31) Ortloff a. a. D. S. 364.

32) Letzteres insbesondere nach II. F. 9. §. 1.

33) Pá a. a. D. §. 137. Eichhorn a. a. D. §. 227. Ortloff a. a. D. S. 365. Mayr a. a. D. §. 122.

34) II. F. 9. pr.

35) Mayr a. a. D. §. 126.

36) I. F. 5. II. F. 8. §. 2. II. F. 55. pr.

37) Eichhorn a. a. D. §. 231. Mayr a. a. D. §. 128.

38) II. F. 9. §. 1. II. F. 55. pr.

39) Böhmer l. c. §. 259. not. a. Weber a. a. D. Th. IV, §. 292, S. 516. Eichhorn a. a. D. §. 232.

40) Bitsch l. c. p. 268. Pellbach, Wörterbuch S. 142. — v. Sartorius, a. a. D. S. 76, Note 2, hält es, mit der Glossen, für gleichbedeutend mit: ad pias causas testari.

dieses Punktes einzugehen, ist hier der Ort nicht, da, man mag jenen Ausdruck nehmen, in welchem Sinne man wolle, die rechtliche Unwirksamkeit der damit bezeichneten Verfügungsart unzweifelhaft ist, was in Beziehung auf testamentarische Dispositionen über das Lehen oben (§. 423 u. 567) näher ausgeführt worden, und in Beziehung auf die Verleihung an eine Kirche durch I. F. 13. §. 1. bestimmt ausgesprochen ist, indem darnach eine solche Verleihung um deswillen nicht gelten sollte, weil es der Kirche nie an einem Successor fehlt, und also dadurch der in Ermangelung eines solchen eintretende Rückfall an den Lehensherrn verhindert wird<sup>41)</sup>. 5) Die Hingabe eines Lehens zum Brautschatze, welche von dem Vasallen an seine Tochter geschieht<sup>42)</sup>; wogegen das einer Frau gehörige Lehen von derselben ihrem Manne erlaubter Weise als Brautshatz zugebracht werden kann<sup>43)</sup>; welcher letztere Fall sich von dem ersteren wesentlich dadurch unterscheidet, daß in diesem der bisherige Vasall sich seiner persönlichen Verpflichtung zum Lehendienste entzieht, indem er sich des ihn dazu befähigenden Grundbesitzes begiebt, im anderen hingegen dem Lehensherrn sogar an die Stelle der dienstunfähigen Vasallin ein dazu fähiger Lehensmann dargeboten wird; ein auf andere Personen, als die mit der vorherigen Vasallin erzeugten Nachkommen, vererbliches Recht erlangt jedoch der neue Vasall dadurch nicht<sup>44)</sup>, und es kann ihm dieses insonderheit auch nicht durch eine mit der Brautshatzbestellung verbundene aestimatio venditionis causa beigelegt werden, indem das Geschäft hierdurch die Eigenschaft eines, gesetzlich verbotenen, Verkaufes annehmen würde<sup>45)</sup>. 6) Ob und inwiefern die Errichtung einer Emphyteuse oder eines erblichen Colonats an dem Lehen dem Vasallen erlaubt sei, ist eine in praktischer Hinsicht sehr wichtige Streitfrage. Während *Smelin*<sup>46)</sup>, *Drtloff*<sup>47)</sup> und *Mayr*<sup>48)</sup> dergleichen Verfügungen in Beziehung auf das ganze Lehengut, sowie auf einzelne Parcellen desselben, zu den unerlaubten Lehensveräußerungen, nach Analogie der in dem longobardischen Rechte enthaltenen Bestimmungen über den *contractus libellarius*, rechnen, *Päz*<sup>49)</sup> hingegen, nach derselben Analogie, den Vasallen zu solchen Verleihungen des Gutes im Ganzen oder theilweise für befugt erklärt, und auch *Eichorn*<sup>50)</sup> die Einräumung eines Colonatsrechtes, sofern sie nicht bloßer Scheincontract sei, von der

41) Diesen Grund faßt *Weber*, a. a. D. Th. IV, S. 516, irrig auf, indem er sich des Ausdruckes bedient: nicht einmal an eine Kirche. *Thomasius* (l. c. p. 201.) will ihn nur anwendbar finden auf den Fall der von der Kirche an einen Dritten geschenehen Abtretung des Lehens, worauf er gar nicht passen würde.

42) II. F. 9. §. 1.

43) II. F. 13. II. F. 17.

44) Nach den zuletzt angeführten Stellen.

45) *Drtloff* a. a. D. S. 368. *Mayr* a. a. D. §. 122, Note 27.

46) X. a. D. B. III, §. 418.

47) X. a. D. S. 365, mit Bezugnahme auf *Erlabeck*, diss. de emphyteusi rerum feudalium. Altd. 1716.

48) X. a. D. §. 122.

49) X. a. D. §. 136.

50) X. a. D. §. 227, S. 596.

gesetzlichen Regel des Veräußerungsverbotcs ausnimmt, — war schon von Böhmcr<sup>51)</sup> der Mittelweg eingeschlagen worden, daß nach ihm die Bestimmung einer Emphyteuse nur an einem Theile des Lehens gestattet sein sollte, weshalb er jedoch, sowohl von Páq, als von Mayr, der Inconsequenz beschuldigt wird<sup>52)</sup>. Weber<sup>53)</sup> hält zwar nach dem longobardischen Rechte die Hingabe zur Emphyteuse als eine Gattung der Lebensveräußerung für verboten ohne des Lehensherrn Einwilligung, nimmt jedoch an, daß nach der heutigen Observanz man hierin nicht so streng gegen den Vasallen sei, besonders wenn er nicht das ganze Lehen, sondern nur einen Theil desselben, als Emphyteuse hingebe. Damit stimmt im Wesentlichen auch Dollner<sup>54)</sup> überein, indem er zwar der Theorie nach der strengeren Meinung beistimmt, aber hinzufügt: doch in praxi geschieht es sehr oft, daß einzelne Lehensstücke als Erbzinnsgut weggegeben werden. Krüll<sup>55)</sup> endlich verbindet mit der Hingabe zur Emphyteuse ohne lehensherrliche Einwilligung (dieselbe hierin einer Servitut völlig gleichstellend) die Beschränkung ihrer Wirksamkeit auf den Vasallen selbst und seine Nachfolger. Schmalz und Phillips erwähnen dieses Streitpunktes gar nicht. Bei dessen Beurtheilung nun kommt Alles darauf an, was man unter dem in den betreffenden Lehentexten oftmals erwähnten *contractus libellarius* zu verstehen habe, und in welchem Sinne die darüber getroffenen Bestimmungen zu deuten seien. Ueber Beides hat sich besonders ausführlich Thomasius<sup>56)</sup>, unter Berücksichtigung der verschiedenen desselben obwaltenden Ansichten, geäußert, und die seinige geht im Endresultate dahin, daß dieser Contract ein dem longobardischen Rechte eigenthümliches, der römischen Emphyteuse, wie den teutschen Erbzinnsgütern, nahe verwandtes Geschäft, und nach dem älteren Rechte, gleich der Veräußerung und Verpfändung, bis zur Hälfte des Gutes dem Vasallen erlaubt gewesen, nach der Verordnung Lothars aber, obgleich desselben darin nicht ausdrücklich gedacht worden, für gänzlich verboten zu halten sei. — Nach dem klaren Inhalte der hierüber vorhandenen Lehentexte überschritt der *contractus libellarius* weit die Grenzen einer bloß pachtähnlichen Verleihung, ja es ergibt sich daraus sogar, daß mit der *libellario nomine* geschehenden Uebertragung eine auf die Substanz des Lehens mehr, als eine Asterbelehnung mit demselben, einzureisende Uebertragung gemeint war, denn obgleich die letztere (*per dationem*) dem Vasallen sowohl in Beziehung auf das ganze Lehen, als auf einen Theil desselben, mit bleibender Wirk-

51) Princ. §. 263.; mit Bezugnahme auf Weselius, *diss. an moribus vasallus sine domini et agnatorum consensu quaedam feudi particulas subditis aus in emphyteusin dare valeat.* Ald. 1736.

52) Auch Hoppensfeldt, der Herausgeber der VII. Ausg. des Böhmerschen Compendiums fügt in gleichem Sinne jener Aeußerung in der Note b hinzu: *non solum partem feudi, sed totum quoque feudum.*

53) X. a. D. Th. IV, §. 263, S. 394.

54) X. a. D. §. 263.

55) X. a. D. §. 226.

56) l. c. §. 15 sq. 22. 30. Vgl. auch Buri, Erlaut. des Lehenr. S. 1098 flg.



samkeit gestattet war, wenn sie nur *absque fraude* geschah<sup>57)</sup>, findet sich die Uebertragung per libellum, und selbst die libellario nomine geschehene Belehnung, einer Veräußerung und Verpfändung in der Weise gleichgestellt, daß dieselbe, sofern sie mehr als die Hälfte des Lebens begreift, den Verlust des Lebens nach sich zieht, und wenn sie auf einen geringeren Theil beschränkt ist, im Aperturfalle ihre Wirkung verliert<sup>58)</sup>, ja es bezeichnen sogar mehrere Stellen die *datio ad libellum* ausdrücklich als *alienatio*<sup>59)</sup>, und namentlich die *locatio per libellum* als *fraudulenta alienatio*, die als Verkauf gelte<sup>60)</sup>, mit dem erklärenden Zusätze: *quis enim dubitat, quod libellario nomine sub vilissima duorum denariorum*<sup>61)</sup>, *pensione perpetuo concedatur utendum, alienatum in fraudem esse*. Vergleicht man hiermit das allgemeine Veräußerungsverbot der oben angeführten kaiserlichen Verordnung in dessen Anwendung auf die *datio ad libellum*, so erscheint dieselbe nur insoweit darunter begriffen, als jene Verbote insbesondere gegen jed es eine Distraction des Lebens bezweckende *commercium* gerichtet sind<sup>62)</sup>, und namentlich gegen einen Verkauf, der *quodam collusionis nomine libelli* geschah, oder wodurch ein Leben, *sub colore investiturae* (unter dem Scheine einer erlaubten Asterbelehnung) verkauft und auf einen Andern übertragen wird<sup>63)</sup>, ohne daß gleichwohl die *datio ad libellum* überhaupt unter dem im Einzelnen speciell genannten Arten der verbotenen Veräußerung<sup>64)</sup> mit aufgeführt wäre. Hierdurch aber dürfte man sich wohl zu der Schlussfolge berechtigt halten, daß der *contractus libellarius* an und für sich und im Allgemeinen unter dem gesetzlichen Verbote direct gar nicht mit begriffen sei, sofern darunter nicht eine unerlaubte Alienation versteckt liegt, indirect aber nur insoweit, als er überhaupt dem gesetzlich ausgesprochenen Motive jenes Verbotes unterliegt, also namentlich ein solches *commercium* enthält, per quod *dominorum minuatur utilitas*, und welches dem Vasallen Veranlassung dazu giebt, *servitia sua subterfugere*<sup>65)</sup>, wobei man am einfachsten und natürlichsten auf die deshalbigen Bestimmungen des früheren Rechts zurückgeführt wird, so daß von diesem Gesichtspunkte aus die oben erwähnte Ansicht Böhmers, daß die Bestellung einer Emphyteuse — mit welcher der *contractus libellarius* wohl die meiste Aehnlichkeit gehabt haben mag — an einem Theile des Lebens (jedoch nur bis zur Hälfte)

57) II. F. 3. §. 1. II. F. 9. pr.

58) I. F. 5. pr. I. F. 13. pr. §. 2.

59) I. F. 13. II. F. 44.

60) II. F. 9. §. 1. Thomasius l. c. p. 189.

61) Zu vergleichen dem *unus nummus*, mittelst dessen ein Kaufpreis bloß *dicta causa* bestimmt wird: Glück, Erläut. der Pand. Th. XVI, §. 978.

62) II. F. 52. pr.

63) II. F. 55. pr. vgl. mit II. F. 3. §. 1.

64) *Feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignorarare, vel pro anima iudicare*. Der *donatio* und *datio* in *dotem* ist wohl hier um deswillen keine ausdrückliche Erwähnung geschehen, weil die Befugniß dazu dem Vasallen schon nach dem älteren Rechte, in Uebereinstimmung der Gewohnheiten aller Lehenhöfe, versagt war: II. F. 9. §. 1.

65) II. F. 55. pr.

dem Vasallen gestattet sei, in der That Vieles für sich hat, ohne daß man hierbei mit Weber<sup>66)</sup> das sehr unsichere Auskunftsmittel einer die Strenge des longobardischen Rechtes mildernden Observanz zu Hülfe zu nehmen braucht. Die Unterscheidung, welche Thomastius<sup>67)</sup> nach dem neueren Rechte macht, indem er die Uebertragung des Lehens als Emphyteuse oder als *bonum censiticum* für erlaubt erklärt, wenn sie an einen bäuerlichen Besitzer, hingegen für verboten, wenn sie an einen *ingenitus* geschah, weil nur Jener sich dabei zur Dienstleistung gegen den Verleihenden verpflichtet, wird durch den dabei in Bezug genommenen Grund des Gesetzes nicht unterstützt, da es die in der Lehensstreue begründete Dienstleistung des Vasallen selbst ist, welche dem Lehensherrn nicht entzogen werden darf, was gleichwohl auch bei der Substitution eines solchen nicht im Lehensnerus stehenden Besitzers des Lehens an des Vasallen Stelle der Fall sein würde. — Endlich 7) wird auch die Bestellung eines Nießbrauches an dem Lehen von Drelloff<sup>68)</sup> für begriffen unter dem regelmäßigen Veräußerungsverbote gehalten, indem eine Ausnahme hiervon durch die bloß von Realservituten redende Stelle des Lehenrechts: II. F. 8. pr. nicht begründet werden könne; wogegen gerade im umgekehrten Sinne Mayr<sup>69)</sup> die Befugniß der Bestellung eines *usufructus* am Lehen als nach der Analogie des gedachten Lehenstextes sich von selbst ergebend bezeichnet. Und diese Ansicht ist denn auch die entschieden herrschende unter den neueren Lehenrechtsgelehrten. Páq<sup>70)</sup> räumt dem Vasallen ausdrücklich die Befugniß, persönliche Dienstbarkeiten auf dem Lehen zu constituiren, ein; auch Weber<sup>71)</sup> ist dieser Ansicht, namentlich in Beziehung auf den Nießbrauch, hauptsächlich aus dem Grunde, weil der Vasall durch die Ueberlassung der Nugnießung an einen Andern den Civilbesitz des Lehens nicht aufgibt; aus eben diesem Grunde, von welchem Eichhorn<sup>72)</sup> überhaupt die Nichtigkeit einer Verfügung über das Lehen abhängig macht, ist folgerungsweise anzunehmen, daß der letztgenannte Schriftsteller unter der von ihm als erlaubt bezeichneten Bestellung einer Servitut ohne nähere Bestimmung auch die des Nießbrauches mitverstanden habe; mittelst einer gleichen Folgerung kann man auch der von Schmalz<sup>73)</sup> im allgemeinen für zulässig erklärten Uebertragung von Servituten, mit dem Zusatze, daß dadurch nur der in des Vasallen Willkür stehende Gebrauch und Benutzung des Lehens beschränkt werde, jene ausgebreitete Bedeutung geben; und dasselbe gilt von Demjenigen, was Phillips<sup>74)</sup> hierüber sagt, nämlich daß auch die Einräumung irgend einer Befugniß oder Gerechtsame an dem Lehen, ohne daß der Vasall sich selbst dadurch dem Lehendienste entziehe, zu den dem-

66) X. a. D.

67) l. c. §. 31. coll. §. 18. p. 197.

68) X. a. D. C. 366.

69) X. a. D. §. 122.

70) X. a. D. §. 136, mit Bezugnahme auf Bauer, opusc. T. II. nr.

49. §. 5.

71) X. a. D. Th. IV, §. 252, C. 340.

72) X. a. D. §. 227.

73) X. a. D. §. 637.

74) X. a. D. §. 224 und Note 4.

selben erlaubten Verfügungen über das Lehen gehöre. Ueber die, hier nur beiläufig zu erwähnende Frage: ob auch der gesetzliche Nießbrauch des Vaters das Lehen des Sohnes mit umfasse, ist Weber<sup>75)</sup> nachzulesen.

Ueber die rechtliche Wirkung einer unerlaubten, durch die Lebensgesetze verbotenen, Veräußerung giebt die gewöhnliche Art der Darstellung dieser Lehre keine klare Anschauung, indem dabei die spezifische Verschiedenheit des Verhältnisses, welches dabei in Beziehung auf den Veräußerer selbst, auf den Lehensherrn, und auf die Lehensfolger, obwaltet, nicht genug beachtet und erkennbar hervorgehoben wird. Eine solche Veräußerung ist a) durchaus nichtig, weil dadurch der zwischen dem Lehensherrn und Vasallen bestehende Verbindlichkeitsnexus von letzterem unbefugterweise zerrissen wird. Die hiernach eintretende Nichtigkeit hat jedoch an und für sich keine weitere Folge, als daß dieser Nexus, der Veräußerung des Lehens ungeachtet, fort dauert oder wiederhergestellt wird, daher es nach dem älteren, bloß die Natur des Lebensverhältnisses an sich beachtenden, Rechte (oben S. 578) gar kein Bedenken hatte, daß, wenn der veräußernde Vasall wieder in den Besitz des Lehens gelangte, er dasselbe auch mit gleichem Rechte, wie vorher, behielt<sup>76)</sup>; mit welchem Grundsätze des älteren Rechtes offenbar auf gleicher Voraussetzung der noch jetzt geltende beruht, daß sogar der Vasall selbst, wenn er in der Meinung, über einen in seinem vollen Eigenthume befindlichen Gegenstand zu verfügen, die Veräußerung vornahm, jene Nichtigkeit derselben geltend zu machen, und das Lehen von dem neuen Erwerber, gegen ihm zu leistende Entschädigung, zurückzufordern berechtigt<sup>77)</sup>, und der Lehensherr allenfalls nur, wenn Jener von dem ihm gesetzlich eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen unterläßt, die Wirksamkeit der Veräußerung dem dritten Erwerber gegenüber anzufechten befugt ist<sup>78)</sup>. — Außer der einer unerlaubten Veräußerung des Lehens inwohnenden Nichtigkeit ist damit aber auch b) in Folge der neueren Pönalgesetzgebung der, schon durch die Handlung des Veräußerers unmittelbar verschuldete, Verlust des Lehens, soweit es veräußert worden, verbunden; und es wird dasselbe als dadurch sofort dem Lehensherrn wieder heimgefallen betrachtet<sup>79)</sup>. Diese Wirkung tritt jedoch nur bei einer wirklich vollzogenen Veräußerung ein<sup>80)</sup>; ist die Vollziehung aber bereits erfolgt, so kann, nach dadurch einmal verwirktem Verluste des Lehens, dieser nicht durch Wiederauflösung des Vertrages beseitigt werden<sup>81)</sup>, da zufolge ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung<sup>82)</sup> das für den Lehensherrn einmal apert gewordene Lehen dem Vasallen,

75) X. a. D. C. 341 flg.

76) II. F. 44. pr.

77) II. F. 26. §. 18. II. F. 42. pr. §. 1.

78) II. F. 40. §. 1.

79) II. F. 24. §. 12. II. F. 38. II. F. 55. pr.

80) Gmeiner a. a. D. B. III, §. 433, Note \*. Weber a. a. D. Th. IV, §. 273, C. 449. Schmalz a. a. D. §. 631. Eichhorn a. a. D. §. 227.

81) Westphal, Xbh. 15, §. 9.

82) II. F. 44. pr.

auch wenn er nachher wieder in den Besitz desselben gelangt, nicht gelassen wird. Der solchergestalt den Vasallen treffende Verlust des veräußerten Lehens ist jedoch für eine den Veräußerungsact an und für sich, als formelle Ueberschreitung der dem Vasallen nach der Beschaffenheit seines Rechtes an dem Lehen zustehenden Dispositionsbefugniß, begleitende Wirkung (oben S. 578 flg.) so wenig zu halten, daß gerade von der Apertur, als gesetzlicher Folge des Veräußerungsverbotes, ausdrücklich gesagt ist: quod dicitur, alienatione feudum aperiri domino, intelligendum est, cum a scientibus alienatur feudum<sup>83</sup>), und als der eigentliche Grund der mit jenem Verbote verbundenen Wirkung vielmehr angegeben wird: quia vasallus dominum contemnere videtur<sup>84</sup>); daher auch eine mit dem Vorbehalte der lehensherrlichen Einwilligung geschehene Veräußerung jene Wirkung nicht hat<sup>85</sup>). Jedenfalls aber ist der in Folge einer verbotenen Veräußerung eintretende Heimfall an den Lehensherrn nur ein temporärer, für so lange nämlich, als der veräußernde Vasall und seine Descendenten leben, bis dahin, daß andere Lehensfolger zur Succession gelangen, welchen sodann das Lehen wieder zufällt<sup>86</sup>); dem neuen Erwerber aber, welcher sich in bona fide befand, muß der Veräußerer den von demselben empfangenen Verkaufspreis erstatten<sup>87</sup>). Die dem Lehensherrn zur Geltendmachung seines Anspruches auf das veräußerte Lehen zustehende Klage, gewöhnlich actio feudi revocatoria genannt, ist eine durch den Rückfall des Lehens in sein volles Eigenthum begründete vindication<sup>88</sup>). Ob diese Klage überhaupt der Verjährung, und welcher Art derselben, unterworfen sei, ist sehr bestritten, und es wird dieses unter dem Artikel Lehensverjährung näher erörtert werden. Inwiefern damit auch die seit der Veräußerung fällig gewordenen Früchte in Anspruch genommen werden können, ist nach den von der rei vindicatio im allgemeinen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen<sup>89</sup>). Daß übrigens der mit einer verbotenen Veräußerung des Lehens verbundene Verlust und (temporäre) Heimfall des Lehens nicht auch in dem Falle eintrete, wo die Veräußerung mittelst einer testamentarischen Verfügung geschah<sup>90</sup>), folgt schon daraus, daß nur eine bereits vollzogene Veräußerung diese Folge hat, eine Verfügung jener Art aber wegen ihrer Nichtigkeit gar nicht zur Vollziehung kommen kann, überdies auch zu der Zeit, wo dies geschehen sollte,

83) II. F. 42. §. 1.

84) II. F. 24. §. 12.

85) Denn beim Vorbehalte des lehensherrlichen Consenses ist die Achtung gegen den Lehensherrn nicht bei Seite gesetzt: Bestphal, Abh. 15, §. 8. Vgl. auch Weber und Eichhorn a. a. D.

86) II. F. 26. §. 17. II. F. 31. II. F. 40. §. 3.

87) II. F. 55. pr.

88) Eichhorn a. a. D. §. 228, S. 598. Mayr a. a. D. §. 122, S. 289, 291.

89) Böhmer, Rechtsfälle B. I, Abth. I, Resp. 17, S. 141, auf welchen auch Eichhorn, a. a. D. §. 228, Note g, und Mayr, a. a. D. §. 122, Note 13, Bezug nehmen. v. Bülow und Hagemann, pract. Erbrt. B. III, Nr. 57. Weber a. a. D. Th. IV, §. 275.

90) Weber a. a. D. Th. IV, §. 292.

der selbsterwerbende Vasall nicht mehr am Leben, mithin auch nicht mehr im Besitze des Lehens ist. Ob auf die zu den verbotenen Veräußerungen gehörige Verpfändung des Lehens die Strafe der Privation Anwendung finde<sup>91)</sup>, wird unter diesem Artikel erörtert werden. — Eine dritte Folge der unerlaubten Veräußerung eines Lehens ist c) die der Widerruflichkeit der von dem Vasallen über dasselbe getroffenen Verfügung von Seiten der Lehensfolger. Diese, in der dem Lehensverhältnisse eigenthümlichen Beschränkung des vasallitischen Rechtes für jeden einzelnen Lehensbesitzer auf die Dauer seines Besizes gegründete Wirkung tritt eben darum nicht bloß bei unerlaubten, sondern auch bei den dem Lehensbesitzer an und für sich erlaubten, und von ihm auch ohne Mitwirkung des Lehensherrn und der Agnaten mit Rechtsbestand vorzunehmenden, Veräußerungen, deren sogleich specielle Erwähnung geschehen wird, ein. Jene Beschränkung der Dispositionsbefugniß des zeitigen Lehensbesizers in Beziehung auf die Substanz des Lehens durch die der ganzen vasallitischen Familie auf dieses gleichmäßig zustehenden Ansprüche bringt es nämlich, wie bereits oben erwähnt worden, von selbst mit sich, daß Alle von Jenem unternommenen, das Lehen im Ganzen oder theilweise auf fremde Personen übertragenden, oder diesen wenigstens solche Rechte, wodurch die Substanz des Lehens vermindert oder beschwert wird, einräumenden Verfügungen rechtliche Wirksamkeit nur für die Dauer des ihm selbst an dem Lehen zustehenden Nutzungseigentumes haben; woraus dann weiter folgt, daß dergleichen Verfügungen von allen denjenigen Personen, welche nach dessen Abgange Anspruch auf den Eintritt in die vasallitischen Rechte haben — eigentliche Agnaten, Gesamtlehnherrn oder Eventuallehnherrn — mit dem Zeitpunkte, wo das Lehen an sie gelangen würde<sup>92)</sup>, revocirt werden können, und zwar ohne alle Erstattung, außer etwa für die dazu nach den obigen allgemeinen Grundsätzen (S. 505) geeigneten Verbesserungen des Lehens<sup>93)</sup>. Dieses Revocationsrecht kommt auch in dem Falle zur Anwendung, wo das Lehen an einen in der Investitur Begriffenen veräußert worden ist, vorausgesetzt, daß der Revocirende bereits zur Nachfolge berufen ist, während Jenem nur ein entfernteres Successionsrecht zusteht<sup>94)</sup>. Ob aber auch die Descendenten des Veräußerers, wenn an sie die Nachfolge gelangt, die Veräußerung widerrufen dürfen, was nach der oben angegebenen Eigenthümlichkeit des Lehensverhältnisses, vermöge deren jeder einzelne Nachkomme des ersten Erwerbers selbstständig aus eigenem Rechte daran Theil nimmt (oben S. 515), gar keinem Zweifel unterworfen sein könnte, ist gleichwohl wegen der auch hier einschlagenden positiven Bestimmungen über die Verbindlichkeit der Descendenten zur Anerkennung der Handlungen ihrer Ascendenten überhaupt in der Anwendung auf Lehen (oben S. 521) eine höchst bestrittene

91) Weber a. a. D. Th. IV, §. 274. Eichhorn a. a. D. §. 227.

92) Dummodo ad eos pertineat: II. F. 26. §. 17. coll. II. F. 8. §. 1.

93) Schmalz a. a. D. §. 634.

94) II. F. 26. §. 13. Arg. I. F. 5. §. 1. Eichhorn a. a. D. §. 228, Note d.

Frage<sup>95)</sup>. Indessen wird dieselbe, wegen der allzu bestimmt redenden Lehensterze<sup>96)</sup> von den neueren Schriftstellern fast einstimmig verneint<sup>97)</sup>; doch will Mayr<sup>98)</sup> dieses, gegen Eichhorn, von der Voraussetzung, daß der betreffende Descendent auch Erbe des Veräußerers geworden sei, abhängig machen, Pá §<sup>99)</sup> aber unterscheidet die verschiedenen Fälle, in welchen durch die Coexistenz der Erbenqualität die Ausübung des Revocationsrechts verhindert werde, und in welchen nicht; dieses nämlich bei den gesetzlich verbotenen Veräußerungen, jenes bei den an sich erlaubten oder in Folge der lehensherrlichen Einwilligung zur Wirksamkeit gelangenden. Selbst unter denjenigen Rechtsgelehrten, welche sich für die Bejahung der obigen Frage entschieden haben, herrscht jedoch wieder eine Verschiedenheit der Ansicht darüber, ob das Revocationsrecht auch den noch nicht gebornen Descendenten zustehe, was, unter solcher Voraussetzung, Eichhorn mit Recht für die consequentere Entscheidung erklärt. Wenn man aber die Descendenten des Veräußerers nicht selbst für befugt zum Widerruf der Verfügungen ihrer Ascendenten hält, so treten darum doch nicht die nächsten Agnaten sofort an deren Stelle, indem die Ausübung des Revocationsrechts überhaupt von dem Anfalle der Succession, welcher aber durch das Dasein von Jenen verhindert wird, abhängt, und eben so wenig kann der entferntere Agnat, so lange der nähere von seinem Revocationsrechte keinen Gebrauch macht, dasselbe ausüben; vielmehr bleibt der neue Erwerb, den Lehenfolger gegenüber, so lange im Besitze des Lehen, als diejenigen am Leben sind, welchen ein vorzüglicherer Anspruch auf dasselbe zusteht, ohne daß sie denselben wirklich geltend machen wollen oder können, gleichsam als Namens derselben<sup>100)</sup>. Eine eigne Ausführung hat Stiglig<sup>101)</sup> der Frage gewidmet, ob in dem besonderen Falle, wo, nach einem mit lehensherrlicher Einwilligung geschehenen Verkaufe des Lehen, der Käufer, welcher dasselbe in dieser Eigenschaft besaß, ohne lehensfähige Erben stirbt, die Lehenfolger des veräußernden Vasallen noch bei dessen Leben ihr Revocationsrecht ausüben können; doch kann darauf hier nicht näher eingegangen werden. — Da die den Agnaten u. überhaupt zustehende Revocationsbefugniß kein durch die Lebensveräußerung neu begründetes und in Folge derselben geltend zu machendes Recht, wie das des Lehenherrn auf sofortige Einziehung des Lehen, ist, sondern mit dem Acte der Veräußerung nur in soweit zusammenhängt, daß dieser kein Hinderniß der Ausübung des ihnen ohnehin zustehenden An-

95) Weber a. a. D. Th. IV, §. 276.

96) II. F. 8. §. 1. II. F. 26. §. 17. II. F. 83.

97) Eichhorn a. a. D. §. 228. Mayr a. a. D. §. 122. Phillips a. a. D. B. II, §. 225.

98) X. a. D. Note 20.

99) X. a. D. §. 136, §. 122, §. 137, §. 328, §. 138, §. 330.

100) Schmalz a. a. D. Weber a. a. D. Th. IV, §. 277. Phillips a. a. D. §. 338.

101) Diss. de iure succedendi agnatorum in fendum vivo alienatore. Lips. 1714.

spruches auf das Lehen abzugeben vermag<sup>102</sup>), so kann die ihnen zu solchem Zwecke zustehende sogen. Revocatorienklage keine andere sein, als womit dieselben immer dann, wenn sie nach eingetretenem Uebergange des Nuzungseigenthumes auf sie das Lehen im Besitze eines Anderen finden, solches diesem gegenüber geltend machen, also die rei vindicatio (oben S. 390 u. 588), mit welcher Klage sie selbst von dem Lehensherrn, wenn dieser sich im Besitze des Lehens (wie namentlich, wenn solches an ihn selbst veräußert worden<sup>103</sup>), oder er dasselbe wegen der von dem Vasallen durch die Veräußerung begangenen Felonie eingezogen hatte) befindet, dasselbe abfordern können<sup>104</sup>). Die Verjährung dieser Klage ist die gewöhnliche der Revindication<sup>105</sup>). — Die bisher erörterten Folgen einer unerlaubten Lehensveräußerung finden jedoch keine Anwendung unter gewissen Voraussetzungen, die sich theils auf alle jene Wirkungen, theils auf einzelne derselben, beziehen. Dahin gehört 1) die von Denjenigen, welche zur Revocation des veräußerten Lehens berechtigt sein würden, ausdrücklich oder stillschweigend ertheilte Einwilligung zur Veräußerung oder deren nachfolgende Genehmigung. Nur eine von den sämmtlichen Berechtigten, sowohl dem Lehensherrn, als den Lehensfolgern, und zwar diesen allen, ertheilte Einwilligung giebt der an sich unerlaubten beziehungsweise widerrechtlichen Veräußerung die ganze Wirksamkeit der Uebertragung des vollen Eigenthumes oder wenigstens des Nuzseigenthumes (wenn sie auf diese beschränkt war) an dem Lehen; außerdem gilt es als Regel, daß so wenig der Lehensherr durch seinen Consens die Nachfolger, oder diese jenen durch den ihrigen, an der Ausübung der in Beziehung hierauf zustehenden Rechte in ihrem vollen Umfange zu verhindern im Stande sind, als auch, wenn sowohl der Lehensherr wie die nächsten Agnaten eingewilligt haben, dadurch die entfernteren Agnaten, oder sonstige zur Revocation Berechtigte, eintretenden Falles von deren Geltendmachung abgehalten werden<sup>106</sup>). Die rechtliche Folge der lehensherrlichen Einwilligung insbesondere charakterisirt sehr bestimmt der, oben bereits erwähnte, auch auf die der Veräußerung nachfolgende Genehmigung anwendbare, gesetzliche Ausspruch: *stabilis permaneat alienatio*<sup>107</sup>), welchem zufolge bei der specielleren Angabe der rechtlichen Wirkung einer solchen Consensertheilung von Páq<sup>108</sup>), — daß nämlich die Veräußerung dadurch (dem neuen Erwerber gegenüber) für den Lehensherrn, vermöge des darin liegenden stillschweigenden Lehensvertrages (oben S. 401), und für den Veräußerer selbst und dessen Erben, wegen des nun hinwegfallenden Grundes der Wichtigkeit, vollkommene Verbindlichkeit erlange, — doch nicht die der Consensertheilung zukommende bloß accessorische Eigenschaft außer Acht zu

102) In welchem Sinne daher auch der in Beziehung auf die Agnaten II. F. 39. pr. gebrauchte Ausdruck *alienatio feudi non valet* zu verstehen ist.

103) Gmeiner a. a. D. B. III, §. 434, Note \*\*.

104) Böhmner l. c. §. 276. Páq a. a. D. S. 327.

105) Mayr a. a. D. §. 122, S. 291.

106) Mayr a. a. D. S. 290.

107) I. F. 13. §. 3.

108) X. a. D. §. 133.

lassen ist, vermöge welcher dieselbe nur der an und für sich rechtsbeständigen Veräußerung ihre volle Wirksamkeit sichert, worauf oben (S. 577) bereits aufmerksam gemacht worden ist. Inwiefern die volle Wirksamkeit einer consentierten Veräußerung auch den Descendenten des Veräußerers, so wie denen der Consententen, gegenüber geltend gemacht werden könne, hängt von der bekannten Streitfrage über den Umfang der Jenen aus den Handlungen ihres Ascendenten in Beziehung auf das Lehen obliegenden Verbindlichkeit überhaupt ab, welche oben (S. 523 fig.) ausführlicher erörtert worden ist. — Dem vorgegedachten Ausnahmefalle nahe verwandt ist 2) der weitere, wo das Lehen ein veräußerliches ist<sup>109)</sup>, indem dieser Fall meist auf eine vom Lehensherrn im Allgemeinen voraus ertheilte Genehmigung der Veräußerung zurückzuführen sein wird<sup>110)</sup>. Das veräußerliche Lehen ist ein feudum improprium, und daher dient, wo nicht particularrechtliche Bestimmungen zum Grunde liegen, die lex investiturae zur Beurtheilung des eigentlichen Inhaltes und Umfanges der dem Vasallen dadurch verliehenen Veräußerungsbefugniß; es kann jedoch aus der darin begründeten Veräußerlichkeit kein Schluß auf irgend eine sonstige Abweichung von der regelmäßigen Natur der Lehen gezogen werden<sup>111)</sup>. Wenn man aber aus der Anwendung dieses von der Improperietät der Lehen im allgemeinen geltenden Grundsatzes (oben S. 392) auf die veräußerlichen Lehen mit Recht folgert, daß dieselben um dieser Eigenschaft willen nicht auch für Erblehen zu halten, und nicht auch einer Verpfändung oder lehtwilligen Verfügung unterworfen seien<sup>112)</sup>, sowie selbst, daß dadurch das Retractsrecht derjenigen Personen, welchen dieses sonst gesetzlich zusteht (wovon sogleich das Nähere vorkommen wird) nicht ausgeschlossen werde<sup>113)</sup>, und daß die in Beziehung auf den Lehensherrn zugestandene Veräußerlichkeit nicht auch den Lehensfolgern gegenüber, oder umgekehrt, geltend zu machen sei<sup>114)</sup>; so dürfte es doch mit den ausdrücklichen Bestimmungen der oben angeführten Lehensterste nicht wohl zu vereinigen sein, wenn von Eichhorn und Mayr aus jenem Grundsatz auch die Folgerung gezogen wird, daß durch die dem Vasallen in allgemeinen Ausdrücken, ohne weiteren Vorbehalt, bewilligte Veräußerlichkeit des Lehens demselben doch nur die Befugniß, sein Nutzungseigenthum an demselben auf lebensfähige Personen (die demnach an seiner Stelle in den vasallitischen Nexus träten) zu übertragen<sup>115)</sup>, zugestanden worden sei;

109) II. F. 26. §. 23. II. F. 48. pr. Thomasius, de feudo alienabili; in sel. feud. T. II. p. 217. Kraus, diss. de feudo alienabili. Erl. 1770. Woltär, diss. de feudo alienabili. Hal. 1772.

110) Daher ist die Bemerkung v. Sartori's a. a. D. S. 71: der nach der Investitur gegebene lehensherrliche Consens zur Veräußerung mache kein feudum alienabile aus, nur richtig in Beziehung auf den in einem einzelnen Falle zur Veräußerung ertheilten Consens.

111) Mayr a. a. D. §. 132.

112) Mayr a. a. D. Note 2.

113) Schmalz a. a. D. §. 646. Eichhorn a. a. D. §. 238. Mayr a. a. D.

114) Schmalz a. a. D.

115) Ob auch Phillips, a. a. D. B. II, §. 228, C. 350, dieser



denn jene Lebenserte reden offenbar von einer solchen ganz allgemein erteilten Veräußerungsbefugniß: *et cui dederit*, und sprechen dennoch sehr bestimmt als Folge hiervon aus: *quod si vasallus alienavit, feudum esse desinit apud emtorem — non habebit ipsum pro feudo*, wogegen sie die mittelft der Worte: *et cui in feudum dederis* geschehene Bewilligung der Veräußerlichkeit als einen der regelmäßigen Natur der Lehen entsprechenden Fall bezeichnen<sup>116)</sup>; die Worte aber im §. 1. der letztgedachten Stelle: *iure tamen feudi censebitur*, mit dem Zusätze: *ut ex his catuis ipsum amittat, quibus et verum feudum*, sind wohl gewiß nicht anders zu verstehen, als die ganz ähnliche Bestimmung in II. F. 26. §. 23, nämlich von der Zeit, wo das veräußerliche Lehen sich noch im Besitze des Vasallen befindet, und derselbe von seiner Veräußerungsbefugniß noch keinen Gebrauch gemacht hat. Demnach ist es auch nicht, wie von Dittloff<sup>117)</sup> geschieht, für eine richtige Interpretation jener Stellen zu halten, wenn Witsch<sup>118)</sup> annimmt, daß ein Lehen, welches *eo pacto, ut vasallo liceat id dare cui velit*, verliehen worden, nach der Veräußerung zwar als Allod von dem neuen Erwerber besessen werde, dennoch aber aus denselben Ursachen, wie ein wahres Lehen, verloren werde. Am wenigsten läßt sich eine klare Vorstellung mit der Ansicht von Pütz<sup>119)</sup> verbinden, daß zwar das Gut durch die Veräußerung als Allod auf den neuen Besizer übergehen, doch auch hierdurch dem Lehensherrn und selbst den Folgeberechtigten nicht alle Befugnisse ertöschten sollen. Unter den älteren Rechtsgelehrten wurde auch darüber gestritten: ob die in unbestimmten Ausdrücken bewilligte Veräußerlichkeit nur den ersten Erwerber, oder auch seine Nachfolger, zur Veräußerung berechtige; doch von Thomasius<sup>120)</sup> mit Recht das letztere angenommen; auf Allodialerben des Vasallen ist solches gleichwohl nicht auszudehnen<sup>121)</sup>. — 3) Wenn der Lehensherr auf die Folgen der von dem Vasallen durch die Lebensveräußerung begangenen Felonie verzichtet<sup>122)</sup>. Da in einer solchen Condonation zunächst nur ein Aufgeben der durch die Verletzung der persönlichen Verbindlichkeiten des Vasallen gegen den Lehensherrn diesem erworbenen Ansprüche liegt, so hat dieselbe eigentlich auch nur Einfluß auf die zweite der oben angegebenen Wirkungen einer unerlaubten Lebensveräußerung, und es ist daher nicht anzunehmen, daß der Lehensherr dadurch auch das dingliche Verhältniß, in welchem das Lehen selbst zu ihm als Obereigenthümer steht, habe lösen, also insonderheit seines Heimfallsrechtes bei dem gänzlichen Abgange der vasallitischen Familie

Meinung beipflichtet, oder nur von dem Falle einer aus anderen Gründen nothwendigen Veräußerung redet, ist nicht völliig klar. Eine nähere Ausführung derselben findet man bei Weber, a. a. D. Th. IV, §. 265, unter Mittheilung der von den älteren Schriftstellern angeführten Gründe für und wider.

116) *qui propriam feudi naturam habet*: II. F. 43. §. 2.

117) X. a. D. C. 369.

118) Comm. p. 497.

119) X. a. D. §. 141.

120) L. c. §. 30.

121) Weber a. a. D. Th. IV, C. 754.

122) Eichhorn a. a. D. §. 227 a. C. Mayr a. a. D. C. 291.

**sich** begeben wollen, sofern nicht die Ausdrücke, in welchen die **Condonation** geschah, zugleich auf eine unbedingte Genehmigung der Veräußerung **schließen** lassen. Jedenfalls aber versteht es sich von selbst, daß auch die **ausgedehnteste** Verzichtleistung des Lehensherrn auf die Folgen der Felonie, **und** selbst der Veräußerung an sich, die Lehensfolger an der **Geltendmachung** ihres, von den Folgen der Felonie als solcher gänzlich **unabhängigen** und in einem eignen Rechte derselben begründeten, **Anspruches** auf das veräußerte Lehen, nachdem ihnen solches angefallen, nicht **gehindert** werden können; eben darum aber ist die Aeußerung **Mayr's**, es **könne**, wenn der Lehensherr auf die Folgen der Felonie verzichte, von **einer** **Revocation** des Lehens weiter nicht mehr die Rede sein, zu allgemein **und** unbestimmt ausgedrückt, wie dann auch die von demselben in Bezug **genommene** Stelle bei von Bülow und Hagemann<sup>123)</sup> ausdrücklich **sagt**: der Lehensherr könne seinem Rechte entsagen, und durch die **Vasallen** die **Revocation** der von ihren Vorgängern veräußerten Lehenstücke **geschehen** lassen. — 4) Wenn die Veräußerung an eine in der Investitur **mit** **begriffene** Person, die noch nicht als Lehensfolger berufen ist, **geschah**<sup>124)</sup>, indem dieses für den Lehensherrn ohne rechtliches Interesse **in** der **zweifachen** Hinsicht ist, daß die dem Vasallen gegen ihn obliegenden **persönlichen** Verbindlichkeiten auch von einem solchen, welcher selbst **bereits** in gleichem Lehenverhältnis steht, erfüllt werden können<sup>125)</sup>, und daß **durch** dessen nur anticipirten Eintritt in den Besitz des Lehens dem **berzinstigen** Heimfall desselben kein Eintrag geschieht. Doch versteht es sich **von** selbst, daß wenn demnächst das Lehen einem dem Veräußerer näher **stehenden** Agnaten anfällt, dieser an der Geltendmachung seines vorzüglichen **Rechtes** nicht durch den in Folge der Veräußerung schon in **Besitz** befindlichen entfernteren Agnaten verhindert sein kann<sup>126)</sup>. — Ob **und** inwiefern 5) die Uebertragung des Lehens auf einen Anderen mittelst **Vergleiches** eine Ausnahme von dem gesetzlichen Veräußerungsverbote **begründe**, wie **Päq**<sup>127)</sup> annimmt, ist nach den von der Befugniß des **Vasallen** zur einseitigen Abschließung eines solchen und dessen **Wirksamkeit** im Allgemeinen geltenden Grundsätzen (oben S. 425) zu beurtheilen; **doch** wird der Fall, wo eine auf diesem Wege erfolgte Verfügung über **das** Lehen in die Kategorie einer Veräußerung desselben zu stellen wäre, **höchst** selten vorkommen. Daß ein solcher Vergleich, auch wenn er für **den** Lehensherrn beziehungsweise die Lehensfolger unverbindlich wäre, **doch** nicht der Strafe der Privation des Lehens unterliege, kann man mit **Wesphal**<sup>128)</sup> wohl annehmen.

123) Pract. Erört. B. II, Nr. 8, S. 129.

124) I. F. 13. §. 3. II. F. 3. §. 1. II. F. 39. pr. — **Päq**, a. a. D. §. 137, Note g, rechnet dahin auch die Theilung des Lehens unter mehreren **Miterben** nach II. F. 50. II. F. 55. §. 2.

125) **Phillips** a. a. D. B. II, §. 223, S. 334.

126) **Mayr** a. a. D. §. 122, S. 290.

127) **X. a. D.** §. 137, S. 328.

128) **Abb.** 15, §. 13.

Zu den erlaubten Lebensveräußerungen, oder denen, welche der Vasall vermöge der in seinem Proprietätsantheile begründeten Dispositionsbefugniß vornehmen kann, ohne darin durch den ihm zugleich obliegenden persönlichen Verbindlichkeitsnerus gegen den Lehensherrn beschränkt zu sein, weil sie keinen wesentlichen Einfluß auf dieses persönliche Verhältniß äußern<sup>129)</sup>, gehören vornehmlich die Ackerbelehnung per dationem (oben S. 409), und die Bestellung einer Servitut am Lehen; sodann werden dahin gerechnet: die Veräußerung an eine in der Investitur begriffene Person, die Hingabe des einer Frau zugehörigen Lehens als Brautschatz für ihren Ehemann, und die Ueberlassung des Lehens zur Emphyteuse oder zum erblichen Colonat, von welchen drei Fällen oben bereits gehandelt worden ist. Rückfichtlich der Bestellung einer Servitut<sup>130)</sup> ist insbesondere noch zu bemerken: daß dem Vasallen die Befugniß dazu nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze<sup>131)</sup> zustehet, giebt einen klaren Beweisgrund dafür ab, wieviel stärker das in dem Proprietätsantheile des Vasallen begründete Dispositionsrecht desselben, als das des Usufructuars (oben S. 426), welchem jene Befugniß nicht zukommt<sup>132)</sup>, ist. Daß die betreffende Gesetzstelle nicht auf Realservituten, wie von Einigen geschieht, zu beschränken sei, wurde bereits oben (S. 585) angeführt; ganz sonderbar wäre es auch, dem Vasallen die Einräumung solcher Dienstbarkeiten, deren Dauer mit dem Leben des Berechtigten aufhört, nicht zu gestatten, und ihn gleichwohl zur Belastung des Lehens mit solchen, die auf ungewisse Zeit hin an dem Lehengute selbst haften, mag dieselbe eine Folge seiner Sorglosigkeit, oder absichtlich, selbst gegen einen dafür erhaltenen Preis, geschehen sein<sup>133)</sup>, berechtigt zu halten. Eine ganze Reihe weiterer hier einschlagender Streitfragen findet man bei Weber<sup>134)</sup> erörtert; der bemerkenswertheren hiervon wird sogleich noch Erwähnung geschehen. Unter den Veräußerungen erlaubter Art wird von Einigen<sup>135)</sup> auch die Verpachtung oder Vermietung des Lehens genannt; aber diese gehört, wie schon von Weber<sup>136)</sup> bemerkt worden, gar nicht hierher, da sie keinen Veräußerungsact, auch nicht im weiteren Sinne, enthält, indem dadurch nicht einmal ein dingliches, die Substanz des Lehens afficirendes, Recht auf den Pächter oder Miether übertragen wird; richti-

129) Indem sie so wenig nach den ehemaligen Verhältnissen dem Lehensdienste Eintrag thaten (Phillips a. a. D. B. II, §. 224), als die Lebensverbindung zwischen dem Lehensherrn und Vasallen zu unterbrechen geeignet sind: Eichhorn a. a. D. §. 227.

130) Worüber Ulrich, diss. de servitute reali, sive studio sive incuria vasalli feudo contracta. Viteb. 1784., und Weber, a. a. D. Th. IV, §. 263, zu vergleichen sind.

131) II. F. 8. pr.

132) Mühlbruch, Lehrb. des Pandektenrechtes Th. II, S. 287. Cf. Bauer l. c. §. 4.

133) Pretio, vel dolo, aut incuria.

134) Mit Bezugnahme auf Siegel, diss. de vera servitute a solo vasallo feudo imposita. Lips. 1777. Horn, iurispr. feud. cap. X. §. 6.

135) Mayr a. a. D. §. 122, S. 190.

136) A. a. D. Th. IV, §. 222, S. 338.

gür wird daher das dem Vasallen unbezweifelt zustehende *ius locandi* <sup>137)</sup> die in seinem Benutzungsrechte im allgemeinen begriffenen Dispositionsbefugniß über die Lehensfrüchte (oben S. 426) zugeschrleben <sup>138)</sup>. Nur wenn die äußere Form einer Verpachtung dazu gebraucht wird, um eine damit beabsichtigte unerlaubte Veräußerung zu verdecken, ist sie nach der vorangeführten Gesetzstelle ausdrücklich verboten. Rücksichtlich der Dauer ihres Bestandes aber kommt die Verpachtung mit jenen erlaubten Veräußerungen im Wesentlichen überein <sup>139)</sup>. — Die rechtliche Wirkung einer erlaubten Veräußerung der vorerwähnten Art besteht darin, daß dieselbe vollkommen rechtsbeständig durch die an sich dazu geeignete Handlung des Vasallen, ohne Mitwirkung des Lehensherrn und der Agnaten oder sonstigen Lehensberechtigten, zu Stande kommt, und demzufolge als gültig und wirksam so lange in Kraft bleibt, als das eigne Recht des Vasallen, sowie derjenigen, welche seine Handlungen als die ihrigen anzuerkennen verpflichtet sind, dauert <sup>140)</sup>; hingegen sobald das Lehen an einen anderen Nachfolger gelangt oder dem Lehensherrn anheimfällt, von diesen in den Besitz des Lehens eintretenden Personen nicht anerkannt zu werden braucht <sup>141)</sup>. Nur bei der Austerbelehnung *per dationem* tritt gesetzlich eine Ausnahme ein, indem nämlich der Lehensherr nach dem Abgange des Hauptvasallen und der zu dessen Familie gehörigen Lehensfolger den zum Lehensdienste geeigneten und zum Lehensempfang erbötigen Austerbasallen als seinen unmittelbaren Vasallen anzuerkennen hat <sup>142)</sup>, welche gesetzliche Bestimmung zu der Folgerung zu berechtigen scheint, daß auch die Lehensfolger eine solche Austerbelehnung bestehen zu lassen verbunden sind, da man ihnen doch nicht wohl größere Rechte vermöge ihrer Theilnahme an dem Nutzungseigenthume, welches durch die Austerbelehnung nur einigermaßen beschränkt wird, als dem Lehensherrn vermöge seines Obeigenthumes, welches ihn, ohne die Austerbelehnung, zur Einziehung des Lehensgegenstandes in sein volles Eigenthum berechtigen würde, zugestehen kann, überdies auch die betreffenden Stellen eine Anerkennung der Gültigkeit der Austerbelehnung, als eines in den Befugnissen des Vasallen liegenden Dispositionsactes, ganz unzweideutig aussprechen <sup>143)</sup>; doch ist die gegentheilige Ansicht als die jetzt herrschende zu betrachten <sup>144)</sup>, obgleich die Aeußerung von Phillips <sup>145)</sup>, daß für den Fall des Aussterbens

137) II. F. 9. §. 1.

138) Päch a. a. D. §. 91, Note g. Eichhorn a. a. D. §. 223, Note h.

139) Weber a. a. D. Th. S. 339 a. E.

140) Vasallo, donec feudum tenet, obest: cit. II. F. 8. pr.

141) I. F. 8. §. 1. in f. II. F. 9. pr. II. F. 78. Päch a. a. D. §. 136, S. 321. Eichhorn a. a. D. §. 228. Mayr a. a. D. §. 122, S. 291.

142) II. F. 9. pr. II. F. 34. §. 3. Mayr a. a. D. §. 128, S. 307.

143) Worüber auch noch II. F. 3. §. 1. II. F. 26. §. 20. zu vergleichen sind.

144) Päch a. a. D. §. 145, S. 347. Weber a. a. D. Th. IV, §. 289. Schmalz a. a. D. §. 648. Eichhorn a. a. D. §. 231. Mayr a. a. D. §. 128 a. E.

145) X. a. D. B. II, §. 226, S. 347.

der vassallitischen Familie der Aftervassall das Lehen erhalte, wohl nur auf der Voraussetzung beruhen kann, daß derselbe auch in der Zwischenzeit seine Aftervassallen-Eigenschaft beibehalten habe. In Beziehung auf Servituten ist es sodann streitig, ob der Käufer des Lehens die von dem Verkäufer vorher auf dasselbe constituirte Servitut anerkennen müsse<sup>146)</sup>; die bejahende Beantwortung derselben dürfte jedoch keinem Zweifel unterworfen sein, da Jener, so lange der Verkäufer und seine Nachkommen leben, kein größeres Recht als was diesen selbst zustand, in Anspruch nehmen kann, nach deren Abgang aber das Recht des Lehensherrn oder der Lehensfolger würde ausüben müssen, zu welchen er aber gar nicht in dem Verhältnisse einer Rechtsnachfolge steht; daher ihm gegenüber lediglich der civilrechtliche Grundsatz, daß ein verkauftes Grundstück in der Regel mit den daran constituirten Servituten übergeht<sup>147)</sup>, zur Anwendung kommt. Ob, wenn die Erlöschung einer Servitut in Folge des wegen Felonie des Vasallen eingetretenen Rückfalles des Lehens an den Lehensherrn erfolgt, dieselbe wieder aufliebe, wenn nachher von Letzterem die Felonie vergeben und dem Vasallen das dadurch verwirkte Lehen zurückgegeben wird, ist ebenfalls nicht unbestritten; doch nimmt wohl mit Recht Weber<sup>148)</sup> die verneinende Meinung wenigstens in dem Falle an, wo der Vasall bereits durch ein rechtskräftiges Erkenntniß des Lehens entsetzt war, wiewohl das Lehen als ein Neulehen zurückerhielt. Gegenheilig entscheidet der gedachte Schriftsteller<sup>149)</sup> den Fall, wo das Lehen durch Refutation auf einen anderen Besitzer übergegangen war, und nachher wieder in den Besitz des Vasallen, von welchem die Servitut constituirte wurde, zurückfiel, indem er den Zwischenbesitzer einem Käufer des Lehens, von welchem oben die Rede war, gleichstellt.

Noch ein besonderes, bei allen denjenigen Veräußerungsarten, welche eine gänzliche Uebertragung des Lehensgegenstandes von dem besitzenden Vasallen auf einen Anderen enthalten, — mögen dieselben nun zu den an sich erlaubten, wie die Veräußerung des Lehens an eine in der Investitur begriffene Person, oder zu den unerlaubten, welche jedoch durch die hinzugekommene Einwilligung der bei der Geltendmachung der hiermit verbundenen gesetzlichen Folgen Berechtigten Rechtsbestand erlangt haben, gehören — zur Anwendung kommenden Recht des Lehensherrn beziehungsweise der Lehensfolger ist der *Retract*, oder die Befugniß dieser bei der Lehensveräußerung aus eigenem Rechte theilhaftigen Personen, das veräußerte Lehen gegen Erlegung des dafür zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber verabredeten Preises an sich zu bringen; und es ist darunter sowohl das Recht, im Falle einer bloß beabsichtigten Veräußerung ein Vorrecht vor jedem dritten Erwerber mittelst Darbietung des nämlichen Preises geltend zu machen, als nach bereits erfolgter Vollziehung derselben das Lehen von dem neuen Erwerber gegen Ersatzung des von demselben gezahlten Preises

146) Weber a. a. D. S. 392.

147) L. S. C. de servitut.

148) A. a. D. S. 392.

149) A. a. D. S. 393.



zurückzuverlangen, begriffen<sup>150</sup>); letzteres wird *Retract* im engeren Sinne, ersteres *Vorkaufsrecht*, *ius protimiseos*, genannt. Der wesentliche Unterschied des *Retractes* im allgemeinen von dem oben erwähnten *Revocationsrecht* ergibt sich mit genügender Bestimmtheit schon aus einer Vergleichung des über letzteres Gesagten mit dem hier Vorzutragenden; doch haben *Weber*<sup>151</sup>) und *Mayr*<sup>152</sup>) noch ausdrücklich die einzelnen Momente der Verschiedenheit herausgehoben; das eigentlich Charakteristische dieser Verschiedenheit zeigt ganz deutlich der, von dem *Retract* der *Lebensfolger* insbesondere redende, *Lehenstext* II. F. 26. §. 13, daß nämlich von einem solchen die *Revocation* ohne Erstattung des Preises erst, wenn die *Reihe* der *Nachfolge* an ihn gelangt, der *Retract* mit Erlegung des Preises aber gleich nach der *Veräußerung*, ausgeübt werden kann. Nach *Mayr's* Bemerkung sollen das *Revocationsrecht* und der *Retract* manchmal concurriren können, die von demselben angeführten Beispiele haben aber nur solche Fälle zum Gegenstande, in welchen entweder das eine oder das andere dieser Rechte zur Ausübung kommen kann; eine eigentliche (gleichzeitige) *Concurrenz* beider ist auch nur, wenn man das eine derselben als dem *Lehensherrn*, das andere als dem *Lebensfolger* zuständig, voraussetzt, denkbar, wo dann aber jedenfalls die Ausübung des *Retractes* durch die des *Revocationsrechtes* unwirksam gemacht und vereitelt werden würde, indem das letztere, da es auf dem Uebergange des dem *Veräußerer* zugestandenen *Eigenthumsantheils* an dem *Lehen* auf den *Revocanten* beruht, selbst gegen den *Retrahenten* würde ausgeübt werden können. Neben den wenigen speciellen Bestimmungen, welche das *longobardische* *Lehenrecht* über den *Lehensretract* enthält, kommen hier aushülflich die Grundsätze des *teutschen* *Rechtes*, in welchem dieses Institut ziemlich vollständig ausgebildet vorkommt, zur Anwendung<sup>153</sup>); mit Rücksicht hierauf ist der dem *Lehensherrn* zuständige *Retract*, als eine Art des *grundherrlichen* *Näherrechtes*, auf das *Oberigenthum* desselben zurückzuführen, und der den *Lebensfolgern* zuständige, eine Art des *retractus gentilitius*, als *Ausfluß* und *Wirkung* des in dem *Verwandtschaftsverhältnisse* der *vasallitischen* *Familie* gegründeten *Successionsrechtes* zu betrachten<sup>154</sup>). Wenn beide Arten des *Retractes* in dem nämlichen Falle zusammentreffen, muß der des *Lehensherrn* gegen den der *Lebensfolger* zurückstehen<sup>155</sup>). Für natürlich kann man dieses, wie es von *Schmalz*<sup>156</sup>) bezeichnet wird,

150) II. F. 9. §. 1.: in prohibendo, vel redimendo.

151) X. a. D. Th. IV, §. 278, S. 473.

152) X. a. D. §. 124; mit Bezugnahme auf *Vermehren*, *diss. de discrimine inter ius revocandi et ius retrahendi feudum ex princ. iur. longob. feud. inter utrumque obtinente*. Jen. 1825.; in welcher Abhandlung zehn einzelne Verschiedenheiten unter drei Rubriken, je nachdem nämlich dieselben sich entweder auf das *Retractrecht* sowohl des *Lehensherrn* als der *Lebensfolger*, oder auf das des Ersteren, oder auf das der Letzteren allein, beziehen, erörtert werden.

153) Páß a. a. D. §. 139, S. 334. *Mayr* a. a. D.

154) Páß a. a. D. §. 140. *Phillips* a. a. D. B. II, §. 219, S. 317.

155) II. F. 9. §. 1.

156) X. a. D. §. 636.

nun wohl nicht halten, und ebensowenig den von Weber<sup>157)</sup> dafür angeführten Grund als erheblich anerkennen, nämlich daß den Agnaten das Successionsrecht, in Rücksicht welches der Retract zustehe, von dem Lehensherrschaft constituirte sei, da dies doch nur in der Voraussetzung des bereinstimmigen Heimfalles geschah, in allen Fällen einer von dem Lehensherrschaft nicht zu verhindernden Veräußerung aber, wodurch das Lehen auf den neuen Erwerber als freies Allod übergeht, und in gleicher Eigenschaft von dem retrahirenden Agnaten erworben wird, dasselbe dem Lehensherrschaft, welcher durch Letzteren von der Ausübung des eignen Retracts ausgeschlossen wird, gänzlich und für immer entgeht. Unter mehreren Lebensfolgern, welche bei der Ausübung des Retracts zusammentreffen, ist die Ordnung zu beobachten, in welcher sie zur Succession berufen sind, so daß der hier nach entferntere durch den näheren ausgeschlossen wird<sup>158)</sup>, und dieser sogar gegen jenen, wenn ihm derselbe zuvorgekommen wäre, retrahiren kann<sup>159)</sup>. Ob, wenn der zur Ausübung des Retracts zunächst Berechtigte von seiner Befugniß keinen Gebrauch machen kann oder will, der entferntere an dessen Stelle trete, ist nicht unbestritten, wird jedoch von Weber<sup>160)</sup> mit Recht bejaht, da zur Geltendmachung des Retracts nicht der schon erfolgte Successionsfall (wie bei dem Revocationsrechte) erfordert wird, sondern nur ein Anspruch auf die Succession<sup>161)</sup>, welcher für den entfernteren Lebensfolger wirksam wird, sobald in Beziehung hierauf kein anderer ein vorzügliches Recht geltend macht. Die Ausübung des Retracts findet sogleich nach Vollziehung der Veräußerung, selbst noch bei des Veräußerers Lebzeiten, statt<sup>162)</sup>, und zwar nach der Natur desselben, als eines dinglichen Rechtes, nicht bloß gegen den unmittelbaren Erwerber des Lehens, sondern auch gegen dessen Nachfolger, wie gegen jeden dritten Besitzer<sup>163)</sup>. Von welchen Voraussetzungen sowohl rücksichtlich der Art des Veräußerungsgeschäfts, als rücksichtlich der von dem Retrahirenden zu erfüllenden Bedingungen, die Ausübung des Retracts abhängig sei<sup>164)</sup>, ist nach den von diesem im allgemeinen geltenden Grundsätzen zu beurtheilen; ebenso inwiefern von dem zum Retrahiren Berechtigten eine Cession dieser seiner Befugniß an einen Anderen wirksam geschehen könne; Weber<sup>165)</sup> erklärt dieselbe, da es sich hier um ein persönliches Recht handle, für gänzlich unstatthaft; Westphal<sup>166)</sup> unterscheidet zwischen dem Falle, wo die Cession von dem Lehensherrschaft oder von einem Lebensfolger geschah, und hält jene für zulässig, diese aber nicht, es sei denn, daß sie an einen anderen ebenfalls zum Retract berechtigten Lebensfolger geschähe,

157) X. a. D. §. 283. Vgl. auch Gmeiner a. a. D. B. III, §. 439 flg.

158) II. F. 3. §. 1. Weber a. a. D. §. 282.

159) P a g a a. a. D. §. 140.

160) X. a. D.

161) Sola spes futurae successionis: Vermehren, in diss. cit. §. 31.

162) P a g a a. a. D. §. 139, §. 333.

163) P a g a a. a. D. §. 332.

164) Weber a. a. D. §. 284.

165) X. a. D. §. 282, §. 388.

166) A b h. 18, §. 5.

in welchem Falle sie nur etwa von einem näher stehenden angefochten werden könnte. Auch die Beantwortung der Frage, ob die Ausübung des Retracts durch die öffentliche Subhastation des Lehens ausgeschlossen werde, fällt an sich unter jene allgemeinen Grundsätze, doch ist dieselbe gerade in der besonderen Anwendung auf einen solchen Lebensverkauf sehr bestritten<sup>167</sup>). — Die Frist, binnen welcher der Retract ausgeübt werden muß, ist gesetzlich auf ein Jahr, von Zeit der Wissenschaft an gerechnet, bestimmt<sup>168</sup>). — Der nach den sonstigen Verhältnissen des betreffenden Veräußerungsfalles statthafte Retract findet keine Anwendung, wenn die dazu Berechtigten ihre Einwilligung zur Veräußerung in solcher Weise ertheilt haben, daß daraus eine Verzichtleistung derselben auf ihr Retractsrecht gefolgert werden kann. Dieß ist jedoch nicht schon um desswillen anzunehmen, weil durch eine daffällige Erklärung der Betheiligten dem Lehen die Eigenschaft eines veräußerlichen (oben S. 591) beigelegt worden ist<sup>169</sup>); umgekehrt wird es für unzweifelhaft gehalten, daß Diejenigen unter den zum Retracte Berechtigten, von welchen ihre Einwilligung zur Veräußerung des Lehens an eine bestimmte Person ertheilt worden, sich dadurch zugleich der Ausübung ihres Retractsrechtes, dieser gegenüber, begeben haben<sup>170</sup>); sehr streitig ist dagegen die Frage, ob auch dieselbe Wirkung der Consensertheilung zur Veräußerung eines, nicht schon seiner Natur nach zu den veräußerlichen gehörigen, Lehens, welche nur im allgemeinen und ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person ertheilt wurde, beizulegen sei. Die beiderseitigen Gründe findet man bei Weber zusammengestellt, welcher selbst der verneinenden Meinung beistimmt<sup>171</sup>); und für diese Ansicht spricht allerdings die wesentliche Verschiedenheit des Revocations- und des Retractsrechtes, die eine Ausdehnung der Verzichtleistung auf das erstere, welches den unmittelbaren Gegenstand der Consensertheilung ausmacht, auf das letztere, als stillschweigend darunter begriffen, nicht unbedenklich erscheinen läßt, zumal die hierüber verfügenden Gesetzstellen, welche von den Vertheidigern der gegentheiligen Meinung für sich geltend gemacht werden: I. F. 5. §. 1. und II. F. 26. §. 13.<sup>172</sup>), gar wohl auch in jenem Sinne ausgelegt werden können, indem die Worte der ersteren: consenserit eos in-

167) Weber a. a. D. S. 495 ff., womit die daselbst S. 499, Note b, angeführten Abhandlungen zu vergleichen sind.

168) II. F. 9. §. 1. II. F. 26. §. 13.

169) Weber a. a. D. S. 279, 280, S. 477.

170) Pög a. a. D. §. 140, S. 335. Weber a. a. D. §. 281, S. 478. Mayr a. a. D. §. 124.

171) Nach der Ausführung von Rudloff, in exerc. de consensu in alienationem foudi interposito retractum non excludente. Buz. 1770., und mit Bezugnahme auf mehrere andere diesen Gegenstand betreffende Abhandlungen, namentlich von Gebauer, Gehe und Tenzel. Dagegen Vermehren, in diss. cit. §. 24 sq., welcher in Beziehung auf die Lebensfolger deren Retractsrecht für ausgeschlossen durch den im allgemeinen von denselben ertheilten Veräußerungskonsens hält. Derselben Meinung ist Gmeiner a. a. D. B. III, §. 441.

172) Mayr a. a. D. §. 125, Note 7.



vestire, ziemlich klar auf den für bestimmte Personen ertheilten Consens hindeuten, und auch in der letzteren die Worte: si consentit alienationi eine Beziehung auf den darin erzählten speciellen Fall um so mehr rechtfertigen, als die der weiteren Alternative si tacuerit hinzugefügte Zeitbestimmung: ex quo scivit, von selbst eine solche Beziehung in sich schließen. — Eine sehr erhebliche, die Geltendmachung des Retractes von Seiten der Lebensfolger betreffende Streitfrage ist endlich noch die, ob auch die Descendenten des Veräußerers, so wie diejenigen solcher Lebensfolger, welche durch ihre specielle Einwilligung in die Veräußerung sich selbst der Ausübung des Retractes begeben haben, davon Gebrauch machen können?<sup>173)</sup> Folgerungsweise nach den von der Revocatorienklage in dieser Hinsicht geltenden Grundsätzen (S. 588) läßt sich diese Frage nicht beantworten, da diese Klage und das Retractrecht auf wesentlich verschiedenen Fundamenten beruhen, und über letzteres insbesondere keine ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen in der gedachten Beziehung vorliegen. Von den Descendenten des Veräußerers sagt P ä g <sup>174)</sup>: dieselben seien als solche vom Retracte nicht ausgeschlossen, die Erbenqualität aber stehe dessen Gebrauche allgemein im Wege. W e b e r <sup>175)</sup> gesteht den Söhnen hierin gleiches Recht mit den Agnaten zu <sup>176)</sup>, wobei es auch nichts zur Sache thue, daß der Sohn Notherbe des Vaters sei, da das Retractrecht noch bei Lebzeiten des Vaters ausgeübt werde, wo von dessen Erbschaft noch gar keine Sprache sei. E i c h h o r n <sup>177)</sup> folgert aus der Unanwendbarkeit der Grundsätze von der actio feudi revocatoria auf die Retractsklage im allgemeinen, daß auch die Söhne des Veräußerers und der Consentirenden retrahiren können, nicht aber Lebensfolger, die zur Zeit der Veräußerung noch nicht geboren waren, daß jedoch die Erbenqualität bei den Descendenten des Veräußerers oder consentirender Lebensfolger der Retractsklage im Wege stehe, wenn jene für ihre Erben dem Retracte entsagt haben. M a y r <sup>178)</sup> hält überhaupt unter den zum Retrahiren berechtigten Lebensfolgern nicht bloß die Seitenverwandten und Mitbelehnten, sondern auch die Descendenten derselben, begriffen. P h i l l i p s <sup>179)</sup> endlich gibt sowohl den Söhnen, als den Agnaten des Vasallen, als Verwandten, das Retractrecht. Im wesentlichen möchte wohl die Darstellungsweise E i c h h o r n 's das eigentliche Verhältniß der Sache am genauesten bezeichnen. Da nämlich den Descendenten als Gliedern der vasallitischen Familie, jedem für sich, aus eigenem Rechte, die Befugniß, das veräußerte Lehen zu

173) Hierüber ist im allgemeinen zu vergleichen die mehrgedachte Abhandlung v. Winterfeld's, über das Retractrecht der Söhne und Minorennen auf altväterliche Stammlehen.

174) X. a. D. §. 140, C. 335.

175) X. a. D. Th. IV, §. 280.

176) Ebenso Vermehren, in diss. cit. §. 42. Poffe, die Succession der Kinder u. s. w. §. 24.

177) X. a. D. §. 229.

178) X. a. D. §. 124.

179) X. a. D. B. II, §. 219, C. 317.

retrahiren, zusteht, so ist die obige Frage im allgemeinen unbedenklich zu bejahen, und zweifelhaft kann es nur sein, inwiefern hierauf die hinzukommende Erbenqualität derselben einwirkt. Daß jedoch nicht positiv die Ausübung des Retractes in dieser Eigenschaft, vermöge der darin gegründeten Repräsentation des Veräußerers oder Consentienten geschehen könne, ist klar, da diesen Personen selbst die Befugniß zu retrahiren gar nicht zukommt; also fragt es sich nur in negativer Hinsicht, ob Jene nicht an der Ausübung dieser Befugniß aus eigenem Rechte durch die gleichzeitige Eigenschaft als Erben ihrer Ascendenten verhindert werden, und diese Frage dürfte zwar an und für sich zu verneinen sein, aber im weiteren Erfolge äußert sich jene Eigenschaft, vermöge deren ihnen die Erfüllung der von ihren Ascendenten übernommenen Verbindlichkeiten obliegt, doch dadurch wirksam, daß die Erben des Veräußerers, selbst nachdem sie retrahirt hätten, von neuem zur Vollziehung des von ihrem Ascendenten gültig eingegangenen Veräußerungsvertrages genöthigt werden könnten, und auf gleiche Weise den Erben der Consentienten, wenn diese für sich und ihre Descendenten zu der Veräußerung speciell eingewilligt hätten, die dadurch erklärte, auch von letzteren in ihrer Erbenqualität als eigene Handlung anzuerkennende, Verzichtleistung auf den Retract entgegenstehen würde, wohingegen nicht schon aus der einfachen Consensertheilung, ohne Erwähnung der Descendenten oder Erben, eine auch für diese geschehene Entfagung zu folgern sein dürfte. Wie übrigens der dem obigen Hauptprincip in den Worten: *si filios haberet* anscheinend entgegenstehende Lehenstext II. F. 26. §. 13. doch anders zu erklären sei, findet man bei Eichhorn<sup>180)</sup> und Mayr<sup>181)</sup> angegeben. — Durch die Eigenschaft des Lehens als eines veräußerlichen, so wie eines Erblehens, wird die Ausübung des Retractes nicht ausgeschlossen<sup>182)</sup>; dasselbe findet aber keine Anwendung auf den Fall einer Subinfeudation oder Permutation<sup>183)</sup>.

Wenden wir nun ferner die im Eingange dieses Artikels aus der rechtlichen Natur des Lehensverhältnisses im allgemeinen entwickelten Grundsätze auf die Veräußerungsbefugniß des Lehensherrn an, so ergibt sich daraus zunächst, daß auch der Lehensherr, so viel das, durch die Theilung des Eigenthums an dem Lehen zwischen ihm und dem Vasallen begründete, dingliche Element des Lehensverhältnisses betrifft, der nämlichen, mit dieser Theilung des Eigenthums als rechtliche Folge verbundenen, Beschränkung des Dispositionsrechtes an dem Lehen, wie der Vasall, in der Hinsicht unterworfen ist, daß derselbe, ungeachtet des ihm daran vorbehaltenen Obereigenthums, nicht einseitig über das ganze Lehen, und insonderheit nicht über den dem Vasallen zuständigen Proprietätsantheil, verfügen kann<sup>184)</sup>. Hiernach also steht a) in Bezie-

180) A. a. D. §. 229, Note d.

181) A. a. D. Note 6.

182) Vermehren, in diss. cit. §. 18. 21. Weber a. a. D. Th. IV, §. 279.

183) Vermehren l. c. §. 14.

184) *Si quis fecerit investituram de beneficio sui militis, sine illius*

hung auf das Nutzungseigenthum dem Lehensherrn gar kein Veräußerungsrecht zu; denn Niemand kann, wie Weiske<sup>185)</sup> hierüber ganz richtig äußert, das veräußern, was ihm nicht zugehört; die Rechte des Lehensherrn auf das dem Vasallen jetzt zuständige dominium utile aber leben erst im künftigen Consolidationsfalle wieder auf. Insoweit also kann man sagen, daß der Proprietätsantheil des Lehensherrn sogar von geringerem objectiven Umfange, als der des Vasallen, sei, da diesem das Veräußerungsrecht seines dominium utile, dessen unmittelbarer Gegenstand, das in seinem Besitze und Genuße befindliche Lehengut selbst, doch in materieller Hinsicht offenbar den Hauptbestandtheil des ganzen Lebensverhältnisses bildet, wirklich zusteht, und er nur zu dessen Ausübung der Einwilligung des Lehensherrn und der berechtigten Lebensfolger bedarf<sup>186)</sup>; wohingegen dem Lehensherrn gar kein Verfügungsrecht über das Lehengut, so lange dasselbe sich im Nutzungseigenthume des Vasallen befindet, zusteht, es sei denn bedingter Weise für den Fall, wo das Recht des Vasallen erloschen sein wird<sup>187)</sup>, wie namentlich bei der Eventualbelehrung oder Anwartschaftsertheilung (oben S. 415)<sup>188)</sup>, in Beziehung auf welche gerade das umgekehrte Verhältniß eintritt, wie bei den an sich erlaubten Veräußerungen des Vasallen, welche, dem Lehensherrn gegenüber, mit dem Aperturfalle ihre Wirksamkeit verlieren, wohingegen, jene dem Lehensherrn gestatteten Verfügungen, dem Vasallen gegenüber, erst mit dem Eintreten des Aperturfalles zur Wirksamkeit gelangen. b) In Beziehung auf die Lehensherrlichkeit steht dem Lehensherrn vermöge der mit seinem Proprietätsantheile wesentlich verbundenen Dispositionsbefugniß über denselben das Veräußerungsrecht seines dominium directum ohne Zweifel zu, so weit er nicht ebenfalls in dessen Ausübung durch das, auch ihn dem Vasallen gegenüber bindende, persönliche Element des Lebensverhältnisses beschränkt ist. Diese in der Eigenthümlichkeit des Lebensverhältnisses gegründete Beschränkung wirkt aber hier in gleicher Weise, wie bei dem auch in der Dispositionsbefugniß des Vasallen an und für sich liegenden Rechte zur Veräußerung seines Nutzungseigenthums, so nämlich, daß wie der Vasall hierbei an die Einwilligung des Lehensherrn, dieser ebensowohl bei der Veräußerung seines Obereigenthums an die Einwilligung des Vasallen gebunden ist; ja man könnte in einer solchen Veräußerung ohne diese Einwilligung sogar eine Felonie des Lehensherrn, der sich durch dieselbe seiner Verbindlichkeit zur Lehensstreue gegen den Vasallen für seine Person gänzlich entschlägt, unter Anwendung der II. F. 26. §. 22. ganz allgemein ausgesprochenen Gleichstellung Weiber in jener Hinsicht finden, und es würde dagegen wenigstens dem von Wulfes<sup>189)</sup> angeführten

consensu, cuius est beneficium, pro non facto habeatur: I. F. 22. §. 1. Sgl. auch II. F. 55. §. 2.

185) Abh. V, S. 77.

186) Weiske a. a. D. und S. 50.

187) I. F. 9. II. F. 26. §. 2. II. F. 35.

188) Pütz a. a. D. §. 89, 126. Rayr a. a. D. §. 116 a. C.

189) In Bepernick, Abh. Th. II, S. 257.

Grunde, daß schon aus dem Titel, aus welchem der Herr sein Obereigenthumsrecht besitze, die Unanwendbarkeit des Namens und der Wirkungen einer Felonie auf die von demselben geschene Veräußerung folge, keine Erheblichkeit beizulegen stehen, da dieser Grund die Anwendung der von der Felonie geltenden Grundsätze auf den Lehensherrn überhaupt, nur etwa mit Ausnahme der aufgetragenen Lehen, ausschließen würde (oben S. 460 flg.). Allerdings aber sind die streng verbotenden Verordnungen der Kaiser Lothar und Friedrich ausdrücklich nur gegen die Vasallen erlassen; daher unter anderen Martini<sup>190)</sup> in Beziehung auf den Lehensherrn zwischen dem Begriffe der Felonie, unter welchen er auch die Veräußerung des Obereigenthums ohne des Vasallen Einwilligung stellt, und der Beraubung des Lehens wegen dieser Handlung, welche keine nothwendige Folge der Felonie sei, unterscheiden zu müssen glaubt. Doch außer diesem Nebenpunkte ist sogar die Hauptfrage: ob nicht die Veräußerung der Lehensherrlichkeit ohne Zustimmung des Vasallen dem Lehensherrn gestattet sei, keineswegs unbestritten, so klar und bestimmt auch mehrere Lehensurtheile<sup>191)</sup> die Verneinung derselben aussprechen. Böhm<sup>192)</sup> behauptet geradezu, daß dem Lehensherrn das Recht zustehe, sein, von dem Vasallen unabhängiges dominium directum ohne dessen Einwilligung zu veräußern, sofern es nicht zum Nachtheile dieses letzteren, namentlich an einen Herrn geringeren Standes, geschehe, indem unter den verschiedenen Meinungen, welche bei den Longobarden hierüber obgewaltet hätten, die der mailänder Curie recipirt, und diese auch dem teutschen Gebrauche entsprechend sei. Letzteres, als selbstständiger Grund betrachtet, würde nur vermöge einer erweislichen allgemeinen Gewohnheit in Betracht kommen; Ersteres kann wenigstens nicht aus den, die Regel des gemeinen Rechtes bildenden, Lehensurtheilen selbst entnommen werden, da II. F. 34. §. 2. des mailändischen Gebrauches, welcher überhaupt milder, als das kaiserliche Recht, war, und eine gleiche Begünstigung auch dem Vasallen zugestand (oben S. 578), nur erzählend gedenkt<sup>193)</sup>, wohingegen II. F. 9. §. 2. ausdrücklich die lex imperatoris Corradi als entscheidend bezeichnet, und auch Friedrich I. die Bestimmung derselben II. F. 55. §. 2. ganz einfach wiederholt; welche letztere Stelle auch Semler<sup>194)</sup>, welcher ebenfalls dem Lehens-

190) In Zepernick, Abh. Th. II, S. 274.

191) II. F. 9. §. 2. II. F. 34. §. 2. II. F. §. 2. in f. — Gegen I. F. 22. §. 1., welche Stelle Eichhorn, a. a. D. §. 219, Note a, und Murr, a. a. D. §. 116, Note 9, dafür ebenfalls allegiren, wird von Anderen nicht ohne Grund bemerkt, daß dieselbe wohl eher auf eine Verfügung über das vasallitische Recht (oben S. 601) zu beziehen sei. Auch Dollner, a. a. D. §. 359, citirt jedoch dieselbe in jenem Sinne, insonderheit zum Beweise dafür, daß der Lehensherr durch die Veräußerung des Obereigenthums keine Felonie begehe.

192) X. a. D. §. 209.

193) Vgl. auch Wulfes bei Zepernick a. a. D. S. 244. Dagegen Häberlin, Repert. Th. III, S. 230.

194) Bei Zepernick, Misc. B. I, S. 368.

herrn die unbeschränkte Befugniß, über das ihm unabhängig und privativ zuständig verbliebene Allodialeigenthum zu verfügen, zugestehet, nicht anders zu beseitigen weiß, als indem er sie für eine wegen ihrer Unpassendheit auf Deutschlands Lebenssitten nie anwendlich gewordene und veraltete Verordnung ausgibt. In gleichem Sinne tritt Weber<sup>195)</sup> der Ansicht Böhmer's bei, daß nämlich die Meinung der Mailänder in Deutschland wegen ihrer Uebereinstimmung mit den Sitten der Deutschen den Vorzug erhalten habe; und auch Krüll<sup>196)</sup> schließt sich im wesentlichen jener Ansicht an. Dagegen hat jedoch schon Dolliner<sup>197)</sup> bemerkt: die erwähnten kaiserlichen Verordnungen seien doch gewiß gemeines Recht in Italien, die mailänder Gewohnheiten aber nur ein besonderes Recht, gewesen, und in Deutschland doch gewiß das allgemeine Lehenrecht diesem besonderen bei der Annahme vorgezogen worden; daher der letzterem bei dem einen oder anderen Lehenshofe gegebene Vorzug erst erwiesen werden müsse. Schmalz<sup>198)</sup> spricht sich ebenfalls sehr bestimmt dafür aus, daß Obereigenthum und Lehensherrlichkeit unter der freien Veräußerung des Lehensherrn stehen, sofern diese nur nicht an einen Herrn geringeren Standes geschieht. Dagegen faßt schon Pálg<sup>199)</sup> das Verhältniß der Sache ganz richtig dahin auf, daß, da mit dem lehensherrlichen Eigenthume zugleich persönliche Verpflichtungen gegen den Lehensmann verknüpft seien, welche willkürlich nicht aufgekündigt werden dürften, eine einseitige Veräußerung des gesammten Obereigenthums ohne specielle Einwilligung der Vasallen schlechterdings unerlaubt und nichtig sei, womit auch, nach richtiger Interpretation, die positiven Verordnungen des longobardischen Rechtes genau übereinstimmen. Gleichergestalt erkennt Eichhorn<sup>200)</sup> es als Regel an, daß der Lehensherr nicht befugt sei, die Lehensherrlichkeit ohne Einwilligung des Vasallen mit Aufhebung der bisherigen Lehensverbindung auf Andere zu übertragen, und damit stimmt Mayr<sup>201)</sup>, indem er als Grund der Beschränkung des Lehensherrn die dem Vasallen schuldige Treue namentlich bezeichnet, überein; auch ist bei Phillips<sup>202)</sup> folgerungsweise diese Ansicht vorauszusetzen, da derselbe den Lehensherrn nur zu mancherlei Dispositionen in Betreff des Lehens selbst, wie z. B. Aufnahme von Mitbelehnten, auch Ertheilung von Expectanzen und Eventualbelehnungen, berechtigt erklärt. Ganz genau mit dem, nur aus dem persönlichen Elemente des Lehensverhältnisses entnommenen, Grunde der Unveräußerlichkeit der Lehensherrlichkeit zusammenhängend ist die Unzulässigkeit der Errichtung eines Afterlehens durch Dation von Seiten des Lehensherrn (oben S. 409), weil dadurch, ungeachtet der fort-

195) A. a. D. Th. IV, §. 209.

196) A. a. D. §. 202.

197) A. a. D. §. 209. Vgl. auch Mayr a. a. D. §. 116.

198) A. a. D. §. 660.

199) A. a. D. §. 125.

200) A. a. D. §. 219.

201) A. a. D. §. 116.

202) A. a. D. B. II, §. 219 a. G.



dauernden Beibehaltung dieser Eigenschaft, doch der unmittelbare persönliche Nexus zwischen dem bisherigen Lehnsherrn und dem Vasallen in Folge der Einschlebung des Ackerlehnsherrn zwischen Beide gelöst wird<sup>203</sup>). Eine weitere hier einschlagende Streitfrage ist die: ob und inwiefern der Lehnsherr zu letztwilligen Verfügungen über das Lehen, und insbesondere über das ihm zuständige Obereigenthum, berechtigt sei. Eigene Abhandlungen über dieselbe von Schöpf, Hackemann und Semler findet man bei Zepernick<sup>204</sup>). Semler, welcher die unbedingte Dispositionsbefugniß des Lehnsherrn vertheidigt, erkennt gleichwohl an, daß dieß nur von dem Falle gelte, wo das Obereigenthum schon natürlicher Ausfluß eigener unabhängiger Territorialhoheit ist, hingegen, wenn dasselbe nur Folge eines von einem Dritten wieder erworbenen Rechtstitels sei, der Lehnsherr selbst dem Rechte nach jedem Lehnsmann gleich sei, und mithin auch letzte Willensverordnungen über das Lehen nur unter den Bestimmungen errichten könne, unter welchen solches auch jedem Lehnsmann erlaubt sei; wegen dieser Unterscheidung kann ich jedoch lediglich auf die oben (S. 472) näher ausgeführte Unabhängigkeit des Umfanges der in der Lehnsherrlichkeit begründeten Rechte von dem Einflusse der damit zugleich verbundenen Landeshoheit verweisen. Weber<sup>205</sup>) dehnt seine Ansicht, daß dem Lehnsherrn das Recht, seine Lehnsherrschaft ohne Einwilligung des Vasallen zu veräußern, zustehe, namentlich auch auf letztwillige Verfügungen aus. Gerade das Gegentheil hiervon behauptet Neumann<sup>206</sup>), aus dem an sich ganz richtigen Grunde, daß dem Vasallen nicht gegen seinen Willen ein anderer Lehnsherr obtrudirt werden könne. Die richtigste Beantwortung der obigen Frage ist wohl die, daß der Lehnsherr zu Verfügungen über sein Obereigenthum durch letzten Willen in gleicher Weise, wie durch einen Act unter Lebenden, zu verfügen berechtigt sei, da auf ihn die positiven Bestimmungen über die Testamentification des Vasallen (oben S. 423) nicht anwendbar sind. — Als Ausnahme von der Unveräußerlichkeit der Lehnsherrlichkeit ohne des Vasallen Einwilligung wird ziemlich allgemein der Fall einer Uebertragung derselben zugleich mit dem Territorium, zu welchem das Lehen gehört, angenommen, und eine positive Bestätigung dafür in H. F. 34. §. 2. gefunden<sup>207</sup>). Wenn nun gleich diese Stelle nur ein entferntes Argument dafür abgeben dürfte, so wird doch der Grundsatz an sich durch die hierbei vorauszusetzende Pertinenzqualität, sowohl in objectiver, als in subjectiver Beziehung, vollkommen gerechtfertigt; ersteres, indem die Befugniß zur Veräußerung lehenbarer Pertinenz eines allodialen Gutes für mitbegriffen unter dem

203) Päß und Mayr a. a. D. Dagegen Schmalz a. a. D., in Consequenz seiner Ansicht von der Veräußerungsbefugniß des Lehnsherrn überhaupt.

204) Anal. T. I. obs. 37 u. 73. Misc. B. I, S. 353.

205) A. a. D. Th. IV, §. 209.

206) Jus privatum principum T. V. §. 479.

207) Päß a. a. D. §. 125, Note d. Eichhorn a. a. D. §. 219, Note c. Mayr a. a. D. §. 116, Note 9.

Rechte zur Veräußerung dieses letzteren zu halten ist, wofür sich insbesondere auch der Lehensstert II. F. 51. pr. anführen läßt<sup>208)</sup>, nach welchem der Uebergang eines zu einem verkauften Hofe gehörigen Lehensstückes auf den neuen Erwerber nur davon, daß desselben ausdrückliche Erwähnung geschehen, abhängig sein soll; sodann in subjectiver Hinsicht, indem die Lehensherrlichkeit an dergleichen Gegenständen nur als Zugehörigkeit der Landesherrlichkeit über das Ganze erscheint, und insofern diese einer Uebertragung auf einen Anderen unterworfen ist, darin von selbst eine Entäußerung jener Lehensherrlichkeit liegt, auch hierbei eigentlich gar keine Veränderung in dem lehensherrlichen Subjecte, da dies eben der jedesmalige Landesherr als solcher ist, vorgeht. — Daß übrigens auch eine an sich gültige Veräußerung des Lehens doch nicht an einen solchen, der geringeren Standes, als der bisherige Lehensherr ist, geschehen dürfe<sup>209)</sup>, kann wohl nicht als Grundsatz des gemeinen Rechts anerkannt werden, da es wenigstens zweifelhaft ist, ob aus den oben erwähnten Worten von II. F. 34. §. 2. eine solche gesetzliche Regel zu entnehmen sei, und den von den genannten Schriftstellern citirten teutschen Quellen heutzutage nur die Eigenschaft von Particularnormen zukommt.

**Lebensverjährung**<sup>1)</sup>. Dieser Ausdruck wird hier in seinem allgemeinsten Bedeutung für das auf das Lebensverhältniß überhaupt in mannigfacher Beziehung angewendete positiv-rechtliche Institut der Verjährung genommen. Die Lebensverjährung in diesem allgemeineren Sinne, welche alle diejenigen Fälle unter sich begreift, in welchen ein Leben den Gegenstand der Verjährung ausmacht, ohne Rücksicht auf die Eigenschaft der Personen, welche dabei theilhaft sind — als Lehensherr, Vasall, Agnaten oder dritte Besizer; noch auf die Verschiedenheit ihrer Wirksamkeit — als die Entstehung, die Fortdauer oder die Beendigung des Lebensverhältnisses, im Ganzen oder in Beziehung auf einzelne Stücke, bezweckend<sup>2)</sup>; zerfällt zunächst in zwei Hauptgattungen nach ihrem Zwecke oder ihrer Wirkung, je nachdem nämlich dadurch das Lebensverhältniß entweder begründet oder aufgehoben wird. Die erstere Gattung wird vorzugsweise als Lebensverjährung in einem engeren Sinne<sup>3)</sup> oder auch als acquisitive Lebensverjährung bezeichnet<sup>4)</sup>, und

208) Mayr a. a. D. Note 8.

209) Eichhorn und Mayr a. a. D.

1) Schmid, de praescriptione feudali acquisitiva; in opusc. de praescriptione nr. IV., welchem Weber, a. a. D. Th. IV, §. 199 fig., hauptsächlich gefolgt ist. Friesen, diss. de feudi in allodium praescriptione. Jen. 1711. Zoll, diss. de feudi per vasallum alienati praescriptione contra domium directam. Jen. 1746. Die Abhandlung von Lancizolle, de praescriptione feudali. Berol. 1820., hat nicht benutzt werden können, da sie auch nicht einmal bei der Verlagshandlung noch vorrätzig ist.

2) Rosenthal, tract. cap. 6. concl. 77. nr. 1. Weber a. a. D. Th. IV, §. 199, S. 250.

3) Pää a. a. D. B. I, Spstf. 4, Tit. 2. Krüll a. a. D. §. 139.

4) Dolliner a. a. D. §. 199. Weber a. a. D. Th. IV, §. 200.

deren distinctiver Charakter von den beiden letztgenannten Schriftstellern insonderheit dahin angegeben, daß dabei immer der Erwerb eines getheilten Eigenthums vorausgesetzt werde.

Diese Lehensverjährung im engeren Sinne, oder die Errichtung eines Lehens mittelst der Verjährung, tritt nur als Ausnahme von der allgemeinen Regel des Lehenrechtes ein: *feudum sine investitura nullo modo constitui*<sup>5)</sup>, oder wie es an einer anderen Stelle<sup>6)</sup> heißt: *feudum neminem posse acquirere, nisi investitura aut successione*<sup>7)</sup>, und wird daher mit Recht von Eichhorn<sup>8)</sup> und Mayr<sup>9)</sup> als außerordentliche (ungewöhnliche) Art der Lehenserrichtung bezeichnet, die jedoch ihre positive Begründung theils schon im allgemeinen durch die gesetzliche Voraussetzung der Zulässigkeit der Errichtung eines Lehens, *quod, licet non intercessisset investitura, tamen tale est, ac si intercessisset*, namentlich in Folge eines längere Zeit hindurch fortgesetzten Lehensbesitzes<sup>10)</sup>, theils durch einen, die Lehensverjährung ausdrücklich zulassenden Lehentext<sup>11)</sup>, erhält; womit denn auch der von Einigen angeregte Zweifel, daß doch der Anspruch auf Lehensstreue nicht wohl eines Erwerbes durch Verjährung fähig sei, beseitigt wird, indem man nun die Anerkennung der Lehensstreue als einen mit dem Lehensbesitze verbundenen Bestandtheil dieses Besitzes selbst anzusehen hat<sup>12)</sup>. So hat sich, unter allmältiger Einwirkung des römischen Rechtes, durch die Praxis eine vollständige Doctrin der Lehensverjährung ausgebildet, deren wesentliche Grundlage, neben den wenigen in den longobardischen Gesetzen enthaltenen Bestimmungen, die Theorie des gemeinen Rechtes von der Verjährung überhaupt ist<sup>13)</sup>. Die hier zunächst vorliegende Gattung der Lehensverjährung nun wirkt bald constitutiv, bald translativ, bald conservativ; ersteres wieder entweder im Verhältnisse der Lehenpersonen unter sich, oder dieser gegenüber einem Dritten.

In der Beschränkung auf die Lehenpersonen bietet die constitutive Verjährung ein Mittel der Lehenerrichtung dar, indem durch den während der Verjährungszeit fortgesetzten Besitz, oder die Ausübung der lehensherrlichen beziehungsweise vasallitischen Rechte an einer bisher allodialen Sache diese, der Regel nach durch die Investitur zu begründenden, Rechte eines Lehensherrn oder Vasallen, auch ohne dieselbe, gegen denjenigen erworben werden, in dessen vollem Eigenthume sich die Sache

5) I. F. 25.

6) II. F. 1. §. 1.

7) Ueber beide Stellen ist zu vergleichen Platner, *pr. de iure in feudum ante investituram praescriptione quaesito*. (Lips. 1752.) p. 4 u. 8 sq.

8) X. a. D. §. 202.

9) X. a. D. §. 45.

10) *Pro feudo tenere* — *feudi nomine possidere*: II. F. 33. pr.

11) II. F. 26. §. 4.: *Si quis per 30 annos rem aliquam ut feudum possedit, et servitium domino exhibuerit, quamvis de ea re non sit investitus, praescriptione tamen 30 annorum se tueri potest.*

12) Mayr a. a. D. §. 75.

13) Eichhorn a. a. D. §. 211. Mayr a. a. D. §. 75.



befand, so daß hierdurch das bisherige volle Eigenthum zu einem getheilten wird, und der bisherige Inhaber dieses vollen Eigenthums in ersterem Falle die Eigenschaft eines Vasallen,<sup>4</sup> im anderen die eines Lehnsherrn, dem Verjährenden gegenüber annimmt. Die Bedingungen einer solchen Verjährung ergeben sich zunächst aus der eigenthümlichen Natur des Lebensverhältnisses selbst, sowohl in objectiver, als subjectiver Beziehung, z. B. hinsichtlich der Fähigkeit der Personen, der Lebensmuthung u. s. w.; auch die Art des erforderlichen Lebensbesizes (ut feudum oder feudi nomine) richtet sich im wesentlichen hiernach, und es wird dazu insbesondere vorausgesetzt, daß der Verjährende, um das *dominium directum* an einem bisher allodialen Grundstücke zu erwerben, sich von dem Eigenthümer desselben den Lehnsdienst leisten ließ, so wie, daß Jener, um das *dominium utile* an einem solchen Grundstücke zu erwerben, dem Eigenthümer in Beziehung auf dasselbe den Lehnsdienst leistete<sup>14</sup>). In allen anderen, von dem Lehnsnerus unabhängigen, Punkten, namentlich auch hinsichtlich des guten Glaubens, entscheiden die civilrechtlichen Grundsätze von der Verjährung überhaupt. Streitig ist jedoch rücksichtlich der zu dieser Verjährungsart erforderlichen Zeit, ob es dazu in allen Fällen des in II. F. 26. gedachten Ablaufes von 30 Jahren bedürfe, oder, wie nach gemeinem Rechte, zwischen demjenigen Besitze, welcher auf einem bestimmten Erwerbstitel beruht, und wobei ein solcher fehlt, zu unterscheiden, demnach in jenem Falle ein Zeitablauf von 10 bis 20 Jahren genügend, im anderen hingegen ein solcher von 30 Jahren erforderlich sei. Die neueren Schriftsteller stimmen meist für diese Unterscheidung<sup>15</sup>), hauptsächlich aus dem Grunde, weil der vorerwähnte Lehnstert von einem solchen Falle rede, in welchem kein Titel vorhanden gewesen sei. Weber<sup>16</sup>) und Schmalz<sup>17</sup>) sind der gegentheiligen Meinung; Letzterer hauptsächlich um deswillen, weil es hier nicht auf ein dingliches Recht allein ankomme, sondern auch auf persönliche Verbindlichkeiten beider Theile. Diese Verbindlichkeiten würden jedoch, als selbstständiges Obligationsverhältniß betrachtet, gar keiner Adquisitivverjährung fähig sein, als unzertrennliches Annerum des dinglichen Lebenselementes aber machen sie einen Bestandtheil des Erwerbes von diesem unter gleichen Voraussetzungen aus. Phillips stellt nur beide Ansichten neben einander, ohne sich für die eine oder die andere auszusprechen.

14) Phillips a. a. D. B. II, §. 211. Als geeignete Besitzhandlungen von Seiten des Lehnsherrn führt Meiner, a. a. D. B. II, §. 307, auch die Ertheilung der Belehnung oder der Einwilligung zur Verpfändung des Gutes an.

15) Páß a. a. D. §. 66. Mayr a. a. D. A. Bauer, zur VIII. Ausg. des Bd hmer'schen Comp. §. 203, Note f. Spangenberg, zu Struben, rechtl. Bed. B. II, S. 206, Note \*. Auch Eichhorn a. a. D. ist wohl dahin zu rechnen, indem er mit Bezugnahme auf Páß äußert: es ließen sich unter Voraussetzung eines Titels allerdings Gründe für die Zulässigkeit der ordentlichen Verjährung anführen.

16) A. a. D. Th. IV, §. 203.

17) A. a. D. §. 584.

Daß zur Lebensverjährung in Beziehung auf Staats- und Kirchensachen die diesen Gegenständen eigenthümliche, so wie gegen privilegirte Personen die durch deren Vorrechte bestimmte Verjährungszeit erfordert werde, versteht sich von selbst<sup>18)</sup>; in Beziehung auf die unvordenkliche Verjährung bemerkt *Mayr*<sup>19)</sup>, es habe deren Anwendbarkeit nie einem Zweifel unterlegen. Inwiefern beim Abgange des Verjährenden der Besitz desselben seinem Nachfolger zu Gute komme, ist im allgemeinen nach den deshalbigen Bestimmungen des Civilrechtes zu beurtheilen; für den Vasallen hängt jedoch solches insbesondre davon ab, daß er nach jenem Abgange selbst um die Lehenserneuerung nachgesucht habe<sup>20)</sup>. Das mittelst der Verjährung, ohne Investitur, begründete Lehen wird gewöhnlich *feudum informe* genannt<sup>21)</sup>, weil es hinsichtlich seiner Entstehung von der regelmäßigen Form abweicht, doch ist dasselbe gänzlich nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Lehensrechtes zu beurtheilen<sup>22)</sup>. Da der Verjährende als erster Erwerber eines solchen Lehens erscheint, so gehört dasselbe in die Classe der Neulehen<sup>23)</sup>. Einen dieser constitutiven Lebensverjährung ähnlichen, jedoch insoweit abweichenden Fall, als dabei die Lehenserrichtung selbst unter den unmittelbar dabei theilhaftigen Personen auf die gewöhnliche Weise durch Belehnung geschieht, und die dabei mitwirkende Verjährung derselben nur ihren vollen Rechtsbestand sichert, bildet die Belehnung eines Vasallen mit einer dem Lehensherrn nicht zugehörigen Sache, wo dann die beiden Lehenpersonen das unter ihnen bestellte Lehen als solches gegen einen dritten Eigenthümer zu verjähren haben<sup>24)</sup>. Da dieses eine reine Allodialverjährung ist, so reicht dazu die gewöhnliche *Adquisitivverjährung* des gemeinen Civilrechtes unter den dazu erforderlichen Bedingungen hin<sup>25)</sup>. Noch zwei andere Fälle, welche *Schmid*<sup>26)</sup> hierbei anführt und durch Beispiele erläutert, wo nämlich Jemand an einer eigenen Sache, die er mit vollem Eigenthume besitzt, lehensherrliche oder vasallitische Rechte erwirbt, dürften wohl kaum in der Praxis vorkommen.

In gleicher Weise, wie durch die constitutive Lebensverjährung das Lehenverhältniß an einem Hauptgute begründet wird, kann solches auch an einzelnen Zugehörungen desselben geschehen, wodurch dergleichen, nicht unter dem Gegenstande der Belehnung mitbegriffene, Stücke durch deren in lehensrechtlicher Eigenschaft während der Dauer der Verjährungszeit fortgesetzten Besitz zu lehenbaren Pertinenzen des Hauptgutes

18) *Pdq a. a. D. §. 67. Eichhorn a. a. D.*

19) *Womit auch Pdq a. a. D. zu vergleichen ist.*

20) *Schmid l. c. §. 44. Weber a. a. D. §. 205, S. 257.*

21) *Brückner, diss. de fundo informi, inprimis praescriptione quaesito, cap. II. ap. Jenichen T. II. p. 813.*

22) *Weber a. a. D. Th. IV, §. 206. Eichhorn und Mayr a. a. D.*

23) *Smeiner a. a. D. B. II, §. 307, Rote \*.*

24) *Rosenthal l. c. et concl. 70. nr. 5. 12. Struv, synt. cap. 8. §. 12. in f.*

25) *Horn, jurispr. feud. cap. 11. §. 7. Dolliner a. a. D. §. 208.*

26) *l. c. §. 31 u. 36.*

werden<sup>27)</sup>. Davon verschieden ist der Fall des Erwerbes solcher einzelner Stücke durch einen zwar zur Verjährung geeigneten Besitz, dem jedoch nicht die Eigenschaft eines Lebensbesitzes zukommt, wodurch dann jene nur als allodiale Lehenpertinenzien erworben werden, über welche Verschiedenheit oben (§. 502 fig.) das Nähere vorkam. Diesem Falle überhaupt ist auch derjenige gleichzustellen, wo mittelst Erwerbes durch Verjährung eine Erweiterung der Grenzen des Lehens bewirkt wurde<sup>28)</sup>. Auch Servituten können zu dem Lehen durch Verjährung erworben werden, doch bemerkt dabei Horn<sup>29)</sup>, daß dazu die gewöhnliche Servitutenverjährung nicht zureiche, sondern es in Beziehung auf das zugleich zu begründende Lebensverhältniß des hierzu erforderlichen Ablaufes von 30 Jahren bedürfe. — Der speciellen Anwendung der adquisitiven Lebensverjährung auf Pfandlehen, so wie auf verpfändete und wiederkäufliche Lehensverhältnisse hat Schmid<sup>30)</sup> eine eigene Abhandlung gewidmet.

Als translative Lebenserwerbung wirkt die adquisitive Verjährung, indem mittelst derselben das dominium directum oder utile an einem schon bestehenden Lehen für einen Solchen zuerst begründet wird, welcher vorhin diesem Verhältnisse fremd war, und welcher lediglich in Folge der Ausübung der lehensherrlichen oder der vasallitischen Rechte während der Dauer der Verjährungszeit sich das Obereigenthum an dem betreffenden Lehen, dem bisherigen Lehensherrn gegenüber, oder das Nuzzeigenthum an demselben, dem bisherigen Vasallen gegenüber, aneignet<sup>31)</sup>. Abgesehen von dieser Verschiedenheit der factischen Voraussetzungen werden auch bei dieser Verjährungsart die Erfordernisse derselben nach denselben Grundsätzen, wie bei der constitutiven Lebensverjährung, beurtheilt<sup>32)</sup>. — Zur translativen Lebensverjährung gehört insonderheit auch der Fall, wo der Lebensbesitzer das Lehen als solches an einen Dritten veräußerte, und dieser es in jener Eigenschaft die Verjährungszeit hindurch besaß<sup>33)</sup>; sodann auch noch der Fall, wo ein entfernterer Agnat der lehensherrlichen oder vasallitischen Familie sich in der Ausübung der Rechte des Lehensherrn oder Vasallen, mit Ausschließung der näher Berechtigten, die Verjährungszeit hindurch befunden, und solchergestalt den vorzüglichen Eintritt in das Lebensverhältniß als Recht für sich begründet hat<sup>34)</sup>. Diese Verjährungszeit wird, da bei ihr nach der angegebenen Beschaffenheit derselben die lehensrechtlichen Erfordernisse als schon vorhanden vorausgesetzt werden, lediglich nach den Regeln des Civilrechtes beurtheilt<sup>35)</sup>.

27) Schmid l. c. §. 32. in f. Manche Bedenkllichkeiten hierüber äußert Glogig, in obs. 25.

28) Rosenthal l. c. concl. 77. nr. 1.

29) Jurispr. feud. cap. 11. §. 12.

30) In opusc. nr. V.

31) Gmeiner a. a. D. B. II, §. 308. Weber a. a. D. Th. IV, §. 199, S. 250, §. 205, S. 251 fig. Mayr a. a. D. Note 5.

32) Mayr a. a. D.

33) Gmeiner a. a. D. B. III, §. 433, Note \*\*.

34) Rosenthal l. c. cap. 6. concl. 77. nr. 1. in. f.

35) Páq a. a. D. §. 186 a. G.

Unter den Gesichtspunkt einer conservativen Lebensverjährung endlich kann man wohl den Fall stellen, wo der Lehensherr, nach dem für den Vasallen wegen dessen Felonie eingetretenen Verluste des Lehens, denselben die Verjährungszeit hindurch in dem Besitze desselben läßt<sup>36)</sup>, indem hierdurch, ohne daß von Seiten des Lehensherrn eine Wiederbelehnung (S. 457) hinzugekommen wäre, das Lehensverhältniß zwischen beiden nach wie vor begründet bleibt. Ueber die Verjährung der dem Lehensherrn zur Geltendmachung des Lehensverlustes wegen Felonie zustehenden Klage ist der Art. Lehensfehler zu vergleichen.

Die zweite Hauptgattung der Lebensverjährung, die im weiteren Sinne so genannte, oder diejenige, mittelst deren ein bestehendes Lehensverhältniß aufgehoben wird, ist ebentwohl verschieden, je nachdem sie zwischen den Lehenpersonen gegeneinander stattfindet, oder von einem Dritten gegen diese geltend gemacht wird; in beiden Fällen geht mittelst der Verjährung der Gegenstand des Lehensverhältnisses, also eines getheilten Eigenthums, in das volle Eigenthum des Verjährenden über. In jenem ersteren Falle geschieht solches durch den Erwerb des vollen Eigenthums entweder von Seiten des Lehensherrn mittelst der Consolidation, oder von Seiten des Vasallen mittelst der Appropriation<sup>37)</sup>, über welche beide Erwerbungsarten, die hier zugleich als Aufhebungsarten in Beziehung auf das Lehensverhältniß demjenigen, wider welchen verjährt wird, gegenüber wirken, im allgemeinen der Art. Lehensverwandlung nachzusehen ist<sup>38)</sup>.

Die durch Verjährung von Seiten des Lehensherrn erfolgende Aufhebung des Lehensverhältnisses, mittelst der Consolidation, setzt eine Ergreifung des wirklichen Besitzes des Lehengegenstandes, in welchem sich bisher der Vasall vermöge seines Nuzueigenthums befand, voraus, wird aber auch durch dieses einfache Factum und dessen Fortsetzung während der Dauer der Verjährungszeit vollendet<sup>39)</sup>. Welcher Zeitablauf hierzu erfordert werde, darüber fehlt es an einer ausdrücklichen

36) Rosenthal l. c.

37) Schmid, l. c. §. 16., rechnet diese beiden Fälle mit zu der acquisitiven Lebensverjährung in dem Sinne, daß dadurch dem Verjährenden das Obereigenthum beziehungsweise Nuzueigenthum erworben wird. Da aber in dem Augenblicke der Vereinigung des einen oder anderen dieser Rechte mit dem gegenüberstehenden Bestandtheile des getheilten Eigenthums zugleich dieses, und also auch das Lehensverhältniß selbst, gänzlich zu existiren aufhört, so kann die hier in Frage stehende Verjährung in Beziehung auf das Lehensverhältniß nur als aufhebende, nicht als erwerbende, bezeichnet werden. Passender ist daher jedenfalls die, auch von Schmid, l. c. §. 40., erwähnte, Bezeichnung als praescriptio feudalialis resolutive.

38) Globig, in obs. 14., will diese aufhebende Verjährung überhaupt nicht gelten lassen, weil bei der verjährenden Lehenperson bona fides nicht denkbar sei. Dagegen vgl. Braun, von der Verwandlung des Lehens in Erbe durch die Verjährung; in Zepernick, Abh. Th. I, Nr. 3, S. 50.

39) Schmid l. c. nr. 4. §. 25. Weber a. a. D. Th. IV, §. 363, S. 730.

positiven Bestimmung, indem die oben erwähnte Stelle II. F. 26. §. 4. nur von der constitutiven Lehensverjährung redet. Phillips<sup>40)</sup> nennt im allgemeinen die Acquisitivverjährung, Eichhorn<sup>41)</sup> und Mayr<sup>42)</sup> bezeichnen dieselbe näher als praescriptio definita, Weber<sup>43)</sup> sagt: nach Ablauf der gesetzlichen Zeit; Schmid<sup>44)</sup> und Schmalz<sup>45)</sup> erfordern einen Besitz von 30 Jahren, Lestercr mit Hinzufügung des Grundes, daß die Verjährung hier nicht bloß die dinglichen Rechte des Vasallen ausschließen, sondern auch seine persönlichen Rechte gegen den Lehensherrn aufheben solle, welcher Grund bereits oben (S. 608) in einer anderen Anwendung gewürdigt worden ist, und zu dessen Beantwortung die sogleich folgende Erörterung der Frage: inwiefern eine solche Aneignung des vollen Eigenthums an dem Lehensgegenstande von Seiten des Lehensherrn den Agnaten des Vasallen bei dem dereinstigen Anfälle des Lehens an sie entgegenstehe, weiteren Stoff abgeben wird. Daß jedenfalls dem Descendenten des Vasallen, gegen welchen verjährt worden, insofern sie durch die Handlungsweise ihres Ascendenten gebunden werden, kein Anspruch an dem Lehensgegenstande mehr zustehe, ist wohl nicht zu bezweifeln<sup>46)</sup>; in Beziehung auf andere Agnaten wird gewöhnlich angenommen, daß gegen sie jene Verjährung erst mit dem Ablaufe von 30 Jahren, von da an gerechnet, wo ihnen die Lehensfolge eröffnet worden, wirksam werde<sup>47)</sup>, und Eichhorn gibt als speciellen Grund dafür an, daß die actio feudi revocatoria gegen den Lehensherrn auch aus dem Lehenscontracte entspringe, und eben daher durch die Einrede des Eigenthums nicht ausgeschlossen werde. Indessen scheint hierbei das Verhältniß der acquisitiven und extinctiven Verjährung, insonderheit die Einwirkung der ersteren auf die letztere<sup>48)</sup>, nicht genug berücksichtigt worden zu sein. Die hier vorliegende Verjährung nämlich ist ihrer inneren Beschaffenheit nach eine acquisitive, die aber in ihren Wirkungen eine Aufhebung des Lehensverhältnisses zur Folge hat; bei der acquisitiven Verjährung ist es wesentlich die Person des Verjährenden, wie bei der extinctiven die des Klagberechtigten, von welcher bei der Bestimmung ihrer Wirksamkeit ausgegangen wird; hier also kommt es darauf an, in welchem Umfange der Lehensherr das volle Eigenthum an dem Lehensgegenstande durch die Verjährung erworben hat, und hiernach entscheidet sich deren Einwirkung auf die Dauer der Klagverjährung gegen die Agnaten; liegen jener nur solche Besitzhandlungen zum Grunde, welche sich auf eine Ausübung der Rechte des Vasallen, gegen welchen verjährt

40) X. a. D. B. II, §. 245.

41) X. a. D. §. 240.

42) X. a. D. §. 163.

43) X. a. D.

44) l. c. §. 25.

45) X. a. D. §. 731.

46) Schmid l. c. Weber a. a. D.

47) Schmid l. c. Weber, Eichhorn und Mayr a. a. D.

48) Thibaut, über Besitz und Verjährung §. 45. Das Nähere hierüber wird unten vorkommen.

wird, beschränken, so erwirbt der Lehensherr dadurch nur ein temporäres Obereigenthum auf so lange, als der Vasall und seine Descendenten am Leben sind, waren hingegen die Besitzhandlungen von der Art, daß sie den bisherigen Lehensherrn als vollen Eigenthümer auch den Agnaten gegenüber darstellen, so folgt aus seiner acquisitiven Verjährung auch gegen diese die Erlöschung ihrer revocatorischen Klage; was Phillip's sogar im allgemeinen anzunehmen scheint, indem er, ohne allen Vorbehalt, jener lehensherrlichen Acquisitivverjährung die Eigenschaft einer immerwährenden Consolidation beilegt. Die gleichlautende Bemerkung Eichhorn's und Mayr's, daß der Lehensherr bei dem unvordenklichen Besitze des Lehens geschützt werden müsse, insofern nicht erwiesen werden könne, daß bloß eine temporäre Consolidation eingetreten sei, gibt keine klare Vorstellung von dem dabei vor Augen gehaltenen Falle der Anwendung; läßt sich ein auf bloß temporären Erwerb hinweisender Rechtsgrund innerhalb Menschengedenken darthun, so fehlt es an einer durchaus wesentlichen Bedingung der gedachten Verjährungsart; fällt aber derselbe in eine Zeit vor Menschengedenken, so schadet er der unvordenklichen Verjährung nicht<sup>49)</sup>. — Wenn der zur Begründung der Verjährung auf Seiten des Lehensherrn geeignete Besitz nicht das ganze Lehensgut, sondern nur einzelne Theile desselben, umfaßt, so entsteht die Frage, ob, wenn die solchergestalt aus dem Besitze des Vasallen gekommenen Stücke noch ferner in den Lehenbriefen mit aufgeführt worden sind, dadurch eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt werde? Diese Frage ist jedoch lediglich nach den Umständen des einzelnen Falls zu beantworten, je nachdem nämlich diese Umstände darauf schließen lassen, daß dergleichen Stücke, während sie fortwährend von dem Lehensherrn besessen und benutzt worden, bloß irthümlich oder aus Unachtsamkeit bei der Abfassung der Lehenbriefe in der hergebrachten Form in dieselben mit aufgenommen worden seien, oder daß der Lehensherr durch diese Aufnahme eine erneute Belehnung damit beabsichtigt habe<sup>50)</sup>.

Die durch Verjährung von Seiten des Vasallen erfolgende Aufhebung des Lehensverhältnisses vermöge der Appropriation ist rückfichtlich der dazu erforderlichen Besitzhandlungen nicht so leicht erkennbar, wie die durch Consolidation, da bei jener von einer Besitzveränderung in Beziehung auf den Lehensgegenstand selbst, der sich nach wie vor im Besitze des verjährenden Vasallen befindet, nicht die Rede sein kann, und daher nur solche Handlungen desselben für geeignet zur Begründung der Verjährung zu halten sind, wodurch er sich als Inhaber des vollen Eigenthums an dem Lehensgegenstande, mit Ausschließung des Lehensherrn von der Geltendmachung der für Jenen in dem Lehensverhältnisse enthaltenen Beschränkungen, gerirt; dazu reicht es aber nicht hin, daß derselbe die Erfüllung einzelner ihm vermöge dieses Verhältnisses obliegender Verbindlichkeiten dem Lehensherrn gegenüber unterläßt, wie z. B.

49) Pfeiffer, pract. Ausf. II, S. 68 flg., B. VII, Abh. I, S. 231 n. 243.

50) Schmid l. c. §. 25. Weber und Eichhorn a. a. D.

die Leistung der Lebensdienste oder die Lebenserneuerung bei dazu eingetretener Veranlassung; ja es würde selbst die von Seiten des Vasallen geschehene Verweigerung dieser Obliegenheiten mit hinzukommender Beruhigung des Lehensherrn während der Dauer der Verjährungszeit nicht die gänzliche Aufhebung des Lebensverhältnisses zwischen diesen Personen mittelst Aneignung des bisher dem Lehensherrn zugestandenen Proprietätsantheiles, sondern nur eine Befreiung des Vasallen von der einen oder der anderen dieser Obliegenheiten mittelst der Verjährung, zur Folge haben<sup>51)</sup>; es muß daher, um die Aufhebung des ganzen Lebensverhältnisses auf solchem Wege zu bewirken, eine der Beruhigung des Lehensherrn die Verjährungszeit hindurch vorausgegangene Verweigerung der Lebenspflichten von Seiten des Vasallen, weil er sich dazu überhaupt nicht verbunden hält<sup>52)</sup>, stattgefunden haben. Gleichergestalt gewährt es in Beziehung auf einzelne Lehensstücke dem Vasallen noch keinen die Verjährung begründenden Besitz, wenn er solche in die bei der Lebenserneuerung einzureichenden Specificationen (oben S. 405) aufzunehmen unterläßt, da vielmehr, wenn dieses wesentlich geschah, ihn sogar die Strafe der Felonie treffen kann, und wenn unabsichtlich, darin nur ein Entschuldigungsgrund für ihn wegen der dadurch begangenen Verletzung seiner Pflichten liegt; weshalb auch dabei noch ein weiteres Factum, wodurch er sich in den Besitz der Allodialeigenschaft von dergleichen Lehensstücken setzt, hinzukommen muß<sup>53)</sup>. Ueber die zur Verjährung des Lebensverhältnisses mittelst Appropriation erforderliche Zeit sind die Meinungen sehr getheilt. Dolliner, Weber und Schmalz erfordern dazu allgemein 30 Jahre; Lesterey<sup>54)</sup> auch hier mit Anführung des Grundes, weil des Herrn persönliche Rechte erlöschen sollen. Páq sagt: Ist der Vasall im Stande, einen gerechten Titel nachzuweisen, so ist nur eine Zeit von 10 oder 20 Jahren erforderlich, außerdem aber wird der Ablauf einer Zeit von 30 Jahren erfordert; auch Vollgraff<sup>55)</sup> läßt die Verjährung des Lebens in Allodium sine titulo innerhalb 30 Jahren, cum iusto titulo innerhalb 10 und 20 Jahren geschehen. Eichhorn<sup>56)</sup> und Mayr<sup>57)</sup> stimmen mit Páq im ersten Sage überein, lassen aber in Ermangelung eines iustus titulus nur die unvorzählige Verjährung zu, weil, wie Lesterey hinzufügt, alsdann die Handlung des Vasallen als eine unerlaubte Veräußerung erscheine, bei welcher die Revocatorienklage des Lehensherrn der praescriptio definita nicht unterworfen sei. Phillips<sup>58)</sup> nimmt ganz unbedingt an, daß in diesem

51) Schmid l. c. §. 27. 28. Páq a. a. D. §. 189. Weber a. a. D. Th. IV, §. 369.

52) Indem er behauptet, sein Gut wäre ein Allod: Dolliner a. a. D. §. 369. Vgl. auch Böhrer, princ. §. 369.

53) Böhrer, Rechtsfälle B. I, Th. II, Resp. 54, Nr. 24. Páq a. a. D.

54) X. a. D. §. 736.

55) Verm. Abhandl. B. I, S. 186, §. 33.

56) X. a. D. §. 244.

57) X. a. D. §. 164.

58) X. a. D. §. 246.

Falls die Verjährung, wodurch dem Lehensherrn das *dominium directum* zu Gunsten des Vasallen entzogen werde, nur die unvordenkliche sein dürfe, wobei er ebenfalls auf die von der Verjährung des allodialen Eigenthums durch eine dritte Person geltenden Grundsätze Bezug nimmt. Hiernach dürfte die Entscheidung des vorliegenden Streitpunktes wesentlich davon abhängen, welche Ansicht man von der in dem letzterwähnten Falle erforderlichen Verjährungszeit, besonders auch mit Rücksicht auf das Zusammentreffen der dabei stattfindenden acquisitiven Verjährung mit der extinctiven in Beziehung auf die Revocatorienklage, billigt, welche Hauptcontrovers sogleich näher erörtert werden wird. — Ueber die Wirkung der das Lehensverhältniß mittelst der Appropriation aufhebenden Verjährung gegen die Agnaten des Verjährenden sind die Rechtslehrer darin zwar einverstanden, daß insofern diese Verjährung zwischen dem Lehensherrn und dem besitzenden Vasallen vor sich geht, Jenen ihr Successionsrecht dadurch nicht entzogen werde<sup>59)</sup>, und dafür läßt sich auch ein mit der acquisitiven Natur der hier eintretenden Verjährungsart in unmittelbarem Zusammenhange stehender Grund anführen, nämlich daß der Vasall dadurch das volle Eigenthum ganz in derselben Weise erwirbt, wie er vorher das *dominium utile*, mit welchem er nun das *directum* vereinigte, besaß, mithin als Familiengut; doch versteht es sich von selbst, daß bei Eröffnung der Succession für die Agnaten nicht der *Lehensnerus* wieder auflebt, sondern der vormalige Lehensgegenstand in Stammgutseigenschaft bei der Familie bleibt und weiter vererbt wird (s. den Art. *Lehensverwandlung*); nur wenn die Verjährung speciell gegen das Recht des einen oder anderen der Agnaten oder Mitbeslehnten gerichtet war, erlischt für diesen auch jeder künftige Anspruch<sup>60)</sup>.

Der letzte Hauptfall der Lebensverjährung im weiteren oder weitesten Sinne bildet die Erwerbung des vollen Eigenthums an dem Lehensgegenstande von Seiten eines Dritten, beiden bisherigen Lebenspersonen gegenüber. Hierbei nun erhebt sich eine Frage, der man vielleicht die erste Stelle unter den ausgezeichnetsten Controversen des Lehensrechtes einzuräumen hat, die Frage nämlich: ob und inwiefern dem Lehensherrn, der ein ohne seine Einwilligung als Allod veräußertes Lehen vom dritten Besizer zurückfordert, die Einrede der Verjährung entgegenstehe<sup>61)</sup>? Um den eigentlichen Standpunkt der Beantwortung dieser Frage mit Klarheit aufzufassen, muß man sich vor Allem die objective Beschaffenheit des Falles in factischer und rechtlicher Hinsicht genau gegenwärtigen. Es ist hier die Rede von einem Gegenstande, welchen Jemand in der Eigenschaft eines freien Allodes besitzt, und das

59) Pâz und Mayr a. a. D. Die übrigen Schriftsteller sagen das Nämlche von der Appropriation überhaupt.

60) Pâz und Mayr a. a. D. Schmalz a. a. D. §. 737. — Wollgraff a. a. D. drückt dieses so aus: es müsse *usucapio libertatis* und die Verjährung zugleich gegen die Lehensfolger gerichtet gewesen sein; er fügt jedoch hinzu: ein Fall, der sich freilich in *rerum natura* höchst selten ereignen möchte.

61) Worüber hauptsächlich zu vergleichen ist Wez in, II. jurist. Schriften S. I, Abh. 1.



volle Eigenthum daran die ganze Verjährungszeit hindurch ausübt, während andere Personen sich in einem, der äußeren Erscheinung nach völlig quiescirenden, Lebensverhältnisse zu eben diesem Gegenstande befinden; und ferner davon, ob, wenn nun Jener von seiner in dem gemeinen Civilrechte begründeten Befugniß, den aus den Händen eines Nichteigenthümers, welcher sich aber für den wahren Eigenthümer ausgab, empfangenen Gegenstand mittelst des so lange Zeit hindurch fortgesetzten Besizes als freies Eigenthum zu erwerben, Gebrauch macht, er hieran durch die Einwirkung jenes, zwischen den betheiligten Lebenspersonen bestehenden, ihm jedoch gänzlich fremden, Verhältnisses<sup>62)</sup> gehindert werden könne; mit anderen Worten: ob die Grundsätze des gemeinen Civilrechtes von der Acquisitivverjährung, insonderheit rücksichtlich der dazu erforderlichen Zeit, für unanwendbar im Interesse dessen, welcher den betreffenden Gegenstand als freies Eigenthum besitzt, um deswillen zu halten seien, weil dieser Gegenstand vor dem Beginnen seines Besizes mit der Lehenseigenschaft behaftet war, vermöge deren gewissen anderen Personen dingliche, jedoch ursprünglich auf Vertrag zwischen denselben beruhende, Rechte an demselben zustanden? — Die Antwort hierauf würde, bloß von allgemeinen Rechtsgrundsätzen ausgegangen, wohl unzweifelhaft verneinend ausfallen müssen; eben so entscheidet aber auch positiv der bekannte, nur nicht von Allen auf den hier vorliegenden Fall bezogene, Lehenstext II. F. 87.: *Si quis feudum alienum bona fide ab aliquo iusta traditione acceperit, licet dominus non sit, cum verus dominus in traditione putetur, longi temporis praescriptione ius sibi acquirit.* Diese Stelle, obwohl nicht glossirt, hat um deswillen einen ganz vorzüglichen Werth für die Interpretation der übrigen Bestimmungen des Lehenrechtes über die Verjährung, weil sie die einzige ist, welche eine ausdrückliche Entscheidung über jenen speciellen Fall enthält, daher auch Platner<sup>63)</sup> von derselben mit Recht sagt: *cui capitulo ego non levem existimo auctoritatem tribuendam esse, etsi extraordinarium sit.* Daß sie aber gerade diesen speciellen Fall wirklich zum Gegenstande hat, ergibt sich aus deren Inhalt, indem es darnach ein *feudum alienum* ist, welches von dem Verjährenden *bona fide* in Folge der von einem *dominus putativus* an ihn geschenehen Uebergabe besessen wurde<sup>64)</sup>. — Nach dieser, den eigentlichen Standpunkt der berühmten Controvers fixirenden, Vorbemerkung soll hier nur kurz die Angabe der dormaligen doctrinellen Lage derselben folgen, indem eine tiefer eingehende Erörterung der Streitfrage die der vorliegenden Ausführung gesteckten Grenzen überschreiten würde. Es ist hauptsächlich der für die Bejahung der obigen Frage entschei-

62) *Contra iuris gentium et civilis rationem et fundamenta*: Zoll, in diss. cit. §. 3.

63) l. c. p. 9.

64) Bruckner, in diss. cit. cap. II. §. 6., vermeint diese Stelle damit zu beseitigen, daß *more feudali* unter *longum tempus* die Zeit von 30 Jahren verstanden werde.

dende Ausspruch über die Unwirksamkeit einer Lebensveräußerung ohne des Lehenherrn Bewilligung in II. F. 55. pr.: nullius temporis praescriptione impediende, womit auch II. F. 40. §. 1. übereinstimmt, deren doctrinelle Auslegung und practische Anwendung von jeher zu den verschiedenartigsten, oft geradezu entgegengesetzten, Meinungen geführt hat. Am vollständigsten findet man diese in einer eigenen gründlichen Abhandlung von Bezin<sup>65)</sup> aufgeführt und einzeln geprüft, deren Ergebniß jedoch §. 46 dahin geht, daß dem Lehenherrn, der ein ohne seine Bewilligung als Allod veräußertes Lehen vom dritten Besitzer zurückfordert, durchaus keine Art von Verjährung entgegenstehe<sup>66)</sup>. Keiner unter den neueren Schriftstellern ist jedoch dieser, selbst die unvordenkliche Verjährung ausschließenden, Meinung beigetreten, auch hat dieselbe schon unter den älteren nur wenig Anklang gefunden. Derselben kommt am nächsten die Ansicht von Schmid<sup>67)</sup>, welcher auch eine jede Art der Verjährung für ausgeschlossen durch die beiden letzterwähnten Lehenstexte hält, es sei denn, daß der Lehenherr Kenntniß von der Veräußerung hatte, in welchem Falle dem neuen Erwerber sogar sine possessio longi temporis Jenem gegenüber zu Statten kommen soll. Schon G. L. Böhmer<sup>68)</sup> ließ jedoch die unvordenkliche Verjährung als Ausnahme von jener gesetzlichen Vorschrift zu. Dafür stimmen auch Weber<sup>69)</sup> und Mayr<sup>70)</sup>, und Phillips<sup>71)</sup> sagt bestimmt, es könne eine dritte Person an dem Lehen das allodiale Eigenthum dem Lehenherrn gegenüber durch keine andere, als die unvordenkliche Verjährung, erwerben<sup>72)</sup>. Eichhorn<sup>73)</sup> modificirt seine Beistimmung zu dieser Ansicht durch die Aeußerung: es könne ein solcher Erwerb veröge der Natur der dem Lehenherrn zustehenden vindication nicht leicht anders, als durch unvordenkliche Verjährung, geschehen, und äg<sup>74)</sup> bemerkt nur im allgemeinen, es sei die vindicationsklage des Lehenherrn im Falle einer Lebensveräußerung durch keine Art eigentlicher Verjährung ausgeschlossen. Schmalz<sup>75)</sup> nimmt an, die vindication des Lehenherrn verjähre wie jede andere in 30 Jahren, da die Ordnung des longobardischen Rechtes, daß sie nie verjähre, sich offen-

65) Der oben angeführten, womit auch Schmid, l. c. §. 7 sq., und Ber, a. a. D. Th. IV, §. 272, zu vergleichen sind.

66) Der von dem genannten Schriftsteller hierbei unterstellten Voraussetzung, daß dem veräußerten Lehen anlebenden vitium reale hat schon Friesen, in cit. §. 7., widersprochen.

67) l. c. §. 9. u. 12.

68) X. a. D. §. 272, mit Bezugnahme auf seines Waters exerc. ad Pand. V. p. 367., den er als B. parens (aber ebenso auch Mayr a. a. D. 2, Note 34) citirt.

69) X. a. D. §. 438.

70) X. a. D. §. 157.

71) X. a. D. B. II, §. 244.

72) Näher ausgeführt bei Zoll, in diss. cit. §. 4 u. 12 sq.

73) X. a. D. §. 238.

74) X. a. D. §. 137, §. 326.

75) X. a. D. §. 362.



bar nur auf die veräußerten Kronlehen beziehe. In ganz eigenthümlicher Weise äußert sich Dolliner<sup>76)</sup>, indem er dem bestimmten Ausspruche: daß, wenn der Vasall das Gut als Allod verkaufe, der Käufer nach der Verordnung Friedrich's I. dasselbe durch die ordentliche Verjährung gegen den Lehnsherrn gar nicht verjähren könne, sondern dazu eine unvordenkliche Verjährung gehöre, weiter hinzufügt: wenn ein Dritter gegen den Lehnsherrn oder Vasallen das Lehen als Allod verjähren wolle, so seien nebst den übrigen Eigenschaften, welche das bürgerliche Recht vorschreibt<sup>77)</sup>, 10 oder 20 Jahre hinreichend, weil dieses eine Allodialverjährung sei. Dabei also wird man entweder den Fall unterstellen müssen, daß der Käufer des Lehens dasselbe weiter an einen Dritten veräußert hatte<sup>78)</sup>, oder den, welchen v. Braun<sup>79)</sup> als unter dem Texte II. F. 55. nicht begriffen bezeichnet, wo der Lehnsherr seine Einwilligung zur Veräußerung des Lehens in dieser Eigenschaft gegeben hatte, der Vasall aber dasselbe nicht als Lehen, sondern als Erbgut, verkaufte. Von diesem letzteren Gesichtspunkte muß man auch wohl die Aeußerung Kori's<sup>80)</sup> auffassen, welcher zufolge der Fall, wo Jemand den Lehnsgegenstand mit vollem Eigenthumsrechte erworben und die Verjährungszeit hindurch besessen hat, ganz nach den Grundsätzen der Civilverjährung des Eigenthums beurtheilt werden soll, welchem Falle sodann der gegenübergestellt wird, wo nicht der Lehnsherr, sondern der Vasall ohne dessen Einwilligung das Lehen als freies Erbgut an einen Dritten veräußert habe, der sich, weil sein Titel gesekwidrig sei, mit keiner Verjährung, nicht einmal mit der unvordenklichen, schützen könne. — Nach der deutschen Gerichtspraxis, so weit dieselbe durch öffentliche Schriften bisher bekannt geworden, kann man wohl die Zulässigkeit und volle Wirksamkeit einer von dem fortdauernden Laufe der Extinctioverjährung in Beziehung auf die Revocatorienklage unabhängigen Acquisitivverjährung für denjenigen, welcher sich die gewöhnliche Verjährungszeit hindurch im vollen Eigenthumsbesitze eines Lehens, oder vielmehr eines vor dem Anfange seines Besizes in einem Lebensverhältnisse zwischen anderen, ihm fremden, Personen gestandenen Gegenstandes, befunden hat, als der darin vorherrschenden Meinung entsprechend, annehmen. Als Resultat von dergleichen practischen Erfahrungen ist schon die Ansicht von Struben<sup>81)</sup>, daß die gängliche Verwerfung der Verjährung in den obigen beiden Lehensterten sich nur auf wissentlich und pflichtwidrig vorgenommene Veräußerungen beziehe, sonst aber ein 30jähriger Besitz auf Seiten des dritten Erwerbers genüge, zu betrachten;

76) X. a. D. §. 369.

77) Namentlich bona fides, deren Vorhandensein bei einem dritten Besizer auch Globig, obs. 28. §. 4., nicht bezweifelt.

78) Schrader, in tract. feud. T. I. P. V. cap. 4. §. 3 u. 11., läßt namentlich in diesem Falle die Acquisitivverjährung von 10 und 20 Jahren sowohl gegen den Lehnsherrn, als gegen den Vasallen, zu.

79) Bei Zepernick, Abhandl. Th. I, Nr. 3, S. 63.

80) Theorie der Verjährung §. 117.

81) Rechtl. Bed. B. II, Bed. 106, Ausg. von Spangenberg I. 205.

h von Hagemann<sup>82)</sup> darf man wohl voraussetzen, daß eine getheilte Praxis des Oberappellationsgerichtes zu Celle wenigstens ihm bekannt gewesen sei, indem er zu der Erwerbung eines Lehens durch einen Dritten als *Allobium* die civilrechtliche Verjährung von 10 oder 20 Jahren für genügend erklärte; ebenso muß Spangenberg<sup>83)</sup>, welcher die Ansicht von Struben zu billigen scheint, keine Kenntniß von der abweichenden Praxis gehabt haben. Sodann wurde in einem in der Juristenfacultät zu Erfurt eingeholten Erkenntniße<sup>84)</sup> bestimmt ausgesprochen, daß auch die 30 und 40jährige *Præscription* in *feudis non consensu domini alienatis* nach den allgemeinen Lehenrechten a *tertio bonae fidei possessore contra dominum directum sive scientem sive ignorantem* stattfinde. Bei dem Oberappellationsgerichte zu Cassel ist durch zwei ältere Decisionen<sup>85)</sup> dem 30jährigen Besitze eines dritten Erwerbers von Staatslehen die Wirkung der Ausschließung des Lehenherrn mit seiner auf die mehrerwähnten Lehensterte gegründeten *Revocationsklage* beigelegt worden, obwohl die Ausführung eine deutliche Unterscheidung zwischen *acquisitiver* und *extinctiver* Verjährung vermissen läßt; und jener Grundsatz hat auch eine wiederholte Anerkennung durch mehrere neuere Erkenntniße desselben<sup>86)</sup> erhalten. Hauptsächlich aber kommen hier in Betracht zwei Urtheile der Göttinger und der Erfurter Juristenfacultät, welche auch von dem Reichskammergerichte im Jahre 1801 bestätigt wurden<sup>87)</sup>. In diesen drei gleichförmigen Erkenntnissen wurde im wesentlichen davon ausgegangen, daß durch die einem dritten Besizer zur Seite stehende *Acquisitivverjährung* die *Vindicationsklage* des Lehenherrn ausgeschlossen werde.

Bei weitem minder schwierig erscheint der Fall der Erwerbung eines Lehens als freien Eigenthums durch einen dritten Besizer, wenn man die rechtliche Wirkung dieser Erwerbung den dieselbe mit der *Revocationsklage* (oben S. 588) anfechtenden *Agnaten* gegenüber betrachtet. Diesen steht hierbei keine solche, eine jede Verjährung unterfragende, Verordnung, wie sie zum Schutze der lehensherrlichen Rechte in den oftgedachten Lehensterten gegeben ist, zur Seite<sup>88)</sup>; die Dauer ihres Klagsrechtes ist daher lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen der Verjährung zu beurtheilen, welche es zwar mit sich bringen, daß der Anfang der ihre *Revocationsklage* beseitigenden *Extinctivverjährung* erst mit dem Zeitpunkte eintritt, wo das Lehen ihnen anfällt<sup>89)</sup>, zugleich aber die Dauer dieser Verjährung von der ihr gegenüberstehenden *Acquisitivverjährung* des dritten Besizers in der Weise abhängig machen, daß nach

82) Pract. Grdrt. B. VII, S. 380.

83) I. a. D.

84) Schorch, responsa et sententiae nr. 211.

85) T. I. dec. 31. T. III. dec. 75.

86) Wie namentlich durch Decr. v. 18. Dec. 1799, §. 6. v. Dallwigk g. Volkst.

87) v. Dallwigk, practische Erörterungen Nr. IV.

88) Zoll, in dias. cit. §. 9 sq.

89) Globig, obs. 28. §. 4.

der hierüber von Thibaut<sup>90)</sup> aufgestellten Regel: die frühere Vollendung der erwerbenden Verjährung indirect die frühere Vollendung der erlöschenden Verjährung mit sich führt. Sobald daher der dritte Inhaber seine adquisitive Allodialverjährung mittelst eines alle civilrechtlichen Erfordernisse derselben in sich vereinigenden Besitzes vollendet hat, gilt ihm dieses als vollständig sichernder Erwerb des vorhinnigen Lehengegenstandes, und die den Agnaten des vorhinnigen Vasallen nach lehenrechtlichen Grundsätzen etwa noch laufende Extinctivverjährung vermag nicht ihre Klage jener Adquisitivverjährung gegenüber wirksam zu erhalten. Auch dieses muß der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes an einem anderen Orte weiter auszuführen sich vorbehalten.

Nur remissiv ist hiernach insbesondre noch der Klagenverjährung<sup>91)</sup> in der Anwendung auf das Lehenverhältniß zu gedenken. Die beiden hauptsächlichsten der hierher gehörigen Klagen, insofern sie einer Beurtheilung nach lehenrechtlichen Grundsätzen unterliegen, die revocatorische und die retractsklage, sind bereits in dem Art. Lehenveräußerung vorgekommen, die erstere auch in mehrfacher Beziehung in dem hier vorliegenden. Von der Verjährung der retractsklage (oben S. 599) ist hier nur nachzutragen, daß die Berechnung der Zeit ihrer Dauer, namentlich rücksichtlich des Anfangspunktes, sehr streitig unter den älteren Rechtsgelehrten gewesen, in den neuesten Schriften jedoch unerwähnt geblieben ist. Die Lehen Gesetze<sup>91)</sup> bestimmen für die Ausübung des retractes sowohl von Seiten des Lehenherrn, als der Lehenfolger, ein Jahr von der Zeit ihrer Wissenschaft; heißt dieß nun der Wissenschaft von dem Abschlusse des Verkaufes oder von dessen wirklicher Vollziehung? Böhmert<sup>92)</sup> unterscheidet zwischen dem eigentlichen retract und dem Vorkaufrechte; bei ersterem werde die Verjährungsfrist erst von der wirklichen Vollziehung des Verkaufes an gerechnet, theils wegen der die Ausübung desselben bedingenden Voraussetzung einer eigentlichen Alienation, theils nach der ausdrücklichen Bestimmung in II. F. 26. §. 13., daß der retract reddito pretio ausgeübt werde, was ebenfalls einen schon vollzogenen Verkauf, durch den auch erst die retractsklage begründet wird, voraussetzt; wohingegen zur Verjährung des Vorkaufrechtes, da die zu dessen Geltendmachung zustehende Klage schon durch die Perfection des Verkaufescontractes begründet werde, der Ablauf eines Jahres von diesem Zeitpunkte an genüge. Die zur Ausschließung der retractsverjährung erforderliche Beschaffenheit der Wissenschaft gibt Böhmert dahin an, daß dieselbe eine ganz specielle sein müsse, quae certa et determinata cognitione substantialium ipsius contractus absolvitur, was schon darum nothwendig ist, weil der retractant in allen Bedingungen des Käufers eintreten, also diese auch kennen muß. Eine weitere Streitfrage, ob jene Frist auch den Minderjährigen laufe, und

90) Ueber Besitz und Verjährung §. 45.

91) II. F. 9. §. 1. II. F. 26. §. 13.

92) In elect. iur. civ. T. II. exerc. 16. §. 2 sq.; wovon Weber, a. a. D. Th. IV, S. 284, 492 flg., einen Auszug liefert.

inwiefern Restitution gegen dieselbe stattfindet<sup>93</sup>), dürfte wohl nach den allgemeinen Grundsätzen des Civilrechtes hierüber<sup>94</sup>) zu entscheiden sein<sup>95</sup>). — Der Extinctivverjährung, wodurch die Klage des Lehensherrn gegen den Vasallen auf Lehensprivation wegen begangener Feloni: ausgeschlossen wird, geschah bereits oben (S. 457 u. 611) Erwähnung.

**Lehensverpfändung<sup>1)</sup>.** Der wesentlichen Verschiedenheit zwischen einem Pfandlehen, wobei das einem Gläubiger constituirte Pfandrecht als Gegenstand der Belehnung betrachtet wird, und dem Lehenspfande, wobei ein Lehen den Gegenstand der Verpfändung ausmacht, wurde bereits oben (S. 400) gedacht. Schon diese Verschiedenheit der Begriffe, ergibt, daß es bei dem Pfandlehen der Lehensherr, bei dem Lehenspfande der Vasall ist, von welchem dessen Bestellung geschieht, so wie, daß bei ersterem der Gläubiger selbst mit dem Pfandgegenstande belehnt wird, bei dem letzteren nicht<sup>2)</sup>. Eben daraus folgt weiter die charakteristische Verschiedenheit beider, daß das Recht des Pfandgläubigers bei dem Lehenspfande allodialer<sup>3)</sup>, bei dem Pfandlehen hingegen feudaler Natur ist, und daher rücksichtlich seiner Zuständigkeit bei jenem nach den Grundsätzen des gemeinen Civilrechtes, bei diesem nach denen des Lehenrechtes beurtheilt wird. Nur mit dem Lehenspfande beschäftigt sich die vorliegende weitere Ausführung.

Die Lehensverpfändung ist, da sie in ihrem Letzen Erfolge zum Verkaufe des Pfandgegenstandes führt, als eventuelle Veräußerung des Lehens zu betrachten<sup>4)</sup>, und daher im allgemeinen einer Beurtheilung nach den von dieser geltenden Grundsätzen unterworfen. Schon die einfache Anwendung dieser Regel auf die verschiedenen Arten der Verpfändung bietet jedoch eine Meinungsverschiedenheit unter den Lehenrechtsgelehrten dar, die von erheblicher practischen Wichtigkeit ist. Darüber ist man wohl jetzt ziemlich einverstanden, daß das ausdrückliche Verbot der Lehensverpfändung in den bekannten Verordnungen der Kaiser Lothar und Friedrich I.<sup>5)</sup>, die eine jede Art der Lehensveräußerung so nachdrücklich untersagen (oben S. 579), sich nach der grammatischen und rechtlichen Bedeutung der dabei gebrauchten Ausdrücke nur auf das

93) v. Winterfeld, über das Retractrecht der Eöhne und Minorennen u. s. w. Abschn. II. Weber a. a. D. S. 495.

94) Vgl. Pfeiffer, pract. Ausf. B. I, Abh. 3, B. VII, Abh. 3.

95) Pää a. a. D. §. 139, S. 133 flg. Eichhorn a. a. D. §. 229. Rayr a. a. D. §. 124.

1) Böhmer, de hypotheca feudali expressa; in exerc. T. III. ex. 59. Bauer, de hypotheca feudali absque consensu agnatorum etc. subsistente; in opusc. T. II. nr. 49. Reinhard, de hypotheca feudali praecipua securitate commendabili. Vitob. 1782. Söderlin, Repertorium Th. III, S. 237 flg., Th. IV, S. 144 flg.

2) Gmeiner a. a. D. B. III, §. 106, Note \*.

3) Böhmer observ. 13. §. 2. Pää a. a. D. §. 143. Weber a. a. D. Th. IV, §. 271.

4) Pää a. a. D. §. 142. Rayr a. a. D. §. 126.

5) II. F. 52. 55.

pignus im eigentlichen Sinne des römischen Rechtes, also die mit Besitzübertragung verbundene Pfandbestellung an einem Lehen, beziehe<sup>6)</sup>; ob aber dasselbe nicht folgerungsweise auch einerseits auf die an einem Lehen constituirte Hypothek im engeren Sinne, oder die Pfandbestellung ohne Besitzübertragung, andererseits auf die Einräumung des Lebensbesses zum Zwecke der eigenen Beziehung der den Gegenstand der Verpfändung ausmachenden Früchte, anzuwenden sei, darüber herrschen noch sehr verschiedene Ansichten selbst unter den neuesten Schriftstellern. Während Eichhorn<sup>7)</sup> zwar die Verpfändung des Lebens mit Uebertragung des Besitzes denjenigen Veräußerungen beizählt, welche die Lebensverbindung unter Lehensherrn und Vasallen unterbrechen, und daher gesetzlich verboten sind, davon jedoch die Einräumung desselben zum Behuf der Perception der verpfändeten Früchte bestimmt unterscheidet, und auch<sup>8)</sup> die Bestellung einer Hypothek am Lehen den nicht verbotenen Arten der Lebensveräußerung an die Seite setzt; hält Mayr<sup>9)</sup> unter dem gesetzlichen Verbote, mit Rücksicht auf die ratio legis, auch die Errichtung einer Hypothek begriffen, wie dann auch Ortloff<sup>10)</sup> die Verpfändung ohne Besitzübertragung ebensowohl, wie die Hingabe des Lebens als Faustpfand, unter den dem regelmäßigen Veräußerungsverbote unterliegenden Fällen aufzählt; wohingegen schon Páq<sup>11)</sup> die eigentliche Hypothek für minder geeignet zur Beurtheilung nach der Analogie von den Veräußerungen im engeren Sinne, insonderheit auch rücksichtlich der Strafe der Privation, erklärte<sup>12)</sup>. — Läßt es sich nun allerdings nicht verkennen, daß die Qualification der Lebensverpfändung als eventueller Lebensveräußerung so wesentlich in der Natur von jener begründet ist, daß ohne sie der schon im Begriffe der Pfandbestellung liegende Zweck derselben, aus dem Werthe des zu verkaufenden Pfandgegenstandes die dadurch gesicherte Forderung zu tilgen, gar nicht zu erreichen stände, so wird jedoch durch die Stellung der Lebensverpfändung unter denselben rechtlichen Gesichtspunkt, welcher oben als der entscheidende für die Lebensveräußerung überhaupt angegeben worden ist, keineswegs die erwähnte strengere Ansicht gerechtfertigt; es erscheint vielmehr darnach die Verpfändung des Lebens an und für sich als eine in dem vasallitischen Rechte mit enthaltene Befugniß, in deren Ausübung der zeitige Lebensbesitzer nur theils durch die diesem Proprietätsrechte eigene bloß temporäre Dauer (oben S. 577), theils durch den Anspruch des Lehensherrn auf die durch den Lebensbesitz bedingte Erfüllung der

6) Páq a. a. D. §. 142, Note a. Eichhorn a. a. D. §. 227. Mayr a. a. D. §. 126.

7) X. a. D.

8) §. 230.

9) X. a. D.

10) X. a. D. S. 366.

11) X. a. D.

12) Weber, a. a. D. Th. IV, §. 270, S. 430 fig., äußert sich am ausführlichsten über die Verschiedenheit zwischen der Lebenspignoration und der bloßen Lebenshypothek, doch ohne klares Ergebnis.

persönlichen Verbindlichkeit des Vasallen zur Lehensstreue (S. 576), beschränkt ist, in welcher letzteren Beziehung Phillips<sup>13)</sup> vollkommen richtig von jeder Lehensverpfändung sagt, daß sie zu einer Unterbrechung des Lehensnerus zu führen drohe. Wenn aber der genannte Schriftsteller hieraus die Folgerung zieht, daß eben deshalb jede Lehensverpfändung zu einer im eigentlichen Sinne des Wortes verbotenen Veräußerung werde, so kann man dieß nicht in solcher Allgemeinheit zugeben. Verboten im eigentlichen Sinne ist die Lehensveräußerung beziehungsweise Lehensverpfändung nur, insoweit ein solches Verbot positiv durch die Lehensgesetze ausgesprochen ist (S. 581 u. 621), also insbesondere die letztere nur, wenn sie mit einer Uebertragung des Lehensbesitzes verbunden ist, weil nur diese, wie schon erwähnt, ausdrücklich in den obigen Lehenstexten dem Vasallen untersagt ist, daher auch nur von ihr die Regel gelten kann, daß sie von allen Wirkungen einer unerlaubten, insbesondere verbotenen, Veräußerung betroffen werde<sup>14)</sup>. Wollte man diese Regel, unter welcher Mayr<sup>15)</sup> die Verpfändung des Lehens überhaupt mit begreift, auch für anwendbar auf die Bestellung einer Hypothek am Lehen halten, dann wäre es freilich consequent, diese Art der Verpfändung, mit dem genannten Schriftsteller<sup>16)</sup>, für so gänzlich unwirksam zu erklären, daß daraus auch nicht einmal ein dinglicher Anspruch auf die Früchte des Lehens abgeleitet werden könne, welcher gleichwohl von den bewährtesten der älteren Rechtsgelehrten<sup>17)</sup>, und unter den neueren namentlich von Pásk<sup>18)</sup>, Eichhorn<sup>19)</sup> und Ortloff<sup>20)</sup> angenommen wird; auch würde eine solche theilweise Aufrechthaltung der gesetzlich verbotenen Verpfändung durch die vom letztgedachten Schriftsteller hierher gezogene Regel: *utile per inutile non vitiatur*, nur in dem Falle motivirt werden können, wenn eine erkennbar gesonderte Hypothekbestellung, an der Substanz und an den Früchten des Lehens stattgefunden hätte, nicht auch wo letztere nur stillschweigend unter ersterer begriffen wäre, indem ein an sich ungiltiges Geschäft auch in seinen Folgen nicht bestehen kann. Sicherer aber geht man im allgemeinen davon aus, daß die Pfandbestellung ohne Besitzübertragung gar nicht zu den gesetzlich verbotenen Veräußerungen gehöre, und demnach für rechtlich unwirksam nur, insofern sie zur Beeinträchtigung des in der Natur des Lehensverhältnisses begründeten Interesses des Lehensherren und der Lehensfolger gereicht, zu halten sei<sup>21)</sup>, da, wie Ortloff ganz richtig bemerkt, bei der

13) X. a. D. B. II, §. 226.

14) Böhmer, de diverso pignoris et hypothecae iure cap. 2. §. 12 sq.; in exercitt. T. III. p. 861. Weber a. a. D. Xb. III, §. 268.

15) X. a. D. §. 122.

16) X. a. D. §. 125, Note 2.

17) Bauer l. c. §. 9. Böhmer, Rechtsfälle B. II, Xb. I, dec. 114 nr. 2.

18) X. a. D. §. 142.

19) X. a. D. §. 230.

20) X. a. D.

21) Böhmer, princ. §. 263.



bloßen Hypothekbestellung der verpfändende Vasall das Lehen behält, und es nur verlieren würde, wenn es dereinst zur Pfandveräußerung kommen sollte, derselbe also bis dahin sich unverändert zu der durch den Lebensbesitz bedingten Erfüllung der ihm persönlich gegen den Lehensherrn obliegenden Verbindlichkeiten im Stande befindet, und die sonstigen Rechte des Letzteren, so wie der Lehensfolger, bis zum eintretenden Lebensanfall ruhen. In dieser zwiefachen Hinsicht kann daher auch selbst die Uebertragung des Lebensbesitzes auf einen Gläubiger des Vasallen bloß zum Zwecke der eigenen Beziehung der demselben verpfändeten Lebensfrüchte nicht für an sich unerlaubt gehalten werden, wie selbst Mayr<sup>22)</sup> annimmt, da auf diese Früchte beim Leben des besitzenden Vasallen so wenig dem Lehensherrn, als den Lehensfolgern, ein Anspruch zusteht, und die dingliche Ueberlassung des Fruchtgenusses an einen Anderen, wie bei dem Ususfruct (oben S. 585), dem Vasallen nicht untersteht<sup>23)</sup>; zweifelhaft könnte dieses nur rücksichtlich der Bestellung einer eigentlichen Antichrese sein, die man für mitbegriffen unter dem gesetzlich verbotenen pignorarre halten könnte, und welche namentlich auch von Mayr<sup>24)</sup> als unerlaubte Veräußerung bezeichnet wird. Insbesondere von der Hypothekbestellung am Lehen ist demnach anzunehmen, daß dieselbe ein an sich gültiger und dem Vasallen erlaubter Dispositionsact ist, daher ihm und den an seine Handlungen gebundenen Erben gegen die rechtliche Wirksamkeit habe<sup>25)</sup>, daß jedoch noch während der Dauer der vasallitischen Rechte des Verpfänders, sobald es in Folge des dadurch begründeten Pfandrechtes zum Verkaufe des Lehens kommt, in Beziehung hierauf von dem Lehensherrn alle ihm wegen einer verbotenen Veräußerung gesetzlich zugestandenen Befugnisse geltend gemacht werden können, und nach der Auflösung jener Rechte, die an des Verpfänders Stelle tretenden Lehensfolger, so wie bei dem Heimfalle der Lehensherrn, nicht an die Verpfändung gebunden sind<sup>26)</sup>, vorausgesetzt, daß sie nicht ihre Einwilligung dazu erteilt haben.

Soviel nun insbesondre diese Einwilligung in die Lehensverpfändung<sup>27)</sup> betrifft, ist es wohl ganz richtig, daß von ihr die volle und dauernde Wirksamkeit eines an dem Lehen bestellten Pfandrechtes abhängt<sup>28)</sup>. Ist dieselbe sowohl von dem Lehensherrn, als von sämtlichen Lehensfolgern — inwiefern die Descendentenqualität hierbei in Betracht komme, ist nach den allgemeinen Grundsätzen von der Verbindlichkeit einer Lehensveräußerung für dieselben (S. 588) zu beurtheilen —

22) X. a. D. §. 126, S. 301.

23) Bauer l. c. §. 9.

24) X. a. D. §. 126, S. 299.

25) Eichhorn a. a. D. §. 230, S. 604.

26) Schmalz a. a. D. §. 638.

27) Beck, de consensu feudali. Jen. 1728. Schröder, de autoritate domini qua consensu in alienando vel onerando feudo rescipienda. Jen. 1729.

28) Kröll a. a. D. §. 227. Pätz a. a. D. §. 143. Mayr a. a. D. §. 126.

ertheilt worden, so erlangt dadurch der Gläubiger, dessen Forderung durch die Hypothekbestellung gesichert worden, ein Pfandrecht an der Substanz des Lehens, mit allen einem solchen gemeinrechtlich zukommenden Wirkungen<sup>29)</sup>, namentlich auch im Verhältnisse zu dritten Besitzern, gegen welche er den Pfandgegenstand mit der hypothekarischen Klage verfolgen kann<sup>30)</sup>. Derselbe kann auch, wenn die Ausstufung des Schuldners selbst nicht mehr stattfindet oder erfolglos geblieben ist<sup>31)</sup>, den öffentlichen Verkauf des ihm verpfändeten Lehens beantragen, ohne daß er die Geltendmachung der actio revocatoria von Seiten des Lehensherrn oder der Lehensfolger zu besorgen hätte<sup>32)</sup>; doch geht durch einen solchen Verkauf nur das Nutzungseigenthum auf den neuen Erwerber über<sup>33)</sup>, indem nur dieses, da es allein einen Gegenstand der Proprietät des Vasallen ausmachte, als von ihm verpfändet zu betrachten ist<sup>34)</sup>; jede sonstige Beschränkung der rechtlichen Wirkungen des von jenen Personen ertheilten Consenses, namentlich auf die Lehensfrüchte oder auf eine bestimmte Zeit, muß besonders vorbehalten sein<sup>35)</sup>. Daß ein Jeder, der in die Hypothek willigt, Lehensherr oder Lehensfolger, dadurch auch die Verbindlichkeit des eigentlichen Schuldners übernehme, und mithin als wahrer Bürge hafte, wie Schmalz<sup>36)</sup> behauptet, wird von älteren und neueren Schriftstellern mit Recht widersprochen<sup>37)</sup>; wofür Hagemann<sup>38)</sup> insonderheit die nähere Erläuterung gibt, daß in der Einwilligung zur Verpfändung nur eine Anerkennung des hypothekarischen Rechtes und eine Verzichtleistung auf den künftigen Fruchtgenuß vom Lehen nach erfolgtem Anfall desselben, so weit die Sicherheit des Gläubigers es erfordere, enthalten sei<sup>39)</sup>. Um so weniger ist daran zu zweifeln, daß die aus solcher Einwilligung entspringende Verbindlichkeit nur eine subsidäre sei<sup>40)</sup>, und jedenfalls den einwilligenden Personen gegen die Ansprüche des Pfandgläubigers das beneficium excussionis in Beziehung auf das Mobilvermögen des Schuldners und seiner Erben zu Statten komme<sup>41)</sup>; was auch Schmalz, ungeachtet seiner in dem Hauptpunkte abweichenden

29) Pög und Eichhorn a. a. D. Weber a. a. D. Th. IV, §. 270.

30) Pög a. a. D. Mayr a. a. D. §. 126, 151.

31) Drlloff a. a. D. S. 370.

32) Eichhorn a. a. D. und Mayr a. a. D. §. 126.

33) Eichhorn a. a. D. §. 230 a. G. Mayr a. a. D. und §. 152.

34) Phillips a. a. D. S. II, §. 226.

35) Pög a. a. D. Drlloff a. a. D., der jedoch auch dazu, daß der Lehensnerus nicht durch die Distraction aufgehoben werde, einen besonderen Vorbehalt erfordert.

36) X. a. D. §. 643.

37) Bauer l. c. §. 28. Eichhorn a. a. D. §. 230, Note i. Mayr a. a. D. §. 126. Phillips a. a. D.

38) Pract. Erdr. B. VIII, Nr. 2.

39) Vgl. auch Weber a. a. D. S. 419 fig.

40) Steinacker, loca sel. etc. cap. 3. §. 3.

41) Mencke, num feudi possessor beneficio excussionis se tueri possit etc.; in Zepernick, anal. T. I. obs. 34. Weber a. a. D. Th. IV, S. 417. Mayr a. a. D. §. 126.

Meinung, annimmt. Daß bei Ertheilung der Einwilligung zur Verpfändung die dafür im allgemeinen vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet werden müssen<sup>42)</sup>, versteht sich von selbst; übrigens kann dieselbe sowohl stillschweigend, als ausdrücklich, geschehen<sup>43)</sup>; inwiefern jenes aus der Bestätigung oder Mitunterschrift der Schuldverschreibung zu folgern sei, ist nach den Umständen zu beurtheilen<sup>44)</sup>; die nachfolgende Genehmigung gilt der Ertheilung der Einwilligung gleich<sup>45)</sup>. Haben zur Verpfändung des Lehens nicht sämmtliche dabei betheiligte Lehenpersonen eingewilligt, so gilt es als Regel, daß so wenig der Consens des Lehenherrn eine Beschränkung der Lehenfolger in der Ausübung der ihnen zustehenden Rechte mit sich führe<sup>46)</sup>, als in dieser Hinsicht durch die Einwilligung einzelner Lehenfolger den nicht consentirenden präjudicirt werden könne; woraus Schmalz<sup>47)</sup> den ganz richtigen Schluß zieht, daß die Hypothek ruhe, so lange die Linie derer besitze, welche nicht eingewilligt haben und auch nicht als Allodialerben an des Verpfänders Handlungen gebunden sind, und erst dann wieder auflebe, wenn solche zum Besitze gelangen, die aus dem einen oder anderen Grunde zur Anerkennung verbunden sind; welche Folgerung man aber auch um so mehr in umgekehrter Weise dergestalt anwenden kann, daß die Hypothek ihre Wirksamkeit behalte, so lange das Lehen sich im Besitze solcher Lehenfolger oder ihrer Abkömmlinge befindet, welche ihre Einwilligung zur Verpfändung ertheilt haben. Welche Wirksamkeit die nur von den Lehenfolgern, nicht auch von dem Lehenherrn, ertheilte Einwilligung auf den rechtlichen Bestand der Lebensverpfändung habe, hängt von der Anwendung der allgemeinen Grundsätze ab, nach welchen die Befugniß des Vasallen selbst zu solcher Verpfändung mit Rücksicht auf die verschiedenen Arten derselben beurtheilt wird (oben S. 621 fg.); Mayr nimmt, gemäß seiner strengeren Ansicht hiervon, an, daß ohne die Einwilligung des Lehenherrn dem Gläubiger gar kein dingliches Recht am Lehen erworben würde. Eine specielle Erörterung der beiden Fälle, wo entweder nur der Lehenherr, ohne die Lehenfolger, in die Verpfändung eingewilligt hat, oder nur die Einwilligung der Letzteren, ohne die des Lehenherrn, erfolgte, findet man bei Weber<sup>48)</sup>. Daß aber, wie derselbe<sup>49)</sup> auszuführen sucht, im letzteren Falle die Hypothek überhaupt nicht gegen einen dritten Besitzer geltend gemacht werden könne, ist nicht anzunehmen, da, wenn dieser gegen die Wirksamkeit einer sonst gültigen Hypothek, insofern sie den consentirenden

42) Mayr a. a. D.

43) Ortloff a. a. D. S. 370. Dagegen Böhmer, de hyp. feud. expr. cap. II. §. 5. Weber a. a. D. S. 404.

44) Eichhorn a. a. D. §. 230. Mayr a. a. D. Vgl. auch Weber a. a. D. Th. IV, S. 411. Die weitere Literatur oben S. 487, Note 53.)

45) Böhmer l. c. §. 5. p. 388. Weber a. a. D.

46) Páq a. a. D. §. 142. Mayr a. a. D.

47) X. a. D. §. 640.

48) X. a. D. S. 405 fg.

49) X. a. D. S. 407, in Uebereinstimmung mit Böhmer, in den Rechtsfällen B. II, Th. I, dec. 114. nr. 11 u. 18.

Lebensfolgern gegenüber geltend gemacht werden kann, sich auf den Mangel der lehensherrlichen Einwilligung berufen wollte, dieser Einwand als *exceptio de iure tertii* zurückzuweisen sein würde<sup>50)</sup>. — Der Zeitpunkt, von welchem an die rechtliche Wirksamkeit einer consentirten Lebenshypothek datirt, wird von Weber<sup>51)</sup> im allgemeinen dahin bestimmt, wo die ertheilte Einwilligung mit der Entstehung der Schuld zusammentrifft, so daß dieselbe in Beziehung auf eine früher entstandene Schuld erst von dem Tage der erfolgten Einwilligung, in Beziehung auf die früher ertheilte Einwilligung erst mit dem Tage der contrahirten Schuld, ihren Anfang nimmt. Diese Aeußerung ist jedoch damit zu ergänzen, daß dem Contrahiren der Schuld auch die formell gültige Pfandbestellung, wenn nicht Beides in einem Acte zusammentrifft, hinzugekommen sein muß. Das practische Interesse einer richtigen Bestimmung jenes Zeitpunktes zeigt sich in sehr erheblicher Weise bei dem auf eine bestimmte Zeit ertheilten Consense, deren Dauer nach den gegebenen Regeln zu bemessen ist. Ob die Grundsätze von der zur vollen Wirksamkeit der Lebensverpfändung erforderlichen Einwilligung auch auf Erblehen und veräußerliche Lehen anwendbar seien, wird von Pátz<sup>52)</sup> nur fragweise erwähnt, von Bauer<sup>53)</sup> in Beziehung auf beide Lehensgattungen verneint, von Zachariá<sup>54)</sup> und Mayr<sup>55)</sup> hingegen rücksichtlich beider bejahet. Letzteres ist wohl als richtig anzunehmen in Ansehung der Erblehen, da deren Improperität sich auf die Succession beschränkt (oben S. 546), an den sonstigen Eigenthümlichkeiten des Lebensverhältnisses aber nichts ändert; nicht aber auch in Ansehung der veräußerlichen, indem deren Verpfändung, in ihrer Eigenschaft als eventueller Veräußerung, nur eine beschränkte Ausübung der dem Vasallen bei dergleichen Lehen ihrer Natur nach zustehenden Veräußerungsbefugniß enthält. Hiernach ist auch die Wirkung einer zur Lebensveräußerung speciell ertheilten Einwilligung des Lehensherrn zu beurtheilen, und die Ansicht Weber's<sup>56)</sup>, daß darunter die Einwilligung zur Verpfändung nicht begriffen sei, beruht auf der, in dem zwiefachen dafür angeführten Grunde, nämlich daß die Distraction des Lehenpfandes nicht mit Aufrechthaltung der lehensherrlichen Rechte geschehe, und daß der Lehensherr die Hypothekarschuld zu bezahlen verpflichtet sei, irrigen, Voraussetzung. War die zur Lebensverpfändung ertheilte Einwilligung auf eine bestimmte Zeit beschränkt<sup>57)</sup>, so

50) Pfeiffer, pract. Ausf. B. IV, S. 187 u. 205.

51) X. a. D. S. 415.

52) X. a. D. §. 142, Note c.

53) l. c. §. 32. 34.

54) X. a. D. §. 144, Note 1.

55) X. a. D. §. 126, Note 5.

56) X. a. D. Th. IV, S. 405, mit Bezugnahme auch Richmann (pr. Walch), diss. de consensu domini directi in alien. feudi dato in eius oppignorationem non extendendo. Jen. 1770.

57) Schubert, diss. de consensu temporario domini directi in hypothecam feudalem. Lips. 1717. Eiusd. diss. de consensu agnatorum temporario in hyp. feud. Ib. 1718.

entsteht die, practisch nicht unwichtige Frage: wann und in welcher Weise der Gläubiger, um sein Pfandrecht wirksam zu erhalten, dasselbe geltend machen müsse, worüber die Meinungen verschieden sind. Einige<sup>58)</sup> verlangen, daß der Gläubiger noch innerhalb der bestimmten Frist die Bezahlung der Schuld erlange, indem nach deren Ablauf das Lehen nicht mehr dafür hafte; dagegen bemerkt jedoch Weber<sup>59)</sup> sehr richtig, man könne dem Gläubiger nicht zumuthen, binnen der bestimmten Frist die Schuld beizutreiben, was bei der Langwierigkeit der Prozesse schon thunlich sei; doch geht auch er<sup>60)</sup> auf der anderen Seite zu weit, wenn er es für genügend zu dem obigen Zwecke hält, daß nur vor Ablauf der bestimmten Jahre dem Schuldner die Aufkündigung geschehe, und im Falle nicht erfolgter Zahlung derselbe verklagt werde; selbst der von J. H. Böhm<sup>61)</sup> hinzugefügte Vorbehalt, daß den Gläubiger kein Verzug in der Betreibung der Sache treffen dürfe<sup>62)</sup>, reicht noch nicht aus; das eigentlich entscheidende Moment gibt vielmehr Puffendorf<sup>63)</sup> in den Worten: *solutionem ex feudo petierit, consequi autem non poterit*, an; der Gläubiger muß also, um die fortdauernde Wirksamkeit seines Pfandrechtes bei dem Ablaufe der den Verpfändungsconsens beschränkenden Frist zu erhalten, eine die Geltendmachung dieses Pfandrechtes bezweckende Klage anstellen, also entweder die hypothekarische Klage, oder die mit dem eventuellen Antrage auf den Verkauf des verpfändeten Lehens zu seiner Befriedigung verbundene ~~Grund~~ Klage. Wäre jedoch ein solcher Verpfändungsconsens nicht in Beziehung auf das Lehen im allgemeinen, also auf die Substanz desselben, sondern nur auf die Lehensfrüchte, ertheilt worden, so hat diese objectiv Beschränkung des Consenses zur nothwendigen Folge, daß sofort mit dem einfachen Ablaufe der bestimmten Zeit das Pfandrecht seine Wirksamkeit verliere, indem die erst nachher fällig werdenden Früchte gar nicht mit unter demselben begriffen sind.

Zur wirksamen Pfandbestellung an einem Lehen wird stets eine ausdrückliche Verpfändung desselben vorausgesetzt<sup>64)</sup>, und es sind daher unter einer generellen Hypothek auf das gesammte Vermögen des Schuldners dessen Lehen für mitbegriffen nicht zu halten<sup>65)</sup>; doch wird angenommen, daß eine solche auf die zum Allod gehörigen Lehensfrüchte

58) Dolliner a. a. D. §. 269. Gmeiner a. a. D. B. III, §. 415.

59) X. a. D. Th. IV, §. 269, S. 412 flg.

60) In Uebereinstimmung mit G. L. Böhm, princ. §. 269., und Struben, rechtl. Bed. Th. II, Bed. 96 (B. I, S. 177 der Spangensb. Ausg.).

61) De hypotheca feudali expressa cap. 2. §. 8.; in exerc. T. III. p. 923.

62) Was auch Struben anbeutet.

63) Observ. T. IV. obs. 262.

64) Eichhorn a. a. D. §. 230.

65) Arg. II. F. 26. §. 17. II. F. 51. pr. Böhm, Rechtsfälle B. II, Th. II, Resp. 151, S. 485. Pütz, Eichhorn, Mayr und Phillips a. a. D.

auszudehnen sei<sup>66)</sup>, welche Voraussetzung wesentlich verschieden von der oben bestrittenen ist, daß die an sich unerlaubte Verpfändung des Lehens doch wirksam in Beziehung auf die Lehensfrüchte sei, was Mayr<sup>67)</sup> wenigstens nach dem Gerichtsgebrauche anzunehmen scheint. Wie überhaupt die Grundsätze von der Lehensverpfändung<sup>68)</sup> sich in der besonderen Anwendung auf die Lehensfrüchte gestalten, wird durch Aufzählung der einzelnen hierher gehörigen, theilweise oben bereits vorgekommenen, Fälle darzulegen nicht ohne Interesse sein: 1) ist das Lehen allein, ohne der Früchte desselben zu gedenken, verpfändet, so sind diese zwar für mitbegriffen unter der Verpfändung zu halten, doch wird, wenn eine solche Verpfändung überhaupt, als zu den gesetzlich verbotenen gehörig, der rechtlichen Wirksamkeit entbehrt, hiervon auch die auf bloßer Folgerung beruhende Verpfändung der Früchte betroffen; 2) ist das gesammte Allodialvermögen, ohne des Lehens oder dessen Früchte zu gedenken, (giltig) verpfändet, so erstreckt sich die Verpfändung dennoch mit auf die Lehensfrüchte, insoweit dieselben allodialer Natur sind; 3) wurden mit dem Lehen zugleich die Lehensfrüchte verpfändet, so hat die etwaige Ungiltigkeit oder Unwirksamkeit der Verpfändung in Beziehung auf jenes keinen Einfluß auf den Rechtsbestand derselben in Beziehung auf die Früchte; 4) wurden die Lehensfrüchte allein verpfändet, so kommt nicht nur dieser Pfandbestellung eine selbstständige Wirksamkeit zu, da das ius fructuarium des Vasallen an sich allodialer Natur ist, sondern es kann damit selbst die Einräumung des Lehensbesitzes an den Gläubiger zur eigenen Beziehung der Früchte verbunden werden; 5) fand eine Verpfändung der Lehensfrüchte sowohl an die Feudal- als an die Allodialgläubiger statt, so entscheidet über den Vorzug der einen vor den andern lediglich die Zeit der Pfandbestellung, sofern nicht die ersteren von ihrer Befugniß, eine Sonderung der Lehens vom dem Allodialvermögen zum Zwecke ihrer vorzüglichen Befriedigung aus jenem zu verlangen (oben S. 490) Gebrauch machen<sup>69)</sup>. Ob unter dieser Voraussetzung 6) auch in dem Falle, wo die Allodialgläubiger mit einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Pfandrechte auf die Früchte versehen sind, die Feudalgläubiger aber nicht, diesen dennoch in Folge der Sonderung des Lehens vom Erbe ein Vorzug vor jenen in Beziehung auf die Lehensfrüchte zuzugestehen sei, ist bestritten, und wird namentlich von Weber<sup>70)</sup> verneint, von Steinacker<sup>71)</sup> hingegen bejaht. 7) Das den Allodialgläubigern an den Lehensfrüchten constituirte Pfandrecht hat keinenfalls die Wirkung, solche Gläubiger, denen das Lehen selbst verpfändet worden, an der Distraction desselben, wodurch jenes Pfandrecht von selbst unwirk-

66) Mayr a. a. D. §. 126 a. G.

67) X. a. D. S. 301.

68) Steinacker, loca sel. cap. VI. §. 1.

69) Steinacker l. c. p. 31.

70) X. a. D. Th. IV, §. 322, S. 623, in Uebereinstimmung mit Hellfeld, opusc. nr. 28. §. 22.

71) l. c.

sam wird, zu verhindern<sup>72)</sup>. 8) Gesetzliche oder stillschweigende Pfandrechte ergreifen zwar in der Regel nicht das Lehen selbst, wohl aber unterliegen denselben die zum Allodium gehörigen Lehensfrüchte<sup>73)</sup>. Das endlich 9) der Fall, wo in Folge des Gesetzes oder der Observanz die Früchte des Lehens für Lehenschulden haften, nicht hierher gehören<sup>74)</sup>, oder, wie Eichhorn<sup>75)</sup> sich bestimmter ausdrückt, eine wesentliche Verschiedenheit zwischen der Befugniß, sich wegen Lehenschulden an die Früchte des Lehens zu halten, weil gegen den Besitzer als solchen geklagt werden kann, oder weil der Schuldner, an dessen Vermögen man eine ausdrückliche oder stillschweigende Generalhypothek hat, das Lehen besitzt, und einer Verpfändung der Lehensfrüchte, obwalte, ergibt sich aus dem bisher Gesagten, in Vergleichung mit den unter dem Art. Lehenschulden vorgetragenen Grundsätzen (S. 488 fig.), von selbst. Hierbei ist jedoch einer Controvers noch Erwähnung zu thun, deren richtige Entscheidung, wenn gleich von keinem vorzüglichem practischen Interesse, doch zu einer klaren Auffassung der hier eintretenden Verhältnisse wesentlich beiträgt; der Frage nämlich, ob die Eigenschaft einer Lehenschuld an sich dazu hinreiche, ein stillschweigendes Pfandrecht an dem Lehen beziehungsweise den Lehensfrüchten zu begründen, welche Frage von einigen älteren Schriftstellern bejaht, von Steinacker<sup>76)</sup> verneint wird; der von diesem für die geaentheilige Meinung citirte Weber<sup>77)</sup> sagt an einer anderen Stelle<sup>78)</sup> ausdrücklich nur: die eigentlichen Lehenschulden hätten einige Aehnlichkeit mit den stillschweigenden Hypotheken, was auch wohl nicht in Abrede zu stellen ist.

Die von Weber<sup>79)</sup> im allgemeinen bejahte Frage: ob die Lehenshypothek sich auch auf die Zinsen, wenn gleich deren nicht ausdrücklich Meldung gesehen ist, erstreckt, wird nur mit Unterscheidungen zu beantworten sein. Dem verpfändenden Schuldner und seinen Descendenten gegenüber kann es wohl nicht zweifelhaft sein, daß die Verpfändung sich auch mit auf die Zinsen, deren Entrichtung unter der Schuldverbindlichkeit begriffen ist, erstreckt; dem consentirenden Lehensherrscher oder Lehensfolger gegenüber kann dieß jedoch nur, wenn ihnen bei Ertheilung ihrer Einwilligung die Verzinslichkeit der Schuld bekannt war, behauptet werden, indem alsdann jene auf die Hypothekbestellung in ihrem vollen Umfange zu beziehen ist<sup>80)</sup>.

72) Hellfeld l. c. §. 20.

73) Gmeiner a. a. D. B. III, §. 416, Note \*\*. Weber a. a. D. Th. IV, §. 269. Ortloff a. a. D. S. 366. Vgl. auch Pätz a. a. D. §. 142. Dasselbe gilt von den Meliorationen des Lehens, so weit diese nicht ebenfalls lehenbar sind: Gmeiner a. a. D. §. 417, Note \*.

74) Mayr a. a. D. §. 126, S. 301.

75) X. a. D. §. 230.

76) l. c. cap. §. 2.; in Uebereinstimmung mit Siegel, diss. an hypotheca tacita in feudo debito feudali contrahatur. (Lips. 1736.) §. 11 sq.

77) X. a. D. Th. IV, §. 310, S. 576.

78) X. a. D. §. 269, S. 409.

79) X. a. D. Th. IV, §. 270, S. 421.

80) Vgl. oben S. 492.

Die oben erwähnte Eigenschaft des Lehenspfandes, als eines seiner Beständigkeit nach allodialen Rechtes, hat zu mancherlei Fragen Veranlassung gegeben, wovon jedoch nur die beiden: wie die Vererbung desselben geschehe und ob solches ohne lehensherrliche Einwilligung von dem Pfandgläubiger an einen Anderen cedirt werden könne? vorzugsweise hier zu beantworten sind. Das Lehenspfand ist bloß accessorischer Natur in Beziehung auf die Forderung, welche dadurch gesichert werden soll; diese Forderung gehört zu dem Allodialvermögen des Gläubigers, und auch auf sie sind demnach die von der Disposition über letzteres im allgemeinen geltenden Grundsätze anwendbar; der nämlichen rechtlichen Beurtheilung aber unterliegt das Pfand, welches derselben zum Sicherungsmittel dient, und es ist als etwas bloß Zufälliges zu betrachten, daß der Gegenstand dieses Sicherungsmittels ein Lehen ist, indem dadurch keinerlei lehenrechtliches Verhältniß zwischen dem Gläubiger und den Lehenspersonen als solchen begründet wird, worin eben das Lehenspfand sich von dem Pfandlehen unterscheidet, welches den Gläubiger in eine vasallitische Abhängigkeit von seinem Schuldner setzt. Demzufolge geschieht 1) die Vererbung des Lehenspfandes zugleich mit der Forderung, zu deren Sicherung dasselbe dient, völlig nach den Regeln der Erbfolge des Civilrechtes<sup>81)</sup>, daher auch an lehensunfähige Personen, namentlich Frauen, wofür J. H. Böhm<sup>82)</sup>, selbst in der Anwendung auf eine antichretische Verpfändung, ein Gutachten der hällischen Juristenfacultät mittheilt; 2) dem Pfandgläubiger steht die Abtretung des Lehenspfandes an einen Anderen ohne die lehensherrliche Einwilligung, wenn gleich diese zur Verpfändung des Lehens erteilt, und dadurch erst derselben Rechtsbestand verliehen worden ist, frei<sup>83)</sup>, indem dadurch in den Befugnissen beziehungsweise Verbindlichkeiten des Lehensherrn in Ansehung der von ihm confectirten Verpfändung durchaus nichts geändert wird, ohnehin der Gläubiger es gar nicht ist, sondern der Schuldner<sup>84)</sup>, welchem der lehensherrliche Consens zur Verpfändung erteilt wurde.

Die Frage endlich, ob und inwiefern die durch Confusion extinguierte Lehenshypothek wieder auflebe, welche von J. G. Bauer<sup>85)</sup> in einer eigenen Abhandlung erörtert worden, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen.

81) Páq a. a. D. §. 143. Schmalz a. a. D. §. 644. Mayr a. a. D. §. 126, S. 300.

82) Consultationes T. I. P. II. resp. 105.

83) Páq und Schmalz a. a. D. Weber, a. a. D. Th. IV, §. 271; vorzüglich G. L. Böhm, in obs. iur. feud. nr. 13. Ein bestätigendes Facultätsurtheil bei J. H. Böhm l. c. resp. 106. — Eichhorn, a. a. D. §. 230, Note n, und Mayr, a. a. D. §. 126, S. 301, bezeichnen das Erforderniß des lehensherrlichen Consenses ausdrücklich als nur particularrechtlich.

84) Arg. L. 160. D. de R. J. (oben S. 577.)

85) An et qua ratione hypotheca feudalís confusione extincta reviviscat, in Zepernick, anal. T. I. p. 175. Ein Auszug derselben bei Weber a. a. D. Th. IV, §. 270, S. 427 fig.



**Lebensverwandlung** <sup>1)</sup>. Nicht sämmtliche unter den oben (S. 431) vorgetragenen allgemeinen Grundsätzen des Lehenrechtes erwähnten Arten der Beendigung des Lebensverhältnisses sind mit einer Lebensverwandlung im weiteren oder engeren Sinne verbunden, oder mit anderen Worten: nicht alle haben die Folge, daß der Lebensgegenstand aus dem bisherigen Verhältnisse des getheilten Eigenthums, wie es die lehenbare Eigenschaft desselben mit sich brachte, in das des vollen Eigenthums als Allodium gänzlich und bleibend übergeht; aber wo auch eine Lebensverwandlung in diesem allgemeineren Sinne eintritt, sind noch die verschiedenen Fälle zu unterscheiden, in welchen dieselbe entweder zwischen den Lehenpersonen unter sich, oder zwischen diesen und anderen, dem Lebensverhältnisse bisher fremd gebliebenen, Personen, stattfindet; nur die Fälle der ersteren Art sind als Lebensverwandlung im engeren und eigentlichen Sinne zu bezeichnen, indem nur bei ihnen der Grund dieser Verwandlung in dem Lebensverhältnisse selbst beruht, wohingegen bei den nicht hierunter begriffenen Fällen ein außer diesem Verhältnisse liegender Rechtsgrund den Uebergang des lehenbaren Eigenthums in das allodiale bewirkt. Eine Lebensverwandlung der letzteren Art, also eine solche im weiteren Sinne, tritt ein, wenn der Lebensgegenstand an einen Dritten mit dem vollen Rechte des Allodialeigenthums auf rechtsverbindliche Weise verkauft<sup>2)</sup>, oder von einem Dritten in gleicher Weise durch Verjährung erworben wird<sup>3)</sup>; jener Fall kam unter dem Art. Lehenverkaufe- rung (S. 590), dieser unter dem Art. Lehenverjährung (S. 615), vor. Der oben angegebene Begriff der Lebensverwandlung im engeren Sinne beschränkt dieselbe auf die Voraussetzungen der Lehenconsolidation und Lehenappropriation, welchen auch die Aufhebung des Lebensverhältnisses durch Verjährung entweder von Seiten des Lehenherrn oder von Seiten des Vasallen mittelst Ausübung der Rechte des freien Eigenthums an dem bisherigen Lebensgegenstande, die Verjährungszeit hindurch, beizuzählen ist. Von diesen beiden Verjährungsarten insbesondre wurde oben (S. 611 u. 613) gehandelt; hiervon abgesehen sind die zwei Hauptgattungen der eigentlichen Lebensverwandlung, Consolidation und Appropriation, mit ihren Unterarten, der Refutation und Allodification, hier speciell zu erörtern.

Die Lebensverwandlung mittelst Consolidation, welche dadurch geschieht, daß der Lehenherr mit seinem Oberlehenhume das bisher

1) Obgleich dieser Ausdruck als technische Bezeichnung gegenwärtig seltener, als ehemals (Born, diss. de transmutatione feudi in allodium. Lips. 1693. Globig, de mutatione feudi in allodium; in observ. nr. 28. Päh a. a. D. §. 180, 188, 189) gebraucht wird, so hat man ihn doch, weil darauf in mehreren früheren Artikeln Bezug genommen worden, hier beibehalten.

2) Päh a. a. D. §. 176. Eichhorn a. a. D. §. 238. Mayr a. a. D. §. 175.

3) Braun, von der Verwandlung des Lehen in Erbe durch die Verjährung; in Sepernick, Abh. Th. I, S. 50. Mayr a. a. D. Phillips a. a. D. B. II, §. 244.

davon getrennte Nuzeligenthum wieder vereintigt<sup>4)</sup>, setzt, außer dem schon remissiv erwähnten Falle der Verjährung, den Eintritt eines Apertur-falles voraus<sup>5)</sup>. Das Lehen wird apert und fällt dem Lehenherrn anheim — feudum ad dominum redit s. revertitur nach dem gesetzlichen Ausdrucke<sup>6)</sup> — wenn das Recht aller derjenigen, welchen ein Lehen mittheilt einer und derselben Investitur constituirt worden, erloschen ist<sup>7)</sup>. Das Eintreten dieses Falles ist nun entweder in der rechtlichen Beschaffenheit des Lehenverhältnisses unmittelbar begründet, oder es ist dasselbe die Folge einer, zwar auf dieß Verhältniß sich beziehenden, jedoch äußerlich hinzukommenden, Handlung der Lehenpersonen unter sich. Die erstere Voraussetzung findet regelmäßig statt bei dem Aussterben der ganzen vasallitischen Familie oder eigentlich der sämmtlichen lehenfolgefähigen Glieder derselben, welchem bei solchen Lehen, an denen die vasallitischen Rechte einer moralischen Person oder Gemeinheit zustehen, die Auflösung derselben gleich geachtet wird<sup>8)</sup>; sodann ausnahmsweise bei einigen besonderen Gattungen der unregelmäßigen Lehen, rücksichtlich derer die Fortdauer und das Erlöschen der Rechte der vasallitischen Familie an dem Lehen von gewissen andern Ereignissen, namentlich dem Ablaufe einer bestimmten Zeit bei den sogen. Tagedehen und Personallehen oder dem erfolgenden Widerruf von Seiten des Lehenherrn bei den sogen. wiedergeblichen Lehen (oben S. 407), abhängig gemacht ist<sup>9)</sup>. Die zweite der obigen Voraussetzungen kann wieder auf eine zweifache Weise eintreten, indem nämlich das Aufheben der vasallitischen Rechte entweder durch den eigenen Willen der Lehenberechtigten, oder gegen ihren Willen erfolgt. Das Letztere findet statt im Falle einer, den Verlust des Lehens für die ganze Vasallenfamilie nach sich ziehenden, Felonie, worüber im allgemeinen der specielle Art. Lehenfehler (oben S. 454 fig.) zu vergleichen, hier aber insbesondre noch anzuführen ist, daß, da der Verlust des Lehens wegen Felonie in der Regel nur eine temporäre Consolidation (wovon das Nähere unten) zur Folge hat, der hier vorausgesetzte Fall nur dann eintritt, wenn etwa zugleich mit dem besitzenden Vasallen die sämmtlichen zur Lehenfolge berechtigten Mitglieder der Familie desselben sich der Felonie schuldig gemacht hätten, oder wenn, außer den Descendenten des delinquirenden Vasallen, keine weiteren Lehenfolger existirten. Die oben (S. 459) berührte, und vorläufig nach der Ansicht Weber's<sup>10)</sup>

4) Der Ausdruck Lehenconsolidation wird auch gleichbedeutend mit Reintegration des Lehens, oder der Wiedervereinigung von dem Lehengegenstande abhanden gekommener Stücke, gebraucht: Häberlin, Repert. Th. III, S. 194.

5) Päh a. a. D. §. 178. Eichhorn a. a. D. §. 239.

6) I. F. 5. pr. I. F. 6. §. 2. I. F. 13. §. 2. II. F. 24. §. 11. Auch der Ausdruck: Feudum apertur ist gesetzlich: II. F. 34. §. 4. II. F. 35.

7) Weber a. a. D. Th. IV, §. 362. Inconsequent ist es jedoch, daß derselbe unter dieser Begriffsbestimmung auch die, nicht gegen alle Lehenfolger wirkende, temporäre Consolidation mit aufnimmt.

8) Päh a. a. D. §. 179. Mayr a. a. D. §. 163.

9) Päh und Mayr a. a. D.

10) X. a. D. Th. IV, §. 357, mit Bezugnahme auf Bauer, diss. alt.

beantwortete Frage: ob bei einem als Alllehen verliehenen Neulehen der mit der Felonie des ersten Erwerbers verbundene Lebensverlust auch die als Successionsberechtigten mit aufgenommenen Seitenverwandten treffe, und mithin dadurch, ohne Rücksicht auf diese, das Lehen dem Lehenherrn für beständig heimfalle, hängt lediglich davon ab, inwiefern denselben durch ihre Aufnahme in das Lehenverhältniß nach dem Inhalte des Lebensbriefes ein selbstständiges, von dem Willen des Vasallen unabhängiges, Recht zugestanden beziehungsweise erworben worden sei, worüber bereits nähere Andeutungen oben (S. 487 u. 539) vorkamen. Durch den eigenen Willen der vasallitischen Familie aber erfolgt die Consolidation in den beiden Fällen, wo entweder das vasallitische Recht mit Zustimmung aller Lebensfolgeberechtigten an den Lehenherrn selbst veräußert wurde<sup>11)</sup>, oder das Lehen mittelst Refutation von Seiten der Vasallitischen Familie an denselben abgetreten wurde, welche beiden Fälle sich wesentlich dadurch unterscheiden, daß jenem ein oneroser Contract zum Grunde liegt, dieser aber auf einseitiger Verzichtleistung beruht. Ein solches einseitiges Aufgeben des Lehens oder Lehensauflösung, wodurch der Vasall gegen Hingabe des Lehens sich von der Lehenverbindung löst, steht demselben sowohl in Beziehung auf das ganze Lehen, als auf einen Theil desselben, insonderheit zum Zwecke des Rückfalles desselben an den Lehenherrn<sup>12)</sup>, selbst gegen dessen Willen frei<sup>13)</sup>, wenn solches nur nicht in bösslicher Absicht geschah<sup>14)</sup>, was wenigstens folgerungsweise aus dem Lehensterpe II. F. 38. zu entnehmen ist, nach welchem selbst nach der Refutation dem gewesenen Vasallen die Verpflichtung, sich jeder Verletzung des Lehenherrn zu enthalten<sup>15)</sup>, obliegt, und wofür in der goldenen Bulle<sup>16)</sup> als streng verbotener Fall die Refutation zu dem Zwecke, um sich dadurch zur Wiederaneignung des Lehengutes auf anderem Wege,

de feudo novo atque veteri. (Lips. 1771.) §. 13. Gleicher Meinung ist Manzel, in diss. de eo, quod refert feudum esse vere antiquum vel novum iure antiqui concessum Ed. II. (Rost. 1746.) §. 54 sq.

11) Páß a. a. D. §. 179. Mayr a. a. D. §. 163. Haben nicht sämtliche Agnaten eingewilligt, so ist die Consolidation nur eine temporäre, und auch diese kann durch die Ausübung des den nicht consentirenden zustehenden Vorkaufs- oder Ráherrechts verhindert werden: Bauer, de feudi consolidatione temporaria; in opusc. T. II. nr. 48. §. 18. Böhmer, de impedita feudi consolidatione; in elect. feud. T. II. Ex. 10. §. 29. Eichhorn a. a. D. §. 240.

12) Wovon die beiden Fälle zu unterscheiden sind, wo die Refutation unbestimmt geschah, in welchem Falle die nächsten Lebensfolger eintreten: II. F. 45. §. 1. II. F. 49., oder zwar an den Lehenherrn, aber mit dem Vorbehalt der Wiederbelehnung ex nova gratia: II. F. 14. 49. Welche Wirkung der Refutation des zeitigen Lehenbesizers zu Gunsten seines Sohnes, nachdem dieser ohne Nachkommen verstorben ist, Jenem gegenüber zukomme, kam oben (S. 537) vor.

13) II. F. 38. Páß, Eichhorn und Mayr a. a. D.

14) Pfeffel, de refutatione feudi dolosa; in Zepernick, anal. T. I. obs. 12. Páß a. a. D. Mayr a. a. D. §. 163, Note 7.

15) Dominum offendere non debet.

16) Cap. 14. §. 1.

z. B. dem der Kriegseroberung, in den Stand zu setzen, ausdrücklich angeführt wird. Ohne Grund findet dagegen Scherzer<sup>17)</sup> schon darin eine Ursache, die Annahme der Refutation zu verweigern, wenn der Lehensherr den zur Leistung der Lehensdienste vorzüglich tüchtigen Vasallen nicht gern aus der Verbindlichkeit dazu entlassen will; richtiger ist, allgemeinen Rechtsgrundsätzen zufolge, der Vorbehalt, dessen Weber<sup>18)</sup> hierbei gedenkt, daß nämlich die Refutation nicht unzeitig geschehen dürfe, wie z. B. wenn dem Lehensherrn wegen drohender Gefahr die Dienste des Vasallen am nöthigsten sind. Auch in der angeführten Stelle der goldnen Bulle wird eine intempestive geschehene Resignation pro non facta erklärt. Globig<sup>19)</sup> aber glaubt, daß heutzutage, nach der in der Kriegsführung eingetretenen Veränderung, eine Refutation des Lehens nur vortheilhaft für den Lehensherrn sein könne. Dagegen will Hagemann<sup>20)</sup> dieselbe für ganz unzulässig, wenn sie zum Nachtheile der Gläubiger gereiche, halten. — Noch ist hier die Frage zu berühren, ob auch bei einem prodominus (oben S. 427) — indem entweder dem prodominus das vasallitische Nutzungseigenthum anfällt oder der Vasall zugleich prodominus desselben Lehens wird<sup>21)</sup> — eine Consolidation eintreten könne? Páß<sup>22)</sup> und Weber<sup>23)</sup> verneinen solches, Ersterer mit Anführung des Grundes, weil dazu vorausgesetzt werde, daß dem Consolidirenden das directe Eigenthum am Lehen zustehet, Letzterer mit dem Zusätze, daß das Lehen bei Dem bleibe, dessen Rechte der prodominus ausübe, Beide mit Bezugnahme auf Böhm<sup>24)</sup>, der aber in der einen der angeführten Stellen das Consolidationsrecht dem prodominus ab-, in der anderen zuspricht. Man muß unterscheiden, ob das Nutzungseigenthum an dem Lehen, dessen Oberseigenthum von dem prodominus ausgeübt wird, diesem für seine Person vermöge eigenen Rechtes, oder ob es dem eigentlichen Lehensherrn, dessen Rechte er nur auszuüben hat, anfällt; im letzteren Falle tritt allerdings eine Consolidation, jedoch nur im Interesse des eigentlichen Lehensherrn, ein, im ersteren müssen in der Person des prodominus die lehensherrlichen und vasallitischen Rechte auch ferner als gesondert gedacht werden, so daß nach dem Aufhören dieser seiner Eigenschaft Beides wieder zu selbstständiger Wirksamkeit gelangt.

Die mit der Consolidation regelmäßig verbundene Wirkung der Lehensverwandlung tritt in den meisten Aperturfällen ohne Weiteres mit

17) De domino directo ad recipiendum feudum a vasallo refutato haud indistincte obligato; in Zepornick, anal. T. II. obs. 70.

18) X. a. D. Th. IV, §. 255, S. 351.

19) In obs. 1. p. 6.

20) Landwirthschaftsrecht §. 419, Note 4, mit Bezugnahme auf Eisenhart, pr. de licentia feudum refutandi ob constit. debiti cum feudalis tum allodialis restringenda. Helms. 1789.

21) Weber a. a. D. Th. IV, §. 365. Schmalz a. a. D. §. 733.

22) X. a. D. §. 178.

23) X. a. D. Th. IV, §. 365.

24) De impedita feudi consolidatione etc. §. 7. 10.

dem dieselbe bedingenden Ereignisse (*ipso iure*) ein, und dieß gilt selbst bei der durch Felonie verwickelten Aufhebung aller Rechte der vasallitischen Familie an dem Lehen in dem Hauptfalle derselben, dem der gesetzlich verbotenen Lehensveräußerung (oben S. 586), wohingegen es bei den übrigen Arten des Lehensverlustes wegen Felonie, um ihnen die jene Folge mit sich führende Wirksamkeit zu verleihen, erst eines die Privation aussprechenden richterlichen Erkenntnisses bedarf (oben S. 456). Sind alle Voraussetzungen einer Lehensverwandlung durch Consolidation vorhanden, so geht nun zwar sofort das Nutzungseigenthum, welches bisher der vasallitischen Familie zustand, auf den Lehensherrn über, so daß ihm dadurch das volle Eigenthum an dem Lehensgegenstande (abgesehen von dem Falle einer etwaigen Abhängigkeit desselben von einem Oberlehensherrn: S. 473) ohne eine besondere darauf abzweckende Handlung erworben wird, und alsbald mittelst der vindication geltend gemacht werden kann<sup>25)</sup>; den Besitz des Lehensgegenstandes aber erlangt der Lehensherr erst durch einen wirklichen Act der Ergreifung desselben<sup>26)</sup>. Ob der Lehensherr das solchergestalt in freies Allod verwandelte Lehen wieder in dieser Eigenschaft verleihen will, hängt in der Regel von dessen eigenem Gutfinden ab; ausnahmsweise wird eine Verbindlichkeit dazu durch specielle particularrechtliche oder vertragmäßige Normen begründet<sup>27)</sup>, und hierauf bezieht sich auch die einem Lehensgegenstande eigenthümliche Beschaffenheit als *res in feudari solita* (oben S. 400 u. 407).

Es gibt gewisse Fälle, in denen zwar objectiv die Voraussetzungen einer Consolidation vorhanden sind, gleichwohl davon aus subjectiven Gründen eine eigentliche Lehensverwandlung nicht die Folge ist, vielmehr auch nach dem Aufhören des Nutzungseigenthums an dem Lehen in der Person des seitherigen Vasallen der Gegenstand desselben, im Interesse anderer Personen, fortwährend dem Lehensverhältnisse unterworfen bleibt. Dahin gehören a) alle diejenigen Fälle, in denen der Uebergang des Nutzungseigenthums von der vasallitischen Familie auf den Lehensherrn und dessen Vereinigung mit dem Obereigenthume nur in Beziehung auf einen Theil dieser Familie stattfindet, während den übrigen, zum Lehenbesitze beziehungsweise zur Lehensfolge Berechtigten ihr durch die erste Belehnung *ex pacto et providentia maiorum* erworbenener Anspruch auf jenes Nutzungseigenthum und dessen Geltendmachung auf den Fall der an sie gelangenden Succession vorbehalten bleibt, welches man eine temporäre Consolidation zu nennen pflegt<sup>28)</sup>, obwohl der wahre Charakter dieses Verhältnisses genauer als Uebergang der einstweiligen Ausübung des Nutzungseigenthums an der Stelle der ihres

25) Páß a. a. D. §. 180 a. G. Eichhorn a. a. D. §. 243. Scheinbar abweichend äußert sich Weber a. a. D. Th. IV, §. 364.

26) Páß und Eichhorn a. a. D.

27) Páß a. a. D. §. 180. Weber a. a. D. Th. IV, §. 366. Mayr a. a. D. §. 163.

28) Bauer, de feudi consolidations temporaria; in opusc. T. II. nr. 48. Eichhorn a. a. D. §. 239. Mayr a. a. D. §. 158.

Rechtes darauf verlustig gewordenen Glieder der vasallitischen Familie, so lange diese am Leben sind, bezeichnet wird, was in rechtlicher Hinsicht, namentlich zur Bestimmung des Umfanges der dem Lehensherrn in dieser Zwischenzeit zustehenden Verfügungen über das Lehen, nicht ohne practische Erheblichkeit ist, wie dann insonderheit der auf ein solches Verhältniß gegründete Lehensbesitz selbst der längsten Zeit, nach Eichhorn's<sup>29)</sup> richtiger Bemerkung, für untauglich zur Verjährung des Lehens als freies Allodium von Seiten des Lehensherrn zu halten ist. Die einzelnen Fälle der sogen. temporären Consolidation sind: wenn nur einzelne Glieder der vasallitischen Familie wegen Felonie des Lehens verlustig erklärt wurden<sup>30)</sup>; wenn an einer von dem Lehensbesitzer an den Lehensherrn bewirkten Veräußerung des Lehens oder Resutation nicht sämtliche Glieder der vasallitischen Familie Theil genommen oder dazu eingewilligt haben; wenn der Lehensherr nur dem besitzenden Vasallen gegenüber das volle Eigenthum durch Verjährung erworben hatte<sup>31)</sup>. b) Wenn zwar eine Aufhebung des Nutzungseigenthums für die gesammte vasallitische Familie stattgefunden hat, aber noch andere Personen vorhanden sind, welchen schon für diesen Fall der Eintritt in dasselbe durch Belehnung zugesichert, und darauf sogar ein dingliches Recht durch die ihnen ertheilte Investitur bereits erworben ist, wie namentlich Mitbelehnte und Eventualbelehnte<sup>32)</sup>. Von dergleichen Personen nun kann man, da sie mit der Auflösung des Lehensverhältnisses zwischen der vasallitischen Familie und dem Lehensherrn sofort an die Stelle der ersteren in dasselbe eintreten, ebensowohl sagen, daß der wirkliche Eintritt des Aperturfalles Bedingung der Wirksamkeit ihrer vasallitischen Rechte sei, als daß durch ihr Vorhandensein das Eintreten des Aperturfalles verhindert werde (oben S. 415 fg.). Auch eine für den Lehensherrn verbindliche Subinfeudation (oben S. 594) verhindert eine die Lehensverwandlung mit sich führende Consolidation<sup>33)</sup>. Böhmer<sup>34)</sup> setzt den Grund der Unanwendbarkeit der Consolidation auf den Fall einer vorhandenen Afterbelehnung lediglich in die von beiderseitigen Betheiligten dazu ertheilte Einwilligung, nimmt sie aber, unter dieser Voraussetzung, bei allen Arten der Afterbelehnung (oben S. 408) an. Die Ertheilung einer einfachen Anwartschaft auf das Lehen für den Fall des Abganges der vasallitischen Familie verhindert, als bloß persönliche Rechte verleihend,

29) X. a. D. §. 240, C. 621.

30) Wenn die Felonie von einem Provasallen begangen wurde, so fällt das Lehen nur so lange, bis ein neuer Lehensträger eintritt, an den Lehensherrn zurück: Rayr a. a. D. §. 161.

31) Bauer l. c. §. 12. 13. 18. 21. 27. Weber a. a. D. Th. IV, §. 367.

32) Böhmer, de feudi consolidatione ~~per~~ investituram simultaneam et eventualem impedita; in elect. feud. T. II. R. 11. Weber a. a. D. Th. IV, §. 363. Eichhorn a. a. D. §. 239.

33) Eichhorn a. a. D. Rayr a. a. D. §. 158, Note 3.

34) Pr. de impedita subfeudorum consolidatione. Gött. 1766 (nicht in dessen elect. iur. feud., wie Rayr sagt).

das Eintreten der Consolidation nicht, verpflichtet aber den Lehnsherrn, dem Anwärter das Lehen von Neuem zu verleihen (oben S. 435); man kann also sagen, daß dadurch die Fortdauer der Consolidation verhindert werde<sup>35)</sup>, und so fände hier die Benennung einer temporären Consolidation jedenfalls eine viel passendere Anwendung, als in den obigen damit bezeichneten Fällen.

Die Lebensverwandlung mittelst Appropriation<sup>36)</sup>, welche dadurch geschieht, daß der Vasall mit seinem Nutzungseigenthume das bisher davon getrennte Obereigenthum vereinigt, findet, abgesehen von dem oben (S. 613) bereits abgehandelten Falle der Erwerbung des vollen Eigenthums an dem Lehngegenstande durch Verjährung von Seiten des Vasallen, zwar auch, wie die Consolidation, theils durch den eigenen Willen des Lehnsherrn, theils gegen seinen Willen, statt, ist aber in der Anwendung auf vorkommende Fälle gar sehr von jener Gattung der Lebensverwandlung unterschieden. Namentlich sind diese einzelnen Fälle der Appropriation ihrer Art nach viel beschränkter, als die der Consolidation, indem der Hauptfall dieser letzteren, das Aussterben der vasallitischen Familie, durchaus keine Anwendung leidet auf das Eintreten eines gleichen Ereignisses in der lehnherrlichen Familie, da dieß gar kein mit dem Lehnverhältnisse selbst in unmittelbarem Zusammenhange stehender Vorgang ist, vielmehr die regelmäßig allodiale Qualität der dadurch erledigten Lehnsherrlichkeit, deren Vererbung auf jeden Rechtsnachfolger des letzten Inhabers derselben nach den Grundsätzen der allodialen testamentarischen<sup>37)</sup> oder Intestaterbfolge, und in Ermangelung eines solchen, deren Uebergang auf den Fiscus, als Gegenstand eines erblosen Nachlasses<sup>38)</sup>, zur Folge hat<sup>39)</sup>; der Verlust des Obereigenthums in Folge einer Felonie des Lehnsherrn, und dessen hierdurch bewirkte Vereinigung mit dem Nutzungseigenthume in der Hand des Vasallen aber gewiß unter die nur höchst selten vorkommenden Begebenheiten zu rechnen ist. Dagegen ist eine einzelne Art der Appropriation, die Allodification, meist von einem weit ausgebreiteteren Umfange in örtlicher Beziehung, als irgend eine Art der Consolidation, indem sie ge-

35) Eichhorn a. a. D. §. 239.

36) Schweder, diss. de appropriatione feudum. Tüb. 1724. Hoffmann, diss. de appropriatione feudorum. Tüb. 1751. Letzterer behandelt die Appropriation gänzlich nach den Grundsätzen von der Lebensveräußerung.

37) Schmalz a. a. D. §. 735.

38) Bodon jedoch der Uebergang auf den Regierungsnachfolger bei Staatslehen (Páq a. a. D. §. 187. Eichhorn a. a. D. §. 244. Mayr a. a. D. §. 164) zu unterscheiden ist.

39) Kopp, von dem Heimfalle des Obereigenthums an die Lehenleute; in den Proben des teutsch. Lehnrechtes Th. II, Abh. 2, besonders §. 15. Páq, Eichhorn und Mayr a. a. D. Mehrere ältere Schriftsteller wollten jedoch auch hier eine Appropriation, bei dem Mangel männlicher Nachkommen des Lehnsherrn, eintreten lassen, worüber Boeris, in obs. 28., und Kopp, a. a. D. §. 13, zu vergleichen sind; andere, wie namentlich Hoffmann, in diss. cit. §. 40., wenigstens bei aufgetragenen Lehen eine Ausnahme machen, was jedoch Páq, a. a. D. Note m, für völlig grundlos erklärt.

wöhnlich den ganzen Bezirk einer Lehenscurie, wo nicht sämtliche Lehen eines Landes, umfaßt<sup>40)</sup>. So wie man unter Appropriation im engeren Sinne nur diejenige versteht, welche durch den eigenen Willen des Lehensherrn bewirkt wird, so wird insbesondere mit dem Namen der Allodification im engeren Sinne diejenige Art dieser Appropriation, welche durch Uebereinkunft der beiderseitigen Lehenpersonen zu Stande kommt, bezeichnet, im Gegensatz zu der einseitig von dem Lehensherrn ausgehenden Resutation. In beiden Fällen geschieht die Appropriation dadurch, daß der Lehensherr seinem Obereigenthume an dem Lehen entsagt, und den Vasallen der darin begründeten Verbindlichkeiten gegen ihn entläßt, wogegen er selbst aber auch seiner ihm gegen den Vasallen obliegenden Verpflichtungen entledigt wird; in beiden Fällen kann auch mit dem Ausscheiden des Lehensherrn aus dem Lehenverbande der Vorbehalt einer Gegenleistung von Seiten der vasallitischen Familie, als Aequivalent der vom Lehensherrn aufgegebenen Vortheile, verbunden sein<sup>41)</sup>. Nähere Angaben über die verschiedene Art der Bestimmung eines solchen Aequivalents findet man bei Hoffmann<sup>42)</sup>, und es kann dasselbe insbesondere in einer Summe Geldes bestehen, die als Lehensstamm (oben S. 498) dem bisherigen Lehengute auferlegt wird<sup>43)</sup>, und so gewissermaßen ein Surrogat des hinweggefallenen Obereigenthums bildet. Als eine modifizierte Art der Allodification ist die Verwandlung der Lehen in Erbleihgüter oder Zinslehen zu betrachten<sup>44)</sup>. — Ob auch einseitig durch den Willen des Lehensherrn mittelst der Resutation eine Lehensverwandlung durch Appropriation zulässig sei, ist sehr bestritten; Weber<sup>45)</sup> und Eichhorn<sup>46)</sup> nehmen dieß an; Päß<sup>47)</sup> und Mayr<sup>48)</sup> sind der gegentheiligen Meinung, Letzterer mit Anführung des Grundes, daß die in dem Lehenssteuere II. F. 38. enthaltene Ausnahme von der Rechtsregel nicht ausdehnend interpretirt werden dürfe; Beide mit Beziehung auf Hoffmann<sup>49)</sup>, welcher dabei von dem Grundsätze ausgeht, daß von dem zwischen dem Lehensherrn und Vasallen bestehenden Lehencontracte keiner von beiden Theilen einseitig abgehen, und sich der ihm obliegenden Verbindlichkeit ohne die Zustimmung dessen, gegen welchen er sie zu erfüllen habe, entledigen könne, wovon die Lehensgesetze eine besondere Ausnahme für den Vasallen machten. Allein wenn je eine unmittelbar den

40) Ueber dergleichen allgemeine, im Wege der Gesetzgebung erfolgende Allodificationen ist besonders zu vergleichen: Mayr a. a. D. §. 164 mit Note 14—16.

41) Päß a. a. D. §. 188. Weber a. a. D. Th. IV, §. 369, 370.

42) In diss. cit. §. 25 sq.

43) Eichhorn a. a. D. §. 236. Mayr a. a. D. §. 154.

44) Mayr a. a. D. §. 164, Note 16.

45) X. a. D. Th. IV, §. 368.

46) X. a. D. §. 244, Note b \*). Auch Phillips, a. a. D. B. II, §. 246, scheint dieser Ansicht zu sein, da er ohne Weiteres den Verzicht des Lehensherrn als Grund der Appropriation bezeichnet.

47) X. a. D. §. 188.

48) X. a. D. §. 164.

49) In diss. cit. §. 9., coll. §. 5.



Vasallen betreffende gesetzliche Bestimmung zur analogen Anwendung auf den Lehensherrn unter gleichen Verhältnissen für statthaft zu halten ist, so kann solches hier nicht bezweifelt werden, da es an einem legislatorischen Motive gänzlich fehlt, in dem gedachten Lehenserte eine rein positive Begünstigung des Vasallen zu erblicken, eine Gleichstellung der Rechte beider Lehenpersonen auch sonst als Regel gilt<sup>50)</sup>, und in dem vorliegenden Falle sogar die Auflösung des zwischen den beiderseitigen Lehenpersonen bestehenden Verbindlichkeitsnerus offenbar für den Lehensherrn, welcher durch die Refutation seinen Anspruch auf die ihm von dem Vasallen zu leistenden Lehen- insonderheit Kriegsdienste aufgibt, bei weitem nachtheiliger, als für den Vasallen, ist, welcher dadurch nur aus dem lehensherrlichen Schutze entlassen wird<sup>51)</sup>. Ein specielles practisches Interesse der hier erörterten Streitfrage wird sogleich angeführt werden. Jedenfalls entbehrt die von Hoffmann<sup>52)</sup> und Rau<sup>53)</sup> dabei angenommene Unterscheidung zwischen Binnenlehen und Außenlehen, so wie in Ansehung der letzteren zwischen einer Appropriation aus lucrativem oder onerosem Titel, eines haltbaren Grundes. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß auch die Resignation-von Seiten des Lehensherrn nicht unzeitig, noch in bösslicher Absicht, geschehen dürfe<sup>54)</sup>. — Der in Folge einer den Lehenverlust nach sich ziehenden Felonie des Lehensherrn eintretenden Lehenverwandlung durch Appropriation ward, als eines in der Wirklichkeit nur höchst selten vorkommenden — wenn gleich theoretisch<sup>55)</sup> unbestreitbaren — Falles vorhin schon gedacht. Ist der Lehensherr, welcher die Felonie beging, nur prodominus, so tritt der Vasall nur so lange in die Ausübung der lehensherrlichen Rechte, bis ein anderer Lehensträger an die Stelle von Jenem tritt (oben S. 461). — Ob und inwiefern bei Asterlehen die zwischen dem Oberlehenherrn und dem Astervasallen stattfindende Auflösung der Lehenverbindung eine Appropriation zur Folge habe, ist insbesondere von Hoffmann<sup>56)</sup> näher erörtert worden, doch versteht es sich von selbst, daß von einer solchen nicht die Rede sein könne, so lange noch zwischen einzelnen der dabei vorkommenden Lehenpersonen (oben S. 408) ein Lehenverhältniß bestehen bleibt.

Die rechtliche Wirkung der Appropriation besteht schon ihrem Begriffe nach darin, daß der bisherige Lehengegenstand gänzlich in Auoß umgeschaffen, und jede Lehenverbindung in Beziehung auf denselben völlig aufgehoben werde, zugleich auch der durch das Lehenverhältniß begründete Verbindlichkeitsnerus zwischen den betreffenden Lehenpersonen aufgelöst

50) II. F. 33. §. 4. II. F. 47.

51) Damit stimmt auch Rau, in *diss. de appropriatione feudorum sine consensu successoris in dominium directum nonnunquam invalida*. (Lips. 1787.) §. 2., gegen Hoffmann, überein.

52) In *diss. cit.* §. 18.

53) In *diss. cit.* §. 8.

54) Hoffmann, in *diss. cit.* §. 9 in f.

55) Nach II. F. 26. §. 22. II. F. 47.: oben S. 461.

56) In *diss. cit.* §. 41.

werde<sup>57)</sup>. Diese volle Wirkung der Appropriation tritt jedoch nur alsdann ein, wenn die sämmtlichen dabei theilhabenden Personen ihre Einwilligung zu derselben, und namentlich dazu, daß der bisherige Lehensgegenstand künftig als völlig freies Eigenthum besessen und behandelt werde<sup>58)</sup>, ertheilt haben. Daß zu diesen theilhabenden Personen die Lehensfolger und Mitbelehnten des Vasallen, welchem zunächst die Appropriation zu Theil geworden, gehören, ist ganz unzweifelhaft<sup>59)</sup>; bedenkllicher, ob auch die Agnaten des Lehensherrn dahin zu rechnen seien, was jedoch als Regel, wie insonderheit von Rau<sup>60)</sup> ausführlicher begründet worden, zu verneinen ist, so daß dergleichen Agnaten ein Recht zur Revocation des von dem zeitigen Inhaber der Lehensherrlichkeit allodificirten Lehens überall nicht zusteht<sup>61)</sup>, aus dem sehr einfachen Grunde, weil das lehensherrliche Obereigenthum an und für sich ein allodiales Recht ist, worüber dem Berechtigten eine freie Dispositionsbefugniß zusteht. Nur wenn diesem Obereigenthume ausnahmsweise die lehenbare Eigenschaft zukommt, oder dasselbe durch Familienverträge, wie z. B. durch die demselben beigelegte Fideicommissqualität jener freien Verfügung entzogen ist, folgt hieraus von selbst die Nothwendigkeit einer diesem Verhältnisse entsprechenden Mitwirkung der Agnaten<sup>62)</sup>, wobei jedoch Hoffmann und Rau den ganz richtigen Vorbehalt hinzufügen, daß nicht die Agnaten zugleich Allodialerben des Disponenten, also insonderheit unter Voraussetzung der Lehenbarkeit des Obereigenthums dessen Descendenten, sind. Aber auch den Lehensfolgern und Mitbelehnten des Vasallen, welcher die Allodification des Lehens erlangte, steht keine Befugniß, dieselbe wegen Mangels ihrer dazu ertheilten Einwilligung anzufechten, zu, vielmehr beschränkt sich, obwohl so wenig der Lehensherr, als der besitzende Vasall, über die Jenen selbstständig erworbenen Rechte verfügen kann, der ihnen nach erfolgter Allodification verbleibende Anspruch lediglich darauf, daß der vorhinige Lehensgegenstand, sowohl rücksichtlich der Dispositionsbefugniß des zeitigen Inhabers, als rücksichtlich der Succession jener Mitberechtigten, nach denselben Grundsätzen behandelt werde, wie wenn er noch mit Lehens-eigenschaft behaftet wäre<sup>63)</sup>, so daß also, wie Eichhorn<sup>64)</sup> sich treffend äußert, ein allodificirtes Lehen in Rücksicht der Agnaten alle Eigenschaften eines Lehens behält, so weit sie ohne Dasein eines Obereigenthums denkbar sind, und solchergestalt einem Fideicommiss (Stammgute) ähnlich wird, welches letztere Phillips<sup>65)</sup> so ausdrückt: einem Familienfidei-

57) Weber a. a. D. Th. IV, §. 370. Die speciellen Folgen hiervon in der Anwendung zählt Hoffmann, in diss. cit. §. 42., auf.

58) Páğ a. a. D. §. 188.

59) Hoffmann, in diss. cit. §. 13. Mayr a. a. D. §. 164.

60) In diss. cit. §. 5.

61) Rau l. c. Hoffmann, in diss. cit. §. 18. Páğ a. a. D. §. 188, S. 432.

62) Hoffmann l. c. Rau, in diss. cit. §. 6. 7. Páğ a. a. D.

63) Páğ und Mayr a. a. D.

64) X. a. D.

65) X. a. D. B. II, §. 246.

commis analog zu beurtheilen ist. Der eigentliche Grund, aus welchem die Lehensfolger, ungeachtet ihrer durch das Lehensverhältniß begründeten Rechte, dieselben doch nicht zum Zwecke der Anfechtung der ohne ihre Einwilligung geschenehen Alodification geltend machen können, ist lediglich in der Voraussetzung der dem Lehensherrn freistehenden Resignation auf sein Obereigenthum zu suchen, indem, wenn diese sogar der besitzende Vasall sich gegen seinen Willen gefallen lassen muß, die dem Lehensverhältniße entfernter stehenden Lehensfolger um so weniger eine zwischen jenen beiden Personen vereinbarte Aufhebung der Lehensherrlichkeit anzufechten befugt sind<sup>66</sup>). Nur wenn das alodificirte Lehen ein neues, ein veräußerliches, oder ein Erbsehen war, soll nach Páß und Mayr selbst die Verwandlung in ein unbeschränktes Alod auch ohne Zustimmung der Agnaten erfolgen; dieß möchte jedoch, nach den über diese besonderen Lehensgattungen oben vorgetragenen Grundsätzen, nicht unbedingt für richtig zu halten sein. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß auch durch die unbeschränkteste Verwandlung des Lehens in Alod diejenigen damit verbundenen Rechte, welche auf dem vormaligen Lehengute nicht als Folge der lehenrechtlichen Verbindung, sondern aus einem anderen Grunde haften, keine Aenderung erleiden<sup>67</sup>), und hiernach ist auch die von Schweder<sup>68</sup>) und Hoffmann<sup>69</sup>) ausführlich erörterte Frage, ob ein solches Gut die bisher damit verbundene Steuerfreiheit auch nach der Appropriation behalte, leicht zu beantworten, dahin nämlich, daß eine Aufhebung dieser seitherigen Befreiung als Folge der Lehensverwandlung nur dann stattfinden, wenn dieselbe ihren einzigen Grund in der feudalen Eigenschaft des in Alodium verwandelten Lehengutes hatte. Außer der Steuerfreiheit nennt Weber als sonstige Rechte jener Art auch die, unabhängig von dem Lehensnerus, auf dem Gute haftende Schriftsässigkeit und dessen dinglichen Adel oder die Rittergutseigenschaft.

**Lehensvormundschaft** <sup>1)</sup>. Das Institut der Lehensvormundschaft, unter welcher allgemeinen Bezeichnung auch die Curatel über die einer solchen bedürftenden Lehenpersonen mit begriffen ist, ermangelt jeder positiven Bestimmung durch die longobardischen Lehensgesetze<sup>2)</sup>, und ist demnach in seinen wesentlichsten Bestandtheilen — seiner Anordnung,

66) Als inconsequent erscheint demnach die Bestimmung zu der oben dargelegten Ansicht auch von Seiten derjenigen Rechtsgelehrten, welche dem Lehensherrn die Befugniß zur einseitigen Resignation absprechen.

67) Páß und Weber a. a. D.

68) In diss. cit. cap. III.

69) In diss. cit. §. 48.

1) Schorch, diss. de tutela feudali eiusque differentia ab alodiali. Ed. II. Jen. 1752. Kind, diss. de tutela feudali, inprimis saxonica. Lips. 1790. Schröter, über die Lehensträger und Lehensvormünder (letzteres als Anhang). Leipz. 1801. Thomasius, de requisitis sic dicti tutoris feudalis. Offenb. 1805. Diemer, de tutore feudali. Lips. 1806.

2) Morum feudallium apud Longobardos compilatores de tutela et administratione feudi nihil prodiderunt memoriae: Globig, obs. 9. p. 49.

Dauer und Wirkung — nach den ausschließlic anzuwendenden Grundsätzen des gemeinen Civilrechtes zu beurtheilen<sup>3)</sup>; dieß wenigstens muß als Regel gelten, da eine neuere allgemeine Gewohnheit in Rücksicht der Lehensvormundschaft nicht erweislich ist<sup>4)</sup>; demnach fällt gemeinrechtlich die Vormundschaft über den Vasallen mit der ordentlichen Tutel oder Curatel zusammen<sup>5)</sup>; die Eigenthümlichkeiten des Lebensverhältnisses geben jedoch Veranlassung zu manchen, hier speciell zu erörternden, Fragen, auch ist diese Lehre nicht frei von Controversen unter den Älteren und neueren Schriftstellern. Ueberhaupt aber ist hier nur die Rede von der Vormundschaft über den Vasallen, nicht auch über den Lehensherrn, welche letztere sich lediglich nach allgemeinen Grundsätzen, mit Rücksicht auf den Stand der lehensherrlichen Familie, richtet; in Beziehung hierauf ist es jedoch bemerkenswerth, daß, nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung<sup>6)</sup>, die Investitur bei einem alten Lehen (Lehenserneuerung) auch von einem minderjährigen Lehensherrn erteilt werden kann<sup>7)</sup>, was sodann Namens desselben durch den ihm beigeordneten gewöhnlichen Vormund bewirkt wird<sup>8)</sup>. Die verschiedenen Gründe, aus welchen gemeinrechtlich die Anordnung einer Vormundschaft oder Curatel stattfindet — wegen Minderjährigkeit, Abwesenheit, Gemüthskrankheit oder Verschwendung — finden auch auf die Lebenspersonen Anwendung<sup>9)</sup>; die beiden ersteren Arten der Lehensvormundschaft bedürfen jedoch einer näheren Betrachtung.

Da die Minderjährigkeit eines Lehensfolgers denselben nach gemeinem Lehenrechte nicht lehensunfähig macht<sup>10)</sup>, gleichwohl ein solcher nicht zur persönlichen Erfüllung der ihm als Vasallen obliegenden Verbindlichkeiten, wenigstens nicht aller, im Stande ist<sup>11)</sup>, so liegt es im Interesse der beiderseitigen Lebenspersonen, daß demselben zu diesem Zwecke ein Vormund oder Curator beigeordnet werde, in welcher speciellen Beziehung dieser als Lehensvormund erscheint. Die einem solchen obliegende Ausübung der Rechte des minderjährigen Vasallen gebührt jedoch der Regel nach dem für die übrigen Angelegenheiten des Letzteren auf gewöhnliche Weise bestellten Vormunde, wobei auch dessen eigene Lehensfähigkeit nicht erforderlich ist<sup>12)</sup>. Nur wenn der beträchtliche Umfang oder die

3) Páq a. a. D. §. 94. Mayr a. a. D. §. 137.

4) Eichhorn a. a. D. §. 225, Note b.

5) Mayr a. a. D.

6) II. F. §. pr.

7) Eichhorn a. a. D. §. 217 a. E.

8) Vgl. oben S. 447. Inwiefern der für die minderjährigen Kinder eines verstorbenen Lehensherrn bestellte Lehensvormund dabei mitzuwirken habe, untersucht Schröter a. a. D. §. 25 fig.

9) Schorch, in diss. cit. §. 14. Gmelner a. a. D. B. I, §. 160 fig. Eichhorn a. a. D. §. 225.

10) Mayr a. a. D. §. 60, Note 2.

11) II. F. 26. §. 11. 12.

12) Páq a. a. D. §. 94. Eichhorn a. a. D. §. 225. Mayr a. a. D. §. 137. Hiernach hält Pufendorf, T. I. obs. 201., auch die Mutter, alsATRIX in allodio, zur Lehensvormundschaft, vorzugsweise vor den Agnaten, berechtigt. Eben dieser Ansicht ist Gmelner a. a. D. B. I, §. 164 fig.; dagegen aber Weber a. a. D. Th. IV, §. 104.

Lage der dem Minderjährigen zugehörigen Lehengüter die Verwaltung derselben durch den gewöhnlichen Vormund desselben nicht als zweckmäßig erscheinen läßt, wird dazu ein besonderer Lehensvormund neben jenem bestellt<sup>13)</sup>, dessen Function sich jedoch alsdann auf eine bloße cura bonorum beschränkt<sup>14)</sup>. Gleich der ordentlichen Vormundschaft kann auch die Lehensvormundschaft eine gesetzliche, testamentarische oder dative sein, oder auch auf Vertrag (insonderheit Familienverträgen) beruhen<sup>15)</sup>. Jedemfalls ist auch bei der Lehensvormundschaft die, in den Reichsgesetzen<sup>16)</sup> allgemein vorgeschriebene, obrigkeitliche Bestätigung erforderlich<sup>17)</sup>. Der Lehensherr hat bei dieser Vormundschaft Bestellung nicht mitzuwirken, als insofern ihm zugleich die obervormundschaftliche Gewalt überhaupt<sup>18)</sup> zusteht. Die einem solchen Lehensvormunde obliegenden Verpflichtungen sind ihrer Gattung nach die nämlichen, welche ein Allodialvormund hat<sup>19)</sup>, nur daß sie auf den Lehensgegenstand und das Lehensverhältniß insbesondere sich beziehen, welche objective Verschiedenheit alsdann vorzüglich hervortritt, wenn nach particularrechtlicher Bestimmung oder nach dem Willen derer, von welchen die Vormundschaft Bestellung abhängt<sup>20)</sup>, ein besonderer Lehensvormund<sup>21)</sup> neben dem allodialen ernannt ist. In diesem Falle hat ersterer alle diejenigen Geschäfte ausschließend vorzunehmen, welche zur Wahrnehmung der aus dem Lehensverbande fließenden Rechte und Verbindlich-

13) Páq p. a. D., welcher die Befugniß zu solcher Bestellung auf die Lehenshoheit zurückführt. Mayr a. a. D. §. 137.

14) Böhmer, princ. §. 303. Weber a. a. D. Th. IV, §. 303.

15) Schorch, diss. cit. §. 2 u. 5 sq. Weber a. a. D. Th. IV, §. 305, der jedoch bei der Bestimmung der Person, welcher die gesetzliche Lehensvormundschaft zufällt, dem zur Lehensfolge Nächstberechtigten, nach der Analogie des testaments Rechts, den Vorzug zugestehet, worüber auch Meacken, diss. de praerogativa agnatorum prae cognatis in suscipienda tutela curave quoad allodium et feudum. Lips. 1697., zu vergleichen ist.

16) Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 32, §. 2.

17) Spener, de dativa tutela subvasallorum imperii. (Hal. 1720.) Cap. I. §. 17. Schorch, in diss. cit. §. 16. Ganz richtig bemerkt jedoch Dolliner, a. a. D. §. 307, daß oft die ordentliche Obrigkeit mit dem Lehensherrn die nämliche Person sei.

18) „Staatspolizeigewalt“, wie Páq und Mayr a. a. D. sich ausdrücken, würde die mit diesem Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit versehenen Privaten ausschließen. Richtiger unterscheidet Weber, a. a. D. Th. IV, §. 306, zwischen der Bestellung eines (dativen) Lehensvormundes, welche dem mit der Lehensgerichtsbarkeit versehenen Lehensherrn, und der Bestätigung desselben, welche der obervormundschaftlichen Behörde des Landes, worin das Lehen geteget ist, zukommt. Verschiedene Ansichten älterer Schriftsteller hierüber bei Schröder a. a. D. Anh. §. 11.

19) Schorch, in diss. cit. §. 14.

20) Diesem Falle ähnlich ist der, wo der Mutter als Vormünderin ein Nebenvormund in Beziehung auf die Lehensgeschäfte beigeordnet wird: Conrad, diss. de provasallis. (Vit. 1729.) §. 29. Schröder a. a. D. §. 21.

21) Den das longobardische Lehenrecht nicht kennt: Mayr a. a. D. §. 110, S. 259.

Leiten dienen<sup>22)</sup>, auch in Beziehung auf das Lehengut selbst alles dasjenige zu besorgen, was die Substanz desselben betrifft, wohin namentlich die etwaige Verpfändung oder Veräußerung des Lehengutes oder einzelner Bestandtheile desselben, so wie die Prozeßführung über das Lehengut selbst und dessen Gerechtfame, gehören; doch hat er dabei den Umständen nach gemeinschaftlich mit dem Allodialvormunde, so weit das Interesse desselben mit einschlägt, zu handeln, wogegen umgekehrt der Lehensvormund bei der dem letzteren allein überlassenen Erziehung des minderjährigen Vasallen darauf zu sehen hat, daß die dabei concurrirenden lehenrechtlichen Verhältnisse nicht beeinträchtigt werden; während Alles, was auf die Beziehung der Lehensfrüchte, so wie überhaupt auf die Benutzung des Lehengutes, ohne Nachtheil für die Lehenssubstanz, abzwackt, dem Allodialvormunde allein überlassen bleibt<sup>23)</sup>. Nur für zwei einzelne Gegenstände der Vertretung des minderjährigen Vasallen finden wir eine positive Bestimmung in den Lehensgesetzen — die Leistung des Lehenseides und der persönlichen Lehensdienste. Von beiden sagt II. F. 26. §. 12., daß ein unmündiger Vasall weder selbst noch durch einen Anderen dazu genöthigt werden könne, in Ansehung der Lehensdienste mit dem Zusatz, daß zu deren Leistung für ihn ein Anderer zugelassen werden könne. Diese Stelle hat, besonders in ihrem letzten Satze, zu den verschiedenartigsten Auslegungen Veranlassung gegeben<sup>24)</sup>, doch hat diese Controvers mit dem regelmäßigen Hinwegfallen der persönlichen Kriegsdienstleistung der Vasallen ihr practisches Interesse größtentheils verloren. Rückfichtlich der Lehenserneuerung und damit verbundenen Ableistung des Lehenseides scheinen in den verschiedenen darauf bezüglichen Stellen von einander abweichende Bestimmungen enthalten zu sein. Neben dem schon angeführten, von einem unmündigen Sohne, welchen der verstorbene Vasall zurückerläßt, redenden, Texte, II. F. 26. §. 12., verordnet der unmittelbar vorhergehende Paragraph (II. F. 26. §. 11.), daß, wenn einem Minderjährigen ein Lehen gegeben worden sei, derselbe zur Eidesleistung nicht genöthigt werden könne, bis er zu dem höheren Alter gelangt sei, welches ihn eines dolosen Handelns fähig mache, in II. F. 55. pr. in f. aber wird dem Vasallen, welcher nur das 14. Lebensjahr vollendet hat, die verschuldete Verschümmiß der Lehenserneuerung während Jahr und Tag als Felonie zugerechnet. Man kann jedoch diese Lehenstexte leicht vereinigen, indem man den Ausdruck minor in II. F. 26. §. 11. in einer allgemeinen Bedeutung, nicht gerade von dem minor pubes, versteht, und die maior aetas, in qua doli capax sit, für gleichbedeutend mit dem Alter über 14 Jahren in II. F. 55. nimmt, unter welcher Voraussetzung jene Stelle in der darin aufgestellten Regel mit II. F. 26.

22) Daß er zu diesem Zwecke selbst lebensfähig sein müsse, wie Mayr, a. a. D. §. 138, annimmt, ist wohl als allgemeine Regel nicht zu behaupten.

23) Schröder a. a. D. §. 20. Vög a. a. D. §. 96. Weber a. a. D. Th. IV, §. 307. Eichhorn a. a. D. §. 225. Mayr a. a. D. §. 138. Nähere Bestimmungen hierüber enthalten die kursächsischen Constitutionen und das preussische Landrecht: Dietz, Grundriß §. 82.

24) Worüber hauptsächlich Schröder, a. a. D. §. 19, nachzulesen ist.

§. 12., in der hinzugefügten Ausnahme mit II. F. 55., übereinstimmt<sup>25</sup>). Demnach ist es wohl ganz richtig, mit Eichhorn und Mayr anzunehmen, daß dem Unmündigen die gesetzliche Frist zur Lehenserneuerung und damit verbundene Eidesleistung gar nicht läuft, wohl aber dem zur Mündigkeit gelangten Minderjährigen, welcher die Folge einer hierin begangenen Verschümnis nur im Wege der Restitution von sich abwenden kann; wenn aber der letztgedachte Schriftsteller auch alsdann noch einen Aufschub der wirklichen Eidesleistung bis zu erlangter Großjährigkeit zulassen will, so stimmt dieses so wenig mit allgemeinen Grundsätzen von der Eidesmündigkeit, als von der oben gegebenen Erklärung des zu dolosem Handeln befähigenden Alters, überein. Auch darin kann man wohl den beiden genannten Rechtsgelehrten beistimmen, daß eine Verbindlichkeit des Vormundes eines unmündigen Vasallen, den Ablauf der Lehensfristen durch zeitige Nachsicherung eines Indultes (oben S. 450) zu verhindern, aus dem longobardischen Rechte nicht zu begründen stehe, so wie, daß, wenn der Vormund freiwillig das Lehen für den Unmündigen gemuthet habe, und zum Lehenseide zugelassen worden, gemeinrechtlich<sup>26</sup>) keine weitere Lehenserneuerung nothwendig sei<sup>27</sup>). Die Frage: ob, wenn der Lehensvormund, nachdem von ihm die Belehnung ausgewirkt worden, abgeht, und ein anderer an dessen Stelle tritt, dieser von Neuem um die Belehnung nachsuchen müsse, wird von Schröter<sup>28</sup>) und Weber<sup>29</sup>) mit Recht aus dem Grunde verneint, weil Jener die Belehnung nicht im eigenen, sondern in des Pupillen Namen erlangt habe, gegen Conradi<sup>30</sup>), dessen gegentheilige Meinung auf der von ihm vorausgesetzten Gleichstellung des Lehensvormundes mit einem Lehensträger beruht. — Die Beendigung der Lehensvormundschaft über einen minderjährigen Vasallen erfolgt heutzutage, in Gemäßheit der das Vormundschafswesen in Deutschland überhaupt regelnden Vorschriften der Reichsgesetze, mit dem Eintritte der Volljährigkeit desselben, wie solche nach den Grundsätzen des Civilrechtes bestimmt ist<sup>31</sup>), und vor diesem Zeitpunkte gibt auch die von Jemem früher geschene Leistung des Lehenseides demselben keinen Anspruch auf die eigene Beziehung der Nutzungen des Lehens, wie dieß vormals üblich war<sup>32</sup>). Die früher erlangte Volljährigkeitserklärung, welche bei dem Landesherrn nachgesucht werden muß — ob mit hinzukommender Geneh-

25) Der Unterstellung eines Gegensatzes zwischen Lehen, welche zuerst einem Minderjährigen (Unmündigen) constituirte werden, und welche durch Succession auf ihn übergangen (Eichhorn a. a. D. §. 217, Note a), bedarf es alsdann nicht.

26) Anders z. B. nach dem Gebrauche des Lehenshofes zu Cassel: Leberhose, II. Schriften B. IV, S. 372.

27) Mit dem von der Lehenserneuerung blsher Gesagten stimmt im wesentlichen auch Weber, a. a. D. Th. IV, §. 308, überein. Vgl. auch Schröter a. a. D. §. 12 flg.

28) X. a. D. §. 14.

29) X. a. D.

30) In diss. cit. §. 33.

31) Dolliner a. a. D. §. 309. Weber a. a. D. Th. IV, §. 309.

32) Páq a. a. D. §. 96 a. C. Mayr a. a. D. §. 138.

rnung des auswärtigen Lehensherrn, ist bestritten<sup>33)</sup> — hat in Rücksicht der Verwaltung und Beendigung der Lehensvormundschaft ganz die Wirkungen der gewöhnlichen<sup>34)</sup>. — Dieß sind im allgemeinen die Grundsätze, nach welchen die Lehensvormundschaft über minderjährige Vasallen durchgehends in Teutschland zu beurtheilen ist, wo nicht durch das Herkommen einzelner Lehenshöfe, oder in einzelnen Familien, wie namentlich nicht selten bei denen des hohen Adels, die davon wesentlich abweichende des alteutschen Rechtes, wo nicht in ihrem vollen Umfange, als dem Lehensherrn oder dem nächsten Lehensfolger zuständige tutela fructuaria, doch in gar mancher ihrer Eigenthümlichkeiten, sich in fortdauernder Anwendung erhalten hat. Anstatt einer genaueren Darstellung dieses, jetzt nur particularrechtlichen, Institutes muß hier eine Verweisung auf diejenigen Schriftsteller, bei welchen man eine solche findet<sup>35)</sup>, genügen.

Die Lehre von der Lehenscuratel über einen abwesenden Vasallen<sup>36)</sup> ist bei den meisten Schriftstellern sehr unklar geworden durch den Mangel der Unterscheidung zwischen einfacher Abwesenheit des Vasallen, wodurch derselbe nur zeitweise verhindert ist, die ihm sowohl persönlich, als in Beziehung auf das Lehengut und dessen unversehrte Erhaltung, obliegenden Verbindlichkeiten selbst zu erfüllen, und der Verschollenheit im eigentlichen Sinne, in Folge deren eine völlige Ungewißheit darüber, wo der Abwesende sich aufhält, und wie lange seine Abwesenheit dauern werde, ja sogar ob er noch am Leben sei, eingetreten ist. Nur einige Andeutungen dieser wesentlichen Verschiedenheit findet man hin und wieder in den Vorträgen derselben<sup>37)</sup>; aber es mangelt dabei gänzlich an derjenigen genauen Sonderung jener beiden Gattungen der Curatel über Abwesende, wie solche (ohne specielle Berücksichtigung der Lehenscuratel) von Pfeiffer<sup>38)</sup> ausführlich dargelegt und begründet worden ist, auf welche Ausführung, die auch von mehreren der neueren Schriftsteller ausdrücklich gebilligt worden<sup>39)</sup>, hier nur im allgemeinen verwiesen wird. Darnach tritt, so lange ein abwesender Vasall noch nicht zu den Ver-

33) Dolliner und Weber a. a. D.

34) Eichhorn a. a. D. §. 225.

35) Hauptsächlich Schröder a. a. D., dessen Abhandlung sich zum größtentheile mit dieser Art der Lehensvormundschaft beschäftigt. Sodann Globig, in obs. 9. Weber a. a. D. Th. IV, §. 300. Mayr a. a. D. §. 138.

36) Conradi, de cura feudi absente vasallo successoribus beneficiariis proximis danda; in Zepornick, anal. T. I, obs. 23. Reinhard, diss. de vasallo absente. Viteb. 1782. Böhmmer, Rechtsfälle B. III, Th. I, Resp. 176.

37) So mischt z. B. Mayr, a. a. D. §. 138, S. 326, seiner nur die Curatel über einen verschollenen Vasallen zum Gegenstande habenden Ausführung die Bemerkung mit ein, daß bis jene, den nächsten Lehensfolgern zukommende, Curatel bewirkt werden könne, provisorisch eine gewöhnliche Curatel angeordnet werde. Gleiches gilt von den, sogleich mitzutheilenden, Unterscheidungen, durch welche Eichhorn und Pagemann die hier vorliegende Streitfrage zu erledigen geglaubt haben.

38) Pract. Ausführungen B. II, Abh. 5.

39) Glück, Erläut. der Pand. Th. XXXIII, §. 1397. Mittermaier, teutsch. Privatrecht Th. II, §. 329. Phillips a. a. D. B. II, §. 159.



schollenen im rechtlichen Sinne gezählt werden kann, und gleichwohl die Vermögensverhältnisse desselben, namentlich auch in Beziehung auf dessen Lebensbesitz, der Leitung eines anwesenden Verwalters derselben bedürfen, die gewöhnliche Curatelbestellung nach der Analogie der Vormundschaft über Minderjährige ein, und erst dann, wenn die einfache Abwesenheit durch den gänzlichen Mangel an Nachrichten über des Abwesenden Aufenthalt und Leben den Charakter einer Verschollenheit in jener engeren Bedeutung angenommen hat, kommt es zu der Anwendung der ursprünglich teutschrechtlichen, den präsumtiven Erben des Verschollenen als eigenes, ihnen nicht entziehbares, Recht zustehenden Curatel auf die lehensherrlichen Verhältnisse, in welchen der Verschollene sich zu der Zeit vor dem Eintritte dieser seiner Eigenschaft befand. Dabei nun ergeben sich mancherlei Controversen von practischer Wichtigkeit. Zunächst ist es streitig, wem diese Curatel gebühre, wobei als möglicherweise Berechtigte die nächsten Alodialerben, die präsumtiven Lehensfolger, und der Lehensherr, in Betracht kommen. Den vorzüglichen Anspruch der Lehensfolger hat in der neueren Zeit Weber<sup>40)</sup> ausführlich vertheidigt. Derselben Meinung ist Phillips<sup>41)</sup>; Eichhorn<sup>42)</sup> dagegen will dem nächsten Lehensfolger einen solchen Vorzug in der Regel nicht zugestehen, da die Verwaltung der Nutzungen der Hauptgegenstand der Curatel und daher kein Grund der Abweichung vorhanden sei, wenn von einem Lehen die Rede wäre, welches der Abwesende bereits besitze, wogegen der Fall nach anderen Grundsätzen beurtheilt werden müsse, wenn der Vormund eines Abwesenden für diesen ein anfallendes Lehen muthen und Indult suchen wolle, in welchem Falle das Recht des nächsten Lehensfolgers, dem hier wohl die Lehensfrüchte von Zeit der Erledigung zufallen müssten, wenn der Abwesende für todt erklärt werde, denselben vorzugsweise zur Curatel oder doch zur Mitcuratel berechige. Eichhorn geht hierbei davon aus, daß die Rechte des Lehensfolgers nicht aus den Regeln von der Beerbung eines Verschollenen, sondern nur daraus hergeleitet würden, daß die bloße Vermuthung, der Abwesende lebe noch, zur Succession in das Lehen nicht berechige. Diese letzte Aeußerung ist nicht völlig klar; doch scheint dabei wohl die allgemeine Ansicht Eichhorn's<sup>43)</sup>, welcher eine auf die künftigen Successionsansprüche gegründete Curatel des teutschen Rechtes überhaupt nicht anerkennen will, zum Grunde zu liegen. Nimmt man dagegen eine solche Curatel als wenigstens in der Praxis gegründet an, so muß auch in jenen beiden Fällen den Lehensfolgern, da nur sie einen Successionsanspruch auf das Lehen, seiner Substanz nach, haben, und insonderheit bei einem dem Verschollenen erst während seiner Abwesenheit anfallenden Lehen die ausschließend Berechtigten zu dessen Erwerbung sind, das vorzügliche Recht auf die Curatel zugestanden werden, den Alodialerben aber könnte wegen ihres Anspruches auf diejenigen

40) X. a. D. Th. IV, S. 566 flg.

41) X. a. D. B. II, §. 234.

42) X. a. D. §. 225.

43) X. a. D. §. 327.

Lehensfrüchte, welche bis zu dem Zeitpunkte, wo der Tod des Abwesenden erwiesen sein wird oder die erfolgende Todeserklärung ihre Wirksamkeit äußert, fällig werden, eine darauf bezügliche Theilnahme an der Verwaltung des Lehens eingeräumt werden. Hagemann<sup>44)</sup> will die cura eines abwesenden Vasallen vorzugsweise dem nächsten Lehensfolger einräumen, wenn der Verschollene nach einer auf erwiesene Umstände gegründeten Vermuthung für todt zu achten sei, hingegen den Allobialerben, wenn von der Anordnung der Curatel über einen abwesenden Vasallen die Rede sei, welcher der Vermuthung nach noch lebe, da in diesem Falle nur die gewöhnliche Curatel eines Verschollenen Platz finde, wobei das Interesse der Landerben stärker und überwiegender sei, als das der Lehensfolger, weil die dem Abwesenden gebührenden Lehensfrüchte zu dessen Allobialvermögen gehörten. Soll nun mit dieser gewöhnlichen Curatel die nach allgemeinen Grundsätzen bei einfacher Abwesenheit eintretende gemeint sein, so wäre die geduferte Ansicht im Resultate wohl ganz richtig, nur könnte in diesem Falle nicht von Verschollenheit die Rede sein, und der Anspruch der Allobialerben würde kein anderer sein, als welcher, im Falle es bei der gewöhnlichen Curatelbestellung zur Anwendung der tutela legitima kommt, den nächsten Verwandten des zu Bevormundenden gebührt; für ganz unrichtig ist aber die weitere Bemerkung Hagemann's zu halten, daß bei der Curatel über Verschollene von der begründeten Vermuthung des Todes ausgegangen werde, da sie doch schon bei vorhandener Ungewißheit über das Leben oder den Tod des Abwesenden gerade nur für die Zeit eintritt, bis diese Ungewißheit durch Zurückkunft desselben oder die Nachricht von seinem Tode oder die gefegliche Vermuthung für dessen Tod beendigt wird<sup>45)</sup>. Am richtigsten faßt Mayr<sup>46)</sup> die Sache auf, indem er es für nicht zweifelhaft erklärt, daß die Lehenscuratel eines Abwesenden (nach Beendigung der provisorisch angeordneten gewöhnlichen Curatel) den nächsten Lehensfolgern gebühre, da diese Art der Curatel nach dem teutschen Rechte, analog nach den Grundsätzen über die Erbschaft eines Verschollenen überhaupt, zu beurtheilen sei; womit er sovann die weitere Bemerkung verbindet, daß Jene die Curatel nur unter obrigkeitlichem Auftrage und gegen Caution erhielten<sup>47)</sup>. — Wegen der Ansprüche des Lehensherrn in einem solchen Falle bezieht sich Eichhorn<sup>48)</sup> lediglich auf Hagemann, welcher<sup>49)</sup>, ohne jedoch seine Ansicht, so wenig hier wie bei der obigen allgemeineren Frage, mit einer Entscheidung des Celler Oberappellationsgerichtes zu belegen, dem Lehensherrn auch für den Fall, daß weiter kein Agnat des Verschollenen vorhanden ist, einen rechtlichen Anspruch auf jene Curatel (im letzteren Sinne) völlig abspricht, indem das Heimfalls-

44) Practische Erörterungen B. VII, Nr. 111. Vgl. auch B. VIII, Abth. I, Nr. 39.

45) Pfeiffer a. a. D. S. 237 fig., 240.

46) A. a. D. §. 138, S. 325.

47) Vgl. auch Böhymer a. a. D. S. 5.

48) A. a. D. §. 225 Note g.

49) A. a. D. S. 334.

recht sich nicht auf die Lehensfolge und Succession, sondern auf das Aperturrecht des Lehensherrn, gründe, eine anticipirte Lehensapertur aber den Lehensrechten unbekannt sei; doch gesteht er dem Lehensherrn eine Coadministration solcher auf dem Heimfalle stehender Lehensgüter zu, welche nur dessen Interesse in Erhaltung der Lehenssubstanz und was davon dependire, beziele. Von einer eigentlichen Curatel des Lehensherrn kann nun allerdings zwar in einem solchen Falle nicht die Rede sein, demselben wird jedoch, im Falle kein Lehensfolger mehr vorhanden ist, und das Lehen also, wenn der Verschollene nicht mehr lebte, so wie wenn er demnächst für todt erklärt wird, dem Lehensherrn heimfallen würde, ein Recht, die Abtretung des Lehens (zum Zwecke der einstweiligen Verwaltung) nicht zu versagen sein. Bei dem Oberappellationsgerichte zu Cassel wurde in einem daselbst zur Entscheidung gekommenen Rechtsfalle erkannt, daß dem Lehensherrn in einem solchen Falle zur Sicherung seiner durch den Heimfall begründeten Ansprüche, namentlich auch den in die Beziehung der Lehenseinkünfte eingewiesenen Gläubigern des Abwesenden gegenüber, jedes rechtlich zulässige Mittel — Antrag auf vorläufige Sequestration und hiernächst auf Todeserklärung — zustehet<sup>50</sup>). — Wem, nachdem der Abwesende für todt erklärt worden, die bis dahin fällig gewordenen Lehensfrüchte gebühren, ob dem Lehensfolger oder dem Allodialerben (man kann auch hinzufügen: oder dem Lehensherrn), erklärt Weber mit Recht für abhängig von der Beantwortung der gemeinrechtlichen Streitfrage, ob alsdann eine successio ex nunc oder ex tunc<sup>51</sup>) stattfinde; er selbst erkennt dieselben, eine successio ex nunc annehmend, den Allodialerben zu, wobei es jedoch wieder ein verschiedenes Resultat in der Anwendung gewährt, je nachdem man die successio ex nunc auf das Datum der Todeserklärung, oder auf den Zeitpunkt, von welchem an der Tod als eingetreten gesetzlich angenommen wird, bezieht. P ä g<sup>52</sup>) erkennt, ohne alle Unterscheidung, den Allodialerben die während der Abwesenheit des Vasallen erhobenen Lehensfrüchte zu; Conradi<sup>53</sup>) aber, den er als bestimmend anführt, redet nur von den, antequam absens vel mortuus sit, vel 70 annis maior fiat, percipirten Früchten. Am genauesten bestimmt Mayr, welcher sich im allgemeinen für die successio ex nunc erklärt<sup>54</sup>), das in Ansehung der nach dem Eintritte der Verschollenheit des Vasallen fällig gewordenen Lehensfrüchte zwischen den mehreren Betheiligten obwaltende Rechtsverhältniß dahin, daß die bis zu der, erst mit dem wahren oder präsumtiven Tode des abwesenden Vasallen eintretenden, wirklichen Lehensfolge gezogenen Früchte, als zum Allodialvermögen gehörig<sup>55</sup>), den Allodialerben von dem Lehenscurator zu resti-

50) Pfeiffer, pract. Ausf. B. IV, S. 407 flg.

51) Ebendas. S. 368 flg. Vgl. auch dieses Werk Bd. V, S. 787.

52) X. a. D. §. 169, Note p. Vgl. oben S. 509.

53) In diss. cit. §. 13.

54) X. a. D. Note 21.

55) Ein dieses aussprechendes Erkenntniß der Justizkanzlei zu Gelle theilt Sagemann, a. a. D. B. VIII, Abth. 1, Nr. 39, mit.

tituten seien und derselbe sich mit ihnen darüber zu berechnen habe<sup>56)</sup>, die nach jenem Zeitpunkte, mit welchem die Trennung des Lehens vom Allod angenommen werde<sup>57)</sup>, fällig gewordenen Früchte hingegen dem Lehensfolger gehörten. — Die Verbindlichkeiten des für einen abwesenden Vasallen bestellten Curators sind im allgemeinen die der in dem vorkommenden Falle nach dem Obigen anwendbaren Art der Curatel entsprechenden. Ob dazu auch die Verpflichtung, im Falle einer etwa erforderlichen Lehenserneuerung (wie namentlich bei einem Herrnfalle: oben S. 444), um ein Indult nachzusuchen, begriffen sei, wird von Weber<sup>58)</sup> und Mayr<sup>59)</sup> einfach bejaht, von Hagemann<sup>60)</sup> aber genau unterschieden zwischen einem bloßen Indultgesuche und dem wirklichen Acte der Lehenserneuerung und damit verbundener Leistung des Lehenseides, und zu diesem Acte ein solcher Curator für nicht befähigt erklärt, indem sich hierin seine Function, die als bloße Realcuratel auf die Vermögensverwaltung beschränkt sei, wesentlich von der eines gewöhnlichen Vormundes oder Curators des Vasallen unterscheide, als welcher zugleich dessen Person verrete, und daher auch die demselben persönlich obliegenden Verbindlichkeiten, wie namentlich die Lehenserneuerung, zu besorgen habe. — Mehrere einzelne Wirkungen, welche die Abwesenheit des Vasallen nach sich zieht, zählt Weber<sup>61)</sup> unter 10 Nummern auf. *z. B.* Pfeiffer.

**Leibrentencontract** (*contractus vitalitius, contrat de rente viagère*)<sup>1)</sup>. Neben dem Leibgedinge und dem Rentenkaufe steht als eigenthümliches Institut des teutschen Rechtes der Leibrentenvertrag da,

56) Diesem Gegenstande ist eine besondere Abhandlung gewidmet, deren Titel schon auf manche von den hier vorgetragenen Grundfragen abweichende Meinung schließen läßt, von Ullheimer, de agnato dominove vasalli absentis curatore, atque ad reddendas hereditibus allodialibus rationes minime obligato. Bamb. 1778.

57) Weber a. a. D. S. 375, mit Bezugnahme auf Reinhard, in diss. cit.

58) X. a. D. Th. IV, S. 574.

59) X. a. D. §. 138, S. 326.

60) X. a. D. B. VII, Nr. 112.

61) X. a. D. S. 574 flg., mit Bezugnahme auf Reinhard, in diss. cit.

1) Literatur: Imm. Weber, de contr. vitalitio, quo alimenta ad dies vitae comparantur. Giess. 1706. rec. Francof. ad Viadr. 1750. Abr. Kästner, de contr. vitalitio. Lips. 1744. Seyberth, de reditu annuo praes. vitali, tontina ac fisciis viduarum. Gott. 1767. Lud. Prosp. van Damme, de contr. reditus vitalitii sec. ius hodiernum. Gand. 1825. Landeloos, de reditu vitalit. Lovan. 1826. — Einzelne Fragen dieser Lehre sind behandelt in: Biener, de contr. vitalitio sola conventiono perfecto et utrinque obligatorio. Lips. 1822. (Interpretat. et Resp. c. X.) Waldeck, über die Cäsionsklage gegen aleatorische Verträge, namentlich gegen Leibrenten- und Verpflegungscontracte, in den contro. Entscheid. des Obergerichtes zu Wolfenbüttel (Braunsch. 1827), Th. 1, S. 268. Ist es ein wesentliches Erforderniß eines Leibrentencontractes, daß mehr als landübliche Zinsen als Leibrente stipulirt werden? in Rath's Monatschr. Th. 1, S. 233. — Quellen: Preuß. Landr. Th. I, Tit. 11, §. 606—650. Oesterreich. Gesetzb. §. 1284—1286. Code civil art. 1968—1983.

in welchem die teutschrechtliche Bedeutung der Zinsen als durch ein Capital erkaufte Gefälle sich erhalten hat. Hervorgegangen aus den mit Klöstern geschlossenen Stipulationen<sup>2)</sup>, unterscheidet er sich von dem ihm am meisten verwandten Rentenkaufe dadurch, daß er weder ein ius in re begründet, noch die Renten auf die Erben des Käufers übergehen, noch eine Heimzahlung des Rentencapitals dabei stattfindet; mit dem Leibgebirge hat er zwar die Beziehung auf ein bestimmtes Menschenleben gemein, allein schon das ihm zu Grunde liegende Princip: Leibgut schwindet Hauptgut, unterscheidet beide Verträge wesentlich<sup>3)</sup>. Noch weit weniger reichen gewisse Analogieen mit dem Kaufe und dem Darlehen hin, ihn diesen Contracten anzureihen<sup>4)</sup>, und er wird daher den aleatorischen Verträgen beigezählt. Sein Wesen besteht in dem Versprechen einer gewissen jährlichen, auf die Dauer eines bestimmten Menschenlebens zu entrichtenden Rente gegen Empfang einer bestimmten Summe Geldes oder zu Geld angeschlagener Sachen. Im Näheren ist hierüber zu bemerken: 1) Was den Gegenstand der Leistung von der einen Seite, die Rente, anlangt, so hängt die Größe derselben lediglich von dem Uebereinkommen der Parteien ab<sup>5)</sup>; ihre Bestimmung erfolgt aber mit Rücksicht auf die muthmaßliche Dauer des Menschenlebens, zu welchem sie in Beziehung steht; es ist daher nicht nothwendig, obwohl gewöhnlich, daß der sonst übliche Zinsfuß dabei überschritten wird<sup>6)</sup>. 2) Der von der anderen Seite zu leistende Gegenstand ist, wenn er nicht in baarem Gelde besteht, jedenfalls nach solchem anzuschlagen<sup>7)</sup>. 3) Obschon die nächstliegende Art dieses Contractes die ist, daß die Rente demjenigen zufällt, welcher das Capital dafür gibt, und daß die Dauer derselben an seine Lebensdauer geknüpft ist, so gestatten doch die Gesetze in beiderlei Hinsicht eine Erweiterung: sie lassen zu, daß diese Rente von der Lebensdauer eines Dritten oder auch von der des anderen Contrahenten (des Verkäufers) abhängig gemacht werde<sup>8)</sup>, und sie lassen ferner zu, daß sie zum Vortheil eines Dritten bestellt werde<sup>9)</sup>. Ebenso ist gestattet, nicht das Leben einer, sondern das mehrerer Personen zum Maßstabe der Dauer der Rente

2) S. Weber l. c. p. 11 sq.

3) Phillips, teutsch. Privatr. I. S. 410.

4) Mittermaier, teutsch. Privatr. II. S. 682.

5) Preuß. Landr. §. 610. Code civil art. 1976.

6) Die entgegengesetzte Meinung Eichhorn's widerlegt Phillips a. a. D. S. 511 sq., Anm. 6 u. 7. Vgl. Bornemann, preuß. Civilt. 2. Aufl., Bd. 3, S. 248—256.

7) Preuß. Landr. §. 607, 608. Oesterreich. Gesetzb. §. 1284. Der Code civil art. 1968 verlangt wenigstens une chose mobilière appréciable, läßt aber daneben auch un immeuble zu. — Die rechtliche Begründung bei Bornemann a. a. D. S. 247. — Die nach art. 1969 des Code civ. zulässige Bestellung einer Leibrente à titre gratuit, durch Schenkung unter Lebenden oder Testament, gehört nicht in den Bereich des Leibrentenvertrages im teutschrechtlichen Sinne.

8) Preuß. Landr. §. 614. Oesterreich. Gesetzb. §. 1285. Der Code civil art. 1971. scheint das letztere auszuschließen.

9) Preuß. Landr. §. 612. Code civil art. 1973.

zu nehmen<sup>10)</sup>. 4) Dieses Leben selbst, das eine nothwendige Voraussetzung des Contractes bildet<sup>11)</sup>, ist zugleich Bedingung seiner Dauer, und das Recht auf die Rente erlischt mit diesem Leben, so kurz auch dessen Dauer gewesen sein mag, dergestalt, daß eine Rückzahlung in keiner Weise stattfindet<sup>12)</sup>. 5) Hiermit in Verbindung steht das Princip: Leibgut schwindet Hauptgut, wonach nicht nur durch die Entrichtung der Rente jede Rückzahlung des Capitals ausgeschlossen wird, sondern auch im Falle unterlassener Entrichtung, dafern nichts anderes bedungen ist, eine Wiederaufhebung des Vertrages nicht stattfinden darf<sup>13)</sup>. 6) Weder den Gläubigern noch den Kindern des Rentenkäufers steht das Recht zu, den Vertrag umzustößen<sup>14)</sup>; die ersteren können die Renten als Mittel der Befriedigung in Anspruch nehmen, und umgekehrt wird, wenn der Rentenzahler in Concurſ fällt, dem Rentenberechtigten der Bezug der Rente sicher gestellt<sup>15)</sup>. 7) Durch Bestellung besonderer Sicherheit in einer Hypothek kann dem Vertrage oft eine dingliche Grundlage gegeben werden<sup>16)</sup>, ebenso, wie der Vertrag unter Beifügung einer Resolutivebedingung geschlossen werden kann. Wird der Vertrag wegen ursprünglicher Nichtigkeit aufgehoben, so muß der Rentenempfänger die über die landesüblichen Zinsen bezogenen Renten zurückerzahlen.

Erweiterungen des Leibrentenvertrages sind die Tontinen, so benannt nach ihrem Erfinder Lorenz Conti. Hier sind Renten für Mehrere bei einem Dritten stipulirt, ohne daß jedoch die Rentenempfänger gegenseitig Erben zu sein brauchen: die Leibrente wird stets an die noch Lebenden unter den zur Tontine associirten Rentenkäufern gezahlt. Noch zusammengesetzter ist das Rechtsverhältniß der Versorgungsanstalten (Lebensversicherungsanstalten u. s. w.), wo die Fonds zum Verlaufe der Leibrenten durch Beiträge der Mitglieder zusammengebracht werden. Hier finden mannigfache, auf Vertrag beruhende Modificationen statt, je nachdem die Theilnehmer selbst, oder ihre Wittwen und Waisen daraus percipiren sollen, oder je nachdem von einem bestimmten Ereignisse (z. B.

10) Preuß. Landr. §. 617. Code civil art. 1972.

11) Der Code civil spricht in art. 1974 diese Voraussetzung ausdrücklich aus und geht in art. 1975 noch weiter, indem er auch den Contract für nichtig erklärt, durch welchen die Rente auf die Lebenszeit einer Person versprochen ist, die von der Krankheit befallen war, an welcher sie innerhalb 20 Tagen nach Eingehung des Contractes gestorben ist. Hierbei wird freilich noch zweifelhaft bleiben, ob die Contrahenten auch Kenntniß davon gehabt haben müssen. S. van Damme l. c. p. 10.

12) Particularrechtlich finden hiervon Ausnahmen statt, wenn der Verkäufer den Tod der betreffenden Person vorsätzlich veranlaßt hat, oder, dafern seine eigene Lebensdauer maßgebend war, durch Selbstmord oder Todesstrafe sein Leben verliert. Preuß. Landr. §. 621 flg.

13) Der Code civil disponirt dies ausdrücklich in art. 1978. Das preuß. Landr. §. 617 gestattet einen solchen Widerruf nach dreijähriger mora.

14) Oesterr. Gesetzb. §. 1285. Particularrechtliche Ausnahmen im preuß. Landr. §. 637 flg.

15) Phillips, deutsch. Privatr. I. S. 512.

16) Phillips a. a. D. — Bgl. Code civil art. 1977.

der Verheurathung einer Person) die Zahlung einer bestimmten Summe abhängig gemacht wird<sup>17)</sup>).

Leihe, Leihcontract, Gebrauchsdarlehen<sup>1)</sup> liegt in allen Fällen vor, wo Jemandem eine ihm nicht eigenthümlich zugehörige Sache zu einem, in Rücksicht auf Zeit, Zweck oder Art bestimmten Gebrauche unentgeltlich übergeben wird, unter der Bedingung, daß nach dem Gebrauche die Sache in Natur und unverdorben zurückgegeben werde. Der Darleiher heißt in der heutigen Kunstsprache Commodant; der Empfänger Commodatar. Im Edicte eines älteren Prätors, des Pacuvius, war der Vertrag mit den Worten *utendum dare* bezeichnet worden<sup>2)</sup>; im *Edictum perpetuum* war dafür der Ausdruck *commodare* gebraucht<sup>3)</sup>. Einen wesentlichen Unterschied zwischen beiden Ausdrücken haben die classischen Juristen nie anerkannt; denn, wenn auch Labeo der Ansicht war, daß das *utendum dare* auf bewegliche und unbewegliche Sachen gehe, das *commodare* aber sich nur auf die ersteren beschränke, so ist er doch mit dieser Bemerkung nicht durchgedrungen, vielmehr bezeugt Ulpian im *Edictcommentar*, daß der zuletzt genannte Ausdruck auch auf Grundstücke bezogen wird, ja von Divianus sogar auf Servituten ausgedehnt worden ist<sup>4)</sup>. Von der Edictstelle sind in den Justinianischen Pandekten nur folgende Worte enthalten: *Ait praetor: quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo*<sup>5)</sup>. Weggeschnitten sind hier die Formeln, welche vom Standpunkte der Pandektencompilatoren aus unnütz erscheinen mußten. Dieser Formeln gab es aber nach dem Zeugnisse des Cajus zwei, eine in *ius concepta*, und eine *actio in factum*<sup>6)</sup>; beides waren offenbar directe Klagen, welche gegen den Commodatar zustanden; daneben war wohl im Edicte noch ein *contrarium iudicium* aufgestellt, womit der Commodatar den Darleiher zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zwingen konnte. An

17) Vgl. Litrov, über Lebensversicherungen und Versorganstalten. Wien 1832. Ders., Anleit. zur Berechnung der Lebensrenten und Wittwenpensionen. Wien 1829.

1) Die ältere Literatur ist ausführlich verzeichnet von Schmidt, das *Commodatum* und *Precarium* (Leipzig 1841. 8.), S. 2 fig. Außer diesem Werke gehört von der neueren Literatur hauptsächlich hierher von Glück, Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld Bb. 13, S. 426—474, und Unterholzner, quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen Bb. 2, S. 553—560. Das oben angeführte Werk von Schmidt ist wenig mehr, als eine Compilation, die das Bessere aus der Unterholzner'schen Schrift stillschweigend entlehnt hat.

2) L. 1. §. 1. D. *commodati vel contra*. (13. 6.)

3) L. 1. pr. D. *ibid*.

4) L. 1. §. 1. D. *ibid*. Eine weitere Spur dieser Ansicht findet sich in L. 17. pr. D. *de praescriptis verbis et in factum actionibus*. (19. 5.)

5) L. 1. pr. D. *ibid*.

6) Caius, *inst. IV. §. 47*. Eine Spur dieser *in factum actio* enthält L. 3. §. 1. D. *ibidem*, in den Worten: *non videbitur reddita*. Dies ist nämlich eine Anspielung auf die formula *in factum concepta*, wo die Worte *eamque — redditam non esse* vorkamen.

diese Stellen des prätorischen Edictes schließt sich die Begriffsentwicklung des Commodats an, so wie sie die Pandektenjuristen in ihren Edictcommentaren versucht haben. Die Erfordernisse des Begriffes sind im einzelnen folgende: 1) Der Vertrag muß mit der Einräumung einer Sache verknüpft sein. Dies folgt aus der Natur der Realverträge, zu denen das Commodat Zweifelsohne gehört<sup>7)</sup>. Demnach kann es nicht als Commodat gelten, wenn man Jemand einfach bei sich wohnen läßt u. s. w. 2) Die Sache darf dem Commodatar zur Zeit, wo der Vertrag geschlossen wird, nicht eigenthümlich zugehören<sup>8)</sup>. Eine Folge der Regel: *commodatum rei suae consistere non potest*, die wahrscheinlich auf ein allgemeines Princip des römischen Obligationenrechtes zurückgeführt werden muß, da sie auch bei dem Kaufe, bei der Miete, bei dem Precarium, bei dem Depositum und dem Pfandvertrage hervortritt<sup>9)</sup>. Darnach fällt, im Falle Jemand seine eigene Sache zum Gebrauche empfängt, die Commodatsklage von selbst fort; das nämliche wird aber unbedenklich auch für den Fall gelten müssen, wenn er das Eigenthum der commodirten Sache erst hinterher erhält, obgleich die römischen Rechtsquellen diesen Fall nicht weiter berühren. 3) Die Sache darf ihrer Beschaffenheit nach nicht der Natur des Vertrages widersprechen. Ein solcher Widerspruch wird angenommen bei allen Sachen, die keinen Gebrauch ohne Verbrauch gestatten (*res, quae usu consumuntur*); doch können auch diese Gegenstand des Commodats werden, wenn sie nur des Prunkes halber geliehen werden oder bei Zahlungen nur zum Scheine figuriren sollen<sup>10)</sup>. Sonst werden in den römischen Rechtsquellen als die gewöhnlichsten Gegenstände des Leihvertrages genannt Sklaven, Thiere, Kleidungsstücke, Geräthschaften und Bücher; doch ist auch an Grundstücken nach der in den Justinianischen Pandekten angenommenen Ansicht ein Commodat möglich, sogar an der *habitatio*, worunter hier wohl das unentgeltliche Wohnungsrecht in einem fremden Hause zu verstehen ist<sup>11)</sup>; ob auch an anderen Rechten, ist unter den neueren Rechtsgelehrten streitig<sup>12)</sup>. An Realservituten kann wohl schon deshalb kein Commodat bestehen, weil an ihnen ein neuer *usus* schon nach dem Grundsatz: *servitus servitutis non est* nicht bestellt werden kann; eben so wenig an Forderungs- und Pfandrechten, weil diese ihrem eigensten Wesen nach durch die Ausübung verloren gehen, also zur Restitution in *natura* sich nicht eignen; das nämliche scheint auch von der *superficies*

7) §. 2. J. quibus modis re. (3. 15.)

8) L. 15. D. depositi. (16. 3.)

9) L. 15. D. 16. 3. L. 45. D. 50. 17.

10) L. 3. §. 6. L. 4. D. *ibid.* Durchaus verwerflich ist die Ansicht, daß dies von allen *res fungibiles* gleichmäßig gelte (so noch Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 18, S. 458). Vor der Verwechslung beider Begriffe warnt schon der Artikel dieses Werkes: *abusus* Bd. I, S. 1.

11) L. 1. §. 1. D. 18. 6. L. 17. *pr. D. de praescriptis verbis.* (19. 5.)

12) Gute Bemerkungen gibt hier Schmidt a. a. D. §. 7, S. 117—135.



und *emphyteusis* gelten zu müssen, weil beide Verhältnisse, wenn sie auch gewöhnlich in die Sachenrechte eingestellt werden, doch ihrem innersten Wesen nach obligatorischer Natur sind. Man hat zwar gegen die hier angenommene Meinung geltend gemacht, daß auch an dinglichen Servituten ein *Precarium* denkbar sei, allein das beruht auf einer irrigen Auslegung von Gesetzstellen<sup>13)</sup>, welche nur von der in der Form des *Precarium* vorkommenden Bestellung von Servituten sprechen, nicht aber von der *precarioreisen* Uebertragung bereits bestellter Servituten an Dritte, welche nicht im *Servitutnerus* begriffen sind. — An Sachen, welche dem Darleiher nicht eigenthümlich zugehören, hat die Annahme eines *Commodats* weiter kein Bedenken<sup>14)</sup>, selbst dann nicht, wenn sie gestohlen sind oder sonst vom Commodanten im bösen Glauben besessen werden<sup>15)</sup>.

4) Der Gebrauch der Sache muß entweder seiner Art und Weise nach oder wenigstens rücksichtlich der Zeit genauer bestimmt sein<sup>16)</sup>. Im allgemeinen hängt eine solche Gebrauchsbestimmung lediglich von der Willenserklärung des Commodanten ab<sup>17)</sup>. Damit hängt es zusammen, daß der Commodatar bei anderweitigem Gebrauche nach römischen Ansichten einen *Gebrauchsdiebstahl* begeht; allein dieß wiederum nur dann, wenn er den Umständen nach nicht annehmen konnte, daß der Gebrauch, den er von der Sache macht, von dem Commodanten, wenn er davon unterrichtet worden, nicht gestattet worden wäre<sup>18)</sup>. Endlich bestimmt sich auch die *Ersatzpflicht* des Commodatars bei dem Verluste der Sache nur nach dem Umstande, ob er davon den vorschriftsmäßigen Gebrauch gemacht hat oder nicht<sup>19)</sup>. Die einmal von Seiten des Commodanten abgegebene Willenserklärung ist für ihn durchaus unwiderruflich<sup>20)</sup>. Hiernach kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß diese Erklärung nicht bloß mit ausdrücklichen Worten, sondern auch stillschweigend geschehen, d. h. aus *concludenten* Handlungen gefolgert werden kann. Nicht bloß, daß die Rechtsquellen diesen Fall berücksichtigen<sup>21)</sup>, so liegt auch in der Mehrzahl von Fällen, wo ein *Precarium* nicht angenommen werden kann, ein solches stillschweigendes *Commodatum* vor, und dann wird für die Art des Gebrauches theils der *Anschaffungszweck* der Sache, theils die *specielle* Gebrauchsweise des Commodanten maßgebend sein; manches auch aus dem, vom Commodatar angegebenen *Gebrauchszwecke* gefolgert werden können. Demnach wird

13) L. 2. §. 3. L. 3. L. 15. §. 2. D. de precario. (43. 26.) Vgl. dazu Schmidt a. a. D. S. 131 fg.

14) L. 15. D. 13. 6.

15) L. 16. D. ibid.

16) Entscheidend ist hier L. 5. §. 7 u. 8. D. ibid. und L. 17. §. 2. D. ibid.

17) L. 17. §. 2. D. ibid.

18) L. 76. pr. D. 47. 2. §. 7. J. de obligationibus, quae ex delicto. (4. 1.)

19) Theoph., paraphr. inst. III. 15. §. 2.

20) L. 17. §. 2. D. 13. 6.

21) L. 26. D. praescriptis verbis. (19. 5.) Theophilus l. c.

es nicht gut möglich sein, das Zusammentreffen eines *Procarium* und *Commodats* an Einer und derselben Sache für möglich zu halten; selbst dann nicht, wenn die *Contrahenten* das fragliche Geschäft mit beiden Ausdrücken bezeichnet haben sollten<sup>22</sup>). 5) Für die *Gebrauchsgestattung* darf keine *Gegenleistung*, am wenigsten eine in *Geld* verabredet werden<sup>23</sup>). Sonst nämlich würde das Geschäft entweder in den *Miethvertrag* übergehen oder in das Gebiet der unbenannten *Contracte* hinüberspielen. In dieser Rücksicht finden wir die *Rechtsregel* aufgestellt: *commodatum est gratuitum*<sup>24</sup>). 6) Der *Commodant* muß den *juristischen Besitz* der Sache haben. Die *Nothwendigkeit* dieses Erfordernisses ergibt sich theils aus der früheren *Auffassung* des *Besitzes* als der nicht eingeschränkten *Nutzung*, theils aus den *Quellenzeugnissen*, welche dieses *Requisit* hauptsächlich bei der *Verleihung* fremder *Sachen* hervorheben<sup>25</sup>). 7) Es muß die *Rückgabe* der Sache in *Natur* bei dem *Abschlusse* des *Vertrages* beabsichtigt sein. *Theophilus* leitet dieses Erforderniß aus der *Natur* des *Vertrages* ab<sup>26</sup>) und hebt es hauptsächlich im *Gegensatze* zum *Darlehn* hervor; darauf geht das: *eamque rem redditam non esse*, was nach *Analogie* des *Depositum* in der *in factum actio* gestanden zu haben scheint, welche das *prätorische Edict* für den vorliegenden *Vertrag* vermittelt hat; ferner bezeugen die *Pandektenjuristen*, daß eine *Rückgabe* der *individuellen Sache* da nicht *angenommen* werden kann, wo die *geliehene Sache* in *schlechtem Zustande* retrahirt wird<sup>27</sup>).

Der *Grundgedanke*, von dem die *römischen Juristen* bei dem *Commodat* ausgehen, ist, daß es dem *guten Willen* des *Commodanten* seinen *Ursprung* verdankt; also ihm auch das *Recht* gibt, die *Art* und *Weise* des *Gebrauches*, *ingeleichen* die *übrigen Modalitäten* des *Geschäftes* von *Anfang* an *beliebig* zu *bestimmen* —, daß es aber durch seine *Entstehung* eine *gegenseitige Obligation* wirkt, welche für den *Commodanten* die *Verpflichtung* enthält, nicht *einseitig* von der *einmal getroffenen Bestimmung* zum *Nachtheile* des *Commodatars* abzugehen<sup>28</sup>). Freilich kann es wohl *vorkommen*, daß das *Geschäft* auch zum *alleini-*

22) Gegen *Kritz* ist dies sehr *eintuchtend* nachgewiesen worden von *Schmidt a. a. D. S. 157—181.*

23) *L. 5. §. 12. D. 13. 6. §. 2. J. quibus modis re (3. 15.) ibique Theophilus.*

24) *§. 2. J. ibid.*

25) *L. 15. D. 13. 6.: commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus (Paulus libro 29. ad Edictum). L. 16. D. ibid.*

26) *l. c. III. 15. §. 2.*

27) *L. 3. §. 1. D. 13. 6. Vgl. L. 2. pr. D. de rebus creditis. (12. 1.) Vgl. Unterholzner a. a. D. Th. II, S. 554.*

28) Am *klarsten* ist diese *Idee* entwickelt von *Paulus* in *L. 17. §. 3. D. ibid.* Am *Ende* der *Stelle* wird das *commodare* geradezu als *beneficium* bezeichnet. In *ähnlicher* *Beziehung* heißt es bei *Ulpian* in *L. 5. §. 2. D. ibid.: commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur.*

gen Vortheile des Commodanten<sup>29)</sup>, oder zum gemeinschaftlichen beider Contrahenten abgeschlossen wird<sup>30)</sup>; das erste, z. B. wenn der Bräutigam seiner Braut etwas leiht; das zweite, wenn etwas zur Bewirthung eines gemeinschaftlichen Freundes hergegeben wird. Allein das ändert an der Grundanschauung des ganzen Verhältnisses nichts, sondern äußert nur auf den Grad der Verpflichtung des Commodatars Einfluß, wovon unten weiter die Rede sein wird. Sonst wird das Geschäft zu den *bonae fidei iudicia* gezählt<sup>31)</sup>, woraus sich dann auch die prozeßualischen Grundsätze über die daraus entstehenden Klagen ergeben; ferner wird hervorgehoben, daß an den Commodatar nicht der juristische Besitz, sondern lediglich die Detention übergeht<sup>32)</sup>; auch bezeugt, daß das Verhältniß zur Eingehung von Correalobligationen benutzt werden kann, hauptsächlich passiver, indem Eine Sache von Einem zweien so dargeliehen wird, daß beide, und zwar Jeder in *solidum* dafür einstehen müssen<sup>33)</sup>. Von Nebenverträgen wird noch erwähnt 1) der Vertrag, daß der Commodatar das ganze *periculum* tragen, also jeden, auch den zufälligen Schaden ersetzen solle<sup>34)</sup>. 2) Die Hinzufügung einer Taxe für die hingeliehene Sache<sup>35)</sup>.

Die Verpflichtungen, welche sich aus dem Commodat ergeben, hängen sämmtlich mit der Grundanschauung des Geschäftes und mit der Behandlung desselben als *bonae fidei negotium* zusammen und haben das mit einander gemein, daß sie von beiden Seiten gleichmäßig auf die Erben *actio* und *passio* übergehen. Zur Erfüllung dieser gegenseitigen Verbindlichkeiten dienen nämlich die im prätorischen Edicte aufgestellten Formeln, von welchen zwei direct sind, also dem Commodanten gegen den Commodatar zustehen; eine aber als *contrarium iudicium*) erscheint, die dem Commodatar gegen den Commodanten zukommt, auch ohne vorherige Anstellung der directen Contractsklage stattfindet<sup>36)</sup>, aber keineswegs das Retentionsrecht ausschließt, was der Commodatar, wenn er direct belangt wird, in dieser Klage auf dem Wege der Einrede geltend machen kann<sup>37)</sup>. Die Verpflichtungen des Commodatars sind im einzelnen folgende: 1) Er darf die Sache nicht anders, auch nicht zu anderen Zwecken gebrauchen, als der Darleiher ihm gestattet; sonst hat er jedenfalls den Schaden zu ersetzen<sup>38)</sup>, und, im Falle er den Umständen nach vermuthen mußte, daß jener, hätte er darum gewußt,

29) L. 5. §. 10. D. *ibid.*

30) L. 18. pr. D. *ibid.*

31) §. 28. J. *de actionibus.* (4. 6.)

32) L. 8. D. 13. 6. L. 3. §. 20. D. *de adquirenda possessione.* (41. 2.)  
L. 20. D. *ibidem.* Vgl. Schmidt a. a. D. S. 165 flg.

33) L. 5. §. 25. D. 13. 6. L. 9. pr. D. *de duobus reis constitutendis.* (45. 2.)

34) L. 1 C. *de commodato.* (4. 23.)

35) L. 5. §. 3. D. 13. 6.

36) L. 17. §. 1. D. 13. 6.

37) L. 15. §. 1. L. 59. D. *de furtis.* (47. 2.) L. 18. §. 4. D. 13. 6

38) L. 5. §. 7 u. 8. D. 13. 6. Vgl. Schmidt a. a. D. S. 161—168

diesen anderweitigen Gebrauch nicht zugegeben haben würde, unterliegt er auch den Diebstahlsklagen<sup>39)</sup>. Ordnungsmäßiger Gebrauch der Sache schließt die Schädentlage aus<sup>40)</sup>. 2) Er muß die Sache nach beendigtem Gebrauche an den Commodatar in Natur und mit allem Zubehör zurückgeben. In Natur, weil bei der Eingehung des Geschäftes das Eigenthum der Sache nicht an den Empfänger übertragen wird; wenigstens macht Theophilus diesen Grund ausdrücklich geltend<sup>41)</sup>. Hiernach versteht es sich, daß, wenn auch die verleihe Sache gleich von Anfang tapirt worden ist, doch nach der allgemeinen Grundlage des Contractes diese Schädigung nur subsidiarisch Platz greift. Mit allem Zubehör, d. h. mit allen Früchten und Accessionen, die dem Commodatar nicht gebühren<sup>42)</sup>. Selbst der Gewinn, welchen der Empfänger durch die ihm nicht gestattete Sachvermietung gezogen hat, muß herausgegeben werden<sup>43)</sup>. Ob dies auch von Strafgebern gelte, welche aus den, dem Commodatar rücksichtlich der Sache zuständigen Pönalklagen erwachsen, war im vorjustinianischen Rechte streitig, und selbst Papinian entschied die Sache dahin, daß der Gewinn der Strafe nicht dem Eigenthümer gebühre, sondern dem Commodatar, weil er für die Gefahr der Sache stehen muß, sie also dem Eigenthümer hätte ersetzen müssen, wäre der Dieb nicht entdeckt worden<sup>44)</sup>. Rücksichtlich der Fruchterstattung bringt es die Natur der Sache mit sich, daß man zwischen dem Falle unterscheidet, wenn der Gebrauch der Sache ohne Fruchtziehung möglich ist, und dem, wo dies stattfindet. In jenem muß der Commodatar jedenfalls über die gezogenen Früchte Rechnung ablegen und sie restituiren; in diesem gehört von den Früchten so viel dem Commodatar, als der Gebrauch der Sache nach der Intention der Contrahenten involvirte; allein der Uberschuß wird auch hier behandelt, wie im vorigen Falle; außerdem muß aber die Restitution der Sache selbst in dem fruchttragenden Zustande erfolgen, in welchem sie ausgethan ward. Uebrigens wird die Rückgabe des Zubehörs ganz nach den nämlichen Grundsätzen, wie die der Hauptsache beurtheilt<sup>45)</sup>. An genaueren Vorschriften über die Art und Zeit der Rückgabe findet sich in den römischen Rechtsquellen Folgendes vor: a) die Sache soll in dem Zustande zurückgegeben werden, wie sie der Commodatar empfangen hatte; wegen Verschlechterungen hat dieser jedenfalls das Interesse zu vergüten. Dieser letzte Theil der Verpflichtung ist so wesentlich, daß, falls die Vergütung unterlassen wird, nicht einmal die bereits geschehene Rückgabe juristisch für geschehen erachtet

39) §. 6 u. 7. J. 4. 1. L. 76. pr. D. 47. 2. L. 5. §. 8. D. 13. 6.

40) L. 10. pr. D. 13. 6.

41) Theoph., paraphr. inst. III. 15. §. 2.

42) L. 5. §. 9. D. 13. 6. L. 14. §. 15. D. 47. 2. L. 88. §. 10. D. de usuris. (22. 1.)

43) L. 13. §. 1. D. 13. 6. Vgl. Glück a. a. D. Th. 13, S. 462 ff.

44) L. 22. §. 8. C. de furtis et servo corrupto. (6. 2.)

45) L. 5. §. 9. D. 13. 6. L. 14. §. 15. D. 47. 2.

wird<sup>46)</sup>. Jedenfalls kann aber aus der bloßen Rücknahme der Sache von Seiten des Commodanten, selbst dann, wenn er von der Deterioration unterrichtet war, kein Verzicht auf Schadloshaltung wegen des Interesses gefolgert werden<sup>47)</sup>. b) Die Rückgabe soll unverzüglich erfolgen. Sie kann also unter keinerlei Vorwand aufgehalten werden, z. B. nicht wegen einer Schuld, die mit dem Commodat in keiner Verbindung steht<sup>48)</sup>; ferner nicht unter dem Vorgeben, daß das Eigenthum der Sache nicht dem Verleiher, sondern Dritten zusteht, welche der Contract nichts angeht<sup>49)</sup>. Natürlich fällt aber die Verpflichtung zur sofortigen Uebergabe fort wegen connexer Gegenforderungen des Commodatars an den Commodanten, namentlich, wenn er wegen seiner Auslagen auf die geliehene Sache an dieser ein Retentionsrecht ausübt<sup>50)</sup>, oder der ihm gestattete, ordnungsmäßige Gebrauch der Sache vor Ablauf einer bestimmten Zeitfrist nicht denkbar ist<sup>51)</sup>. Rücksichtlich des Zeitpunktes, wenn die Sache zurückgegeben werden soll, entscheidet zunächst wohl die Willenserklärung des Darleihers, und zwar allein die anfängliche, wenn die Verleihung auf eine bestimmte Zeitfrist zugesagt ist<sup>52)</sup>. Daß indeß ausnahmsweise die Sache auch vor Ablauf der zugesagten Zeitfrist, wenn der Commodant der Sache selbst benötigt ist, zurückverlangt werden kann, hat an sich wohl kein Bedenken<sup>53)</sup>; freilich darf man sich hier nicht auf die Analogie der Miete berufen, wenn dieß auch von manchen Rechtsgelehrten geschieht<sup>54)</sup>. 3) Der Commodatar ist verpflichtet zur Anwendung der höchstmöglichen Sorgfalt für die Erhaltung und Aufbewahrung der Sache<sup>55)</sup>. Weil nämlich der Contract regelmäßig nur zum Vortheile des Empfängers gerecht, haftet er nicht bloß für dolus, wie der Depositär, sondern auch für culpa und diligentia; wenigstens nach der Ansicht des Quintus Mucius Scaevola, welche siegreich in die Justinianischen Pandekten übergegangen ist<sup>56)</sup>. Demnach ist er nicht bloß wegen positiver Beschädigung

46) L. 3. §. 1. D. 13. 6.: si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi, quod interest, praestetur; proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur (Ulpianus lib. 28. ad Edictum).

47) Vgl. Glück a. a. D. Th. 13, §. 460.

48) L. 4. C. 4. 24. Die Verbesserung des Guiacius statt commodati zu lesen commendati (wo dann die Stelle auf das Depositum gehen würde) ist schon der Titelüberschrift nach unzulässig.

49) L. 15 u. 16. D. ibid.

50) L. 15. §. 2. D. de furtis. (47. 2.) L. 59. D. ibid. Vgl. L. 18. §. 4. D. 13. 6.

51) L. 17. §. 3. D. ibid.

52) L. 17. §. 3. D. ibid. Vgl. L. 5. pr.

53) So Unterholzner a. a. D. Th. 2, §. 555.

54) L. 3. C. de locato. (4. 65.) Vgl. Glück a. a. D. Th. 13, §. 447.

55) L. 1. §. 4. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.) L. 3. D. de periculo et commodo rei venditae. (18. 6.) L. 5. §. 2. u. 15. D. 13. 6. L. 18. pr. D. ibid. Pauli sent. rec. II. 4. §. 3. §. 2. J. 3. 15.

56) L. 5. §. 2. D. 13. 6.

der Sache zum Schadenersatz verpflichtet, wozu er dann nöthigenfalls auch mit der Aquilischen Klage angehalten werden kann, sondern er haftet auch, wenn er bei eintretender Gefahr Eigenes rettet, und das Fremde zu Grunde gehen läßt<sup>57)</sup>; wenn die geliehene Sache durch unerlaubten Gebrauch zu Schaden gekommen ist, gesetzt auch, daß übrigs kein Grund der Zurechnung vorliegt<sup>58)</sup>, oder in Folge eines bösslichen Verzuges; endlich auch, wenn bei der Auswahl der Boten etwas versehen worden, welche beim Holenlassen oder Zurückschicken der Sache gebraucht werden und diese in ihren Händen zu Schaden kommt<sup>59)</sup>. Was von der Hauptsache gilt, wird auch auf die Nebensachen ausgedehnt; daher der Commodatar gleichmäßig für dolus, culpa levis und diligentia auch bei Accessionen und Früchten<sup>60)</sup> haftet; weshalb er auch, falls diese ihm aus seinem Gewahrsam entwendet werden, ihretwegen die Diebstahlsklage eben so gut brauchen kann, wie bei der Hauptsache selbst<sup>61)</sup>. Für den zufälligen Schaden — für das sogen. periculum — haftet der Commodatar in der Regel gar nicht<sup>62)</sup>, außer wenn er auch dieses ausdrücklich<sup>63)</sup> oder stillschweigend übernommen hat, was schon durch die Genehmigung einer von Anfang an hinzugefügten Taxe geschieht<sup>64)</sup>, oder aber im Falle des sogen. casus mixtus, d. h. in solchen Fällen, wo der zufällige Schaden nicht eingetreten sein würde, wäre nicht von Seiten des Empfängers eine culpa vorausgegangen<sup>65)</sup>. Im prozessualischen Verhältnisse gestaltet sich die Sache einfach so: der Beklagte wird condemnirt, allen, der Sache zugestossenen Schaden zu ersetzen, er wollte und könnte denn erweisen, daß er alle mögliche Sorgfalt auf die Sache gewendet und gleichwohl den Schaden nicht habe abwenden können — oder, was auf das Nämlche hinausläuft, wofern er nicht den Beweis des Casus übernimmt. Ausnahmsweise haftet der Commodatar auch nur für dolus und culpa, nämlich in den Fällen, wo der Contract entweder nur den Vortheil des Commodanten allein oder wenigstens auch diesen zugleich mit bezweckt<sup>66)</sup>. — Die bisher erörterten Verpflichtungen tragen mehrere Commodatäre Einer und derselben Sache regelmäßig nach gleichen Theilen; nur im Falle gleich von Anfang an die Absicht der Contrahenten auf die Annahme von duo rei promittendi gerichtet war, ist jeder Einzelne von den Empfängern solidarisch verpflichtet, und dies wird bei jeder Darlehung einer untheilbaren Sache an zwei zugleich regelmäßig vermuthet<sup>67)</sup>. 4) Der Commodatar hat die Kosten

57) L. 5. §. 4. D. ibid. Paulli sent. rec. II. 4. §. 2.

58) L. 5. §. 7. D. ibid. §. 2. J. 3. 15. ibique Theoph.

59) L. 10. §. 1. L. 11. L. 12. D. 13. 6.

60) L. 5. §. 9. D. 13. 6.

61) L. 14. §. 15. D. de furtis. (47. 2.) Vgl. L. 14. §. 16. D. ibid.

62) L. 5. §. 4. D. 13. 6. L. 18. pr. D. ibid. L. 1. C. 4. 24.

63) L. 1. C. 4. 24.

64) L. 5. §. 3. D. 13. 6.

65) L. 5. §. 7. L. 18. pr. D. 13. 6. §. 2. J. 3. 15. Eben dahin geht auch der in L. 5. §. 4. D. 13. 6. erwähnte Fall.

66) L. 5. §. 10. L. 18. pr. D. 13. 6.

67) L. 5. §. 15. D. 13. 6.

aus eigenen Mitteln zu tragen, ohne welche die Sache nicht gebraucht werden kann<sup>68</sup>). Dahin gehören hauptsächlich die Fütterungskosten bei geliehenen Thieren u. s. w. Außerordentlichen Aufwand dagegen, den die Erhaltung und Wiederherstellung der Sache erheischt, z. B. Kurkosten, hat er in der Regel nur insoweit zu bestreiten, als er ihn nicht verschuldet hat und derselbe mäßig ist, was man gewöhnlich so auslegt, daß der Aufwand den gehaltenen Nutzen nicht übersteigt<sup>69</sup>). — Die Verpflichtungen des Commodanten sind im einzelnen folgende: 1) Er haftet dem Commodatar für den dolose zugefügten Schaden, weil ein solches Benehmen mit den Grundsätzen des guten Glaubens unvereinbar ist. Als Beispiel wird angeführt, wenn Jemand dem Anderen wissentlich schadhafte Gefäße leiht, und der hinein gefüllte Wein ausläuft oder sonst verdirbt<sup>70</sup>). Für bloße culpa haftet der Commodant in der Regel nicht, und selbst mit der Verantwortlichkeit wegen dolus wird es nicht gerade so streng genommen<sup>71</sup>). 2) Er muß dem Commodatar alle Kosten ersetzen, die derselbe auf die geliehene Sache verwendet hat, insofern sie nothwendig waren, oder mit besonderer Genehmigung des Verleihers gemacht wurden, auch der Empfänger sonst schuldig war, sie aus eigenen Mitteln zu bestreiten<sup>72</sup>). 3) Er muß, wenn der Commodatar ihm wegen des von dritten Personen der Sache zugefügten Schadens Ersatz leistet, diesem die Ansprüche abtreten, welche ihm selbst gegen den eigentlichen Urheber des Schadens zustehen<sup>73</sup>). 4) Er muß, wenn seine Sachansprüche befriedigt sind, falls er späterhin die Sache selbst wieder erlangt, entweder die Entschädigungsgelder an den Commodatar wieder herausgeben oder ihm die Sache selbst überlassen<sup>74</sup>). 5) Er muß dem Empfänger den Schaden ersetzen, den er diesem durch unzeitige Rückforderung des Geliehenen verursacht<sup>75</sup>).

Natürlich gelten diese Regeln nur von der regelmäßigen Gestalt des Vertrages. Von Unmündigen, die ohne Beitritt ihres Vormundes ein Gebrauchsdarlehen empfangen, wird bezeugt, daß sie nur bis zum Betrage der Bereicherung haften<sup>76</sup>). Rückfichtlich der Erben wird noch gesagt, daß sie aus dem dolus ihres Erblassers in solidum verbindlich werden<sup>77</sup>).

Die andere Form der Leihe, welche das römische Recht anerkennt,

68) L. 18. §. 2. D. ibid. Vgl. Paulli sent. recept. II. 4. §. 4.

69) Vgl. Glüc. a. a. D. Th. 15, S. 471.

70) L. 18. §. 3. D. ibid. L. 17. §. 3. L. 22. D. ibid.

71) L. 61. §. 6. D. 47. 2. Vgl. Unterholzner a. a. D. Th. 2, S. 559.

72) Paulli sent. recept. II. 4. §. 1. L. 18. §. 2. D. ibid.

73) L. 12. D. de re iudicata. (42. 1.) Vgl. Unterholzner a. a. D. Th. 2, S. 559.

74) L. 17. §. 5. D. 13. 6. Zu diesem Zwecke steht dem Commodatar außer den gewöhnlichen Rechtsmitteln auch eine besondert *condictio sine causa* zu. L. 2. D. de cond. sine causa. (12. 7.)

75) L. 17. §. 3. D. 13. 6.

76) L. 1. §. ult. L. 3. pr. D. ibid.

77) L. 12. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.)

ist das *Precarium*, wovon in den Justinianischen Pandekten nicht in der *Contractenlehre*, sondern bei Gelegenheit der *Interdicta* die Rede ist (*Dig. XLIII. 26.*), wahrscheinlich deshalb, weil man es in der älteren Zeit als ein formloses Verhältniß ansah, das keinen Anspruch auf einen civilrechtlichen Schutz hatte. Seinem innersten Wesen nach, das indess unter den neueren Juristen nicht ganz außer Zweifel ist, besteht es in der factischen Einräumung einer Sache zum Zwecke des freien, unbeschränkten Gebrauches, wie ihn der Eigenthümer hat, welche lediglich im guten Willen des Hingebenden ihren Grund hat, aber sich auch nur auf die Persönlichkeit des Empfängers beschränkt. Wir dürfen hier als bekannt voraussetzen, was bereits an einem anderen Orte (*Wd. V, S. 566—569*) über das Verhältniß gesagt worden ist, und beschränken uns nur auf den Nachweis dessen, was das Verhältniß anders characterisirte als das eigentliche Gebrauchsbarlehn. Daß das *Precarium* in der factischen Einräumung der Sache besteht, folgt theils aus der Natur des *interdictum de precario* als *recuperandae possessionis*, theils aus der Legaldefinition *Ulpian's* <sup>78)</sup>, theils aus dem Umstande, daß ein *Precarium* schlechtthin gelsugnet wird, wo es sich nur um Einräumung eines Mitbesitzes und Mitgebrauches handelt <sup>79)</sup>, theils daraus, daß die classischen Juristen kein Bedenken tragen, die Regel: *duo eandem rem in solidum possidere nequeunt* ohne Weiteres auf das Verhältniß des Gebers zum Empfänger anzuwenden <sup>80)</sup>. Mit Einräumung der Einzelsache ist das ausschließliche Gebrauchsrecht so wesentlich verbunden, daß es die römischen Juristen in die Legaldefinition aufgenommen haben; ja zur Beurtheilung der Befugnisse, welche das *Precarium* ertheilt, zunächst den Fall unterstellen, daß der Eigenthümer das *Precarium* verwilligt <sup>81)</sup>. Wahrscheinlich reichen die Spuren dieser Auffassungsweise in die Zeit des Alterthums hinauf, wo man den juristischen Besitz noch nicht vermochte, vom Gebrauche der Sache getrennt zu denken, womit dann vielleicht auch die juristische Vermuthung zusammenhängt, daß im *Precarium* der juristische Besitz regelmäßig auf den Empfänger übergeht, wofern nicht besonders verabredet wird, daß dieser nur die Detention der Sache erhalten solle (vgl. dieses Werk *Wd. V, S. 566*). Daß der Gebrauch im *Precarium* frei und unbeschränkt ist <sup>82)</sup>, ergibt sich theils daraus, daß im Pandektentitel, welcher die Lehre behandelt, von einer

78) L. 1. pr. D. de precario (43. 26.): *vbis — utendum conceditur.*

79) L. 15. §. 1. D. *ibid.* Zur Erklärung der Stelle wird die Bemerkung wichtig, daß ein *precario habere* die Ueberlassung eines Wohngebäudes voraussetzt. Vgl. L. 2. C. de precario. (8. 9.) Vgl. Unterholzner a. a. D. *Wd. II, S. 563.*

80) L. 2. §. 5. D. de *adquirenda vel omittenda possess.* (41. 2.) Vgl. v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausgabe, §. 11, S. 179—200.

81) L. 15. pr. D. 43. 26.

82) Daraus macht schon aufmerksam Unterholzner a. a. D. *Wd. 2, S. 562*, jetzt auch Schmidt a. a. D. §. 8, S. 56.



Beschränkung niemals die Rede ist; daß ferner jede Beschränkung des Gebrauches auf eine bestimmte Zeit für völlig wirkungslos erachtet wird, indem auf der einen Seite der Hingebende bei der Rückforderung an die Einhaltung des Termines nicht gebunden ist (Bd. V, S. 266), anderentheils der Precist die Sache ohne weiteres auch über den angegebenen Termin hinaus behalten darf, zu welchem Zwecke die Pandektenjuristen eine Erneuerung oder Verlängerung des Precariums fingiren<sup>83</sup>); theils daraus, daß die Früchte der Sache regelmäßig dem Precisten gehören<sup>84</sup>), was freilich nicht vom Sklavenkinde gilt, weil dieß nicht als Frucht, sondern als Accession im engeren Sinne betrachtet wird und mithin die Schicksale der Hauptsache theilt<sup>85</sup>); theils endlich aus dem Umstande, daß der Precist nur wegen dolus gehalten ist<sup>86</sup>), der freilich auch die culpa lata mit einschließt, woraus mit Recht gefolgert wird, daß es ihm nicht zum Vorwurfe gereicht, wenn er sich des Precarium so bedient, wie er sich seines Eigenthums bedienen haben würde, insofern er dabei nur nicht gerade böswillig zu Werke geht<sup>87</sup>). Als Grundlage des Rechtsverhältnisses gilt lediglich der gute Wille des Hingebenden, weil das Precarium in dieser Rücksicht mit der Schenkung verglichen und zum Unterschiede nur hervorgehoben wird, daß das Precarium nur so lange dauert, als auch dieser gute Wille in der Person des Hingebenden andauert<sup>88</sup>), also das Precarium sofort verfällt, wenn dieser gute Wille in der Person des ersten Gebers oder seiner Erben aufhört, die von selbst in das Rechtsverhältniß ihres Erblassers eintreten<sup>89</sup>). Eine notwendige Beschränkung dieses guten Willens findet sich vor in seiner bestimmten Beziehung auf die Persönlichkeit des Precisten, wie hauptsächlich daraus hervorgeht, daß das Precarium nur in der Person des Precisten besteht<sup>90</sup>), und, wenn auch das interdictum de precario nach der, in den Justinianischen Pandekten angenommenen Ansicht der Classiker auf dessen Erben passiv übergeht, zur Erklärung dieses Rechtsfages die Entstehung eines neuen Precarium

83) L. 4. §. 4. L. 5. D. 43. 26.

84) Am klarsten geht dieß daraus hervor, daß die Früchte und die omnis causa erst von der Zeit des redditum interdictum an prästirt werden. L. 8. §. 4 u. 6. D. 43. 26. Ein ausdrückliches Zeugniß für die im Texte aufgestellte Behauptung ergibt Isidor., Etymol. V. 25. §. 17. (ed. Lindemann III. p. 159.): precarium est, dum prece creditor rogatur permitti, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.

85) L. 10. D. ibid.

86) L. 8. §. 3 u. 5. D. 43. 26. L. 23. D. de diversis reg. iaris. (50. 17.)

87) Diese Folgerung zieht schon Unterholzner a. a. D. Th. 2, S. 561.

88) L. 1. §. 2. D. 43. 26. L. 14. §. 11. D. de furtis. (47. 2.)

89) L. 8. §. 1. D. 43. 26. Vgl. dieses Werk Bd. V, S. 567. Nur ausnahmsweise erlischt es mit dem Tode des Rogatus, wenn dieß ausdrücklich bedungen ist. Diese Bedingung liegt nach den Ansichten der classischen Juristen schon vor in den Worten: quoad is, qui — dedisset, vellet. L. 4. D. locati conducti. (19. 2.)

90) L. 12. §. 1. D. 43. 26.

zwischen dem Hingebenden und den Erben des Empfängers fingirt wird<sup>91)</sup>. Daß bei dieser Gelegenheit auch die Bitte des Empfängers als vorangehend genannt wird<sup>92)</sup>, das wird allerdings in den meisten Fällen zutreffen haben, und dieser Umstand hat auch auf die Benennung des Rechtsverhältnisses unverkennbar eingewirkt, allein wesentlich zum Begriffe des Precarium scheinen diese Preces nicht zu sein, da einestheils dergleichen auch regelmäßig bei dem Commodatum vorkommen, anderentheils ein Precarium auch ohne sie bestehen kann<sup>93)</sup>. — Nach diesen Bemerkungen stellt sich von selbst als Grundgedanke des Institutes heraus, daß es eine Schenkung des Gebrauches ist, deren Bestand lediglich von der Dauer des guten Willens in der Person des Hingebenden oder seines Erben gegen den Precisten abhängt, und daß es von selbst erlöscht, sobald der Grund der Vergünstigung entweder in der Person des Hingebenden oder des Empfängers aufhört. Im Vergleich mit dem Commodat wird nun erst von dem hier angenommenen Standpunkte aus deutlich, daß das Precarium seinem innersten Wesen nach lediglich auf der Liberalität des Rogatus beruht<sup>94)</sup>, also mehr in das Gebiet der Schenkung und der Gefälligkeit, als in das der *contracta negotia* hinüberspielt, d. h. solcher Rechtsgeschäfte, welche in der Absicht, den Gegner zu obligiren, abgeschlossen werden<sup>95)</sup>, während das Commodat nur von vorne herein, und auch da nicht einmal immer, als Gefälligkeit erscheint und späterhin im contractlichen Gesichtspunkte aufgeht<sup>96)</sup>. Wie sehr dieser bei dem Precarium zurücktritt, ersieht man auch hauptsächlich aus der Behandlung des *interdictum de precario* in den Rechtsquellen, wo für dessen Einführung lediglich der Umstand als Grund angegeben wird, daß vorher das Rechtsverhältniß gar keinen Schutz im Civilrechte gehabt hat<sup>97)</sup>. In diesem Interdicte nun tritt aber keineswegs jener Gesichtspunkt hervor, sondern vielmehr der des unrechtlchen Sachbesitzes, der durch die Weigerung, das Precarium zu restituiren — also durch den *dolus* des

91) Das ist der Sinn der Worte *ex interdicto heres eius, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse*. L. 8. §. 8. D. *ibid.* Vgl. dieses Wort *ib.* V. §. 568. Daß der Erbe aus dem *dolus* seines Erblassers nur bis zum Betrage der Bereicherung gehalten ist, scheint nur eine nothwendige Folge dieser Fiction.

92) L. 1. pr. D. 43. 26. L. 2. §. 3. D. *ibid.* Isidori orig. V. 25. §. 17. ed. Lindemann p. 159.

93) *Pauli sent. recept.* V. 6. §. 11.: *precario possidere videtur non tantum, qui per epistolam vel quacunq; alia ratione hoc sibi concessi postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet.*

94) Das deuten auch die merkwürdigen Worte an: *cum totum hoc ex liberalitate descendat eius, qui precario concessit* in L. 8. §. 3. D. 43. 26.

95) Am klarsten: *quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficij causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio* L. 14. D. 43. 26. (*Paulus libro 13. ad Sabinum.*)

96) Auf diesen Gesichtspunkt der classischen Juristen weist sehr richtig hin Schmidt a. a. D. S. 186—195.

97) L. 14. §. 11. D. 47. 2. L. 14. D. 43. 26.

Precisten herbeigeführt wird, und so verwandelt sich denn von selbst das von Anfang an erlaubte Verhältniß des Precisten zum Hingebenden durch den Zutritt der Weigerung in eine obligatio ex maleficio, worauf die Zuständigkeit des Interdictes basirt wird<sup>98</sup>). Im späteren Rechte, als sich namentlich auf die Auctorität Labeo's hin die Lehre von den Innominatcontracten entwickelte, und die actiones praescriptis verbis allgemeiner wurden, hat man kein Bedenken getragen, diese Klage auch auf das Precarium zu übertragen<sup>99</sup>), wozu theils die Aehnlichkeit des Geschäftes mit dem Commodat, theils die durch die Doctrin herbeigeführte Erweiterung dieses Klagegebietes Veranlassung gegeben haben mag. Demnach trat auch im Precarium der Gesichtspunkt des negotium gestum in der Folge hervor, und so entwickelte sich nach und nach wohl die Idee, daß in jedem Precarium ein Innominatcontract liegt, den man wahrscheinlich unter die Rubrik facio ut facias subsumirt — mit anderen Worten, daß die causa civilis des Commodats, die Uebergabe der Sache auch im Precarium vorhanden sei, hier aber nur mit der praescriptis verbis actio geltend gemacht werden könne. So stehen in den Justinianischen Pandekten zum Schutze des nämlichen Verhältnisses zwei ganz verschiedene Klagen einander gegenüber, das Interdict und die praescriptis verbis actio, von denen das erste prätorischen, die zweite civilrechtlichen Ursprunges ist. Fragt man, nach welchen Grundsätzen die praescriptis verbis actio zu behandeln sei, so lassen uns die Zeugnisse der classischen Juristen hier im Stiche; doch scheint theils aus der geschichtlichen Ausbildung der ganzen Lehre, theils aus dem Nebeneinanderstehen beider Klagen im Pandekentitel de precario zu vermuthen, daß man darauf unbedenklich die Rechtsätze angewendet haben werde, welche darin als bei dem Interdicto vorkommend bezeichnet werden.

Nach diesen Bemerkungen über die Grundlagen beider Rechtsinstitute, des Commodats und des Precarium, wird es ganz am Platze sein, auch noch die weiteren Unterschiede zwischen beiden Arten der Leihe genauer zu entwickeln. Es lassen sich dieselben hauptsächlich auf folgende Punkte zurückführen. 1) Im Commodat geht überall nur die Detention, nicht aber der juristische Besitz an den Empfänger über; vielmehr verbleibt dieser regelmäßig dem Commodanten; daher auch lediglich dieser einen Anspruch auf die possessorischen Interdicta hat. Im Precarium dagegen geht regelmäßig an den Precisten der juristische Besitz über, wofern nicht ausgemacht wird, daß er bloß die Detention der Sache haben solle; daher im ersten Falle die Interdicta dem Precisten, im zweiten dem Geber zustehen, wenn eine Besitzstörung vorkommt<sup>100</sup>). 2) Rücksichtlich der Fruchtnutzung ist der Precist durchaus unbeschränkt, so lange das Verhältniß nach dem Willen des Gebers besteht;

98) So verstehe ich die Ansicht v. Savigny's a. a. D. S. 557—569. Ganz mißverstanden scheint sie zu sein von Schmidt a. a. D. S. 108, 109.

99) Schon Julian sagt dies in L. 19. §. 1. D. 43, 26., dann auch Ulpian in L. 2. §. 2. D. ibid. Vgl. Schmidt a. a. D. S. 110—112.

100) Vgl. dieses Werk Bd. V, S. 567.

während im Commodat der Sachempfänger in allen Fällen, wo der Gebrauch der Sache ohne Fruchtziehung möglich ist, jedenfalls über die gezogenen Früchte Rechnung abzulegen und den Ueberschuß herauszugeben hat. Damit hängt es zusammen, daß es bei dem Commodat im Falle des nicht ordnungsmäßigen Gebrauches leicht zum Gebrauchsdiebstahl kommen kann, was im Precarium schon der Natur der Sache nach undenkbar ist. 3) Von einem Retentionsrechte wegen Auslagen auf die Sache oder einer deshalb zuständigen Gegenklage ist nur im Commodat die Rede, bei dem Precarium aber niemals; daher aus diesen Gründen die Rückgabe der Sache nicht aufgehalten werden kann, was also alle Auslagen auf die Sache und Retorationen von Seiten des Precaristen für diesen verloren gehen<sup>101</sup>). 4) Im Precarium fällt der Entschädigungsanspruch wegen unzeitiger Rückforderung von Seiten des Gebers weg, welchen im Commodat der Empfänger mit der actio contraria geltend machen kann. — Dagegen kommen beide Arten der Leihe insofern mit einander überein, als beide auf einer Gefälligkeit des Gebers beruhen; beide zum alleinigen Vortheile des Empfängers eingegangen werden; in beiden kein Eigenthum an den Empfänger übergeht, also auch aus beiden gleichmäßig für diesen die Verpflichtung entsteht, die Sache in Natur an den Geber zurückzuerstatten; in beiden der Gebrauch der Sache dem Empfänger zusteht; beiden regelmäßig die nämlichen Sachen unterliegen; in beiden für den Gebrauch der Sache nichts an den Geber entrichtet wird; in beiden die Regel gilt, daß Niemand eine ihm eigenthümlich zugehörige Sache zum Commodat oder Precarium empfangen kann<sup>102</sup>), was freilich für den zuletzt genannten Fall in den römischen Rechtsquellen in seinen Folgen nicht genauer ausgeführt wird, hier aber, nach Analogie des Commodats, jedenfalls den Wegfall der Verbindlichkeit zur Rückgabe von Seiten des Precaristen zur Folge hat.

Die vorzüglichsten Anwendungen, in denen das Precarium in den römischen Rechtsquellen vorkommt, lassen sich vielleicht auf folgende Punkte zurückführen. Sehr häufig ist von einem Precarium am Grundstücke die Rede<sup>103</sup>), was wohl nach Niebuhr's Vermuthung zuerst im Lebensnerus der Patricier und ihrer Klienten aufgekommen sein mag, indem jene diesen Parcellen des ager publicus zur Bebauung und Benutzung auf willkürliche Kündigung überließen; dann aber hauptsächlich zur Zeit der classischen Juristen in den Fällen angewendet wurde, wo die Wiedereinlösung der pfandweise an den Gläubiger hinge-

101) Vgl. Unterholzner a. a. D. Th. 2, S. 466.

102) Receptum est, rei tuas procarium non esse L. 4, §. 8. D. 43. 26. L. 1. §. 11. D. de itinere actuque privato (43. 19.): sicut me procarium rei meae non tenet. L. 45. D. 50. 17: Vgl. dieses Wort Eb. V, S. 566.

• 103) L. 1. §. 11. D. 43. 19. u. a. Daß sich hier ursprünglich der Begriff gebildet hat, scheint aus der merkwürdigen Aeußerung Ulpian's hervorzugehen: in rebus etiam mobilibus procaril rogatio constitit (L. 4. pr. D. 43. 26.), wo dem Zusammenhange des Ganzen nach zunächst vorher nur von unbeweglichen Sachen die Rede gewesen sein kann.

gebenen Sache durch den Schuldner in Aussicht stand<sup>104</sup>). Hier nun nahm man, falls der Pfandschuldner Eigenthümer der verpfändeten Sache war, um nicht gegen die Regel *rei suae precarium non est* zu verstoßen, nicht sowohl ein *precarium proprietatis*, als vielmehr *possessionis* an, was doch wohl nur so viel heißen soll, als daß hier das *precarium* nicht am Eigenthumsrechte selbst, sondern nur an dem Besitze, welches dem Faustpfandgläubiger zukommt, bestellt werde<sup>105</sup>); auch war es consequent, das *precarium* bei Rückzahlung der Hauptschuld dann von selbst erlöschen zu lassen, weil damit das Besizrecht des Pfandgläubigers von selbst aufhört, mithin die obengenannte Regel wiederum mit allen ihren Folgen hervortritt<sup>106</sup>). In einer gewissen Zeit scheint dieß sogar die hauptsächlichste Anwendung des *precarium* gewesen zu sein, da Isidor, der doch sonst aus guten Quellen schöpft, diesen Fall in den Begriff des *precarium* aufgenommen hat. Sehr häufig ward dann mit dem *precarium* die Abmiethung des verpfändeten Grundstückes verbunden, wo dann auch in Folge des *precarium* nicht der juristische Besitz, sondern nur die Detention der Sache an den Abmieter, den Pfandschuldner, übertragen ward<sup>107</sup>). Auch bei der *fiducia*, wenn sie zur Sicherheit des Gläubigers eingegangen wird, kam zur Zeit der classischen Juristen das *precarium* insofern öfters vor, als der Schuldner in Aussicht auf die künftige Einlösung der verpfändeten Sache leicht im Besitze derselben vom Gläubiger belassen ward<sup>108</sup>). In der Lehre von den *praedialservitutibus* wird das *precarium* häufig als ein Mittel genannt, dergleichen zu bestellen (vgl. dieses Werk Bd. V, S. 565), was freilich dann nach den eigenthümlichen Grundsätzen dieses Institutes beurtheilt ward, dann aber dem Dominans denselben *usus* gewährt haben wird, wie die anderen Bestellungsformen. Selbst auf die Errichtung persönlicher *Servitutibus*, z. B. der *Habitation* ist das *precarium* unbedenklich angewendet worden<sup>109</sup>). Welcher Gebrauch heutzutage vom Rechtsinstitute gemacht werden könne, darüber sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Daß es beim Faustpfande noch jetzt zweckmäßig sei, ergibt das Gesagte. Außerdem meint Unterholzner<sup>110</sup>), werde es auch noch jetzt in allen Fällen passen, wo man der Meinung ist, daß man die Sache selbst gar nicht mehr gebrauchen werde, und daher halb und halb zum Verschrenken derselben geneigt ist, obschon man, einer möglichen Veränderung der Umstände halber, sich und seinen Erben nichts vergeben will.

In der jüngsten Zeit ist seltsamer Weise die Ansicht laut geworden,

104) L. 6. §. 4. D. 43. 26. L. 11. D. *ibid.* Isidori orig. V. 25. S. 17.

105) L. 6. §. 4. D. 43. 26.

106) L. 11. D. *ibid.*

107) L. 33. §. 6. D. de *usurpationibus et usucapionibus*. (41. 3.)

108) *Caius*, inst. II. §. 60.

109) L. 2. C. 8. 9.

110) *X. a. D.* Bd. 2, S. 564. Dagegen polemisiert jetzt wieder Schmidt a. a. D. §. 10, S. 154—156.

daß der ganze Pandektenitel de precario kein heutzutage gültiges Recht enthalte, da einertheils das Commodat mit seinen Detailbestimmungen das vorliegende Institut an beweglichen Sachen absorbiert habe, anderentheils bei unbeweglichen und unkörperlichen Sachen, an denen entschieden nur das letztere möglich gewesen, durch die Einführung der praescriptis verbis actio jeder materielle Unterschied zwischen Commodat und Precarium aufgehoben worden sei<sup>111)</sup>. Hieran wird die Bemerkung geknüpft, daß das teutsche Recht für beide Arten von Geschäften nur Einen Ausdruck „leihen“ habe, und so sei es natürlich, daß sich bei uns aller Unterschied zwischen diesen Verhältnissen verloren habe, zumal da dieses einen geringeren Grad von Liberalität in sich enthalte, als jenes, weil bei ihm ein höherer Grad der Schuld prästirt und im Zweifelsfalle immer nur die minder umfassende Liberalität präsumirt werde. Wollte man, wird gesagt<sup>112)</sup>, heutzutage bei einer Gebrauchsgeftattung die Grundsätze des Precarium zur Anwendung bringen, so müsse man mit dem Commodat den Nebenvertrag verbinden, daß der Commodatar wegen unzeitiger Rückforderung nicht excipiren, keine der actio contraria anheimsfallenden Regensansprüche machen, seinerseits aber auch nur für dolus und culpa verantwortlich werden solle. Hier nun wird es zuerst klar, daß die Vertheidiger der neuen Ansicht von durchaus falschen Begriffen ausgehen, daß sie Commodat und Precarium beliebig zusammenwerfen, und, wo sie Differenzen statuiren, nur solche ins Auge fassen, die rein äußerlicher Natur sind und das Wesen der Sache gar nicht berühren. So scheint demnach diese Ansicht gar nicht die ernstliche Kritik zu verdienen, der sie der jüngste monographische Bearbeiter der Lehre unterworfen hat<sup>113)</sup>.

Neben den oben erörterten zwei Formen der Leihe, dem Commodat und dem Precarium, anerkennt das römische Recht auch noch eine dritte Gattung, deren einzelne Fälle das mit einander gemeinschaftlich haben, daß sie sämmtlich in das Gebiet der Innominatecontracte fallen und die actio praescriptis verbis erzeugen<sup>114)</sup>. Dahin gehört 1) wenn Jemand erlaubt, daß der andere unentgeltlich bei ihm wohne, oder sonst einen Raum auf diese Weise zu anderen Zwecken benutze<sup>115)</sup>. 2) Wenn Sachen, die sonst als Einzeldinge und nicht nach Maß, Zahl und Gewicht im Verkehre vertreten werden, Ausnahmeweise in der Art verlihen

111) Aus der älteren Literatur gehört hierher Bieck, diss. cautelas circa doctrinam de natura precum iuridicarum (praes. Thomasio) Halae de anno 1710. §. XIX—XXII.; am ausführlichsten ist diese Ansicht vertheidigt von Kriß, in der Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben Bd. 1, Nr. 14, S. 177—229, und Pandektenrecht Th. 1, Bd. 2, S. 429—461.

112) So Kriß, Pandektenrecht a. a. D. S. 442.

113) Schmidt a. a. D. §. 9—12, S. 141—175.

114) Der gründlichste Schriftsteller ist hier Unterholzner a. a. D. Th. 2, S. 560. Die übrigen Bearbeiter der Lehre haben diese Fälle aus Unkenntniß der Rechtsquellen ganz außer Augen gelassen.

115) L. 17. pr. D. 19. 5. Zum Commodat der Habitation würde die Einräumung eines ganzen Wohngebäudes erforderlich sein. L. 2. C. 8. 9.

worden, daß nur Gleichartiges zurückerstattet werden soll, z. B. ungezeichnete silberne Keffel<sup>116</sup>). 3) Wenn gesagt wird, es sollen entweder die hingeliehenen Stücke in Natur oder gleichartige Sachen von gleicher Zahl und gleichem Gewichte zurückerstattet werden<sup>117</sup>). In den beiden zuletzt genannten Fällen übernimmt der Empfänger von selbst die vollständige Gefahr der hingeliehenen Sache; daher er denn in dieser Rücksicht nach Analogie des Darlehensschuldners zu behandeln ist. Detmold.

**Lippe, I. Grafschaft, seit 1790 Fürstenthum.** Größe 21 □ Meilen mit 106,543 Einwohnern nach der Zählung vom Jahre 1843. Das Land wird in Süden und Westen vom preussischen Gebiete, dem Fürstenthum Paderborn und der Grafschaft Ravensberg, begrenzt, in Osten von dem preussischen Gebiete der Stadt Lügde, dem waldeck'schen Fürstenthume Pyrmont und dem Königreiche Hannover, in Norden von der tuchessischen Grafschaft Schaumburg. Haupt- und Residenzstadt ist Detmold, westhalb das Fürstenthum, obwohl irrig, auch Lippe-Detmold zur Unterscheidung von Schaumburg-Lippe genannt wird. Letzteres führt den Zusatz Lippe nur wegen seiner Paragialbesitzungen im lippischen Amte Blomberg (ähnlich wie z. B. Braunschweig-Dele u. s. w.). Beide Regentenhäuser stammen indes von demselben Stammvater Grafen Simon VI. in gerader Linie ab, und insofern kann sich auch die jüngere Linie zu Bieleburg eine lippische nennen<sup>1)</sup>.

Das Land ist in Verwaltungs- und Jurisdictionsbezirke eingetheilt (Aemter). Die Stadt Lippstadt wird mit der Krone Preußen gemeinschaftlich besessen und erhält Lippe von den Steuern daraus ein vertragsmäßiges Quantum. Das Amt Lipperode ist eine vom preussischen Gebiete umgebene Enclave. Eine andere kleine Enclave bildet das Dorf Brövenhagen im Paderborn'schen.

## II. Rechtsquellen.

Für das öffentliche Recht sind als Rechtsquellen zu bezeichnen: vorzugsweise das sogenannte pactum unionis vom Jahre 1368, worin der damalige Graf Simon dem Lande das Privilegium ertheilt, daß seine Lande und Herrschaft für ewige Zeiten ungetheilt und zusammen bleiben und nur in eine Hand huldigen soll. (Ausdrücklich bestätigt in der Verfassungsurkunde von 1836.) Dann die kaiserlichen Bestätigungen des Primogeniturrechtes von 1593 und 1626. — Das Testament des Grafen Simon VI. von 1597, worin über die Nachfolge in der Regierung und über die Erbfolge in die Güter, — die Quelle der späteren langjährigen Streitigkeiten des Hauses Lippe mit dem erbberrlichen Hause Schaumburg-Lippe. Ferner viele Vergleiche, reichsgerichtliche Entscheidungen und Landtagsabschiede.

Die Landesgesetze sind gesammelt in acht Bänden. Landesverordnungen der Grafschaft (von Band IV an des Fürstenthums) Lippe. Lemgo,

116) L. 26. D. 19. 5.

117) L. 26. D. ibid.

1) Vgl. Glasermeier, kritische Beleuchtung. Lemgo 1817.

**Weyer'sche Hofbuchhandlung 1779—1844.** Seit 1842 besteht ein als Nebenblatt zu dem officiellen Anzeiger (dem Regierungsblatte) zeitweise erscheinendes Gesesblatt unter dem Titel: Gesesammlung für das Fürstenthum Lippe.

Die staatsrechtlichen Verhältnisse des Landes, namentlich den erbherrlichen Linien gegenüber, sind in mehreren gedruckten Streitschriften abgehandelt. Die bemerkenswertheften sind: Die zwischen den fürstlichen Häusern Lippe und Schaumburg-Lippe obwaltenden zur austragalgerichtlichen Entscheidung an großherzoglich badisches Oberhofgericht verwiesenen Streitigkeiten. Actenmäßig dargestellt. Mit einer Urkundensammlung. Lemgo 1884, und Darstellung der dem fürstlichen Hause Lippe über das Amt Blomberg zustehenden Landeshoheit. Lemgo 1818. Ferner: Rechtsgutachten über die zwischen den fürstlichen Häusern Lippe und Schaumburg-Lippe obwaltenden Streitigkeiten u. s. w. Von R. S. Zachariä. Heidelberg 1835.

Aus dem schaumburg-lippischen Gesichtspunkte geschrieben ist die Deduction von v. Berg. Bückeburg 1817.

Die inneren staatsrechtlichen Verhältnisse sind gründlich auseinandergesetzt in der kritischen Beleuchtung von Klostermeier, und: Anze, Gegenbeleuchtung u. s. w. Minden und Bielefeld 1819.

Abhandlungen aus dem Gebiete des Privatrechtes finden sich in verschiedenen größeren Werken zerstreut; namentlich in den Meditationen über verschiedene Theile des Rechtes von den Gebrüdern Overbeck u. s. w.

Eine Sammlung von Präjudicien aus dem bauerlichen Rechte enthält: Führer, Darstellung der meierrechtlichen Verfassung der Grafschaft Lippe. Lemgo 1801.

### III. Staatsverfassung.

Die im Jahre 1836, den 16. Juli, erriethete Verfassungsurkunde, welche einem langwierigen Streite zwischen Regierung und Landständen ein Ende machte (vgl. Klüber, öffentliches Recht des deutschen Bundes, IV. Auflage, §. 286, Note w), enthält nur die äußersten Umrisse einer Verfassung und kann auf den Namen eines Staatsgrundgesetzes, wie deren in anderen deutschen Bundesstaaten, z. B. in Hessen, Braunschweig u. s. w. bestehen, keinen Anspruch machen. Uebrigens, wo diese Urkunde lückenhaft ist, muß das Herkommen zu Rathe gezogen werden und die auf demselben beruhenden Rechte der Landstände sind ihnen in dem §. 5 ausdrücklich garantirt. Die Hauptbestimmungen sind folgende:

Die Landstände des Fürstenthums bestehen aus Abgeordneten der Besitzer landtagsfähiger Güter, der Städte und der übrigen Grundbesitzer des Landes. Jede dieser drei Classen wählt sieben Abgeordnete, worunter je einer zum Ausschusse gehört, welcher die landständischen Angelegenheiten außer dem Landtage zu besorgen hat (§. 1, 2, 3). — Ohne vorhergegangene Berathung und ausdrückliche Bewilligung auf dem Landtage kann keine neue Steuer aufgelegt, keine neue Anleihe auf den Credit der landständischen Classen gemacht werden. So klar diese Bestimmung auf den ersten Anblick erscheint, so sind doch schon Zweifel darüber er-



hoben worden. Auf dem Landtage von 1842 hatten die Stände einen Monatsbetrag der Grundsteuer weniger bewilligt, als die Regierung verlangte. Letztere schrieb die Steuer in dem verlangten Betrage wirklich aus, fand sich aber durch eine energische Protestation der Landstände veranlaßt, auf den bewilligten Betrag zurückzugehen. (Vgl. Verordnungen vom 21. März und 11. April 1843.)

Dem ersten und zweiten Stande steht das Recht zu, aus seiner Mitte einen qualificirten Deputirten zum Generalhofgerichte sowie im eintretenden Falle zur Landestutel zu ernennen. Der Landtag wird alle zwei Jahre vom Landesherrn berufen. Eigenmächtige landtägige Versammlungen sind gesekwidrig und nichtig. In Absicht sonstiger landständischer Zusammenkünfte bleibt es bei dem früheren Herkommen. — Auch dieser letztere Punkt ist schon streitig geworden. Als die Regierung im Landtagsabschiede vom 15. Februar 1843 erklärt hatte, daß statt der bewilligten fünf simpla der Contribution deren sechs erhoben werden sollten, versammelten sich die Stände auf eigene Veranlassung zu einem sogen. Deliberationstage, auf welchem die Protestation beschlossen wurde. Die Regierung erklärte diese Versammlung für gesekwidrig. Da indessen dergleichen Deliberationstage in der That herkömmlich sind und sie daher in die Kategorie der sonstigen landständischen Versammlungen gerechnet werden dürfen, welche der §. 24 der Verfassungsurkunde erlaubt, auch nicht abzusehen ist, welche Zusammenkünfte anders in dem gedachten §. gemeint sein können, so dürfte dieser Ausspruch ständischer Seite nicht anerkannt werden und zu weiteren Erörterungen Veranlassung geben. — Die Ständeversammlungen sind nicht öffentlich, jedoch sollen die Resultate derselben, nach vorheriger Berathung mit den Ausschusseputirten, bekannt gemacht werden. Die Abstimmung geschieht in zwei Curien, von denen die Ritterschaft die erste bildet und die zweite aus den Mitgliedern des zweiten und dritten Standes besteht. Gegenstände, welche allgemeine Landesabgaben betreffen, werden jedoch in allgemeiner Versammlung bis zum Schluß verhandelt, und entscheidet rückichtlich ihrer die Stimmenmehrheit sämmtlicher Abgeordneten. Nach dem solchergestalt gefaßten Beschlusse hat der Landsyndicus als Secretair des Landtages das Gutachten der Stände abzufassen, welches dem Fürsten eingesandt wird.

Ueber den Grad der Theilnahme der Landstände an der Gesetzgebung enthält die Verfassungsurkunde nichts. Auch hier entscheidet das nicht unbestrittene Herkommen. Eine negativ entscheidende Stimme nehmen die Stände unbedingt in allen Steuersachen und bei solchen Gesetzen in Anspruch, welche erworbene Rechte der Unterthanen, namentlich Leben, Freiheit, Ehre und Vermögen betreffen. Die Regierung glaubt sich jedoch in letzter Hinsicht nicht an die Zustimmung der Stände gebunden, obwohl kein derartiges Gesetz bis jetzt gegen den Willen der Stände publicirt worden ist. Ob die Regierung verbunden ist, wenigstens das Gutachten der Stände bei allen neuen Gesetzen, mit Ausnahme der Polizeiverordnungen und provisorischen Verfügungen, einzuholen, ist noch nicht zur Frage gekommen, jedoch heißt es im Landtagsabschiede vom 15. Februar 1843 allerdings, daß es Sitte geworden sei, die Gesetze zur

Begutachtung vorzulegen. Vgl. die bei Klüber a. a. D. allegirten Verfassungstreitschriften.

Das Steuerbewilligungsrecht der Stände war unbestritten und von der Regierung mehrfach, namentlich bei Gelegenheit des Zollanschlusses, ausdrücklich garantirt worden. Ueber die erwähnte Ausschreibung eines nicht bewilligten Simplums der Contribution heißt es in dem Landtagsabschiede vom 8. März 1845: die Landesbedürfnisse haben durch die bewilligten sechs simpla nicht hinreichend gedeckt erschienen, und erst nachdem sich ergeben, daß die Revenüen aus dem Zollanschlusse den Voranschlag in der Einnahme bedeutend überstiegen, habe der Fürst sich im Stande gesehen, den Unterthanen die gewünschte weitere Erleichterung durch Erlassung des sechsten Simpli zu gewähren. Man sieht hieraus, daß auch das Recht der Steuerbewilligung von der Regierung nicht unbedingt anerkannt wird, da sie die Herabsetzung der Grundsteuer als einen landesherrlichen Gnadenact bezeichnet.

Ueber Streitigkeiten zwischen Regierung und Ständen entscheidet das Bundesschiedsgericht nach Maßgabe des Bundesbeschlusses vom Jahre 1834, publicirt durch die Verordnung vom 2. December e. a. Bis jetzt ist die Entscheidung desselben nicht angerufen worden.

#### IV. Civilgesetzgebung.

Das gemeine in Deutschland geltende bürgerliche Recht hat sich behauptet. Die hauptsächlichlichen particularrechtlichen Bestimmungen sind folgende:

##### 1) Personenrecht.

Hier verdient vor allen die Verordnung wegen der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten vom 27. März 1786 eine genauere Beachtung. Eine allgemeine Gütergemeinschaft unter Eheleuten war schon vor der Erlassung dieses Gesetzes in der Grafschaft Lippe und der benachbarten Grafschaft Ravensberg (wo sie noch jetzt als nicht geschriebenes Wohnheitsrecht fortbesteht) durch Gewohnheit eingeführt, zum Theil auch in den Statuten der Städte enthalten, u. A. in den Statuten der Stadt Lippstadt vom Jahre 1575 §. 1—10, abgedruckt in Kunde's Beiträgen zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände II. S. 397.

Die Unsicherheit des Herkommens und die Mangelhaftigkeit solcher statutarischen Bestimmungen veranlaßte die Publication des umfassenden Gesetzes, welches gleich hier des Zusammenhanges wegen seinem ganzen Inhalte nach angegeben wird, obwohl Mehreres darin vorkommt, was streng genommen an anderen Orten zu erwähnen wäre, z. B. Bestimmungen über Erbfolge u. dgl. — Subject der allgemeinen Gütergemeinschaft sind alle in der Grafschaft (Fürstenthum) Lippe lebenden Eheleute, sie mögen die Ehe im Lande geschlossen haben oder nicht, sofern nur der Mann darin seinen bestimmten ordentlichen Wohnsitz hat. Sie beginnt nach Vollziehung der Trauung. Ausgenommen sind a) durch das Gesetz selbst: der Adel, sofern er nicht Gütergemeinschaft bei Eingehung der Ehe vertragsmäßig einführt, und b) Eheleute, welche vertragsmäßig durch publicirte Ehepacten die Gütergemeinschaft ganz ausschließen oder einschränken (§. 2, 3). Die Bauern sind der Gütergemeinschaft unterworfen, jedoch unter den Einschränkungen, welche die colonatrechtlichen

Bestimmungen über Erbfolge u. s. w. mit sich bringen. Die Frau schließt z. B. die Auerwandte des kinderlos verstorbenen Mannes bei der Erbfolge in das Colonat aus, kann im Concourse keine Restitution ihrer Eingebachten verlangen u. s. w. Im übrigen erstreckt sich die Gemeinschaft aber nur auf das theilbare Vermögen oder die Errungenschaft. Die Juden sind der Gütergemeinschaft unterworfen. — Object der Gemeinschaft bildet alles sowohl gegenwärtiges als zukünftiges Gut beider Eheleute ohne Unterschied, es mag in oder außerhalb der Graffschaft gelegen sein (§. 6). Hieraus folgt, daß die Gütergemeinschaft als ein durch den Mann nach Außen hin repräsentirte juristische Person zu betrachten ist. Ein besonderes Vermögen des Mannes oder der Frau kann zufällig existiren, es wird jedoch nie vermuthet; sondern das Privateigenthum oder das besondere Recht eines Gatten muß aus factischen Gründen erhellen, welche erforderlichen Falles zu erweisen sind. — Ausnahmen bilden: Lehen-, Stamm-, Familienfideicommissgüter und überhaupt solche Güter, worüber die Eheleute keine freie Disposition haben; ferner dasjenige, was einem der Eheleute unter der Bedingung, daß es nicht in die Gemeinschaft kommen solle, geschenkt oder vermacht wird; sodann kleine Liebesgeschenke, sofern sie sich mit der Gütergemeinschaft vereinigen lassen und den Creditoren nicht zum Nachtheil gereichen; endlich haben auch die Ehegatten an dem Vermögen ihrer noch lebenden Eltern keinen Antheil, also auch nicht wenn *communio honor. prorogata* stattfindet. Kein Ehegatte kann ohne Bestimmung des Anderen über das Gemeingut nach Willkür disponiren, jedoch steht dem Manne die Administration zu, wäre er selbst noch minderjährig, weil er durch die Ehe Großjährigkeit erlangt. Vermöge dieses Administrationsrechtes kann der Mann allein Contracte schließen, die das Gemeingut verbinden, auch das Gemeingut mit Schulden beschweren oder dasselbe veräußern. Die Einwilligung der Frau wird so lange vermuthet, bis sie gerichtlich um Inhibition einkommt, und dem Manne die Administration genommen wird (§. 8, 9, 10). Veräußerungen des Gemeingutes durch die Frau sind ungiltig, jedoch kann sie die das Hauswesen betreffenden Contracte schließen, auch sind ihre Handlungen rechtsverbindlich, wenn sie mit Wissen und Willen des Mannes Handel oder gar Kaufmannschaft treibt, wenn das Gemeingut bereichert worden ist, wenn sie in langer Abwesenheit des Mannes aus Noth zur Schließung eines Contractes gezwungen war, oder wenn ihr der Mann die ihm zustehende Verwaltung freiwillig übertragen hat. Das Gemeingut haftet für die von dem einen oder anderen der Eheleute contrahirten Schulden, dieselben mögen vor oder während der Ehe contrahirt sein (§. 12), ohne daß dagegen wegen Minderjährigkeit oder Betruges Restitution stattfindet, es wäre denn, daß die Ehe selbst aus einem solchen Grunde aufgehoben würde. Verwirkt einer der Ehegatten eine Geldstrafe, so haftet das Gemeinvermögen (§. 13). Bei dem Tode eines Ehegatten fällt das Vermögen, wenn keine Kinder am Leben sind, ganz auf den Ueberlebenden mit Ausschluß aller Verwandten. Der Längstlebende haftet dann aber auch für die Schulden, jedoch steht der Frau unter Umständen das

**beneficium cessionis honorum** zu. Sind Kinder vorhanden, so treten diese in die Stelle des Verstorbenen und der Ueberlebende setzt mit ihnen die Gütergemeinschaft fort (*communio bonorum prorogata*) (§. 16), jedoch so, daß ihm alleinige Verwaltung über das Vermögen zusteht. Bei Lebzeiten des überlebenden Ehegatten können die Kinder keinen Pflichttheil aus dem Vermögen fordern, sondern bei Verheirathungen nur eine Aussteuer. Auch wird das Gemeingut durch *facta* der Kinder nicht verbunden, sowie diese auch nicht befugt sind, bei Lebzeiten des übriggebliebenen Ehegatten über ihren Antheil am Gemeingute auf den Todesfall zu disponiren. Alles, was der Ueberlebende in der prorogirten Gütergemeinschaft noch erwirbt, wird ebenfalls gemeinschaftlich und ebenso Alles, was die Kinder mit dem gemeinschaftlichen Vermögen erwerben oder was ihnen durch natürliches Erbgangsrecht von Ascendenten oder Seitenverwandten zufällt. Der überlebende Ehegatte kann über das gemeinschaftliche Vermögen nicht willkürlich disponiren, auch keine ungleiche Theilung unter den Kindern machen. Wohl aber kann er jederzeit mit seinen Kindern sichten und dann über seine Hälfte beliebig verfügen (§. 20). Wegen Verschwendung des Längstlebenden können auch die Kinder eine Schichtung veranlassen (§. 22). Mit der Wiederverheirathung des Längstlebenden hört die prorogirte Gütergemeinschaft auf, und ist derselbe noch vor Vollziehung der zweiten Ehe ohne Ausnahme schuldig zu sichten, d. h. das vorhandene Vermögen gleich zu theilen (§. 22); wobei die Kinder das etwa schon Erhaltene conferiren. Durch diese Schichtung werden die Kinder ganz von dem elterlichen Vermögen abgefunden, jedoch participiren sie unter Umständen an einer dem *parens* nach der Schichtung zufallenden Erbschaft, sowie sie auch für den Fall den *parens* beerben, wenn derselbe unverheirathet und kinderlos stirbt. Stirbt dagegen ein separirtes Kind *ab intestato*, so beerben es die mitseparirten Kinder allein. Separirte Kinder und ihre Stiefgeschwister beerben sich wechselseitig mit Ausschluß der Eltern, Brüder und Schwestern. — Die Schichtung bei einer Wiederverheirathung kann nur umgangen werden durch Errichtung der Einkindschaft, wozu erforderlich, daß Alle, die dabei interessirt sind, consentiren und zwar für minderjährige Kinder deren Vormünder; daß der Betrag des Vermögens gehörig constatirt werde; daß die Obrigkeit einwillige und daß die nächsten Blutsverwandten zu Rathe gezogen werden (§. 24). Die Einkindschaft bewirkt: die gemachten Kinder werden den leiblichen bis auf die Rechte der Blutsverwandtschaft gleich; der gemachte Vater erhält die Verwaltung über das ganze zusammengebrachte Vermögen; er hat auch die Verwaltung und den Nießbrauch eines den Kindern etwa ausgeworfenen *praecipuum* bis zu der Großjährigkeit oder Verheirathung jener (§. 28); in Ansehung der Erbfolge aber bewirkt die Einkindschaft, daß die vereinigten Kinder, die angenommenen mit den leiblichen, das Vermögen ihrer beiderseitigen Eltern, wenn diese mit Tode abgehen, in *capita* erben, als wenn sie Kinder einer Ehe wären, und dieses Erbtheil können so wenig die rechten als die angefügten Eltern den angenommenen Kindern, weder durch Disposition unter Lebendigen noch durch letzten Willen, nicht einmal aus

gerechten Enterbungsurfachen, entziehen oder schmälern<sup>2)</sup>. Dieß gemeinsame Erbrecht erstreckt sich jedoch nicht auf privatives Vermögen der Vorkinder oder Nachkinder, oder was beiden von ihren besonderen Verwandten zufällt. Nach Absterben des gemeinschaftlichen rechten Vaters oder der gemeinschaftlichen rechten Mutter beerben die Vor- und Nachkinder die Blutsverwandten jener in auf- und absteigender Seitenlinie gemeinschaftlich in capita. Sind beide Eltern gestorben oder von ihnen die Kinder abgetheilt, und diese haben ihr gemeinschaftliches Vermögen noch ungetheilt bei einander, so erben, vermöge der errichteten Einkindschaft, die gleichgemachten zugleich mit den rechten Geschwistern oder, ohne diese, sich einander ab intestato (§. 29). Von der errichteten Einkindschaft kann nicht wieder abgegangen werden, es sei denn bei Verschwendung des zusammengebrachten Vermögens durch beide oder den einen, überlebenden, Ehegatten, oder bei Eingehung einer dritten Ehe von Seiten eines Ehegatten nach dem Tode des anderen (§. 30). Wenn wider die Vormundschaftsordnung bei der Wiederverheurathung eines Wittwers oder einer Wittwe die Errichtung der Einkindschaft oder die legale Schichtung unterblieben ist, so wird zur Strafe des überlebenden und des neuen Ehegatten angenommen, daß Einkindschaft errichtet worden sei und steht es in der Wahl der Vorkinder, ob sie in dieser Einkindschaft bleiben oder auf Nachholung der Separation des zur Zeit der Wiederverheurathung ihres Vaters oder ihrer Mutter vorhanden gewesenem gemeinschaftlichen Vermögens antragen wollen (§. 31). — Veränderung des Wohnsitzes hebt die Gütergemeinschaft nicht auf, es sei denn, daß dieß vertragsmäßig ausgemacht sei. Den Creditoren darf dieß dann dennoch nicht schaden<sup>3)</sup>. Ebensovienig gänzlicher Verlust des gemeinsamen Vermögens. Sie kann aber vertragsmäßig aufgehoben werden, wenn die Aufhebung, welche in keinem Falle den Creditoren nachtheilig sein darf, der competenten Obrigkeit insinuiert und in öffentlichen Blättern, namentlich den lippischen, bekannt gemacht wird. In Ehescheidungsfällen, oder bei Katholiken bei beständiger Scheidung von Tisch und Bett, tritt Aufhebung der Gütergemeinschaft zwar ein, jedoch wird es mit der Theilung nach Verschiedenheit der Fälle gehalten. Sind beide Theile an der Scheidung schuld, so wird das Vermögen gleich getheilt. Ist die Schuld a) auf Seiten des Mannes, so hat die Frau die Wahl, ob sie ihr Eingebrautes nebst dem vierten Theile des Vermögens des Mannes zurückfordern, oder das ganze Vermögen nach Abzug der Schulden mit dem Manne gleich theilen will. Dieselbe Wahl hat b) der unschuldige Mann, daß er entweder der Frau ihr Eingebrautes mit dem vierten Theile des Vermögens zurückgeben, oder mit ihr das Gemeingut gleich theilen kann.

Von sonstigen in das Personenrecht einschlagenden particulären Bestimmungen ist zu erwähnen, daß die Polizeiordnung vom Jahre 1620 Tit. V. rücksichtlich der Alimentation unehelicher Kinder vorschreibt, sie

2) Quistorp, rechtliche Bemerkungen II. S. 267. K u n d e, Beiträge II. S. 420.

3) Pfeiffer, rechtl. Ausführungen II. S. 263, 266.

seien die ersten drei Lebensjahre bei der Mutter zu belassen, welche von dem unehelichen Vater für jedes Jahr 3 Rthlr. erhält. Nach Verlauf dieser drei Jahre steht es der Mutter frei, dem Vater das Kind zuzubringen oder wegen der Alimentation mit ihm zu handeln. Diese Bestimmung ist noch anwendbar, jedoch hat die Verordnung vom 20. September 1796 die gedachten Alimentengelder für die ersten drei Lebensjahre auf 6 Rthlr. jährlich erhöht. Nach einem ziemlich allgemeinen Gebrauche pflegt die Mutter für die ferneren Lebensjahre bis zur erfolgten Confirmation 12 Rthlr. jährlich zu erhalten, wenn sie das Kind behält. Ueber das Verhältniß zwischen Schwängerer und der stuprata verordnet die Polizeiordnung l. c.: Beschläßt ein Lediger eine Jungfrau, so soll er dieselbe zur Ehe behalten oder sie aussteuern, dergestalt, wie solches von ihren Eltern hätte geschehen können, oder wie dieses nach Gelegenheit von den Beamten des Ortes kann verhandelt werden, und damit ihre Ehre bessern.

Nach der Verordnung vom 22. Mai 1798 ist zur Beseitigung eines Widerspruches zwischen der Gütergemeinschaftsordnung und der Vormundschaftsordnung vom 1. Juli 1777 festgesetzt, daß ein minderjähriger Mann durch seine Verheurathung die Rechte der Großjährigkeit erlangt, jedoch soll er bis zur Erreichung des gesetzlichen Lebensalters, dem 25. Jahre, nicht befugt sein, Veräußerungen und Verpfändungen vorzunehmen. — Die Verordnung vom 22. April 1772 setzt hinsichtlich der Eheverlobnisse fest, daß das Jawort nur mit Bewilligung der Eltern oder Vormünder und im Beisein zweier redlicher fremder Zeugen gegeben werden soll. Die Polizeiordnung von 1620 Tit. V. §. 3. beschränkt die von den Bauern ihren Kindern mitzugebenden Brautsätze dergestalt, daß ein Vollweier nicht über 100 Rthlr., ein Halbspänner nicht über 80 Rthlr., ein Großkötter nicht über 50 Rthlr. an baarem Gelde verschreiben soll. Bei vorhandenem Allodialvermögen fällt diese Beschränkung hinweg, jedoch will die Verordnung vom 12. Decbr. 1769, daß, wenn in einem solchen Falle ein höherer Geldbrautschlag verschrieben werden soll, die *adquisita* genau angegeben, und als Grund der Brautschlagserhöhung *specifice* in die Eheverschreibung eingerückt werden. — Die Vormundschaftsordnung vom 1. Juli 1777 enthält größtentheils gemeinrechtliche Bestimmungen. — Ein Heimathsgesetz ist nach vorgängiger landständischer Berathung am 2. März 1841 ergangen.

## 2) Sachenrecht.

Bei Veräußerungen von Bauergütern oder deren Pertinenzien ist nach der Verordnung vom 27. Januar 1752 landes- und gutherrlicher Consens erforderlich. Nach Aufhebung des Guts- und Leibeigenthums durch die Verordnung vom Jahre 1808 fällt der gutherrliche Consens hinweg. Die landesherrliche Einwilligung wird aber noch immer erfordert und können die früher ohne den gesetzlichen Consens veräußerten Bauergüter durch *vindication* und, wenn es Pertinenzien waren, durch sogen. *Reintegrationsklagen* zurückgefordert werden. — Die Verordnung vom 2. August 1803 entscheidet die Frage, ob zur Erwerbung einer *Servitut* durch Verjährung, in Ermangelung eines rechtlichen Titels, ein

Zeitraum von 30 Jahren, oder nur ein fehlerfreier Besitz von 10 und 20 Jahren, resp. bei Anwesenden und Abwesenden, erforderlich sei, dahin, daß die Verjährung erst in 30 Jahren vollendet werde. Ebenso verjährt das Recht, eine jährliche Leistung oder Abgabe von der Person oder dem Grundstücke eines Anderen zu fordern, sammt der Leistung oder Abgabe selbst, nach Ablauf von 30 Jahren in den Fällen, wo die gemeinen Rechte keinen längeren Zeitraum ausdrücklich vorschreiben, nach der Verordnung vom 23. December 1794. — Ein Retractrecht besteht in den Städten und kann von den Bürgern wegen der an Auswärtige veräußerten städtischen Grundstücke binnen 30 Jahren, von Zeit der Veräußerung an, ausübt werden, — Verordnung vom 14. August 1798. — Wegen der Dienste und Zehnten bestehen mehrere Verordnungen, hauptsächlich bemerkenswerth sind die Verordnungen vom 24. März 1664 und 12. März 1771; — die Verordnung wegen der Extradienste vom 12. October 1771 und die Verordnung vom 27. April 1779, nach welcher letzteren die Dienstpflichtigen, wenn sie eine von der Dienstordnung abweichende bisherige Dienstleistung bescheinigen, in summarissimo geschützt werden sollen. Auf dem Landtage vom Jahre 1838 wurde eine Verordnung, die Ablösung der Dienste, Zehnten, Korn- und Viehabgaben von den Ständen berathen und angenommen, welche demnächst unter dem 4. September ei. a. publicirt wurde. — Ueber Gemeinheitstheilungen besteht die Verordnung vom 24. April 1777. Ein umfassenderes Gesetz über diesen Gegenstand ist angekündigt in der Verordnung vom 7. Juni 1808, ist aber noch nicht erfolgt. Huteservituten können nach der Verordnung vom 26. September 1843 unter gewissen Bedingungen abgelöst werden. — Pfandrechtliche Bestimmungen enthält die Hypothekenordnung vom 12. März 1771. Die Rangordnung der Pfänder ist festgesetzt in der Concursordnung vom 24. December 1779. Der §. 9 der Hypothekenordnung gestattet die Eintragung einer hinsichtlich der Beschaffenheit und Größe noch nicht liquiden Forderung in das Hypothekenbuch zur Erhaltung des Vorzuges. Diese Bestimmung ist durch eine Verordnung vom 29. December 1774 dahin landesherrlich declarirt: daß die in Rechtsstreit befangenen Forderungen nur dann zu dem im §. 9 bestimmten Zwecke eingetragen werden sollen, wenn sie auf Brief und Siegel sich gründen oder wenn schon ein Urtheil dafür ergangen, oder wenn doch ein gefährliches Schuldenmachen vom Besitzer des Gutes den Streitgegenstand in Unsicherheit stellt. Diese Declaration hat häufig zu der Meinung Veranlassung gegeben, daß jede, auch kein dingliches Recht mit sich führende, Forderung unter den in der Verordnung angegebenen Umständen in das Hypothekenbuch eingetragen werden könne und dadurch ein Vorzugsrecht vor allen später eingetragenen erhalte. Durch viele Präjudize der Obergerichte ist diese Meinung als unrichtig verworfen, weil der §. 5 der Hypothekenordnung ausdrücklich vorschreibt, daß sich nur Pfand- und sonstige dingliche Rechte, nicht aber Personalverbindlichkeiten und Contracte zur Eintragung in die Hypothekenbücher eignen. — Durch die Verordnung vom 26. Januar 1841 ist bestimmt, daß die in das Hypothekenbuch nicht eingetragenen Pfandrechte in Beziehung auf

britte Personen nur den gesetzlichen Vorzug der damit versehenen Forderung vor bloß chirographarischen haben sollen und daß nur diejenigen Hypotheken und andere dingliche Rechte, welche nach §. 7 der Hypothekenordnung von 1771 der Ingressation bedürfen und zur Zeit der Veräußerung eines Grundstücks im Hypothekenbuche bereits darauf eingetragen waren, gegen dritte Besitzer mittelst der hypothekarischen Klage geltend gemacht werden dürfen. — Hinsichtlich der Lebensverhältnisse gilt gemeines Lehenrecht. In Folge des Beitrittes des Fürstenthums zu dem Rheinbunde wurde durch die Verordnung vom 3. Januar 1809 bestimmt, daß der Grundsatz, nach welchem Lehenrechte der Souveräns in anderen Staaten für wechselseitig überwiesen zu erachten seien, auch hinsichtlich des Fürstenthums Geltung haben solle. — Einiger erbrechtlicher Particularitäten ist schon oben bei der Verordnung wegen der Gütergemeinschaft unter Eheleuten Erwähnung geschehen. Die colonatrechtliche Succession des ältesten Sohnes (Anerben) in das Bauerngut mit Abfindung der Geschwister durch Brautsätze beruht auf einer, durch den Landtagschluß vom 16. Januar 1669 bestätigten Obervanz. Das in einigen Ämtern früher stattfindende Jünglingsgeburtsrecht ist durch die Verordnung vom 24. September 1782 in das Erstgeburtsrecht verwandelt. Sonstige Bestimmungen über die Succession des Anerben und sein Verhältniß zum abgehenden Meier (Leibzüchter), zum Interimswirthe u. s. w. enthält die Verordnung wegen der Leibzüchter vom 6. Februar 1781.

### 3) Obligationenrecht.

Die reichsgesetzliche Vorschrift, nach welcher die Forderung eines Juden an einen Christen einem anderen Christen nicht cedirt werden darf, welche durch die Verordnung vom 30. Juni 1781 noch besonders eingeschränkt war, ist aufgehoben durch die Verordnung vom 16. März 1841. Betten sind nach der Verordnung vom 23. März 1789 nicht klagbar. Das Borgen der Kaufleute an contribuablen Unterthanen ist beschränkt durch die Verordnung vom 17. August 1802. Unverbriefte Forderungen verjähren nach der Verordnung vom 31. October 1799 in zehn Jahren. — Das obligatorische Verhältniß zwischen Herrschaften und Dienstboten ist festgesetzt in der Gesindeordnung vom 14. November 1795 und deren Ergänzung vom 26. März 1805. Den Handlungsbüchern der christlichen Kaufleute ist durch die Verordnung vom 24. April 1777 die Kraft eines halben Beweises beigelegt, wenn die Schuld in Zeit eines Jahres von ihrer Entstehung eingeklagt wird.

### V. Strafgesetzgebung.

Bis zum 1. October 1843 bestand nur das gemeine in Deutschland gültige peinliche Recht. Es kamen mithin römisches und canonisches Recht, insonderheit aber die peinliche Gerichtsordnung Karls V. vom Jahre 1532 und die sonstigen bezüglichen Reichsgesetze zur Anwendung. Jedoch hatte die criminalrechtliche Praxis an jenen Bestimmungen Vieles geändert, wovon sich Notizen finden in Heffter's Lehrbuch des Criminalrechtes, 1. Auflage. Auf dem Landtage vom Jahre 1838 wurde die Einführung eines eigenen Strafcodez von den Ständen beantragt, und auf dem Landtage vom Jahre 1842 das im Herzogthume Braunschweig



publicirte Criminalgesetzbuch, nachdem solches vorher durch das Criminalgericht und durch eine ständische Commission besonders geprüft worden, von der Regierung zur Annahme vorgelegt, auch demnächst in fast völliger Integrität und nur mit einigen geringen unvermeidlichen Modificationen — namentlich in Hinsicht auf den Ehebruch — adoptirt, und durch das landesherrliche Patent vom 18. Juli 1843 dergestalt zum Gesetz erhoben, daß es am 1. October ei. a. in Geltung trat. Gleichzeitig wurden alle früheren, sich auf Gegenstände des Gesetzbuches beziehenden Bestimmungen aufgehoben und nur die aus dem Völkerrrecht fließenden oder durch Staatsverträge festgesetzten Grundsätze über Bestrafung von Verbrechen, ferner die Zoll-, Steuer-, Militär-, Polizei-, Jagd-, Forststrafgesetze u. s. w. beibehalten. Wegen der Injurien wurde in dem Publicationspatente besonders verfügt, daß dieserhalb künftig nur im Wege des Untersuchungsprocesses verfahren und nur auf die im Criminalgesetzbuche angedrohten Strafen erkannt werden solle (§. 5). Die bisher gemeinrechtlich geltenden Privatklagen sind mithin abgeschafft. — Da das braunschweigische Gesetzbuch keine Bestimmung über die Bestrafung des Wilddiebstahles enthält, so ist dieserhalb ein besonderes Gesetz, vom 1. August 1843, erlassen, welches sich in den Hauptbestimmungen den neueren Gesetzgebungen hinsichtlich dieses Verbrechens anschließt. Die Bestimmungen wegen Bestrafung der Verbrechen der Militärpersonen sind in den Kriegsartikeln vom 5. Juli 1831 enthalten. — Außerdem sind zu erwähnen: die Verordnung wegen Bestrafung der Forst-, Jagd- und Fischereierecce vom 13. April 1786, die Verordnung über dieselben Gegenstände vom 1. Juli 1806, mit beigefügtem revidirten Strafregulativ; die Verordnung wegen Bestrafung der Feld- und Gartendiebstähle vom 24. Juli 1817; die Verordnung vom 4. März 1823, den Ankauf gestohlener Sachen und die Verpflichtung der Schlosser und Schmiede zur Verhütung von Entwendungen betreffend; die Verordnung vom 11. September 1821 wegen Bestrafung wiederholter Unpflichten (außerordentlicher Weilschlaf); die Verordnung vom 12. August 1817, das Verfahren gegen geringe Verbrecher betreffend; und endlich die auf Beschlüssen der deutschen Bundesversammlung beruhenden Verordnungen vom 7. August 1832 und vom 13. September 1836, die Aufrechthaltung der Ruhe und Ordnung und die Vergehen gegen den deutschen Bund betreffend.

## VI. Gerichtsverfassung und Prozeß in Civilsachen.

I. Untergerichte. — Mit Civiljurisdiction versehene Untergerichte sind 1) in den Städten: das Stadtgericht zu Detmold, Horn, Blomberg, Warntrop, Ufen, Lage, das herrschaftliche und Stadtgericht zu Lemgo und der (gleichfalls mit Jurisdiction versehene) Magistrat daselbst. In Detmold besteht augenblicklich auch noch für einen Theil der Stadt ein besonderes Gericht unter dem Namen: Commission der Neustadt, welches aber in Gemäßheit der Städteordnung vom Jahre 1842 mit dem Stadtgerichte verschmolzen werden wird. — 2) Für das platte Land: die Justizämter Horn, Detmold, Brake, Lage, Verlinghausen, Schötmar, Warenholz, Vogtei Langenholzhausen, Warenholz, Vogtei Hohenhausen, Sternberg

and Barntrup zu Alverbissen, Schieder, Schwalenberg, Lipperode, das fürstlich Schaumburg-lippische Patrimonialamt Blomberg und das freyherrlich v. Blomberg'sche Patrimonialamt Iggenhausen.

Alle diese Gerichte sind, mit Ausnahme des Magistrates zu Lemgo, durch Einzelrichter besetzt und haben zum Theil nicht einmal einen besondern Actuarius. Die Grundzüge des Verfahrens vor denselben sind in dem Prozeßreglement vom 16. Februar 1816 angegeben. Bei den Aemtern werden die Prozesse protocollarisch instruirt und keine Advocaten zugelassen. Die Erkenntnisse werden nach Ablauf von neunzig Tagen rechtskräftig. Das einzig zulässige ordentliche Rechtsmittel gegen Bescheide der Aemter ist der Recurs an eines der beiden Obergerichte. Der Ausführung dieses Rechtsmittels müssen die bei dem Amte erwachsenen Protocolle in beglaubter Abschrift und mit einem Vollständigkeitsatteste versehen, beigelegt werden. — In Concursachen gegen Amtsunterthanen steht die Leitung des Verfahrens nicht den Aemtern zu (mit Ausnahme des Amtes Blomberg), sondern der Justizkanzlei.

Das Verfahren bei den städtischen Gerichten erster Instanz ist ähnlich. In Fällen, wo das Streitobject über 25 Rthlr. beträgt, ist jedoch Schriftwechsel zulässig, sowie hier überall Advocaten auftreten dürfen. Gegen die Urtheile muß binnen 10 Tagen interponirt und die Appellation an ein Obergericht binnen 90 Tagen ausgeführt werden. Die Stadt Lemgo hat ein privilegium de non appellando in Sachen, deren Object weniger als 40 Rthlr. werth ist.

II. Obergerichte. Deren gibt es im eigentlichen Sinne zwei, die Justizkanzlei und das Hofgericht. Diese bilden für die von der Jurisdiction der Untergerichte eximirten Personen und Sachen die erste Instanz, sowie die zweite und unter Umständen die dritte Instanz in Sachen, welche bereits von einem Untergerichte entschieden wurden. Die Stellung beider Gerichte ist coordinirt und die Wahl eines von ihnen steht in der Willkür der appellirenden oder recurrirenden Partei, jedoch mit einigen Ausnahmen. So gehen z. B. sämtliche Recurse von dem Patrimonialamte Blomberg nur an das Hofgericht, und sämtliche Recurse von den Hof- und Forstgerichten nur an die Justizkanzlei. Ebenso gelangen an die letztere ausschließlich die Appellationen von den Entscheidungen des Militärgerichtes in Civilsachen.

Diesen beiden Obergerichten dem Range nach coordinirt, obwohl dem Wesen nach Untergerichte, sind das Consistorium und das Hofmarschallamt zu Detmold. Bei dem ersteren werden außer den Ehe- und Verlöbnißsachen auch alle Klagen wegen des Mein und Dein verhandelt, sofern der Verklagte dem Kirchen- und Schulwesen angehört, oder sofern der unbewegliche Streitgegenstand zu dem Vermögen der Kirchen und Schulen gehört. Das Verfahren ist in der Regel ebenfalls protocollarisch. Die Rechtsmittel von den Erkenntnissen sind nur bei der Justizkanzlei anzubringen, jedoch sind dieß hier keine Devolutivrechtsmittel, sondern *querela nullitatis* oder *remedium revisionis*, und das Consistorium sendet auf erfolgte Interposition die Acten in originali sofort an die Justizkanzlei ein. Ein Gleiches gilt nach der Verordnung vom

24. December 1839 hinsichtlich der, gegen Erkenntnisse des Hofmarschallamtes eingelegten Rechtsmittel, welche jedoch nicht allein bei der Justizkanzlei, sondern auch bei dem Hofgerichte eingebracht werden können.

III. Das Oberappellationsgericht zu Wolfenbüttel ist durch die Verordnung vom 24. December 1816 als höchstes Gericht in Civilsachen eingeführt. Die Appellationssumme beträgt nach dem Patente vom 16. August 1836 jetzt noch 400 Rthl., und werden jährliche Renten oder Gefälle zu einem vierprocentigen Capitale angeschlagen. Inappellabel sind, außer wenn der Gegenstand des Streites diese Appellationssumme nicht erreicht: Injurienfachen, prozeßleitende und Inhabitsdecrete u. s. w. und sämtliche Ehe- und Verlöbnißstreitigkeiten. — Die wichtigsten Verordnungen über das Verfahren in Civilrechtsstreitigkeiten sind die Gerichtsordnung vom Jahre 1593 (Landesverordnungen Bd. I, S. 173—296), welche zugleich eine Vorschrift über die Organisation des Hofgerichtes und des Generalhofgerichtes enthält, das schon erwähnte Prozeßreglement vom 27. Februar 1816 (Landesverordnungen Bd. VI, S. 299) und die Oberappellationsgerichtsordnung vom Jahre 1836. Specielle Vorschriften enthalten theils zahlreiche gemeine Bescheide der Justizkanzlei und des Hofgerichtes und außerdem: die Verordnung vom 24. December 1763, die Abschaffung des Calumnieneides und Einführung der Succumbenzgelber betreffend, die Kanzleiordnung von 1770, die Verordnung wegen Verlängerung der Beweisfristen von 1776, wegen der Beweiskraft der Handlungsbücher von 1777 (Landesverordnungen Bd. II, S. 608), die Concursordnung von 1779 (Landesverordnungen Bd. II, S. 688), und wegen der Moratorien von demselben Jahre (Landesverordnungen Bd. II, S. 719), wegen der Eidesdelation im Executivprozeße von 1780, wegen Classification der Finsen im Concurse von 1786 (III. S. 227); die Verordnung wegen Aufnahme der Gemeindevollmachten von 1802, wegen des Judeneides von 1800 u. m. a., auch die Depositenordnung von 1789 und die Distraktionsordnung von 1771.

#### VII. Strafrechtspflege.

Die Stadtgerichte und Kemter haben in allen Criminalsachen den ersten Angriff und die Voruntersuchung. Die weitere Untersuchung bis zum Erkenntnisse wird, wenn das begangene Verbrechen mit keiner härteren als einer einjährigen Freiheitsstrafe bedroht ist, gleichfalls von jenen Behörden, sonst aber vom Landescriminalgerichte zu Detmold, an welches die Acten eingesandt werden, geführt. Untersuchungen wegen Amtsverbrechen der im §. 248 des Criminalgesetzbuches aufgeführten Personen gehören jedoch ausschließlich zur Competenz des Criminalgerichtes. Criminalstrafen erkennt nur das letztere, und werden zu diesem Behufe die Acten von den Untergerichten eingesandt. Polizeistrafen können von diesen ohne Weiteres erkannt werden. (Publicationspatent zum Criminalgesetzbuche vom 18. Juli 1843 §. 9.)

Das Publicationspatent zur Oberappellationsgerichtsordnung vom 16. August 1836 ordnet, in Folge der durch den Bundestagsbeschluss vom 15. November 1835 verbotenen Actenversendung in Criminalsachen, eine zweite Instanz in der Art an, daß sämtliche Mitglieder der beiden

Obergerichte (des Hofgerichtes und der Justizkanzlei) als außerordentliche Beisitzer mit den Mitgliedern des Criminalgerichtes zusammentreten und auf diese Weise ein Plenum bilden, bei welchem auch etwaige Beschwerden über verweigerte, verzögerte und ordnungswidrig verwaltete Justiz angebracht werden können. In dritter und letzter Instanz kann auf die Entscheidung des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes zu Wolfenbüttel angetragen werden, jedoch sind von der Competenz dieses Tribunals ausgenommen und deshalb auch in dritter Instanz an das Plenum verwiesen: Ehebruchs- und Injurienfachen, und sämtliche Untersuchungsfachen wegen verübter Gewaltthätigkeit und Eigenmacht, wegen Diebstahles und Wildddieberei, sofern das ergangene Erkenntniß eine Strafe ausgesprochen hat, welche das Maß einer einjährigen Freiheitsberaubung nicht übersteigt. — Ausnahmen von den vorsehend bezeichneten Competenzverhältnissen finden statt: 1) hinsichtlich der Verbrechen der im activen Dienste befindlichen Militärpersonen. Diese werden vom Militärgerichte untersucht und in einer Instanz entschieden, jedoch müssen die Acten mit dem Urtheile, vor dessen Publication, der Landesregierung eingereicht werden, welche das Erkenntniß bestätigt oder abändert, d. h. schärft oder mildert. 2) Hinsichtlich der in der Stadt Lemgo und deren Feldmark verübten Verbrechen. Die gedachte Stadt hat ein eigenes, aus den beiden Justizbürgermeistern, dem herrschaftlichen Richter und dem Stadtsecretär als Actuar, zusammengesetztes Criminalgericht, welches auf die von einem der Justizbürgermeister als Inquirenten geführte Untersuchung das Urtheil fällt. (Vergleich der Stadt Lemgo mit der fürstlichen Regierung über verschiedene Streitigkeiten de anno 1794.) Auf ausgeführte weitere Vertheidigung werden die geschlossenen Acten zum zweiten Erkenntniße an das Plenum des Landescriminalgerichtes eingesandt, welches zu dem Lemgoer Criminalgerichte in demselben Verhältnisse wie zum Landescriminalgerichte steht (vgl. Publicationspatent zur Oberappellationsgerichtswodnung von 1836 S. 9). 3) Hinsichtlich der in dem Schaumburg-lippischen, unter lippischer Hoheit stehenden, Paragialamte Blomberg verübten Verbrechen. Nach Vorschrift altväterlicher Verträge<sup>4)</sup> wird dort die Criminaljurisdiction zwischen dem regierenden und dem erbherrlichen Hause zur gesammten Hand gehegt, und das prinliche Gericht aus dem lippischen Hoheitscommissär für das Amt Blomberg und einem der erbherrlichen Patrimonialgerichtsbeamten oder einem sonst erbherrlicher Seite dazu auserwählten Rechtsgelehrten gebildet. Auch für die von diesem Gerichte gefällten Urtheile bildet das Plenum zu Detmold die Behörde zweiter Instanz und steht selbige übrigens in einem gleichen Verhältnisse zu jenem, wie zu dem Lemgoer Criminalgerichte (vgl. Verordnung, das gerichtliche Verfahren im Amte Blomberg betreffend, vom 2. Februar 1841).

Das Verfahren in Criminalsachen ist inquisitorisch und findet nach

4) U. A. Hameln'scher Decret de anno 1655 abgedruckt in: Urkunden zur Beurtheilung der zwischen den fürstlichen Häusern Eippe und Schaumburg-Eippe streitigen Verhältnisse. Lemgo 1831.

den Regeln des gemeinen in Teutschland geltenden Criminalprozeßes statt. Die peinliche Prozeßordnung vom Jahre 1600, welche den Accusationsprozeß vorschreibt, ist außer Uebung gekommen. Die Criminalinstruction für die Beamte vom Jahre 1767 enthält die von den Untergerichten bei der Voruntersuchung zu beachtenden Vorschriften. Alle außergewöhnlichen Todesfälle müssen nach einer Verordnung vom Jahre 1802 von den Unterbehörden dem Criminalgerichte zu Detmold berichtlich angezeigt werden. — Hinsichtlich der kleinen Vergehen ist noch zu bemerken, daß für solche die sogen. Sohgerichte bestehen. Nach der Verordnung vom 3. Junius 1817 gehören zu deren Competenz nur Excesssachen. Civilansprüche können in der Regel nicht und nur dann geltend gemacht werden, wenn sie sich unmittelbar mit entscheiden lassen. Sonst müssen sie an die Civilgerichte verwiesen werden. Das Verfahren besteht darin, daß der angezeigte Exceß bei dem Untergerichte untersucht wird. Die Protocolle werden sodann bei dem jährlich einmal bei jedem Gerichte gehaltenen Sohgerichte, zu welchem ein Mitglied der Regierung committirt wird, vorgelegt und wird dort das Urtheil abgefaßt, welches 6 Wochen nach der Publication rechtskräftig wird. Ist die Sache eilig, so braucht das jährliche Sohgericht nicht erwartet zu werden, sondern der Beamte sendet die Protocolle sofort an den Sohgerichtskommissarius, welcher bis zum nächsten Sohgerichte in Function bleibt, mit Gutachten ein. — Vergehen Personen, welche als Bewohner schriftsfähiger Güter von der Jurisdiction der Untergerichte erimirt sind, oder die herrschaftlichen Forst- und Jagdbedienten einen Forst- oder Jagdexceß, so ist für diese ein besonderes Gericht unter dem Namen „Forstgericht der Exemten“ zu Detmold niedergelegt.

#### VIII. Kirchenrecht.

In kirchenrechtlicher Hinsicht hat die Gesetzgebung seit den umfassenden, aber in manchen Punkten veralteten, Kirchenordnungen vom Jahre 1571 und 1684 wenig gethan. Die gedachte Kirchenordnung von 1571 ist das älteste in dem Fürstenthume bestehende geschriebene Gesetz und ist betitelt: Kirchenordnung, wie es mit der reinen Lehre göttlichen Worts und Austheilung der hochwürdigen Sacramenten, auch allerlei christlichen Ceremonien, und zum heiligen Predigtamt nothwendigen Sachen in den Graffschaften Lippe, Spiegelberg und Pyrmont soll einträchtiglich gehalten werden. — Sie entspricht fast ganz den um dieselbe Zeit in anderen Ländern auf die augsburgische Confession gegründeten Kirchengesetzen. — Die Kirchenordnung von 1684 dient noch jetzt in kirchenrechtlicher Hinsicht zur Richtschnur.

Die Organisation des Consistoriums ist in der Consistorialordnung vom 15. October 1600 enthalten.

Als specielle kirchenrechtliche Vorschrift ist nur die Verordnung vom 22. April 1772, wegen der Eheverlobnisse, zu erwähnen, welche die Beziehung zweier fremder Zeugen zu den Verlobungen gebietet, wenn anders die Wirkung der Klagbarkeit daraus hervorgehen soll.

## IX. Auswärtige Rechtsverhältnisse.

Unter den im Fürstenthume publicirten Beschlüssen der deutschen Bundesversammlung sind unter anderen zu erwähnen: 1) über die Aufhebung der Nachsteuer und des Abzugsrechtes in den deutschen Bundesstaaten, publicirt durch Verordnung vom 16. Juni 1818. 2) Die allgemeine Cartellconvention betreffend, Verordnung vom 8. März 1831. 3) Wegen der Befugnisse der Landstände, Verordnung vom 7. August 1832. 4) Die Aufrechthaltung der gesetzlichen Ordnung und Ruhe in den Bundesstaaten betreffend, Verordnung von demselben dato. 5) Wegen Errichtung eines Schiedsgerichtes zwischen Regierung und Landständen, Verordnung vom 2. December 1834. 6) Wegen der Actenverschickungen an Universitäten oder Schöppenstühle, vom 16. December 1834. 7) Wegen gemeinschaftlicher Maßregeln hinsichtlich der Universitäten und anderer Lehr- und Erziehungsanstalten Deutschlands, Verordnung vom 20. Januar 1835. 8) Wegen Verbotes des Nachdrucks, Verordnung vom 28. April 1835. 9) Wegen Bestrafung von Vergehen gegen den deutschen Bund und die Auslieferung von politischen Verbrechern betreffend, Verordnung vom 13. September 1836. — Das Abzugsrecht ist mit außerteutschen Staaten aufgehoben: mit Preußen wegen dessen nicht zum Bunde gehörigen Provinzen durch die Convention vom 9. Februar 1819; mit dem Königreich der Niederlande durch Convention vom 8. September 1835, und mit der schweizer Eidgenossenschaft durch Convention vom 16. September 1840.

Die Verträge mit der Krone Preußen und den übrigen Vereinsstaaten, den Anschluß des Fürstenthums an den deutschen Zollverein betreffend; mit Preußen wegen der Besteuerung der inneren Erzeugnisse im Fürstenthume Lippe; mit demselben Staate über den erneuerten Anschluß der lippischen Enclaven Lipperode, Kappel und Grevenhagen an das preussische Zoll- und indirecte Steuersystem; sodann mit Preußen und Kurhessen, die Erhebung des Weserzolles betreffend, — sind bekannt gemacht durch das landesherrliche Patent vom 17. December 1841. — Eine, mit sämtlichen den Weserstrom mit ihren Gebieten berührenden Staaten abgeschlossene Weserschiffahrtsacte ist publicirt durch die Verordnung vom 9. März 1824; eine Ergänzung dazu vom 2. Mai 1826. —

Hinsichtlich der wechselseitigen Rechtshilfe wird das Princip der Reciprocität beobachtet, ohne daß darüber eine besondere Vorschrift gegeben ist. — Mit Kurhessen (Verordnung vom 2. Mai 1820) und Hannover (Verordnung vom 9. August 1825) bestehen Conventionen über gegenseitige Auslieferung der Verbrecher und über Durchführung der Gefangenen in den gegenseitigen Gebieten; ingleichen ist durch Verordnung vom 15. December 1818 vorgeschrieben, wie bei dem Transporte von Bagabunden durch die königlich preussischen Staaten zu verfahren ist.

**Litiscontestation. Kriegsbefestigung. Einlassung und Antwort<sup>1)</sup>.** Im classischen römischen Rechte erscheint die Litisconte-

1) Literatur: Ueber den Begriff der Litiscontestation hat die neuere Zeit seit der Entdeckung von Gajus Institutionen eine reichhaltige Literatur

station als ein zweiseitiger Act der Prozeßparteien, welcher seinen Namen erhalten hat von dem Zeugenaufruf, welcher am Schlusse des Verfahrens vor dem Prætor (in iure) von jeder derselben vollzogen ward<sup>2)</sup>. Daß sie dem ersten Theile des Prozeßverfahrens angehört, nicht aber dem iudicium, ist von Keller<sup>3)</sup> ausführlich erwiesen. Als Schlußact

aufzuweisen. Aus der früheren Zeit gehört hauptsächlich hierher C. G. de Winckler, *discrimen inter litiis contestationem iure veteri et hodierno* (Lips. 1751.), in dessen *opuscula minora* tom. I. p. 293 sq.; Vossler, *de litiis contestatione Romanorum*. Tubing. 1808. (sehr unbedeutend und wahrscheinlich aus Malblanc's Vorträgen geschöpft, wofern dieser nicht selbst als Verfasser gelten kann); v. Glück, *Erläuterung der Pandekten* Th. 6. S. 164—175 (beschränkt sich nur auf einen Auszug aus der Winckler'schen Schrift ohne eigene Untersuchung); Goldschmidt, *über Litiscontestation und Einreden* (Frankfurt 1812. 8.), zeichnet sich vor allen früheren Schriften durch eine gute Methode der Untersuchung aus, wenn auch ein großer Theil der Resultate durch neuentdeckte Quellen umgestürzt wird. Seit der Entdeckung des *Cajus* haben sich mit der Erörterung des Begriffes hauptsächlich beschäftigt Kinde, *Abhandlungen aus dem teutschen gemeinen Civilprozeße* (Wonn 1823), S. 1—15; Keller, *über Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischen Rechte* (Zürich 1827), S. 1—81; Zimmermann, *der römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian* §. 118, 129, S. 356, 363; Spengel, *über Litiscontestation und Einreden* (München 1827), ist sehr unbedeutend; Mayer, *über Litiscontestation* (Stuttgart 1830), sammt dessen Recension von Rudorff, in v. Savigny's *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* Bd. 7, Nr. 7, S. 231—241 (diese beiden Schriften betreffen mehr die Gestaltung der Litiscontestation zur Zeit der Legislation); Danz, *diss. de litiis contestatione, quae fuit tempore legis actionum*. Jenae 1831. (verfolgt den nämlichen Zweck); Albrecht, *die Exception des gemeinen teutschen Civilprozeßes* (München 1835), S. 132 flg. (wird besonders für die Zeit seit Justinian von Bedeutung); Bayer, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß*, 7. Ausgabe (München 1842), S. 326—334 (sehr klar); Sintenis, *Erläuterungen über verschiedene Materien des Civilprozeßes nach Kinde's Lehrbuch* Pest 1, S. 91—140. Siehe 1839. — Ueber die Einteilungen der Litiscontestation verbreiten sich außer den gewöhnlichen Prozeßcompendien auch v. Glück a. a. D. Th. 6, S. 175—189; Kinde a. a. D.; Bayer a. a. D. S. 334 flg. — Die Wirkungen der Litiscontestation hat nicht bloß Winckler zusammengestellt, sondern von den Neueren hauptsächlich Keller a. a. D. §. 8—24, S. 82—196; Zimmermann a. a. D. §. 120—124, S. 363—377; Bayer a. a. D. S. 335—340; Sintenis a. a. D. §. 1, S. 206 flg. Einzelne gute Bemerkungen gibt auch Kasperus, *über die Denunciation der Adner und ihr geschichtlicher Zusammenhang mit dem ersten prozeßleitenden Decrete* (Leipzig 1843), §. 25, S. 269—272.

2) Festus, d. V. S. ed. Dacier p. 96.: *Contestari est cum uterque reus dicit: testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod, ordinato iudicio, utraque pars dicere solet: testes estote. Zur richtigen Erklärung der Stelle mag Folgendes bemerkt werden: 1) daß ordinare iudicium der classische Ausdruck für das Anordnen eines iudicium ist. 2) Daß das Wesen der contestatio in das Aussprechen der Worte testes estote gesetzt wird. Man kann also mit Keller, a. a. D. S. 34, den Inhalt der Stelle so umschreiben: nach beendigtem Verfahren in iure fordern beide Parteien die Zeugen auf, über das, was sie so eben gesehen und gehört, Zeugniß abzulegen; daher der Ausdruck litem contestari.*

3) X. a. D. §. 4, S. 38—57.

des Verfahrens in iure bildete sie einen wichtigen Abschnitt im Prozesse, an den eine ganze Reihe von Folgen geknüpft ward, die ursprünglich im einfachen Zeugenaufruf nicht lagen, und auch später noch ferner damit verbunden blieben, als dieser Aufruf zum Zeugniß längst abgetommen war. In diesem Sinne läuft mit dem Ausdrucke parallel das *iudicium accipere*, was freilich öfters vom Beklagten vorkommt, gleichwohl auch von beiden Prozeßparteien gesagt wird, im Gegensatz des Magistrates, welcher das *iudicium* anordnet (dat *iudicium*)<sup>4</sup>). Im Formularprozeße war mit der Litiscontestation auch die Feststellung der Formel durch den Prætor für den vorliegenden Prozeß vollendet, welche regelmäßig schriftlich ertheilt ward und auch den Namen des *iudex* enthielt, an welchen die Parteien für die Entscheidung des Prozesses unabänderlich gebunden waren, für diesen aber eine allgemeine Instruction enthielt, nach welcher die Sache entschieden werden sollte. Insofern ward durch die Litiscontestation *iudex* und *lis* gewissermaßen festgemacht, indem auch die Prozeßparteien an den Inhalt der Formel gewissermaßen gebannt waren, weil der *iudex* unabänderlich daran gebunden war, und über dieselbe Sache nicht zweimal prozessirt werden durfte. Welche Bedeutung der Zeugenaufruf gehabt, wird aus dem Zeugniß des Festus nicht klar; am natürlichsten scheint es seinen Zweck darin zu setzen, daß sie künftig über das, was sie gesehen und gehört, vor dem *iudex* Zeugniß ablegen sollen, wenn es sich handelte um Constatirung der Vorgänge in iure<sup>5</sup>). In späterer Zeit, als jener Aufruf bei dem Acte wegfiel, mag es wohl der vielen Wirkungen halber, die sich im Prozesse daran knüpften, von Bedeutung gewesen sein, den Zeitpunkt, wo sie eintreten sollen, nach allgemeineren Merkmalen zu bestimmen. Diese Bemerkung gibt uns, wie es scheint, den Schlüssel zur Erklärung einer Constitution von Septimius Severus und Caracalla<sup>6</sup>), welche Viele vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes für interpolirt gehalten haben<sup>7</sup>). Sie erörtert speciell den Unterschied zwischen den Ausdrücken *edita actio* und *lis contestata*, und sagt in dieser Hinsicht, daß das Vorbeisein der Litiscontestation dann angenommen werde, wenn der in der formula bestellte *iudex* mittelst des Vortrages der Sache das Parteiverhör eröffnet hat. Das nun ist zur Charakteristik des Zeitpunktes, wo der zweite

4) Auf diesen Zusammenhang der technischen Ausdrücke deutet schon Keller a. a. D. S. 66—69.

5) Gegen diese Ansicht Keller's zieht jetzt wiederum aus feichten Unwahrscheinlichkeitsgründen zu Felde Küberus, die Denunciation der Römer und ihr geschichtlicher Zusammenhang mit dem ersten prozeßleitenden Decrete (Leipz. 1843), §. 7, S. 54 flg.

6) L. 1. C. de litiis contestatione (3. 9.): *Res in iudicium deducta non videtur, si tantam postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium res cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.*

7) Vgl. hierüber die verschiedenen Ansichten bei Keller a. a. D. S. 58—64.



Theil des Processes das *iudicium* anhebt, völlig ausreichend, und ver trägt sich ganz wohl mit der Ansicht, daß die Litiscontestation der Schlußact des Verfahrens in iure gewesen sei<sup>8)</sup>.

Es ist eine gewöhnliche Behauptung neuerer Juristen, in der Litiscontestation der früheren Zeit einen Vertrag zu erblicken, welcher über das streitige Rechtsverhältniß zwischen den Prozessparteien abgeschlossen wird, und diesen Vertrag, wenigstens für die älteste Periode des römischen Processes, für die Zeit des Legisactionenprocesses, in das Gewand der obligatio per aes et libram zu kleiden<sup>9)</sup>. Die Gründe für diese Behauptung sind einertheils der Satz des classischen Pandektenrechtes: *iudicio contrahitur*<sup>10)</sup>, der freilich hier einen fingirten, keinen wirklichen Contract bezeichnet, aber doch von Anfang an, wo jene Fiction noch nicht füglich existiren konnte, auf eine wirkliche Grundlage sich stützen haben müsse; anderentheils der Umstand, daß in persönlichen Klagen gerade die ältesten Accessionen, wie Zinsvertrag und Bürgschaft, durch die Litiscontestation untergehen, während solche Institute, die sich erst später ausbildeten, als die Litiscontestation bereits ihre Vertragsnatur verloren hatte, z. B. Pfand, fortbauern. Allein gegen den ersten Theil der Beweisführung läßt sich so viel mit Sicherheit einwenden, daß jene bei den classischen Juristen vorkommende Fiction sich viel ungezwungener aus der eigenthümlichen Stellung der Parteien zur *lis* erklärt<sup>11)</sup>; in Betreff des zweiten Grundes scheint es aber viel natürlicher, das Nichterlöschen des Pfandrechtes bei der Litiscontestation über die Hauptsache auf die besonderen Bedingungen zurückzuführen, an welche die hypothekarische Klage im prätorischen Edicte geknüpft war<sup>12)</sup>, als auf die von den Verteidigern der Vertragstheorie versuchte Art und Weise. Für die Einstellung der Litiscontestation unter die *Nexa*, d. h. unter die Geschäfte, bei welchen Kupfer und Waage zur Anwendung kommt, wird theils der Zeugenaufruf geltend gemacht, theils der Umstand, daß *iudicati obligationes* durch *solutio per aes et libram* getilgt<sup>13)</sup> werden; daß sie ferner im Ableugnungsfalle von selbst auf das Doppelte wachsen<sup>14)</sup>, was nach dem Zwölftafelgesetze ein charakteristisches Merkmal aller *Nuncupationen per aes et libram* ist<sup>15)</sup>; daß endlich seit der Litiscontesta-

8) Diese Ansicht entwickelt vortrefflich Bayer, Vorträge S. 327.

9) So hauptsächlich Mayer, die Litiscontestation geschichtlich dargestellt, 1. Abtheil. Stuttgart 1830; Kuborff, in Savigny's Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 7, S. 231—242.

10) L. 3. §. 11. D. de peculio. (15. 1.) L. 22. D. de tutelae. (27. 3.) L. 83. §. 1. D. de verborum obligationibus. (45. 1.)

11) Dieß ist die Ansicht Keller's a. a. O. §. 14, S. 127—129.

12) Das Stehenbleiben des Pfandrechtes führen nämlich die Pandektenjuristen zurück auf die Edictworte. L. 18. §. 4. D. de pignoriibus. (20. 1.) L. 59. pr. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) Vgl. Büchel, über die Wirkung der Klagenverjährung in dessen civilrechtlichen Erörterungen Bd. 1, S. 51—57.

13) Caius, inst. III. §. 178.

14) Caius, inst. IV. §. 9. 171. Ebenso in der *de pensis actio*, welche der *iudicati actio* nachgebildet ist. Vgl. Caius, inst. IV. §. 22.

15) Cicero, de off. III. 16.

tion die Prozessparteien rei genannt werden, von dem Iudicat abwärts der Beklagte aber damnatus, condemnatus iudicatus heißt, wozu die in der Lehre vom Botum wiederkehrenden Ausdrücke eine auffallende Analogie bilden sollen. Abgesehen von dem letzten Thatumstande, der hier offenbar nicht beweisend ist, so erklärt sich das Vorkommen der solutio per aes et libram bei dem Iudicat und was ihm gleich steht, viel einfacher aus den Eigenthümlichkeiten der Geldschuld zur Zeit, wo das Geld zugewogen wurde<sup>16)</sup>, als aus der Vertragsnatur der Litiscontestatio. — Richtiger führt man wohl die vertragsähnlichen Wirkungen der Litiscontestatio zurück auf einen, unter Zustimmung der Prozessparteien abgegebenen Ausspruch des Prätors, welcher die Sentenz vorbereitet, ihr Grenzen anweist, an welche der Privatrichter gebunden ist, und auch für die Parteien formelles Recht erzeugt, wodurch sie einander obliegt, und an die formula, an den iudex, und, wo ein Stellvertreter in den Prozeß eintritt, auch an diesen definitiv gebunden werden<sup>17)</sup>. Insofern nun beide Parteien zum Acte einzuwilligen hatten, lag es den classischen Juristen nahe, durch sie ein vertragsähnliches Verhältnis unter den Parteien zu begründen. So blieb auch später, als sich diese Einwilligung verlor, der Satz iudicio contrahitur fernerhin noch stehen, wenn auch das Institut längst schon nicht mehr den früheren Umfang seiner novirenden Natur hatte<sup>18)</sup>, und dieß hat manche neue Rechtsgelehrten veranlaßt, für das Justinianische Recht anzunehmen, daß durch die Litiscontestatio ein Quasicontract begründet werde<sup>19)</sup>. Richtiger scheint es indes, bei der veränderten Bedeutung des Wortes im neueren Rechte, das Institut nur nach den allgemeinen Regeln von den Parteiverträgen vor Gericht zu beurtheilen; hingegen zur Erklärung der aus dem alten Rechte hier noch stehen gebliebenen Wirkungen die alte Regel iudicio contrahitur zu verwenden.

Wir haben in der bisherigen Untersuchung hauptsächlich nur das classische Pandektenrecht, welches sich auf den Formularprozeß stützt, ins Auge gefaßt, weil für diese Periode die meisten Quellen fließen. Nicht so für die Zeit des Legisactionenprozesses, für welchen Einige das Vorkommen der Litiscontestatio in Abrede gestellt<sup>20)</sup>, Andere hingegen entschieden behauptet haben<sup>21)</sup>. Die Vertheidiger der ersten Ansicht mei-

16) So jetzt Bachofen, das Nexum und die Nexi (Basel 1843), S. 152—157.

17) Bekanntlich spricht der Prätor in der formula zum iudex. Die hier aufgestellte Ansicht hat am vollständigsten Zimmern, a. a. D. S. 363, entwickelt, freilich unter Einmischung einiger modernen Kunstausdrücke, welche der Klarheit der Darstellung in Etwas Eintrag thun.

18) So v. Wangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen Th. 1, S. 189.

19) Dagegen hat schon früher Donellus gerisert, jetzt auch Schilling, rechtsgeschichtliche Bemerkungen S. 238—240. Vgl. über diese Controverse Keller a. a. D. S. 128 flg. Glück a. a. D. Th. 6, S. 203.

20) So Bethmann-Hollweg, in der Tübinger kritischen Zeitschrift Bd. V, S. 75.

21) So ganz entschieden Keller a. a. D. S. 3—6. Mayer a. a. D. S. 58, 60 flg. Rudorff a. a. D. S. 233, 234, 236. Zimmermann, der

nen, sie sei erst für den Formularprozeß eingeführt, um der Verhandlung und ihrer Wirkung eine Solennität zu geben, die sie vorher nicht hatte; vielmehr habe im Legisactionenprozesse die von den Parteien selbst vor dem Magistrate vorzunehmende legisactio ganz die Stelle der späteren Litiscontestation vertreten, welche den Inhalt jenes ersten Verfahrens gewissermaßen auf Eine Schlusshandlung concentrirt habe. Allerdings nun bezeichnete diese legisactio schon von selbst einen Schlüsselpunkt im Verfahren in iure (vgl. den Art. legisactio Bd. VI, S. 349); ferner finden sich die Ausdrücke *litem contestari*, und, was dem analog ist, *iudicium accipere*, niemals im Legisactionenprozesse; der erste findet sich zuerst in einigen Stellen des Cicero<sup>22)</sup>, welche vom Formularprozeß handeln, und in der *lex Rubria de Gallia Cisalpina*<sup>23)</sup>. Noch viel größer ist die Meinungsverschiedenheit der neueren Rechtshistoriker über die Thatsache selbst, welche im Legisactionenprozesse die Litiscontestation gebildet habe. Einige setzen sie auch hier in den von Festus bezeugten Aufruf an die Umstehenden, die Vorgänge in iure nöthigenfalls im *iudicio* zu bezeugen<sup>24)</sup>; andere in die gegenseitigen Denunciationen der Prozeßparteien, sich an einem der nächsten Tage vor dem *iudex* einzufinden<sup>25)</sup>; noch andere endlich haben es vorgezogen, die Sache im Ungewissen zu lassen<sup>26)</sup>.

Eine ganz eigenthümliche Wendung nahm die Lehre zur Zeit der christlichen Kaiser, als das alte Formularverfahren außer Gebrauch kam, aller Unterschied zwischen in iure und in iudicio verschwand, und alle Prozesse von dem Magistrate geleitet und entschieden wurden. Zunächst ist in dieser Zeit von einem Zeugenaufrufe nirgends mehr die Rede; ferner ward die alte *iniusvocatio* sammt der damit zusammenhängenden Litiscontestation immer mehr und mehr zurückgedrängt durch das Ueberhandnehmen der Denunciationen, welche zur Einleitung der Prozesse gewisse Fristen von mehreren Monaten einführten, an deren letztem Tage die Verhandlung vor Gericht begann<sup>27)</sup>. In diesem Verfahren, welches freilich zu Justinian's Zeit abgekommen war, finden wir den Schlüssel zur Einleitungsform des Justinianischen Prozesses und zum Wesen und der Bedeutung der neueren Litiscontestation<sup>28)</sup>. In diesem Zeitalter

rdmische Civilprozeß §. 109, S. 330. Danz, de litiis contestatione quas fuit tempore legis actionum. Aeverus a. a. D. S. 44 fig. Puchta, Cours der Institutionen Bd. 2, S. 169. Gerade auf den Legisactionenprozeß hat Keller ganz eigentlich die Hauptstelle bei Festus bezogen.

22) Pro Roscio Com. 11., ad Atticum XVI. 15.

23) Cap. 20.

24) So Keller a. a. D. S. 3—5. Zimmern a. a. D. §. 109, S. 332.

25) So auf Caius, inst. IV. §. 17., fußend Aeverus a. a. D. S. 55.

26) Puchta a. a. D. Bd. 2, S. 169.

27) Vgl. Bethmann-Hollweg, Handbuch des Civilprozesses Bd. 1, S. 248. Aeverus a. a. D. S. 243, 252.

28) Die vorzüglichsten Schriftsteller über diesen Punkt sind Keller a. a. D. S. 63, Note 8. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 260 fig. Aeverus a. a. D. S. 257. Albrecht, die Exceptionen des gemeinen deutschen

wird der Prozeß regelmäßig durch die Ueberreichung des Klagschreibens an den Richter eingeleitet, was dieser sammt der Ladung dem Beklagten durch den Executor insinuiren ließ, der dafür vom ersten nach Maßgabe des Klagobjectes Sporteln erhält, ferner eine Quittung über die geschehene Insinuation, endlich auch *cautio iudicio sisti*. Durch diese Caution verpflichtet sich der Beklagte, der Ladung gemäß binnen einer bestimmten Frist (früher zehn, später zwanzig Tage) vor Gericht zu erscheinen und darin auch bis zum Endurtheile zu beharren. So eingeleitet schreitet die Sache in einer Reihe mündlicher Verhandlungen und Termine fort, in welchen beide Parteien oder ihre Stellvertreter vor Gericht erscheinen und gehört werden. Der erste dieser Termine, der erste Vertrag der Parteien vor Gericht ist es, welcher im Justinianischen Rechte den Namen *litiscontestatio* erhalten hat, insofern daraus die Absicht der Parteien zu prozessiren hervorgeht<sup>29</sup>). Demnach wird auch hier noch die Zweifeltigkeit der Handlung hervorgehoben, was zum Begriffe der classischen Zeit vollkommen stimmt; sie geschieht jetzt gewissermaßen stillschweigend bei dem formellen Anfangspunkte des Prozeßes, was man sich im Gegensatz der übrigen Verhandlungen zu denken hat, woraus dann die eigenthümliche Ausdrucksweise in L. 1. C. de *litis contestatione* (3. 9.)<sup>30</sup>) ihre Erklärung erhält, die manche neuere Rechtslehrer zur Ansicht veranlaßt hat, als ob eine eigentliche Litiscontestation im neueren Rechte nicht mehr vorkomme, sondern nur als geschehen fingirt werde. Wie wenig haltbar diese Vermuthung sei, zeigen die Stellen, in welchen auch noch zur Zeit Justinians von dem Vorkommen einer wirklichen *litiscontestatio* die Rede ist<sup>31</sup>). Noch weniger begründet ist die Vermuthung derer, welche jenes Anbringen der Klage und jenes Widersprechen derselben auf den Gesamttinhalt der Parteivorträge beziehen und demnach glauben, daß durch die nunmehrige Litiscontestation

Civilprozeßes geschichtlich entwickelt (München 1835), S. 133 flg. Bayer, Vorträge.

29) Dieß folgt aus folgender Stelle: L. 14. §. 1. D. de *iudiciis* (3. 1.): *patroni autem causarum, qui utrique parti suum praestantes auxilium ingrediuntur, cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam (b. h. nach dem Vortrage des Klägers) et contradictionem obiectam — iuramentum praestent* (Justinian 530). Vorzüglich beweisend ist noch L. 2. pr. C. de *iureiurando propter calumniam* (2. 59.): *in omnibus litibus — neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum praebent (b. h. gleich nach der Litiscontestation) et ipsae principales personae subeant iusiurandum*. Hieraus wird die Interpretation von L. 1. C. 3. 9.: *lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit, von selbst klar.*

30) *Lis — contestata — videtur.*

31) L. 33. D. de *donationibus* (8. 54.) von 528, L. 13. §. 1., L. 14. §. 1. C. 3. 1. von 530, Nov. 53. cap. 3. §. 2., cap. 4. §. 1. von 537, Nov. 82. cap. 10. in fin. von 539, Nov. 96. cap. 2 u. 3. §. 1. von demselben Jahre. Vgl. Albrecht a. a. D. S. 134.

der Streitpunkt schon allenthalben ermittelt worden sei<sup>32)</sup>; richtiger hat man sich diese nur als den Klagsatz Einerseits und das Vorbringen eines allgemeinen Widerspruches andererseits zu denken, woraus die Nothwendigkeit des Processes und dessen wirklicher Anfang hervorgeht. Als Zeitpunkt, wenn die Litiscontestation vollendet sei, läßt sich auf das bestimmteste die Ableistung des Calumnieneides angeben, weil dieser nach ausdrücklicher Vorschrift Justinian's sofort nachher stattfinden soll<sup>33)</sup>; daher nach dem Inhalte dieses Eides der allgemeine Widerspruch des Beklagten gegen die Richtigkeit des Klaginhaltes bereits erfolgt sein muß, umgekehrt aber auch alle Allegationen des Beklagten, worunter wahrscheinlich die peremptorischen Exceptionen u. s. w. zu verstehen sind, vom Begriffe der *litiscontestatio* ausgeschlossen bleiben. Auf diese neuere Litiscontestation sind nun im Sinne Justinians jedenfalls die Wirkungen der alten Litiscontestation zu beziehen, die in den Pandektenfragmenten als noch practisch vorkommen, wenn es auch hier geradewegs an einem hinreichenden Causalzusammenhange fehlte.

Der Justinianische Begriff der Litiscontestation ging mit der Reception der Justinianischen Rechtsbücher im Occidente auch in die Doctrin der Glossatoren über, nur daß sie in der Entwicklung desselben den Fehler begingen, jede Antwort des Beklagten auf den Klagvortrag, selbst die bejahende, in den Begriff aufzunehmen<sup>34)</sup>, was um so leichter geschehen konnte, da die Hauptstelle L. 1. C. de *litis contestatione* allgemein sprach und jede Beantwortung des Klagvortrages von Seiten des Beklagten zu umfassen schien. So entwickelte sich denn allmählich die Lehre, daß der Antheil des Beklagten an der Litiscontestation auch in der Bejahung des Klaggrundes bestehen könnte, was späterhin, als man die Litiscontestation als einen einseitigen Prozeßact des Beklagten hervorhob, zur Eintheilung in L. C. *affirmativa* und *negativa* geführt hat. Dabei wird aber immer eingeschärft, daß die Litiscontestation ein zweiseitiger Act sei, bei welchem der Kläger und der Beklagte gleichmäßig concurriren, und so ist die Ansicht theils in das Kirchenrecht<sup>35)</sup>, theils in die älteren teutschen Reichsgesetze<sup>36)</sup> übergegangen. Der Antheil des

32) So Zimmern a. a. D. S. 443 fig. Dagegen Albrecht a. a. D. S. 135.

33) L. 2. C. de *iureiurando propter calumniam*. (2. 59.)

34) Gloss. ad const. 14. §. 1. C. de *iudiciis*. Vgl: Albrecht a. a. S. 137.

D. 35) Cap. 54. §. 3. X. de *electione* (1. 6.): *quia tamen contestationem litis non invenimus esse factam (cum non per positiones et responsiones ad eas factas, sed per petitionem in iure propositam et responsionem factam contestatio litis fiat) et caet.* Cap. un. X. de *litis contestatione* (2. 5.): *quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam, cum non per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in iure propositam et responsionem secutam contestatio litis fiat.* Beide Stellen rühren von Gregor IX. her.

36) Kammergerichtsordnung v. 1555 III. 13. §. 1. Die gründlichsten Schriftsteller sind hier Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß (7. Aufl.), S. 329, und Sintenis a. a. D. §. 1, S. 132—138.

Beklagten an der Handlung wird in diesen Zeiten gewöhnlich ein genereller Widerspruch gegen die Klage gewesen sein, weshalb vorzüglich die Formel empfohlen ward: bin ich der Klage nit geständig, bitt mich von derselben mit Abtrag, Kosten und Schäden zu erledigen<sup>37)</sup>; der des Klägers ward aber durch den Klaglibell selbst überflüssig gemacht, und hat sich demnach im practischen Gebrauche ganz und gar verloren, und so war es denn natürlich, daß die Praxis auf den Standpunkt gelangte, den ganzen Act als eine einseitige Prozeßhandlung des Beklagten aufzufassen<sup>38)</sup>, und von dem klägerischen Antheil daran Umgang zu nehmen, wenn auch die Doctrin vor, wie nach, an der bilateralen Natur des Actes festhielt. Man würde indeß irren, wollte man die Litiscontestatio dieser Zeit auffassen als eine vollständige Beantwortung aller Klagepunkte im einzelnen; zu diesem Zwecke diente in der damaligen Zeit vielmehr das Institut der Positionen, was auf einer durch die Glossatoren vermittelten Erweiterung der interrogaciones in iure des römischen Rechtes beruht<sup>39)</sup>. Nach ihrer Doctrin hatte nämlich der Kläger nach vollzogener Litiscontestatio die Befugniß, die im Klaglibell enthaltene Geschichtserzählung in ihr Detail zu zerlegen, und dieselbe punktweise geordnet dem Richter zu übergeben, mit der Bitte den Beklagten vor Gericht über jeden einzelnen Punkt zu befragen und die hierauf ertheilten Antworten zu Protocoll zu nehmen. Was dann der Beklagte zugestanden hatte, galt als confessio in iure, und nur, was er abgeleugnet, ward zum Beweise ausgesetzt. Der weitere Gebrauch des Institutes, Geständnisse vom Beklagten herauszulocken, interessirt uns hier nicht, wo es nur darauf ankommt, die genetische Entwicklung des neueren Litiscontestationsbegriffes zur Anschauung zu bringen. Als nämlich der jüngste Reichsabschied<sup>40)</sup> unter Verwerfung des articulirten Libells die Bestimmung traf, daß der Kläger sich lediglich eines natürlichen Klagevortrages bedienen sollte zur freien und zwanglosen Geschichtserzählung unter Anhängen der Sache und Prozeßbitte; ferner dem entsprechend verfügte, daß auch der Beklagte in einer natürlich geordneten Schrift den klägerischen Vortrag in freiem Zusammenhange beantworten und darin hervorheben solle, was er von dem Klagevortrage zuzugeben oder zu widersprechen oder zu berichtigen habe, so galt das In-

Auch bei der Appellation anerkennt die Reichsgesetzgebung eine Kriegsbesetzung, welche in einem Widerspruche gegen die Appellation, d. h. gegen die Zulässigkeit des Rechtsmittels in formalibus und gegen den Inhalt der Appellationsklage bestand, und ebenfalls die Gegenwart beider Parteien erfordert. Vgl. S i n t e n i s a. a. D. §. 1, S. 137.

37) Vgl. A l b r e c h t a. a. D. S. 146.

38) Classisch ist hier die Darstellung bei A l b r e c h t a. a. D. S. 140, 141. Am klarsten findet sich diese Auffassung bereits in der Praxis von *Durantis speculum*, der doch gleichwohl die Litiscontestatio nach der Doctrin noch als einen zweiseitigen Act auffaßt. Vgl. S i n t e n i s a. a. D. §. 1, S. 117—128.

39) Auch hier ist A l b r e c h t a. a. D. S. 149 flg. sehr gründlich.

40) §. 37. Dazu A l b r e c h t a. a. D. S. 159 flg., ferner S i n t e n i s a. a. D. Heft 1, S. 138 flg.

stitut der Positionen, dessen man sich vorher zur Ausmittelung des Streitpunktes bedient hatte, als abgeschafft, und an dessen Stelle trat von Seiten des Beklagten die freie, vollkommene, zusammenhängende Beantwortung des ganzen Klaggrundes in der nächsten Parteischrift, welche ihrem Inhalte nach den animus contestandi von Seiten des Beklagten enthielt, und also die früher allgemein übliche Contestationsformel überflüssig machte. Hiernach haben die Prozeßlehrer den neueren Begriff der Liticontestation dahin bestimmt, es sei die erste gerichtliche Antwort des Beklagten über die, der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen. Eine Ansicht, die von dem Grundgedanken ausgeht, daß der *J. R. A.* eine ganz neue Liticontestation habe schaffen wollen, während er doch nur beabsichtigt, die zweckwidrige Form der Artikel und Responsionen aufzuheben und an deren Statt eine zweckmäßigere des wechselseitigen Vertrages einzuführen<sup>41)</sup>, das Wort *liticontestatio* an der Hauptstelle gar nicht erwähnt<sup>42)</sup>, überhaupt der Vermuthung Raum gibt, daß die Liticontestation als eigentlicher Act in der vollständigen Beantwortung des Klagvortrages von Seiten des Beklagten besteht<sup>43)</sup>.

Erst jetzt wird es möglich sein, den Zweck der Liticontestation, ihr Gebiet und ihr Verhältniß zum Prozesse genauer anzugeben. Im neueren römischen Rechte und seitdem bis auf den jüngsten Reichsabschied herab bestand ihr Hauptzweck in der Ausmittelung der Absicht der Prozeßparteien den Prozeß zu führen und wirklich anheben zu lassen; wenn auch seitdem die Vertheidiger des veränderten Begriffes die Ausmittelung des Streitobjectes durch vollständige Beantwortung des historischen Klaggrundes von Seiten des Beklagten zum alleinigen Ziele des Institutes<sup>44)</sup> machen. Inwiefern nun der Staatsgewalt daran liegen muß, daß der Prozeßrichter durch die Vorträge der Parteien in den Stand gesetzt werde, zu erfahren, was von dem zur Sprache kommenden Rechtsverhältnisse unter den Parteien wirklich streitig ist oder nicht, bedingt die Liticontestation die Möglichkeit eines Endurtheiles und erscheint als ein nothwendiger Bestandtheil jedes Prozesses<sup>45)</sup>, nicht bloß als eine Vertheidigungswaffe des Beklagten, deren Gebrauch für den vorliegenden Fall seinem Gutdünken überlassen bleibt<sup>46)</sup>, womit dann die weitere Lehre der Prozeßlehrer zusammenhängt, daß im Unterlassungsfalle die Liticontestation fingirt werden müsse, um eine Sachentscheidung überhaupt zu ermöglichen. — Hieran

41) Vgl. hier hauptsächlich Bayer a. a. D. S. 531.

42) Vgl. indeß *J. R. A.* §. 110.

43) Diese Bemerkungen hat vorzüglich Sintenis, a. a. D. Heft 1, S. 139, 140, möglich gemacht. Einige, wie Albrecht, a. a. D. S. 165, 166, und Bayer, a. a. D. S. 332, nehmen an, daß die Liticontestation im Sinne des *J. R. A.* gar kein eigentlicher Prozeßact ist, sondern in der Beantwortung des Klagvortrages von Seiten des Beklagten nur ein imaginärer Punkt im Prozesse gegeben sei, auf welchem die Liticontestation als erfolgt anzunehmen sei.

44) Vgl. Bayer a. a. D. S. 334. Einde, Lehrbuch §. 205.

45) Vgl. Bayer a. a. D. S. 335.

46) Gegen diese Ansicht kämpft hauptsächlich Einde, Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilprozeße (Bonn 1823), Th. 1, S. 27 flg., an.

Erüpfst sich von selbst die Untersuchung über das Gebiet der Litiscontestation und dessen Begrenzung. Das eigentliche Gebiet der Litiscontestation sind, nach der einstimmigen Lehre der Prozeßlehrer, die Thatfachen, welche der Klage zu Grunde liegen, mit anderen Worten, der historische Klaggrund, nicht der Rechtsgrund der Klage; daher die Ablehnung des subjectiven oder objectiven Rechtes vom Gebiete der Litiscontestation ausgeschlossen bleibt; daher sie auch keine neuen factischen Behauptungen enthalten kann; ferner rücksichtlich dieser Thatfachen des Klaggrundes kommt weiter nichts als eine simple Bejahung oder Verneinung derselben in Betracht, weshalb zur Litiscontestation nicht gehören können rechtliche Deductionen, auch nicht die sogen. *appendices litis contestationis*, wenn sie auch gesetzlich geboten sind<sup>47</sup>). Schwieriger wird die Abgrenzung des Institutes nach dem Gebiete der Einreden hin. Noch im jüngsten Reichsabschiede wird die Beantwortung des Klaggrundes genau geschieden von dem, was der Beklagte dabei dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, wodurch nach der gewöhnlichen Erklärung der Prozeßlehrer der Unterschied zwischen Litiscontestation und Einreden angedeutet werden sollte. Hier nun tritt uns eine Controverse der neueren Rechtslehrer entgegen über die Frage, was vom Vorbringen des Beklagten zur Litiscontestation, was zur Einrede gehört; ein Streit, welcher lediglich in dem schwankenden Begriffe der Einrede seinen Grund hat, indem Einige alle thatsächlichen Umstände dahin rechnen, welche nicht in der bloßen Verneinung dessen bestehen, was im Klagschreiben angeführt worden, also sich nur durch die äußere Form des Vorbringens bestimmen lassen; Andere nur solche Einwendungen, die der Beklagte zu beweisen hat, wenn auch nicht alle, in die Kategorie der Einreden aufnehmen, sich also in der Begriffsbestimmung lediglich durch die Rücksicht auf die Beweislast leiten lassen; noch Andere endlich Alles, was in den Rechtsquellen mit dem Namen *exceptio* belegt wird, mit dem Begriffe Einrede identificiren, was freilich auf die Annahme von verneinenden Einreden führen mußte, wo die Beweislast auf den Kläger fällt. Am einfachsten scheint man aus dem Labyrinth verschiedener Ansichten kommen zu können, wenn man die Litiscontestation als eine reine Beantwortung des Klaggrundes auffaßt, allein nicht gerade jenes Klaggrundes, wie er im Klagvortrage vorgestellt wird, sondern vielmehr des idealen, wie er nach den Vorschriften der Rechtsquellen vorgestellt werden muß<sup>48</sup>). Man muß demnach im concreten Falle immer zur klaren Anschauung dessen zu gelangen suchen, was nach juristischen Begriffen zur Begründung des Klaganspruches gehört, was nicht. Inwiefern nun die Antwort des Beklagten auf den Klagvortrag einen Theil des idealen Klaggrundes betrifft, also in dessen Bejahung oder Verneinung besteht, gehört diese Antwort zur Litiscontestation; was an thatsächlichem Vorbringen

47) Vgl. Bayer a. a. D. S. 333.

48) Diese Ansicht ist schon in diesem Werke in dem Art. Einrede Bd. V, S. 681 fig., angedeutet worden.



des Beklagten darüber hinaus liegt, reicht in das Gebiet der *Exception* hinüber<sup>49)</sup>. Weitere Folgen des Principis sind, daß die Verneinung von Thatsachen, ohne welche das Recht des Klägers überhaupt gar nicht als entstanden gedacht werden kann, den Einreden nicht beigezählt werden können; und daß des Beklagten Behauptung, das schon entstandene Klage-recht sei wieder hinterher weggefallen, von dem gesunden Tacte der teutschen Praxis immer als Einrede angesehen und prozessualisch auch als solche behandelt worden ist<sup>50)</sup>. Das Gesagte gilt aber nicht bloß vom unmittelbaren Klaggrunde, sondern eben so sehr von dem mittelbaren, der *legitimatio ad causam activa und passiva*, wo sie als ein vom eigentlichen Klagbeweise getrennter Punkt hervortritt, da auch sie unzweifelhaft zum idealen Klaggrunde gehört.

Was es für eine Bewandniß mit dem im prätorischen Edicte vorkommenden Zwange des Beklagten zur Litiscontestation hat, ist vielen von den neueren Gelehrten nicht deutlich geworden<sup>51)</sup>. Die Sache verhält sich einfach so: in bestimmten Fällen, die das Edict hervorhebt, verspricht der Prätor die in *bona missio* zu ertheilen; unter diesen nun wird hervorgehoben, wenn der Beklagte im Gerichte *Defension* oder Litiscontestation verweigert<sup>52)</sup>, wo es dann im Verlaufe der Sache sogar zur *honorum venditio* kommen konnte. Insofern nun tritt von Seiten des Prätors ein *cogere iudicium accipere oder suscipere* ein 1) in allen Fällen, wo Jemand im eigenen Namen beklagt wird, bei Strafe des *Contumazialverfahrens*. Diese Vorschrift des prätorischen Edictes wird in den Justinianischen Pandekten als geltendes Recht behandelt<sup>53)</sup>, wenn auch die eigenen Edictworte sich darin nicht erhalten haben. In allen Fällen, wo Jemand nicht im eigenen, sondern im fremden Namen beklagt wird, fällt jener Zwang regelmäßig aus<sup>54)</sup>, doch er tritt ausnahmsweise wiederum nach einer Vorschrift des Edictes ein 2) gegen *Procuratoren*, für welche der *dominus*

49) So viel Referent weiß, hat dieses Axiom zuerst Prasse, in seinen Prozeßvorträgen (1827), genauer entwickelt. Eine Andeutung findet sich gleichzeitig in Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses (Berlin und Stettin 1827), S. 269 fig.

50) Vgl. Bayer a. a. D. S. 352.

51) Darüber verbreiten sich hauptsächlich Keller a. a. D. S. 55. Zimmern a. a. D. §. 120, S. 361 fig. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 281. Brackenhoeft, über die Wirksamkeit der Contumazialsentenzen im römischen Civilprozesse §. 6, in Sell's Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts Bd. 2, S. 436—440.

52) *Lex Rubria de Gallia Cisalpina cap. 22. L. 52. D. 50. 17. L. 21. §. 2. D. ex quibus causis maiores. (4. 6.)* Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 281, Note 9.

53) *L. 11. D. 3. 3. L. 71. §. 2. D. de legatis I. (30.) L. 49. pr. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) L. 7. pr. D. de aqua et aquae pluviae. (39. 3.) L. 28. D. iudicatum solvi. (46. 7.) L. 2. C. de hereditate vel actione. (4. 39.)* Auch in den Noxalklagen kommt der Zwang vor: *L. 2. §. 1. D. si ex noxali causa (2. 9.)*, sogar bei den im liberale iudicium befangenen. *L. 24. §. 3. D. de liberali causa. (40. 12.)*

54) *L. 2. C. 4. 39.*

litis die cautio indicatum solvi bestellt hat, sofern es nur gewiß ist, daß sie den Auftrag zur Führung des Processes übernommen haben<sup>55</sup>). Der Inhalt des Zwanges geht darauf, daß der Procurator sich gefallen lasse, daß die condemnatio in der Conception der formula auf seinen Namen gestellt werde<sup>56</sup>). Vorausgesetzt wird dabei ein procurator praesentis, der schon zu den Zeiten des Paulus nach Analogie des Cognitor behandelt wurde, bei welchem vielleicht der Zwang wohl noch deutlicher hervortrat. Frei vom Zwange ist der Procurator nur, wenn ihm ein gerechter Entschuldigungsgrund zur Seite steht, z. B. jüngst entstandene Feindschaft mit dem Principal, oder Standeserhöhung, wodurch er in eigener Person beschäftigt wird, Krankheit des Procurators oder das Ueberkommen einer Erbschaft, die seine Zeit in Anspruch nimmt, jede Entfernung in Staatsangelegenheiten, andere nothwendige Reisen des Procurators, eigene Gegenwart des Principals, falls die Sachlage derartig ist, daß der Zwang gegen diesen selbst ausgebracht werden kann u. s. w.<sup>57</sup>). Allein auch, wenn solche iustae causae vorliegen, tritt gleichwohl der Zwang noch subsidia- risch ein, z. B. wenn der Principal nicht anwesend ist und der Kläger Gefahr läuft, sein Klagerrecht durch Zeitablauf zu verlieren<sup>58</sup>), was freilich dem Urtheile des Prätors überlassen bleibt. 3) Gegen Defenso- ren, welche für Abwesende die cautio indicatum solvi geleistet haben<sup>59</sup>). In diesem Falle ließ Labeo ohne Weiteres den Zwang zu, so oft dem Kläger aus der Verzögerung Schaden droht; nur gerechte Gründe sollen ihn ausschließen, z. B. das Aufhören des schwägerschaftlichen Verhältnisses mit dem Principal, jüngst entstandene Feindschaft, weite Reisen des Procurators, oder wenn die Gütermasse des Abwesenden mit Beschlag belegt wird<sup>60</sup>). Noch weiter ging Sa- binus, der den Zwang ganz ausschloß, ja selbst den Regreß an die Bürgen, die aus der stipulatio indicatum solvi verpflichtet sind, nur unter der Voraussetzung zuließ, daß keiner von den oben angegebenen Gründen dazwischen lag<sup>61</sup>). Die heutige Anwendbarkeit der Lehre be- treffend, so wird sie von Vielen ganz und gar in Abrede gestellt. Allein dazu liegt in der Hauptsache kein Grund vor, da, wenn auch für diesen Fall die Immissio in die Güter des Beklagten aufgehoben ist<sup>62</sup>), sich nicht absehen läßt, warum deshalb auch dieß so zweckmäßige

55) Diesen Fall berühren folgende Stellen: L. 8. §. 3. D. de procurato- ribus (3. 3.), enthält die Worte des Edictes. L. 43. §. 6., L. 44. u. L. 45. L. 73. D. 3. 3.

56) Vgl. Brackenhoeft a. a. D. Th. 2, S. 338, der indeß wohl un- richtig zwischen dem Zwange zum accipere iudicium und suscipere unterstrei- bet. Beides ist vielmehr synonym.

57) L. 8. §. 3. — L. 11. D. 3. 3. Darauf bezieht sich zurück Ulpian in L. 17. §. 2. D. ibid.

58) L. 12. D. ibid.

59) L. 76. D. 3. 3. vgl. mit L. 43. §. 6. D. ibid.

60) L. 43. §. 6. L. 44. D. 3. 3.

61) L. 45. pr. D. 3. 3.

62) J. R. X. §. 36. Vgl. dazu Beyer a. a. D. S. 375 flg.

Institut, das zur Abklärung der Prozesse dient, nicht ferner in Obacht genommen werden solle. Unter den genannten Fällen wird freilich der zweite und dritte zu streichen sein, theils weil die cautio indicatum solvi nur in seltenen Fällen vorkommt, theils weil der gegen Procuratoren und Defensores ausgebrachte Zwang zur Litiscontestation hauptsächlich nur auf das dominium litis und dessen Folgen wirkt, die bei uns fast ganz abgekommen sind. Wohl aber wird er hauptsächlich noch auf solche Fälle anwendbar sein, wo die Eventualcontestation bei Vorführung dilatorischer Einreden unterlassen oder aber die gelieferte Litiscontestation an einem inneren oder äußeren Fehler leidet.

Die allgemeinen Regeln, nach welchen die Litiscontestation vorgenommen werden soll, sind sämmtlich aus dem Begriffe derselben, in gleichen aus der speciellen Disposition des jüngsten Reichsabschiedes abzuleiten. Sie soll ausdrücklich und direct bewirkt werden, d. h. nicht etwa bestehen im Vorbringen solcher Thatumstände, aus denen man erst schließen müßte, ob etwas wirklich zugegeben oder verneint sei<sup>63</sup>); sie soll ferner im Leugnungs-falle speciell geschehen, d. h. der Beklagte muß den abgelegneten Punkt der Geschichtserzählung besonders hervorheben und beantworten<sup>64</sup>); sie soll kurz und nervose gehalten werden<sup>65</sup>), klar und deutlich, auch vollständig<sup>66</sup>) sein, d. h. den ganzen historischen Klaggrund umfassen, wie er im Klagschreiben vorliegt: woraus sich weiter ergibt, daß sie nicht bloß den eigentlichen Klaggrund, sondern auch die der Klagschrift inserirten Replikten, auch die Beifügen derselben betreffen muß. Im Ablegnungs-falle wird der Beklagte noch speciell angewiesen anzugeben, wie sich die abgelegnete Thatfache eigentlich verhalte<sup>67</sup>), und das hat, in Verbindung mit dem articulirten Verfahren, welches für das Institut auch noch nach dem jüngsten Reichsabschiede beibehalten worden ist, die Veranlassung zur Einführung der sogen. appendices litiscontestationis gegeben, d. h. von Anmerkungen zu einzelnen Punkten, in welchen der Beklagte verzeichnet, was er vom abgelegneten Factum anders, als es in der Klagschrift vorgestellt worden, in Wissenschaft gebracht hat<sup>68</sup>). — Das Weitere wird sich am besten darstellen lassen, wenn wir die Ordnung des Vortrages, die Form desselben und den Zeitpunkt, wo er vorkommen soll, auseinander halten. Für die Ordnung, in welcher die Litiscontestation abgefaßt werden soll,

63) J. R. A. §. 37.

64) J. R. A. §. 37. Vbo. specificæ.

65) J. R. A. §. 37.

66) J. R. A. §. 37. Vbis: uff jeden Punkten mit all seinen Umständen anzeigen.

67) J. R. A. §. 37. Vb. ob und worin das Factum anders, als vom Kläger vorbracht, und wie es sich eigentlich verhalte, — anzeigen. In manchen Particularrechten, z. B. im kbnigl. sächs., sind die appendices geradezu verboten. Alte P. D. v. 1622 tit. 16.

68) J. B. im kbnigl. sächs. Rechte. Const. Elect. v. 1572. Part. 1. const. 10. Alte P. D. tit. 16. Erlduterte Prozeßordnung v. 1724 ad tit. 16. §. 1.

Haben wir in den Reichsgesetzen keine Vorschriften. Am natürlichsten scheint es, die im Klagevortrage befolgte Anordnung herüberzunehmen, und das ist in manchen Particulargesetzgebungen sogar ausdrücklich sanctionirt. — Als Form wird im ordinariſchen Prozeſſe gewöhnlich das articulirte Verfahren feſtgehalten, was mit den alten Poſitionen zuſammenhängt, d. h. es wird der hiſtoriſche Klagegrund in Einzelsätze zerlegt, von denen wo möglich jeder einen einfachen, für ſich beſthenden Gedanken enthält, und dieſe Einzelsätze werden dann mit Ja und Nein, beziehungsweise auch mit Nichtwiſſen beantwortet. Was über den hiſtoriſchen Klagegrund hinausliegt, wird dann gewöhnlich nur im allgemeinen bejaht oder verneint. Für die verneinende Einlaſſung iſt dieſe Form durch den J. R. X. ausdrücklich geboten; im Falle des Zugeländniſſes iſt ſie nicht weſentlich<sup>69)</sup>, wenigſtens dann nicht, wenn das Zugeländniſſe ſich auf den ganzen Klagegrund erſtreckt<sup>70)</sup>; daher bei der untermiſcht bejahenden und verneinenden Einlaſſung doch wohl die einzelnen Punkte noch ferner herausgehoben werden müſſen. Numeration der einzelnen Punkte in der Litiscontestation iſt nicht weſentlich, doch zum Behufe der Abfaſſung eines erſten Erkenntniſſes recht zweckmäßig; in manchen Particularrechten ſogar geſetzlich ſanctionirt. In ſummarischen Prozeſſen wird das articulirte Verfahren nicht beobachtet. — Was den Zeitpunkt betrifft, an welchem die Litiscontestation erfolgen ſoll, ſo iſt es in der Regel der erſte Termin, auf welchen der Beklagte zur Einlaſſung und Antwort unter Mittheilung der Klageſchrift ſpeciell geladen wird<sup>71)</sup>. Indeß gewöhnte man ſich im reichsgerichtlichen Verfahren daran, in dieſem Termin auch noch die ganze Zeitriſt einzurechnen, welche den Parteien zum Wechſel der Parteſchriften in Folge dieſes Termines offen ſtand. Da nun dieſer Schriftenwechſel regelmäßig mit der Duplik des Beklagten beſchloſſen wird, ſo hat ſich nach und nach die Regel ausgebildet, daß die Litiscontestation noch mit der Duplik eingebracht werden könne.

Aus dem Gefagten ergibt ſich von ſelbſt, was an Litiscontestationen für fehlerhaft gehalten werden muß. Die gewöhnlichſten Fehler ſind Generalität, Unvollſtändigkeit, Mangel an Klarheit, Zweideutigkeit, Einmiſchung qualifizirter Geſtändniſſe, die durchaus zu vermeiden ſind, wohin freilich nicht zu rechnen ſind die ſogen. Erläuterungen der Litiscontestation, d. h. von der reinen Antwort abgeſonderte Zuſätze derſelben, welche den Sinn der Antwort in Beziehung auf mehrdeutige Worte der Geſchichtserzählung feſtſtellen, und vorzüglich in der Abſicht gemacht werden, um den An-

69) Eigentlich ſollte ſie auch hier nach der allgemeinen Faſſung des J. R. X. §. 37 beobachtet werden. Vgl. Goldſchmidt, über Litiscontestation und Einreden S. 63. Doch hat hier die Praxis connivirt. Vgl. Goldſchmidt a. a. D. S. 64, und Linde's Lehrbuch §. 205.

70) So Bayer a. a. D. S. 335.

71) So der J. R. X. §. 37.

schein des muthwilligen Leugnens zu vermeiden<sup>72</sup>). Die Folgen dieses Fehler hat natürlich der Beklagte zu vertreten, und es treffen nach Vorschrift der Particulargesetze dann den Concipienten wohl auch noch besondere Strafen, wie Ersatz der Kosten, Geldstrafen u. s. w. Dergleichen Fehler kann der Beklagte gewöhnlich noch in der Quadruplir, wo sie vorkommt, freiwillig heben; Negationen kann er aber zu jeder Zeit im Prozesse mit Zugeständnissen vertauschen; nachträgliches Leugnen früherhin zugestandener Punkte ist in der Regel unzulässig, außer in den Fällen, wo die Rücknahme von Geständnissen nach allgemeinen Regeln erlaubt ist. Undeutlichkeiten in der Litiscontestation sind jedenfalls zum Nachtheile des Beklagten auszulegen<sup>73</sup>), weil dieser durch das Gesetz zur Vermeidung des Fehlers verpflichtet ist, auch die Analogie der Grundsätze, welche von der Präsomtion des Minimum im Zugeständnisse gelten, hier aus anderen Gründen keine Anwendung leiden können. Als ein allgemeines Mittel, die Verbesserung fehlerhafter Litiscontestationen zu veranlassen, erscheint das richterliche Fragerecht, vermöge dessen der Prozeßrichter befugt ist, die Punkte, die noch eine speciellere Antwort erfordern, als sie der Beklagte gegeben hat, besonders herauszuheben, und dem Beklagten wiederholt zur Beantwortung vorzulegen, wo nach Einigen bei fortgesetztem Ungehorsam sogar Geständniß fingirt werden kann, wenn man die Analogie der Position hierauf anwenden darf, was hier nicht gerade bedenklich scheint, da die neuere Litiscontestation die Ausmittelung des streitigen Klaggrundes in sich aufgenommen hat<sup>74</sup>), was früherhin nur auf dem Wege der Positionen geschehen konnte<sup>75</sup>).

Die gangbarsten Einteilungen der Litiscontestation sind folgende: 1) in affirmative (bejahende) und negative (verneinende), je nachdem der ganze historische Klaggrund zugestanden oder abgeleugnet wird. Zwischen beiden steht gewissermaßen in der Mitte die gemischte (mixta L. C.), deren Wesen darin besteht, daß ein Theil des Klaggrundes eingeräumt, ein anderer abgeleugnet wird. Zugeständnisse geschehen im ordinarischen Prozesse gewöhnlich mit den Worten: concedendo, affirmando, zugestanden, einräumend, bejahend, zugehend; das Ableugnen geschieht bald mit negando (verneint), bald mit nesciendo (nicht wissend), und zwar das erste, wenn es sich um

72) Vgl. Gensler, Dictaten zu Martin's Lehrbuch des gemeinen Civilprocesses, herausgegeben von Guyet zu §. 144.

73) Für das königl. sächs. Territorialrecht nimmt Osterloh, der ordentliche bürgerliche Prozeß nach königl. sächs. Rechte Bb. II, S. 73, das Gegentheil an, gestützt auf die freilich etwas unbestimmt ausgebräute Verordnung der alten Prozeßordnung von 1622 tit. 16. — Wenn er aber dieß wegen L. 86. 87. D. de reg. iuris (50. 17.) auch zum Princip des gemeinen Rechtes erheben will, so ist er offenbar im Irrthume, da diese Stellen einen ganz anderen Sinn haben, der bei der Lehre von den Wirkungen der Litiscontestation angegeben werden soll.

74) Cap. 2. in VI. de confessis. (2. 9.) J. R. X. §. 41, 49. Vgl. Gensler, im Archiv für civilistische Praxis Bb. 1, S. 48.

75) Dagegen Linde, Abhandlungen S. 39 fig. Bayer a. a. D. S. 381.

ein *factum proprium* handelt, d. h. um eine Thatfache, bei welcher der Beklagte concurrirt hat; das zweite, wo ein *factum alienum* in Frage kommt. Im ersten Falle ist die auf Nichtwissen oder sich nicht erinnern können gerichtete Antwort durchaus fehlerhaft, selbst dann, wenn es sich um veraltete, leicht vergessliche Thatfachen handelt<sup>76)</sup>, in welchem Falle indeß manche Rechtslehrer<sup>77)</sup> convikten. Die affirmative Einlassung ist erst seit der Glossatorenzeit in den Begriff der Litiscontestation aufgenommen<sup>78)</sup>, und ward von ihnen als *confessio in iure* behandelt<sup>79)</sup>, daher darauf auch der Grundsatz des Pandektenrechtes angewendet wurde: *confessus pro iudicato habetur*, d. h. es bedurfte fernerweit nicht einmal eines Urtheiles, was die *Condemnatoria* über den Geständigen aussprach. Heutzutage läßt man dieß nur in den Fällen zu, wo der ganze Klaggrund im ersten Verhörstermine zugestanden wird, keine Einreden vorgeschützt werden, auch sonst die angebrachte Klage zu Recht besteht; in allen übrigen Fällen wartet man den Ausspruch der richterlichen Ueberzeugung ab, auf deren Rechtskraft dann natürlich auch die Executionsinstanz verschoben bleibt. Vorausgesetzt wird aber dabei freilich das Zutreffen aller Erfordernisse des Geständnisses in der Person des Beklagten, also *animus constandi*, daß das Eingekündete seinem Gegenstande nach genau bestimmt sei u. s. w. Widerruf und Rücknahme des Zugestandenen bleibt der Regel nach ausgeschlossen, außer in den Fällen, wo das Geständniß überhaupt widerrufen werden kann, was bei der durch Procuratoren oder Advocaten angefertigten Litiscontestation an gewisse Fristen gebunden ist. — Die negative Einlassung darf nicht nach ihrer Wortfassung beurtheilt werden, die immer auf eine formale Verneinung hinauslaufen wird, sondern vielmehr nach dem idealen Klaggrunde, wie er sich aus den Rechtsquellen ohne Rücksicht auf den Klagvortrag herausstellt; daher es wohl kommen kann, daß in einer formalen Verneinung eine bejahende Behauptung versteckt liegt, was schon die älteren Practiker mit dem Kunstausdrucke *litiscont. negativa praegnans*, oder *negativa praegnans* zu bezeichnen pflegten. Am häufigsten wird dieß der Fall sein, wenn die Verneinung in der Litiscontestation mit Rücksicht auf unerwiesene, *peremptorische* Einreden geschieht, also diese gewissermaßen die alleinige Grundlage der Negation werden. Hier scheint es völlig unmöglich, die Beweislast zu reguliren, sofern man nicht auf den idealen Klaggrund zurückgeht, woraus sich dann von selbst herausstellt, was von der formalen Negation in das Gebiet der Litiscontestation und in das der Einreden gehört. Dann kann wohl auch der Fall vorkommen, daß *Exceptionen* Gründe, die in die Litiscontestation eingemischt worden, der *Präclusion* unterliegen, falls sie nicht formell als *Exceptionen* zur gehörigen Zeit und an der gehörigen

76) Vgl. Gensler, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 2, S. 29.

77) Vgl. die Citate bei Gensler a. a. D.

78) Gloss. ad cap. 6. X. de exceptionibus. Vgl. Albrecht a. a. D. S. 136 flg.

79) Vgl. Albrecht a. a. D. S. 136.

Stelle vorgeschützt sind. Damit hängt die öfters vorkommende Eintheilung der Litiscontestation zusammen in reine und qualificirte, je nachdem sie eine einfache oder beschränkte Bejahung und Verneinung von Thatfachen enthält, die dem idealen Klaggrunde angehören. So liegt eine affirmative qualificirte Einlassung vor, wenn man das Zugeständniß des Klaggrundes durch neue selbstständige Vorträge in der Wirkung unschädlich zu machen sucht, oder es durch gewisse Modificationen beschränkt, z. B. durch Hinzufügung von Suspensivbedingungen und Zeitterminen, oder es nur innerhalb gewisser Grenzen ablegt; negativ aber wird die qualificirte Einlassung sein, wenn man zur Ablehnung des idealen Klaggrundes gewisser positiver Behauptungen bedarf, die in das Exceptionsgebiet hinüberstreifen, also wegen ihrer real bejahenden Natur einen selbstständigen Vertrag nöthig machen. Für die Wissenschaft ist diese Eintheilung völlig bedeutungslos. — Bei der gemischten Einlassung finden natürlich die Grundsätze vom Geständnisse nur insoweit Anwendung, als die darin zugestandenen Thatfachen zum idealen Klaggrunde gehören. 2) In bedingte (eventualis) und unbedingte (pura), je nachdem ihr vom Beklagten verzögerliche Einreden in der Absicht vorausgeschickt werden, sich von der Nothwendigkeit zu befreien, litem zu contestiren, oder nicht. Die eventuelle wird gewöhnlich mit den Worten eingeleitet, daß man ohne von den vorgeschützten Einreden abzugehen, gleichwohl aus Rücksicht auf die Citation auf die mitgetheilte Klage sich einlassen wolle; sie involvirt die Erklärung, daß die Einlassung nur für den Fall gültig sein solle, wenn vorher jene Einreden beseitigt würden, und ist überall nothwendig, außer bei den exceptiones fori declinatoriae; nach dem Gerichtsbrauche<sup>80)</sup> auch bei der exceptio spoliü und bei den prozeßhindernden Einreden<sup>81)</sup>, die indess nach der richtigeren Ansicht doch wohl diese Wirkung nicht haben können<sup>82)</sup>. Daß die eventuelle Litiscontestation durch Aberkennung oder Uebergang vorangestellter Einreden im ersten Urtheile von selbst zu einer unbedingten wird, liegt in der Natur der Sache, bedarf also weiter keiner speciellen Ausführung. Das Wegbleiben der Eventualcontestation bei der Vorschätzung gewöhnlicher Dilatorien hat die Wirkung, daß zwar über die Statthaftigkeit jener Einreden Gründe regelmäsig erkannt, aber auch zugleich dem Beklagten die Einlassung und Antwort auf die Klage und die Bezahlung der Kosten auferlegt wird, wofern er nicht sehr wahrscheinliche Gründe für sich hat<sup>83)</sup>, wo dann unter Umständen, sofern die Particulargesetze nichts Anderes verordnen, auch der römisch-recht-

80) Dieser Gerichtsbrauch stützt sich auf eine Usualerklärung von cap. 2 u. 4. X. de ordine cognitionum. (2. 10.)

81) Vgl. Bayer a. a. D. S. 367. Gensler, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 1, S. 430.

82) Vgl. Gensler a. a. D. Bd. 1, S. 412. Im Königl. sächs. Rechte fallen die Ausnahmen weg, mit Ausschluß der exceptio spoliü, daher hier regelmäsig die eventuelle Litiscontestation anzuhängen ist. Alte P. D. v. 1622 tit. 11. §. 1 u. 2. und Cri. P. D. v. 1724 ad tit. 11. §. 1.

83) Vgl. Glück a. a. D. Bd. 6, S. 176.

liche Zwang zur Litiscontestation mit seinen Folgen eintreten kann. 3) In allgemeine (generalis) und besondere (specialis), je nachdem der Beklagte nur im allgemeinen den Inhalt der Klagschrift zugesteht oder verneint, oder punktwise darauf antwortet, insofern er sich auf jeden zur Klage gehörigen Umstand bestimmt erklärt. Sene bezeichnet man gewöhnlich in der Kunstsprache mit dem Ausdrucke Einlassung, diese mit Einlassung und Antwort. Nach dem römischen<sup>84)</sup> und canonischen Rechte<sup>85)</sup> kann jede Litiscontestation allgemein sein; dagegen ist sie durch den jüngsten Reichsabschied §. 37 im ordinarischen Prozesse verboten worden, wenn gleich eine anerkannte Rechtsdoctrin und Praxis sie auch hier wenigstens für den Fall des Zugeständnisses zuläßt. Für die summarischen Prozesse tritt die Regel des gemeinen Rechtes wieder hervor; hier kann also die Einlassung immer allgemein sein. 4) In feierliche (solemnis) und minder feierliche (minus solemnis), je nachdem sie in der von den Gesetzen vorgeschriebenen Form geschieht oder nicht. Zu dieser Form gehört nach der heutigen Doctrin der Prozeßlehrer, daß sie schriftlich geschieht, deutlich und direct gefaßt ist, und nicht erst durch Schlüsse aus den Worten des Beklagten gefolgert werden müsse, daß sie endlich gerichtet ist auf alle, zum Klaggrunde gehörigen Thatumstände. Im ordinarischen Prozesse ist feierliche Litiscontestation so wesentlich, daß sie dem Beklagten vom Richter sogar von Amtswegen aufgelegt werden kann; in summarischen wird sie nicht geboten, daher hier die Einlassung auch nur mündlich zu Protocoll abzugeben werden darf. 5) In directe (explicita) und indirecte (implicita), je nachdem der Beklagte entweder mit deutlichen Worten erklärt, was er von der Klage einräumt oder verneint, oder seine Einlassung auf eine solche Art einrichtet, daß man daraus erst schlußweise seine Ansicht von der Sache folgern muß, z. B. wenn er über den eigentlichen Klagggrund sich nicht positiv erklärt, aber sich gleichwohl bereit erklärt zur eidlichen Diffession der der Klage zu Grunde liegenden Documente. Im ordinarischen Prozesse ist nach dem Inhalte des jüngsten Reichsabschiedes §. 37 nur directe Litiscontestation möglich; bei summarischen Prozessen nimmt man es indeß nicht so genau. 6) In wahre (vera) und erdichtete (ficta), je nachdem sie vom Beklagten wirklich vollzogen oder nur vom Gesetze für vollzogen erachtet wird. Das letzte tritt immer nur im Contumazfalle ein, und dann ist sie nach dem Inhalte der teutschen Reichsgesetze<sup>86)</sup>, welche hier auf das Contumazialverfahren des römischen Rechtes fußen, immer negativ; doch haben manche Particulargesetze Deutschlands die affirmative fingirt<sup>87)</sup>, was dann freilich

84) Man beruft sich hier auf L. 1. C. 3. 9.

85) Cap. un. X. de litis contestatione. (2. 5.) cap. 6. X. de iuramento calumniae. (2. 7.)

86) Der J. R. X. §. 36 spricht nur von der Fortsetzung des Verfahrens in der Hauptsache, und das heißt nach Inhalt der R. O. D. v. 1555 III. 43. §. 4, daß der gehorsame Kläger zum Beweise seiner Klage gelassen werden solle. Vgl. Bayer a. a. D. S. 376. Gensler, Dictaten §. 151, 152.

87) Dieß gilt namentlich vom neueren Königl. sächs. Rechte. E. P. D.



in der Form des Präjudizes schon bei der Ladung des Beklagten ausgedrückt sein muß. Dann kann es wohl auch kommen, daß gleich im ersten Urtheile eine Condemnation erfolgt, z. B. wenn eine *contumacia in non comparendo* vorliegt oder die vorgeschätzten peremptorischen Einreden nach der Vorschrift einzelner Territorialgesetze verloren gehen. Bisweilen tritt die Fiction des Zugeständnisses auch bloß rücksichtlich einzelner Klagpunkte ein, auf die sich der Beklagte entweder gar nicht, oder wenigstens nicht in der Art und Weise eingelassen hat, wie er es zu thun schuldig war<sup>88)</sup>, und dann wird unter Umständen immer noch auf Beweis des abgelegneten Theiles vom Kläger erkannt werden müssen.

Die Wirkungen der Litiscontestation angehend, so lassen sich dieselben wohl am besten auf folgende Einzelpunkte zurückführen. 1) Die juristische Gewissheit des Zugeständenen. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Klagbeantwortung gerade zu dem Behufe geschieht, um durch das Leugnen oder das Zugeständniß des Beklagten bestimmt zu ermitteln, ob und was er an der factischen Grundlage der klägerischen Forderung bestreitet; sie ist also recht eigentlich der Ort dazu, um durch Bekennen Etwas zur juristischen Gewissheit zu erheben<sup>89)</sup>. 2) Der Kläger kann seine Klage von diesem Augenblicke an nicht mehr unbedingt ändern. Es wird nämlich durch die Litiscontestation eine feste Grundlage für den Prozeß gewonnen, und der Beklagte kann also, wenn er der Pflicht sich einzulassen genügt hat, verlangen, in der angebrachten Klagschrift nichts mehr geändert zu sehen, weil sonst die Einlassung darauf fernerweit nicht passen würde. Insofern scheint bei jeder nachfolgenden Aenderung zu unterscheiden, ob gegen die veränderte Gestalt der Klage eine andere Vertheidigung, als die bisherige, möglich gewesen wäre oder nicht. Im letzten Falle hat die Aenderung nichts weiter auf sich<sup>90)</sup>; im ersten hingegen ist sie Zweifelsohne schon deshalb unzulässig, weil, wenn man auch dem Beklagten hier ein Nachholen der Vertheidigungsgründe gestatten wollte, doch im regelmäßigen Gange der Verhandlungen Unordnung entstehen würde. Es bleibt also für diesen Fall dem Kläger nichts weiter übrig, als die bisherige Klage fallen zu lassen, dem Beklagten die dadurch verursachten Unkosten zu ersetzen und mit dem veränderten Klaglibell ein ganz neues Verfahren zu beginnen, wo dann neue Ausfertigungen nöthig werden, freilich

---

von 1724 ad tit. 16. In früherer Zeit ward hier regelmäßig dem Beklagten durch Urtheil und Recht auferlegt, litem zu contestiren bei Strafe des Prozeßverlustes und unter Einhaltung einer sächsischen Frist. Vgl. Biener, *systema processus iudicarii tam communis quam Saxonici* ed. Krug tom. I. §. 95. 96. p. 170 sq.

88) So im Königl. sächs. Rechte. Vgl. die *C. P. D.* ad tit. 16.

89) Vgl. *Sintenis*, Beiträge Heft 1, S. 206.

90) *Arg. §. 35. J. de actionibus.* (4. 6.) Vgl. *Bayer a. a. D. S. 309.* Aenderungen vor der Litiscontestation sind schlechtweg erlaubt. *L. 3. C. de edendo.* (2. 1.) §. 35. J. 4. 6. Doch kann, wenn die Aenderung nach erlassener Citation geschieht, unter Umständen eine neue Citation nöthig werden, weil dem Beklagten die Einrede *se non esse ad hoc citatum* zur Seite steht.

mit der allgemeinen Beschränkung, daß dem Beklagten auch fernerhin die Rechte ungeschmälert verbleiben, die ihm aus der ersten Vertheidigung erwachsen sind, z. B. die prozessualischen Vortheile, die ihm aus den Geständnissen und Versdumnissen des Klägers im ersten Prozesse zukommen<sup>91</sup>). Ferner hängen mit der Litiscontestation folgende Rechtsfälle zusammen: 3) Nach classischem Pandektenrechte wird das Klagrecht durch die Litiscontestation direct oder indirect novirt, und das pflegen die neueren Juristen mit dem freilich unechten Kunstausdrucke *novatio necessaria* zu bezeichnen. Direct (*ipso iure*), d. h. so, daß das frühere Klagrecht fernerhin gar nicht mehr zustand, ging die Novation vor sich in den *iudicia legitima*, wo es sich um eine in *ius* concipirte persönliche Klage handelte, wo es dann natürlich einer Einrede überall nicht bedurfte. Indirect (*per exceptionem*), d. h. so, daß das frühere Klagrecht fernerhin zwar formell noch fortbestand, aber durch die entgegenstehende *exceptio rei in iudicium deductae* unwirksam gemacht werden konnte, was bei allen *iudicia, quae imperio continentur*, ganz allgemein und bei den *iudicia legitima* in den *actiones in factum conceptae* und *in rem* zutraf<sup>92</sup>). Am richtigsten denkt man sich wohl diese Novation als selbstständig, von dem Endurtheile und dessen Fällung völlig unabhängig, und ihr Wesen bestand wohl nur darin, daß der Beklagte durch die Litiscontestation verpflichtet ward, den Prozeßgang nicht zu stören und von dem abdicirten *iudex* ein Urtheil über die Sache sprechen zu lassen<sup>93</sup>); daher es wohl entschieden verworfen werden muß, was einige neuere Juristen meinen, daß in der Sentenz hier nicht eine neue, obligatorische oder liberatorische Kraft liege, sondern sie mache nur der mittelbaren Verpflichtung aus der Litiscontestation ein Ende, enthalte also für die eigentliche Hauptobligatio nur eine Art von Purification<sup>94</sup>). — Eine ganz andere Frage ist es, wie die Novation auf das alte Klagrecht und dessen Accessionen eingewirkt hat. Rückfichtlich des ersteren nun kann es nach der allgemeinen Natur solcher Novationen nicht bezweifelt werden, daß es immer durch die Litiscontestation direct oder indirect consumirt ward; die Accessionen angehend, so wird es allerdings von den Pandektenjuristen als eine Eigenthümlichkeit des Falles hervorgehoben, daß das Pfandrecht und die Privilegien<sup>95</sup>) der

91) Vgl. Bayer, über die Aenderung des Klagsbells (Landshut 1819), und dessen Vorträge S. 311. Linde, Lehrbuch §. 179, dazu Sinnenis, Erläuterungen Heft 1, S. 207—210.

92) Vgl. den Art. Einrede Bd. III, S. 770.

93) Darauf führt unmittelbar der Gegensatz bei *Caius, inst. III. §. 180*: *tolitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitime iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Ut si fingit einmal ein teneri von der Litiscontestation an; ein zweites von der Condemnation. So ist die Sache nach Keller's Ansicht auch aufgefaßt in diesem Werke Bd. III, S. 770 flg. im Art. Einrede.*

94) So Bayer a. a. D. S. 49—52.

95) L. 29. D. de novationibus (46. 2.) spricht vom Privilegium. Die Stellen, welche das Pfandrecht betreffen, sind schon früher vorgekommen.

Hauptschuld fernerhin noch stehen bleiben, Gegenstände, welche doch sonst bei den freiwilligen Novationen das Schicksal der Hauptsache theilen. Daß indeß Bürgschaften<sup>96)</sup> und Zinsversprechen<sup>97)</sup> in beiden Fällen gleichfalls untergehen, steht nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen zu bezweifeln. Allein, was vom alten Klagrechte und dessen Accessionen galt, darf nicht von der ganzen in ius deducirten Verbindlichkeit verstanden werden, sondern nur von dem Theile derselben, welcher in die Spitze der Klage hinausküuft; der überschießende Theil der Obligation bleibt nach wie vor als Naturalobligation bestehen<sup>98)</sup>, und selbst, was vom alten Klagrechte verloren gegangen war, wird durch eine neue civile ersetzt. Daß die Naturalobligation stehen blieb, sieht man aus folgenden Umständen: es konnte dafür Zahlung geleistet werden, und diese war dann unwiderruflich<sup>99)</sup>; ferner ward dafür gültig ein Bürge bestellt<sup>100)</sup>; selbst zur Compensationsausflucht war die Verbindlichkeit tauglich<sup>101)</sup>. Für das Hinzutreten einer neuen civilis obligatio nach der Litiscontestatio spricht eine Stelle Ulpian's, welche die Möglichkeit, einen Bürgen für eine durch die Litiscontestatio in iudicium deducirte Verbindlichkeit anzunehmen, gerade auf das Vorhandensein einer solchen Obligation zurückführt<sup>102)</sup>. Fragt man nach den weiteren Schicksalen der durch die Litiscontestatio umgestalteten Obligation, und wie sich dieselbe namentlich zur späteren Sentenz verhalte, so tritt uns hier im Falle der Absolution die nämliche Auffassung der Sache entgegen, wie bei der Litiscontestatio. Zahlt der Beklagte nach der Absolution, so kann er das Gezahlte nicht zurückverlangen, weil das Stehenbleiben einer naturalen Obligation angenommen wird<sup>103)</sup>; während der Theil der Obligation, welcher auf die Klage hinausküuft, nach den Grundsätzen der prozessualischen Consumtion schwindet. Fällt die Sentenz condemnatorisch aus, so tritt die obligatio iudicatum faciendi ein, welche als ein selbstständiger Rechtsgrund sich herausstellt und alle Rückforderung des Gezahlten für immer ausschließt<sup>104)</sup>,

96) L. 28. C. de fideiusoribus. (8. 41.) Vgl. Keller a. a. D. S. 485 flg.

97) D. h. insofern es in der Vergangenheit liegt. L. 1. C. de iudiciis. (3. 1.) Vgl. Mayer a. a. D. S. 36 flg.

98) Classisch ist hier die Abhandlung von Keller a. a. D. S. 101 flg.

99) L. 60. pr. D. de conditione indebiti. (12. 6.) vgl. mit L. 28. D. ibid.

100) L. 50. §. 2. D. de peculio. (15. 1.) L. 8. §. 3. D. de fideiusoribus. (46. 1.)

101) L. 8. D. de compensationibus. (16. 2.)

102) L. 8. §. 3. D. 46. 1.: et post litem contestatam fideiussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio (Ulpianus lib. 47. ad Sabinum).

103) L. 60. pr. D. 12. 6. L. 28. D. ibid. Daß die Sache nicht außer Zweifel war, zeigt eine Stelle von Tryphonin L. 13. D. quibus modis pignus (20. 6.) Ich glaube, daß die Vereinigungsversuche der Interpreten hier völlig fruchtlos sind. Den neuesten hat Fein im Archiv für civilistische Praxis Bd. 26, S. 191—196.

104) L. 36. D. famil. hercisc. (10. 2.) L. 29. §. 5. D. mandati vel contra. (17. 1.) L. 1. C. de cond. indebiti. (4. 5.) Darauf deutet auch die Argumentation Julian's in L. 60. pr. D. 12. 6.

also die seit der Litiscontestation entstandene civilis und naturalis obligatio gewissermaßen in Einen Brennpunkt des Zahlenmüssens vereint. Was die Accessionen angeht, so werden sie wohl nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden müssen, wie bei der Litiscontestation. Vom Pfandrechte wenigstens wird bezeugt, daß es stehen bleibt<sup>105</sup>), während die Bürgschaft regelmäßig untergeht<sup>106</sup>). Daneben hob man freilich oftmals hervor, daß die Lage des Gläubigers durch die Litiscontestation nicht verschlechtert, sondern in den meisten Stücken verbessert werde<sup>107</sup>). Dieß sind die Umriffe des classischen Pandektenrechtes. Wenn nun später Justinian die in der Litiscontestation liegende Novation insofern aufhob, als er nur die exceptio rei indicatae gegen die Nachklage des früheren Klägers gestattete<sup>108</sup>), so war damit die Fortdauer der alten Obligation nach der Litiscontestation ausgesprochen, die exceptio rei in iudicium deductae aufgehoben, und es hatten sonach die Stellen, welche von der novirenden Kraft der Litiscontestation handelten, z. B. L. 29. D. 46. 2., fernerhin nur noch ein historisches Interesse. Stehen blieb fernerweit nur, was früher von der Urtheilsnovation galt, und dieß ward durch die Erweiterung des Gebietes der rei indicatae exceptio ins Werk gesetzt. Seitdem konnte man auch den Aussprüchen der classischen Juristen, daß durch die Litiscontestation die Lage des Gläubigers nur verbessert werde, die Bedeutung unterlegen, daß die novirende Kraft, welche die classischen Juristen mit der Litiscontestation verknüpften, den Rechten des Klägers keinen Eintrag thun dürfe<sup>109</sup>). 4) Die durch die Litiscontestation in ius deducirte Klage wird dadurch perpetuirt, d. h. der gewöhnlichen Klagenverjährung entzogen<sup>110</sup>). Man dachte sich früherhin die Sache so, daß hiernach Temporalklagen von jedem Zeitablaufe völlig unabhängig würden, wie dieß schon zur Zeit der classischen Juristen mit den perpetuae actiones der Fall war; daß mithin der Kläger nach der Litiscontestation seine Klage liegen lassen und dann später in jeder beliebigen Zeit wieder aufnehmen konnte<sup>111</sup>). Allein gegen diese Auffassung der Sache ist sehr richtig erinnert worden<sup>112</sup>), daß dieß schon wegen der damals gewöhnlichen Prozessverjährung unmöglich gewesen sei, wornach legitima iudicia durch Ablauf von 18 Monaten seit der Litiscontestation, und iudicia, quae imperio continentur, mit Ablauf des imperium des Magistrates, der das iudicium angeordnet hatte,

105) L. 13. §. 4. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.)

106) L. 8. §. 3. D. 46. 1.

107) L. 29. D. 46. 2. L. 86., 87. D. 50. 17.

108) §. 5. J. de exceptionibus. (4. 13.)

109) Vgl. den Art. Einrede Bd. III, S. 771, 772. v. Bangerow, Erläuterungen für P. B. I. S. 189.

110) L. 29. D. 46. 2. L. 8. §. 1. D. de fideiussoribus tutorum. (27. 7.) L. 9. §. 3. D. de iureiurando. (12. 2.) L. 139. pr. D. 50. 17. Ueber den Begriff perpetuari gibt hier hauptsächlich L. 8. §. 1. D. 27. 7. Aufschluß. Vgl. Keller a. a. D. S. 130.

111) So hauptsächlich C. G. de Winckler, discrimen inter litem contestationem iure veteri ac hodierno et utriusque effectus in feirma opuscula minora tom. I. p. 329.

112) Vgl. Keller a. a. D. S. 131.

erloschen. Eine andere Bedeutung kann die Regel auch im Justinianischen Rechte nicht haben, weil auch hier eine freilich von der genannten durch- aus verschiedene Prozeßverjährung vorkommt. Neuere Prozeßualisten<sup>113)</sup> haben diese Wirkung der Litiscontestation bereits auf die erste Ausfertigung nach angebrachter Klage verlegt, wofür einige Stellen des Justinianischen Codex sprechen, indem sie jene Unterbrechung bereits mit der Insinuation der Klagschrift an den Beklagten durch den Executor eintreten lassen<sup>114)</sup>. Ob auch in anderen Fällen der Verjährung durch die Litiscontestation eine Unterbrechung herbeigeführt wird, ist nicht überall außer Zweifel. Die gewöhnliche erwerbende Verjährung — die *usucapio* — also nach Justinianischem Rechte die von 3 Jahren bei beweglichen Sachen, von 10 und beziehungsweise von 20 bei unbeweglichen, wird nach dem classischen Pandektenrechte durch die Litiscontestation nicht unterbrochen, sondern kann auch nachher noch vollendet werden<sup>115)</sup>; erfolgt indeß ein condemnatorisches Urtheil, so hilft dem Beklagten die Vollendung der Verjährung nichts, sondern er wird so behandelt, wie wenn er zur Zeit der Litiscontestation die Sache hätte herausgeben müssen, also auf Restitution der Sache mit der *omnis causa condemnit*<sup>117)</sup>. Für die *longi temporis praescriptio* dagegen hat die Litiscontestation zweifelsohne unterbrechende Wirkung<sup>117)</sup>. Manche neuere Prozeßualisten lassen die Unterbrechung der erwerbenden Verjährung im heutigen Rechte bereits mit der ersten Ausfertigung auf die Klage eintreten<sup>118)</sup>, weil schon von diesem Augenblicke an die *mala fides* des Beklagten eintrete und nach der Vorschrift des Kirchenrechtes jede *mala fides superveniens* die Verjährung unterbricht. Daß indeß die erste dieser Prämissen falsch ist, wird sich weiter unten von selbst ergeben. 5) Durch die Litiscontestation wird der active und passive Uebergang jeder Klage auf die Erben vermittelt<sup>119)</sup>. Dieß hängt mit der römischen Ansicht über organisirte *iudicia* zusammen, daß sie weder durch den Tod des *iudex* noch durch den der Parteien untergehen; im ersten Falle vielmehr ein an-

113) So Einde, Lehrbuch §. 200. Sintonis a. a. D. Heft 1, S. 150—156. Bayer a. a. D. S. 314.

114) Const. 3. C. de praescriptione XXX vel XL. (7. 39.), wozu vgl. Söhr, im Archiv für civ. Praxis Bd. 10, S. 84., L. 3. C. de annali except. (7. 40.) vgl. mit L. 7. C. 7. 39. Vgl. Sintonis a. a. D. §. 1, S. 151—156.

115) L. 2. §. 21. D. pro emptore. (41. 4.) L. 18. D. de rei vindicat. (6. 1.) L. 14. pr. D. 10. 2. L. 9. §. 6. D. ad exhibendum. (10. 4.) Vgl. Keller a. a. D. S. 131. Bayer a. a. D. S. 315.

116) L. 18., 20., 21. D. 6. 1. L. 2. §. 21. D. 41. 4., v. Sangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen Th. 1, S. 190.

117) L. 26. C. de rei vindicatione. (8. 32.) L. 10. C. de praescriptione longi temporis. (7. 33.) Vgl. v. Sangerow a. a. D. S. 189.

118) So Sintonis a. a. D. Heft 1, S. 159—165.

119) Diese Wirkung stellen die röm. Juristen regelmäßig mit der Perpetuation der Temporalklagen zusammen. L. 8. §. 1. D. 27. 7. L. 29. D. 46. 2. L. 189. pr. D. 50. 17. Ueber die übrigen Stellen siehe Keller a. a. D. S. 166.

berer iudex eingeschoben wird, im zweiten der Erbe ganz einfach an die Stelle des Erblassers tritt, und also die Sache da fortführt, wo sie der Erblasser verlassen hatte. Am klarsten zeigt sich die Wirkung der Regel bei den Klagen, welche durch den Tod des Klägers<sup>120)</sup> oder den des Beklagten<sup>120a)</sup> erlöschen, die aber zu organisirten Processen durch die Litiscontestation gestaltet, auch über den Tod der Parteien hinaus fortbauern. Ob diese Wirkung heutzutage noch mit der Litiscontestation verknüpft sei, ist streitig. Für den activen Uebergang scheint es bei der Verordnung des römischen Rechtes bleiben zu müssen; der passive Uebergang scheint aber nach der R. G. D. v. 1555 Th. III, Tit. 9, §. 6, schon durch die erste Ausfertigung auf die Klage vollendet<sup>121)</sup>. 6) Durch die Litiscontestation wird in den stricti iuris iudicia ein Zeitpunkt gewonnen, nach welchem die Abschätzung der Sache eingerichtet werden muß<sup>122)</sup>. Bei den freien Slaven entscheidet regelmäßig nicht der Augenblick der Litiscontestation, sondern vielmehr der Moment, in dem das Urtheil gefällt wird<sup>123)</sup>. Beides erleidet indeß eine Ausnahme, falls für die Leistung ein bestimmter Zahltag verabredet war, der dann bei den strengen Klagen immer berücksichtigt werden muß<sup>124)</sup>, bei den freien vom Richter, wenn er will, berücksichtigt werden kann<sup>125)</sup>. Manche neuere Rechtsgelehrten gehen noch weiter und lassen außer den angegebenen Fällen bei der Schätzung der Hauptsache auch noch den Preisausschlag in Frage kommen, den die Sache in irgend einer Zeit vorher gehabt hat, was man gewöhnlich mit dem Namen *condemnatio quanti plurimi* bezeichnet<sup>126)</sup>. Allein eine solche Preiserhöhung ist dem klaren Ausspruche der angegebenen Zeugnisse durchaus zuwider und kommt überhaupt nur ausnahmsweise in zwei Fällen vor; erstens bei dem *damnum iniuria datum*, wo die Grenzen des rückwärts zu berechnenden Zeitraumes durch das Aquillische Gesetz genau bestimmt sind<sup>127)</sup>, und dieser Preisausschlag als eine Strafe betrachtet wird<sup>128)</sup>, und bei dem Diebstahle, wo

120) Für den activen Uebergang auf die Erben sind entscheidend L. 26. D. de obligat. et act. (44. 7.) §. 1. J. de perpetuis et temporal. act. (4. 12.) L. 28. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 12. pr. D. de V. S. (50. 16.)

120a) Für den passiven entscheiden L. 58. L. 33. D. 44. 7. §. 1. J. 4. 12. L. un. C. ex delictis defunctorum (4. 17.) L. 4. C. de in litum iuraturando (5. 53.)

121) Vgl. über diese oft mißverständene Stelle *Sentenis a. a. D.* Feft 1, S. 149.

122) Entscheidend sind hier L. 22. pr. D. de rebus creditis. (12. 1.) L. 4. D. de conditione triticaria. (13. 3.) L. 3. §. 2. D. commodati vel contra. (13. 6.) Vgl. v. Rabai, die Lehre von der Mora S. 312—316.

123) L. 3. §. 2. D. 13. 6. L. 3. §. 3. D. de actionibus empti. (19. 1.) Vgl. v. Rabai a. a. D. S. 317.

124) L. 22. pr. D. 12. 1. L. 4. D. 13. 3.

125) L. 3. §. 3. D. 19. 1.

126) Vgl. hier die vortrefflichen Bemerkungen von Liebe, über die Stipulation und das einfache Versprechen (Braunschweig 1840), S. 59, 60.

127) L. 2. pr. L. 21. pr. §. 1. L. 23. §. 3. L. 27. §. 5. D. ad legem Aquilianam. (9. 2.)

128) §. 9. J. de lege Aquilia. (4. 3.)

Die Erhöhung der Affirmation ihre Erklärung in dem Rechtsfabe findet, daß für den Dieb in jedem Augenblicke ein neuer Verzug anhebt<sup>129</sup>). 7) Vom Zeitpunkte der Litiscontestation abwärts muß der Beklagte dem Kläger die *omnis causa*, d. h. den Zubehör der Hauptsache vergüten, insofern die Natur der Klage dies überhaupt zuläßt, oder aber dieser Zubehör nicht schon von einem früheren Zeitpunkte her berechnet wird. Für dingliche Klagen folgt dies aus der Regel, daß durch die Sachrestitution der Kläger Alles erhält, was er erhalten haben würde, wenn ihm die Sache zur Zeit der Litiscontestation bereits ausgeantwortet worden wäre; eine Regel, deren Gültigkeit nicht bloß für die Eigenthumsklage<sup>130</sup>), sondern auch die Erbschaftsklage<sup>131</sup>), für die Pfandklage<sup>132</sup>) und *Concessoria*<sup>133</sup>) ausdrücklich bezeugt wird. Bei den in *factum actiones*, wo ein Exhibitionsbefehl vorkommt, soll die *omnis causa* der Hauptsache gleichfalls nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation beurtheilt werden<sup>134</sup>). Für *Conditionen* die Leistung der *omnis causa* am spätesten angenommen worden<sup>135</sup>); auch hier wird indeß zur Zeit der classischen Juristen die Regel angewendet, daß der Kläger Alles erhalten solle, was er gehabt haben würde, wäre er zur Zeit der Litiscontestation vom Beklagten befriedigt worden<sup>136</sup>). Eine allgemeine Beschränkung der Regel kommt indeß in allen Fällen zu Tage, wo die Condemnation auf eine bestimmte Summe baar Geld gerichtet ist, welche der Richter nicht überschreiten darf, z. B. bei der Darlehnsklage. Hier folgt es nämlich schon aus der Natur der Sache, daß der Richter die seit der Litiscontestation erwachsenen Zinsen nicht zum Betrage der Condemnation hinzurechnet<sup>137</sup>). Daher denn der Grundsatz, daß nach der Litiscontestation die *omnis causa*

129) L. 8. §. 1. D. de conditione furtiva (18. 1.), L. 2. §. 8. D. de privatis delictis (47. 1.) sprechen von der *condictio furtiva*; L. 50. pr. D. de furtis (47. 2.) von der *furti actio*. Auch bei der *rerum amotarum actio* findet dies statt. L. 29. D. rerum amot. (25. 2.) Vgl. v. Buchholz, juristische Abhandlungen S. 385., v. Rabat a. a. D. S. 316—318.

130) L. 20. L. 35. §. 1. D. de rei vind. (6. 1.) L. 22. C. de rei vindicatione. (3. 32.) L. 10. u. L. 15. D. de usuris et fructibus. (22. 1.) L. 35 u. 75. D. 50. 16. Vgl. Keller a. a. D.

131) L. 40. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) Vgl. Keller a. a. D. S. 170. Heimbach, die Lehre von der Frucht S. 114—116.

132) L. 16. §. 4. D. de pignoribus. (20. 1.)

133) L. 19. §. 1. D. 22. 1.

134) L. 9. §. 5—8. L. 10. L. 11. pr. §. 1. D. ad exhibendum. (10. 4.)

135) Vgl. Heimbach a. a. D. S. 171. Liebe a. a. D. S. 51.

136) L. 31. pr. D. de rebus creditis. (12. 1.) L. 3. §. 1. L. 34. L. 38. §. 7. D. de fructibus. (22. 1.) L. 91. §. 7. D. de legatis I. (30.) L. 8. D. de re indicata. (42. 1.) L. 1., 2., 4. C. de usuris et fructibus legatarum. (6. 47.) Vgl. Keller a. a. D. S. 172.

137) Vgl. Liebe a. a. D. S. 52. Nur bei der *incerta condemnatio* findet regelmäßige Zinsenzurechnung statt. L. 23. C. de usuris. (4. 32.) Anderer Meinung ist Keller a. a. D. S. 170, 172; Rosspirt, in der Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. 1, S. 84.

vergütet werden müsse, in den römischen Rechtsquellen auch niemals auf Geld, sondern nur auf Sachforderungen angewendet wird. Bei freien Klagen fällt die Prästation der *omnis causa* mit der Vergütung des Interesses zusammen, was hier aber nicht erst vom Augenblicke der Litiscontestation, sondern schon von einem früheren Zeitpunkte abwärts vergütet werden muß. Auch diese Wirkung verlegen manche neuere Prozeßualisten<sup>138)</sup> auf den Zeitpunkt der ersten Ausfertigung auf die Klage, indem sie einige Stellen, die nur von der Erbschaftsklage sprechen, generalisiren und die *praestatio causae* mit der seit der Litiscontestation eintretenden *mala fides* des Beklagten in Verbindung setzen. 8) Die Frage, ob der Beklagte zu leisten habe, wird regelmäßig nach dem Zeitpunkt der Litiscontestation beurtheilt. Dieser Grundsatz wirkt nach beiden Seiten hin, auf den Kläger und auf den Beklagten. Auf den Kläger, inwiefern die Statthaftigkeit seiner Klage und deren juristische Begründung lediglich nach dem angegebenen Zeitpunkte beurtheilt wird<sup>139)</sup>, mithin es in vielen Fällen zur Condemnation ausreicht, wenn die Existenz seines Rechtes für den angegebenen Zeitpunkt erwiesen wird<sup>140)</sup>. Bei den dinglichen Klagen freilich ist die Condemnation noch an andere Voraussetzungen gebunden, nämlich an den Besitz des Beklagten, und für diesen kommt nicht bloß der Augenblick der Litiscontestation, sondern auch der Prozeßentscheidung durch die Sentenz in Betracht<sup>141)</sup>; daher denn regelmäßig Absolution erfolgt, falls im zuletzt angegebenen Momente der Besitz des Beklagten aufgehört hat. Das Nämliche wird auch für die *ad exhibendum actio*<sup>142)</sup>, für die Erbschaftsklage<sup>143)</sup>, für die Depositenklagen<sup>144)</sup> bezeugt, muß also wohl in allen Fällen zur Anwendung gekommen sein, wo es sich um einen Restitutions- oder Exhibitionsbefehl handelte. Eine weitere Ausnahme kommt auch bei der Peculienklage vor, wo die endliche Condemnation auch an das Vorhandensein eines Sondergutes überhaupt gebunden ist, und gerade in dieser Rücksicht entscheidet nicht sowohl die Litiscontestation, als vielmehr der Zeitpunkt, wo die Sentenz gefällt wird<sup>145)</sup>. Auf Seiten des Beklagten wirkt die angegebene Regel insofern ein, als wenigstens für die Zeit der klassischen Jurisprudenz die Proculianer vielleicht mit einigen Beschränkungen die Regel festhielten, daß der Beklagte con-

138) So Sintenis a. a. D. Heft 1, S. 169—174.

139) Vgl. hier Keller a. a. D. S. 175 ff.

140) *Causa*, inst. IV. §. 114. Dazu Keller a. a. D. S. 180 ff. Auch bei der Eigentumsklage L. 18. L. 20. D. 6. 1. L. 8. §. 4. D. si *servitus vindicatur* (8. 5.) Vgl. Keller a. a. D. S. 178—179.

141) L. 27. §. 1. D. 6. 1. L. 42. D. *ibid.* L. 30. pr. D. de *peculio*. (15. 1.)

142) L. 7. §. 4—6. L. 8. L. 11. §. 2. D. 10. 4. L. 30. pr. D. 15. 1.

143) L. 4. L. 18. §. 1. L. 41. pr. D. de *hereditatis petitione* (5. 3.)

144) L. 1. §. 21. D. *depositi vel contra* (16. 8.)

145) L. 30. D. 15. 1. L. 7. §. 15. D. *quibus ex causis in possessionem*. (42. 5.) L. 5. §. 2. D. de *liberatione legata* (34. 2.) L. 35. D. 46. 1. Vgl. Keller a. a. D. S. 193.



demnirt werden müsse, falls er sich im Augenblick der Litiscontestation in der Lage befunden habe, die zur Verurtheilung führen mußte, während die Sabinianer im Widerspruche mit dieser Ansicht auch dann noch die Absolution des Beklagten eintreten ließen, wenn dieser auch erst nach der Litiscontestation den Kläger befriedigte<sup>146)</sup> oder die Sache nachher durch Zufall unterging<sup>147)</sup>. Von diesen Controversen liegen noch einige Spuren in den Justinianischen Rechtsbüchern vor. Darin ist für den Befriedigungsfall die Meinung der Sabinianer allgemein angenommen, außer bei Obligationen, deren Gegenstand in einem *facere* besteht, wo nach der Litiscontestation dadurch die Condemnation nicht mehr abgewendet werden kann<sup>148)</sup>. Für den casuellen Untergang der Sache ist zwischen strengen Klagen und anderen zu unterscheiden; in jenen haftet der Beklagte auch nach dem Untergang fort<sup>149)</sup>, in diesen nicht, und dafür ist also die Ansicht der Sabinianer angenommen<sup>150)</sup>. Wahrscheinlich hängt es mit dem angeführten Grundsätze zusammen, daß in Noxalklagen, wer zur Zeit der Litiscontestation die Sache im Besitze hat, unveränderlich forthaftet, wenn er auch nachher ohne seine Schuld diesen Besiß verliert<sup>151)</sup>, was bei Realklagen anders ist. In diesen nämlich und, was ihnen gleichsteht, wird die Frage durch die Anknüpfung der Condemnation an den Besiß des Beklagten erledigt; daher hier der casuelle Untergang der Sache vor der Sentenz regelmäßig Absolution zur Folge hat und die Condemnation nur im Falle der Arglist erfolgt<sup>152)</sup>. 9) Mit dem Augenblick der Litiscontestation tritt bei den Realklagen, und was ihnen gleichsteht, die sogen. *ficta possessio* ein, d. h. auch der Nichtbesitzer kann hier als Beklagter behandelt und folglich condemnirt werden, wenn er sich freiwillig auf die Klage einläßt (*si liti sese obtulit*)<sup>153)</sup>. Der Grund der Ausnahme liegt in der Arglist des Beklagten<sup>154)</sup>, der sich auf eine Klage einläßt, die ihn nichts angeht; doch kann er die Verurtheilung

146) *Caius*, inst. IV. §. 114. Das drückte man durch die Rechtsparodie aus: *Sabino et Cassio placet, omnia iudicia esse absolutoria.*

147) L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. D. 16. 3. L. 8. D. 42. 1. Vgl. *Liebe a. a. O.* S. 50.

148) L. 84. D. de V. O. (45. 1.) vgl. mit §. 2. J. de perpetuis et temp. actionibus (4. 12.)

149) So für die *actio ex testamento* und *ex stipulatu* L. 12. §. 3. D. 16. 3. L. 8. D. 42. 1.

150) L. 12. §. 3. vgl. mit L. 14. §. 1. D. 16. 3.

151) L. 1. §. 16. D. *si quadrupes* (9. 1.) vgl. mit L. 1. §. 13. D. *ibid.* L. 37. D. *de noxalibus actionibus* (9. 4.) vgl. mit L. 26. §. 4. D. *ibid.* Vgl. v. *Wangerow a. a. O.* Th. 1, S. 191.

152) Dies wird für die Eigenthumsklage bezeugt in L. 27. §. 1. D. 6. 1., für die Erbschaftsklage in L. 41. pr. D. 5. 3., für die *actio ad exhibendum* L. 7. §. 5., L. 11. §. 2. D. 10. 4., für die *actio in factum depositi* L. 1. §. 20., 21. D. 16. 3.

153) L. 25. u. L. 27. pr. D. 6. 1. (Eigenthumsklage). L. 13. §. 13. D. 5. 3. L. 45. D. *ibidem* (Erbschaftsklage). Vgl. hier hauptsächlich *Wegell*, der römische vindicationsprozeß S. 214 fig.

154) L. 13. §. 13. D. 5. 3.

dadurch abwenden, daß er nachweist, der Kläger sei von seinem Nichtbesitze von Anfang an unterrichtet gewesen<sup>155</sup>). Für den anderen Fall des fingirten Besizes, d. h. für das arglistige Aufgeben des Sachbesizes, ist der Zeitpunkt der Litiscontestation völlig irrelevant, da hier die Strafe der Arglist schon früher eintritt<sup>156</sup>) nach einer speciellen Vorschrift des Juvenclianischen Senatsbeschlusses, welche folgeweise von den römischen Juristen auch auf die Eigenthumsklage angewendet ward<sup>157</sup>); ebenso auch im dritten Fall, wenn Jemand bei einer Gelegenheit, wo er den Sachbesiz hätte erwerben können, ihn arglistiger Weise nicht angenommen hat, was ganz nach Analogie des vorigen Falles beurtheilt wird<sup>158</sup>). 10) In den Realklagen heben mit der Litiscontestation für den Beklagten die Nachtheile des bösen Glaubens an. Dieß bedeutet die Regel: *post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*, welche in den Quellen zunächst nur bei der Erbschaftsklage vorkommt<sup>159</sup>), hier freilich auch in Verbindung mit einer Aeußerung, die nur aus dem neuen Rechte des Juvenclianischen Senatsbeschlusses und der Prozesseinleitung durch Denunciation ihre Erklärung erhält<sup>160</sup>), dann aber auch bei der Eigenthumsklage vorkommt<sup>161</sup>). Wahrscheinlich bezog man im classischen Pandektenrecht die Regel nur auf den Umstand, daß der redliche Besizer seitdem die Befugniß verliert, die gewonnenen Sachfrüchte zu consumiren und durch die Consumtion in seiner Vermögenssphäre zu behalten<sup>162</sup>), woraus dann weiter die Verbindlichkeit des Besizers gefolgert ward, sie seit der Litiscontestation zu vergüten. Im Justinianischen Rechte wird die Regel indeß in Einer Stelle, welche dieß ursprünglich nicht enthielt<sup>163</sup>), auch mit der Verbindlichkeit in Verbindung gesetzt, die *percipiendi fructus* seit der Litiscontestation zu restituiren, die früherhin auf einer ganz andern Grundlage beruhte, und auch nicht auf den einfachen Fruchtbetrag beschränkt war<sup>164</sup>). Seit zunächst bei der Erbschaftsklage, dann auch bei der Eigenthumsklage der Grundsatz aufkam, daß nach der Litiscontestation jeder Besizer den Zuehör zu prästiren hat, hat freilich die vorliegende Regel durch

155) L. 45. D. *ibid.* L. 26. D. 6. 1. Vgl. Begehl a. a. D. S. 216. Ueber die heutige Anwendbarkeit der Lehre spricht Sintonis a. a. D. Heft 1, S. 206.

156) Darauf bezieht sich die Regel *dolus pro possessione est.* L. 131. D. 50. 17.

157) L. 25. §. 2., 8 u. 9. D. 5. 3. L. 27. §. 3. D. 6. 1. Vgl. v. Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 6, S. 204.

158) L. 25. §. 8. D. 5. 3.

159) L. 25. §. 7. D. 5. 3. Vgl. hierüber Heimbach a. a. D. S. 155.

160) L. 20. §. 11. D. *ibidem.* Vgl. die sehr guten Bemerkungen von Xverus a. a. D. S. 231—233.

161) Siehe das alte Pandektenscholium zu L. 25. §. 1. D. 22. 1. in den *Basilicae* ed. Heimbach tom. II. p. 705.

162) Dieß ist die Deutung, welche das angeführte Scholium der Regel gibt.

163) L. 2. *Inst. Cod. de fructibus et litium expensis* (7. 52.) genommen aus L. 1. Th. C. *de fructibus.* (4. 18.)

164) Vgl. Heimbach a. a. D. S. 159 *fig.*

das Zusammenfallen ihres Gebietes mit dem jenes Grundsatzes in vielen Fällen an Anwendung verloren<sup>165</sup>), doch dient sie noch immer dazu, um die in den Justinianischen Pandekten niedergelegten Ansichten der classischen Juristen über den Fruchterwerb zu reconstituieren. Manche neuere Prozeßlehrer<sup>166</sup>) lassen diese Wirkung bereits mit der ersten Ausfertigung auf die Klage eintreten, allein das beruht lediglich auf falscher Interpretation einiger Stellen aus den römischen Rechtsquellen, die Aeverus viel richtiger erklärt hat, und wird auch nicht durch eine konstante Praxis bestätigt. 11) Mit dem Augenblicke der Litiscontestation tritt unter den Stellvertretern der Parteien das sogen. *dominium litis* ein<sup>167</sup>), was man nicht sowohl vom wirklichen Eigenthume<sup>168</sup>), auch nicht von einem Rechte, das schon früher vorhanden gewesen, und jetzt erst durch die Litiscontestation vollkommen wirksam werde, zu verstehen hat<sup>169</sup>), als vielmehr vom wirklichen Prozeßparteiwerden des Procurators<sup>170</sup>), worauf auch in anderen Verhältnissen die Ausdrücke *negotiorum* oder *litis dominus* gehen. Es verdankt seinen Ursprung auch nicht einer Uebertragung des Klagrechtes, wodurch das *alieno nomine agere* möglich geworden sei, wie man wohl seit Böhmmer angenommen hat, sondern ist vielmehr eine allgemeine Folge des Grundsatzes, daß Obligationen durch Stellvertreter regelmäßig nur insofern abgeschlossen werden können, als diese zunächst selbst Creditoren oder Debitoren werden, und dann später das in ihrer Person entstandene Rechtsverhältniß auf den Geschäftsherrn übertragen, woraus dann weiter gefolgert ward, daß die aus der Litiscontestation entstehenden Obligationen nur für die Repräsentanten wirken können, welche im Augenblicke der Litiscontestation in die Formel aufgenommen werden<sup>171</sup>). Die Sache verhält sich nämlich so: die Procuratoren entlehnen activ und passiv die Intention aus der Person dessen, den sie vertreten, lassen dagegen die Condemnation activ und passiv auf sich stellen, was die Wirkung hat, daß, wenn die Condemnation erfolgt, sie nur für und auf den Procurator wirken kann.

165) Also ist wohl kein geschichtlicher Zusammenhang der Regel mit jenem Grundsatz anzunehmen, wozu v. Wangerow, a. a. D. Th. 1, S. 191, geneigt zu sein scheint.

166) So Sintenis a. a. D. Heft 1, S. 169, 170.

167) L. 4. D. de appellat. (49. 1.) L. 22 u. 23. C. de procuratoribus (2. 13.) Vgl. Mühlenthal, Session der Forderungsrechte (3. Ausg.) S. 49. *Dominium litis* ist kein echter Kunstaussdruck.

168) Vor diesem Mißverständniß, das hauptsächlich aus L. 4. §. 3. D. 4. 7. entstanden ist, warnt Bethmann-Hollweg, Versuche S. 155—157. Es findet sich vor bei J. H. Böhmmer, diss. de dominio litis (Halae 1716.) und in den exercit. ad Pand. II. 32. p. 443 sq.

169) So v. Tiggerström, das römische Dotalrecht Band I, §. 26, S. 226 fg. Dagegen Mühlenthal a. a. D. S. 50.

170) Vgl. Mühlenthal a. a. D. S. 51. Am klarsten ist dies in L. 11. pr. D. de doli mali exc. (44. 4.) ausgesprochen: *quia litis contestatione res procuratoris fit eamque suo iam quodammodo nomine exequitur.*

171) Für die ältere Zeit berichtet dies Cuius, inst. IV. §. 86. 87. Auch im Justinianischen Rechte ist es noch Regel. Vgl. Theophil. paraphras. inst. IV. 10. §. 2. Zimmermann a. a. D. S. 472.

Hierdurch wird zwischen den Procuratoren ein eigenthümliches Rechtsverhältniß geschaffen, indem die durch die Litiscontestation entstehende Obligation unmittelbar an ihre Persönlichkeit geknüpft wird, während umgekehrt die eigentlichen Prozeßinteressenten für die Folgezeit aus dem Spiele bleiben. Die wichtigsten Folgen des Institutes, welche noch im Justinianischen Rechte stehen geblieben, sind im Einzelnen folgende<sup>172)</sup>: daß der Gegner von da an unveränderlich an die Person des Stellvertreters gebunden ist, also mit seinen Einreden, die nur gegen dessen Persönlichkeit gerichtet sind, ferner nicht weiter gehört wird<sup>173)</sup>, auch selbst nicht einmal Caution fordern darf, wenn er ihn früher ohne Caution zugelassen hatte<sup>174)</sup>; daß die eigentliche Prozeßpartei, welche der Procurator vertritt, wenn sie auch gerade nicht verhindert ist, in unförmlicher Weise an der Führung des Prozeßes Theil zu nehmen<sup>175)</sup>, ferner auch nicht ihre Befugniß, Zahlung anzunehmen oder über den Prozeß zu transigiren, zu Gunsten des Stellvertreters verliert<sup>176)</sup>, doch für den formalen Theil des Prozeßes durchaus an die Person des Stellvertreters gebunden ist, womit es dann weiterhin zusammenhängt, daß Renunciation und Revocation des Auftrages nicht nach den gewöhnlichen Regeln vom Mandate, sondern nur in der Form der *translatio iudicii* geschehen können<sup>177)</sup>, wo dann der Prätor zuvor den Grund jener Abänderung zu untersuchen hat<sup>178)</sup>; daß ferner unter mehreren Stellvertretern von Einer Partei im Prozeße, wer zuerst *Litem contestat* hat, vor allen übrigen den Vorrang hat, und ausschließlich zur Durchföhrung des Prozeßes befugt ist<sup>179)</sup>; daß das durch die Litiscontestation herbeigeföhrte Rechtsverhältniß auch durch den Tod des Geschäftsherrn nicht unterbrochen wird<sup>180)</sup>, ja sogar bei dem Absterben des Procurators keine Veränderung erleidet, sondern vollständig auf dessen Erben übergeht<sup>181)</sup>, was freilich von Theodosius und Valentinian dahin abgedindert worden ist,

172) Sie sind classificirt von Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 160—163. Zimmern a. a. D. S. 473. Beyer a. a. D. S. 211—215, 218 fig.

173) Dieß gilt von allen *exceptiones procuratorias*, früher auch von den *cognitoriae*. *Calus*, *inst.* IV. §. 123. 124. L. 8. §. 2. L. 57. §. 1. D. de *procuratoribus* (3. 3.) L. 13. C. de *procuratoribus* (2. 13.)

174) L. 40. §. 3. D. 3. 3. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 160, Note 33.

175) L. 69. D. 3. 3. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 159.

176) L. 13. pr. D. de *pactis*. (2. 14.) L. 73. D. 3. 3. L. 86. D. de *solutionibus*. (46. 3.) L. 7. C. de *transactionibus* (2. 4.)

177) L. 16—27. D. 3. 3. L. 25. §. 1. D. *mandati* (16. 1.) L. 22. C. de *procurat.* (2. 13.)

178) L. 17. pr. §. 2. L. 27. pr. D. 3. 3. L. 25. §. 1. D. 16. 1. Ebenso ist umgekehrt auch die Uebertragung der Sache vom *dominus* auf den Procurator nach der Litiscontestation nur *causa cognita* zulässig. L. 46. pr. D. 3. 3. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 161.

179) L. 32. D. 3. 3.

180) L. 1. Th. C. de *cognitoribus et procurat.* (2. 12.) (L. 23. C. *Iust.* 2. 13.) L. 17. §. 1. D. 3. 3.

181) L. 1. Th. C. 2. 12.

daß gleich mit dem Tode des Stellvertreters die Sache von selbst an den eigentlichen Interessenten zurückfallen soll<sup>182</sup>), und auch im Justinianischen Rechte nicht mehr gilt<sup>183</sup>); daß seit der Litiscontestation der Procurator substituiren darf<sup>184</sup>), was ihm vorher nicht erlaubt ist<sup>185</sup>); daß ferner seitdem auch die vom Procurator des Klägers begangene Arglist den Gegner zur *doli exceptio* berechtigt<sup>186</sup>); daß auch die Sentenz bei Vermeidung der Nullität auf den Namen des Procurators gestellt werden muß<sup>187</sup>); daß endlich nach dem Inhalte des prätorischen Edictes aus einer vom Procurator oder gegen ihn erwirkten Condemnation die *actio iudicati* nur ihm allein oder gegen ihn allein zustehen konnte, woraus dann weiter gefolgert ward, daß der Inhalt eines solchen Urtheiles für und gegen die eigentlichen Interessenten nur auf dem Wege der Mandatsklage geltend gemacht werden durfte — eine Wirkung, die freilich im Justinianischen Rechte bedeutenden Beschränkungen unterliegt, da hier auf der einen Seite leicht, freilich nach vorgängiger *causae cognitio*, die *iudicati actio utilis* dem wahren Kläger gegeben wird, dann freilich unter Verfassung der *directa* nach der Seite des Procurators<sup>188</sup>) hin, auf der anderen auch gegen den wahren Beklagten, der durch einen Procurator vertreten wird, gewöhnlich die *iudicati actio utilis* unmittelbar zugelassen wird, außer in den Fällen der reinen Defension, das *mandatum in rem suam*, oder wenn sich der Procurator von selbst zur Prozeßführung gedrängt hatte, wo es natürlich bei der Regel des prätorischen Edictes verblieb<sup>189</sup>). Von allen diesen Wirkungen scheinen das Substitutionsrecht des Stellvertreters und die Befugniß desselben, das Rechtsverhältniß auf die eigenen Erben zu transmittiren, die ältesten zu sein, da Kaiser Julian davon auf die übrigen argumentirte<sup>190</sup>). Ob die Lehre vom *dominium litis* der Procuratoren heutzutage noch anwendbar sei, darüber sind die Prozeßlehrer nicht einig<sup>191</sup>). Das Kirchenrecht<sup>191</sup>) und die teutschen Reichsgesetze setzen das Fortbestehen des Institutes noch voraus, allein bei weitem der größte Theil seiner Folgen ist durch den Umstand unpractisch geworden, daß für das neuere Recht ein freieres Repräsentationsrecht<sup>192</sup>) der Prozeßparteien durch die Stellvertreter angenommen ward,

182) L. 7. Th. C. *ibid.*

183) Darnach ist in L. 23. *Iust. C. 2. 13.* der betreffende Satz aus L. 1. Th. C. 2. 12. weggelassen worden. Vgl. *Zimmermann a. a. D. S. 473, Note 9.*

184) L. 4. §. 5. D. 49. 1. L. 1. Th. Cod. 2. 12. L. 23. C. *Iust. 2. 13.*

185) L. 4. §. 5. D. 49. 1. L. 8. §. 3. D. 17. 1.

186) L. 11. pr. D. de *doli mali et metus exceptione.* (44. 4.)

187) L. 1. C. de *sententiis et interloc.* (7. 45.)

188) L. 28. D. 3. 3. L. 86. D. de *solut.* (46. 3.) Vgl. *Bethmanns-Hollweg a. a. D. S. 230.*

189) L. 61. D. 3. 3. L. 28. D. *ibidem.* L. 4. pr. D. de *re iudicata.* (42. 1.) Vgl. *Bethmanns-Hollweg a. a. D. S. 231 ff.*

189a) L. 1. Th. C. 2. 12.

190) Vgl. über diese Controverse *Bayer a. a. D. S. 215.*

191) Entscheidend sind hier die Ausdrücke in cap. 1. §. 2. 6. in VI. de *procuratoribus.* (1. 19.)

192) Vgl. den Reichsdeputationsabschied v. 1600 §. 73.

wornach was diese vornehmen, für jene so verbindlich wird, als ob sie es selbst gethan hätten. Stehen geblieben sind nur folgende Wirkungen, daß unter mehreren, in solidum beauftragten Procuratoren, wer zuerst litem contestirt, alle übrigen ausschließt<sup>193</sup>); daß ferner abzufassende Erkenntnisse auf die Person des Stellvertreters gestellt werden müssen, falls die Prozeßpartei nach der Zeit verstorbt, wo in der Sache bereits definitiv beschlossen worden<sup>194</sup>); endlich auch das Substitutionsrecht des Stellvertreters seit der Litiscontestation<sup>195</sup>), was freilich von Manchen wieder als durch den J. R. A. aufgehoben angesehen wird<sup>196</sup>). 12) Durch die Litiscontestation werden die Prozeßparteien an das Gericht, wo sie geschah, unwiderruflich gebunden. Die classischen Juristen stellen in dieser Beziehung die Regel auf: ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet<sup>197</sup>), wahrscheinlich ein Ueberbleibsel von der alten exceptio rei in iudicium deductae<sup>198</sup>), Folgen dieses Grundsatzes sind einertheils, daß vor diesem Gerichte regelmäßig der Prozeß entschieden werden muß, wenn auch seine Competenz in dessen Laufe aufhört<sup>199</sup>); daß ferner, wenn der Beklagte vor einem incompetenten Gericht sich einläßt, ohne die Einrede der Unzuständigkeit zu brauchen, die Prorogation der Gerichtsbarkeit entsteht, freilich mit Ausnahme der Fälle, wo sie nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze ausgeschlossen bleibt, z. B. bei dinglich befreiten Sachen<sup>200</sup>); und daß mit der Litiscontestation die Befugniß verloren geht, den Richter in der Sache als suspect zu recusiren<sup>201</sup>). Das heutige Recht hat alle diese Wirkungen bestätigt; nur die erste hat die jetzige Praxis bereits auf einen früheren Zeitpunkt, auf die Behandlung der Citation verlegt, was auf einer Säkung des Kirchenrechtes beruht<sup>202</sup>), auch bereits früher in einer freilich nicht glossirten Constitution Justinians vorkommt<sup>203</sup>). 14) Im vorjustinianischen Rechte entscheidet für das Verhältniß mehrerer correi unter einander oder für das der Vür-

193) Dies bestätigt das Kirchenrecht ausdrücklich. Cap. 6. in Vito. de procuratoribus. (1. 19.)

194) Reichsdeputationsabschied v. 1600 §. 73.

195) Bestätigt durch cap. 1. §. 2. in Vito. ibid.

196) So Boehmer, ius ecclesiasticum Protestantium lib. I. tit. 38. §. 50.

197) L. 30. D. de iudiciis. (5. 1.) Vgl. v. Wangerow a. a. D. S. 193.

198) So Franke, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 23, S. 417. Xsverus, de Denunciation S. 198.

199) L. 7 u. 34. D. 5. 1. Vgl. den Art. Einrede Bd. III, S. 724.

200) L. 52. pr. D. 5. 1. L. 4. C. de iurisdictione omnium iudicum (3. 13.) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 724.

201) L. 12. 14. 16. C. de iudiciis. (3. 1.) Nov. 53. cap. 3. pr. Vgl. Xsverus a. a. D. S. 271.

202) Cap. 19. X. de foro compet. (2. 2.) Cap. 20. X. de officio et potestate ind. deleg. (1. 29.)

203) L. 4. C. de in ius vocando. (2. 2.) Vgl. Xsverus, de Denunciation S. 198—200.

gen zum Hauptschuldner und der Mitbürgen unter einander durchaus der Zeitpunkt der Litiscontestation. Folgen dieses Grundsatzes sind, daß durch die Litiscontestation mit Einem Correal Schuldner alle übrigen frei wurden<sup>204</sup>), und umgekehrt das Recht aller Correalgläubiger aufhörte, sobald nur Einer von ihnen mit dem Schuldner über die Sache *litem contestavit* hatte<sup>205</sup>); daß ferner, wenn für die Obligation eine Bürgschaft existirte, der Bürge durch die Belangung des Hauptschuldners frei wurde<sup>206</sup>), und dieser durch die Belangung des Bürgen<sup>207</sup>); daß endlich, wenn einer von mehreren Bürgen für dieselbe Schuld die Theilungseinrede braucht, die Solvenz der übrigen Mitbürgen nur nach dem Zeitpunkt der Litiscontestation beurtheilt wird, woraus dann weiter folgt, daß die spätere Verarmung der Mitbürgen dem Exipienten nicht zur Last fällt, sondern auf die Gefahr des Gläubigers steht<sup>208</sup>). Von diesen eigenthümlichen Wirkungen der Litiscontestation ist nach der gewöhnlichen Ansicht im Justinianischen Rechte nur noch die letzte stehen geblieben, seitdem Justinian durch ein allgemeines Gesetz<sup>209</sup>) nach Analogie dessen, was schon früher bei den Mandataren galt, verfügt hat, durch die Litiscontestation mit dem Hauptschuldner solle nicht mehr der Bürge, durch die Litiscontestation mit dem Bürgen nicht mehr der Hauptschuldner oder der Mitbürge, endlich durch die Litiscontestation mit dem Einem Correal Schuldner nicht mehr der Andere befreit werden, sondern nur durch wirkliche Befriedigung des Gläubigers. Für den Fall der activen Correalobligation ist in der gedachten Constitution Justinians freilich nichts bestimmt worden; daher es rückfichtlich dieser auch fernerhin zweifelhaft bleibt, ob nicht nach einer strengen Interpretation das Recht aller Correalgläubiger aufhört, sobald nur Einer von ihnen über die Correalobligation *litem contestavit*. 15) Für das Wahlrecht des Gläubigers bei alternativen Obligationen entscheidet regelmässig der Zeitpunkt der Litiscontestation. Daher von diesem Augenblicke an die einmal getroffene Wahl unwiderruflich ist<sup>210</sup>). 16) Mit dem Augenblicke der Litiscontestation wird die Sache litigios<sup>211</sup>), also unweräußerlich; auch darf von da abwärts die Klage nicht mehr

204) L. 2. D. de duobus reis constituendis (45. 2.)

205) L. 2. L. 5. D. *ibid.* L. 31. §. 1. D. de novationibus (46. 2.)  
Vgl. Keller a. a. D. S. 442. Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen §. 28, S. 260 flg.

206) Cicero ad Atticum. 16. 15. (vgl. Keller a. a. D. S. 464 flg.)  
Pauli sent. recept. II. 17. §. 16. Vgl. Keller a. a. D. S. 437.

207) L. 28. C. de fideiussoribus (8. 41.)

208) L. 51. §. 1 u. 4. D. de fideiussoribus et mand. (46. 1.) §. 4.  
J. de fideiuss. (3. 20.) v. Wangerow a. a. D. Th. 1, S. 192.

209) L. 28. C. 8. 41.

210) L. 33. in fine D. de legatis I. (30.) L. 1. D. de penu leg. (38. 9.) L. 57. §. 1 u. 4. D. de solut. (46. 3.) L. 9. D. 45. 1. v. Wangerow a. a. D. S. 192.

211) L. 13. D. famil. heredit. (10. 2.) L. 1. pr. §. 1. D. de litigiosis (44. 6.)

an andere cedirt werden<sup>212</sup>), mit wenigen Ausnahmen, die in diesem Werke Bd. III, S. 787, unter dem Art. Einrede vorgekommen sind. Ob dieser Zeitpunkt noch heute für beide Momente in Frage kommt, ist nicht ganz außer Zweifel<sup>213</sup>). Einige<sup>214</sup>) nehmen an, daß das spätere Recht beide Folgen schon an die Mittheilung der Klagschrift in Folge der ersten Ladung geknüpft hat, wodurch dann freilich diese specielle Wirkung der Litiscontestation aufgehört haben würde. Allein Nov. 112, Cap. 1, worauf man sich namentlich beruft, bezieht sich nach der richtigeren Interpretation<sup>215</sup>) lediglich auf die Veräußerung des streitigen Objectes durch den Beklagten, nicht auf die Unabtretbarkeit der Klage von Seiten des Klägers; daher in letzterer Rücksicht wohl auch noch vom Standpunkte des Novellenrechtes aus die Litiscontestation als Normalpunkt fortacten muß<sup>216</sup>); selbst für den erstgenannten Fall hat v. Vangerow<sup>217</sup>) das Nämliche im Ganzen fernerhin annehmen wollen, weil jene Novelle die Anstellung einer Eigenthumsklage voraussetzt, und nach richtigeren Ansichten nicht ausdehnend erklärt werden darf. Daß an diesen Grundsätzen des römischen Rechtes das canonische<sup>218</sup>) nichts geändert hat, zeigt die Bedeutung der Litispendenz, die hier eine ganz andere Beziehung hat, als auf die Litigiosität der Sache. 17) Mit der Litiscontestation tritt in den meisten Fällen für den Beklagten die mora solvendi ein, weil darin eine Mahnung und zwar die stärkste Art derselben enthalten ist<sup>219</sup>). Die römischen Juristen haben in dieser Rücksicht den Ausdruck per iudicem petere gebraucht<sup>220</sup>) und das Zusammenfallen des Verzugs mit der Litiscontestation in einzelnen Anwendungen anerkannt. Gleichwohl steht nicht zu bezweifeln, daß der Beklagte Gründe haben kann, es zum Prozesse kommen zu lassen, und alsdann wirkt natürlich die in der Litiscontestation enthaltene Mahnung auch keinen Verzug, weil dieser ohne Verschulden des Beklagten undenkbar ist<sup>221</sup>). Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht der Umstand, daß Papinian die Möglichkeit andeutet, als liege nicht in jeder Litiscontestation eine mora solvendi<sup>222</sup>); und die Thatsache, daß nach

212) L. 2 u. 4. C. de litigiosis. (8. 87.)

213) Die verschiedenen Ansichten sind am ausführlichsten dargestellt und geprüft von Röhlenbruch a. a. D. S. 386—388., ferner von Bayer a. a. D. S. 317.

214) So Sintenis a. a. D. Heft 1, S. 179 fig.

215) Vgl. Röhlenbruch a. a. D. S. 385.

216) Vgl. den Art. Einrede Bd. III, S. 736. Dagegen wieder Sintenis a. a. D. Heft 1, S. 179, 180.

217) X. a. D. S. 192.

218) Man beruft sich zum Beweise des Gegentheiles gewöhnlich auf Clem. 2. ut lite pendente. (2. 5.)

219) Hierüber verbreitet sich ausführlich v. Rabai, die Lehre von der Mora S. 83.

220) L. 22. D. 12. 1.

221) Vgl. v. Rabai a. a. D. S. 12.

222) L. 8. pr. D. de fructibus. (22. 1.) Diesen Grund macht schon geltend Liebe, die Stipulation S. 55.



anderen Stellen auch hier die Folgen des Verzugs wegfallen, sobald der Beklagte triftige Gründe hat, die Gefahr des Prozesses zu übernehmen<sup>223</sup>), z. B. wenn ihm eine Exception zur Seite steht, die der Kläger nicht anerkennen will<sup>224</sup>). In den meisten Fällen freilich wird der Anfangspunkt des Verzuges und, was damit zusammenhängt, wohl von einem früheren Zeitpunkte anheben<sup>225</sup>), namentlich nach den Grundsätzen von der Abfassung des heutigen Klagslibells, in dem Manche die Angabe der vorhergegangenen Mahnung für einen wesentlichen Bestandtheil des Ganzen ausgeben. Manche neuere Juristen<sup>226</sup>) gehen noch weiter und verlegen den Anfangspunkt des im Anfang des Prozesses eintretenden Verzugs bereits auf die Ueberreichung der Klagschrift (oblatio libelli) und diese Ansicht ist auch vielfach in die Praxis übergegangen, wenn gleich, streng genommen, eine Schuld des Beklagten jetzt schon nicht vorliegen kann, da er in diesem Augenblicke noch nicht vom Willen des Gläubigers unterrichtet ist, was erst durch die Mittheilung der Klagschrift ins Werk gesetzt wird. — So viel leuchtet indeß ein, daß jeder durch den Prozeßanfang entstehende Verzug erst durch die nachfolgende Condemnation des Beklagten zur Existenz kommt; also falls die Absolution erfolgt, in ihren Folgen rückwärts zusammenfällt. 18) In den Fällen, wo ausnahmsweise bestimmte Personen nur bis zum Betrag der Bereicherung haften, wird diese Bereicherung nach dem Zeitpunkte der Litiscontestation beurtheilt<sup>227</sup>). Dies tritt ein bei unvollständigen Schenkungen<sup>228</sup>), ferner in allen Fällen, wo das Pupillenalter der Grund von der Unvollständigkeit des Rechtsgeschäftes und der daraus entstehenden unvollkommenen Rechtsübertragung, Liberation oder Obligation ist<sup>229</sup>), auch bei der ausnahmsweisen Haftung der Erben aus Klagen ihrer Erblasser, die regelmäßig nur bis auf den Betrag der Bereicherung passiv transmittirt werden<sup>230</sup>). 19) Die Litiscontestation wird in den Quellen des Justinianischen Rechtes als der Zeitpunkt bezeichnet, von welchem an die

223) L. 24. pr. D. ibid. si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si iusto ad iudicium provocavit (Paulus lib. 37. ad Edict.). Vgl. v. Rabat a. a. D. S. 21. Rierulf, Theorie des gemeinen Civilrechtes Bd. 1, S. 279.

224) L. 40. D. 12. 1. L. 21. D. 22. 1. Vgl. v. Rabat a. a. D. S. 21.

225) Schon für das römische Recht anerkennt dies Papinian in L. 3. pr. D. 22. 1. in den Worten: tametsi non facile evenire possit, ut, mora non praecedente, non perveniatur ad iudicem.

226) So Decius zu L. 22. D. de rebus creditis. Vgl. v. Rabat a. a. D. S. 33. Dagegen schon Bartolus ad L. 17. D. ad legem Juliam de adulteriis.

227) Vgl. Keller a. a. D. S. 195.

228) L. 7. pr. D. de donationibus inter V. et U. (24. 1.)

229) L. 34. pr. D. de minoribus XXV. annis (4. 4.) L. 37. pr. D. de negotiis gestis (3. 5.) L. 47. pr. §. 1. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 4. D. de exceptionibus. (44. 1.)

230) L. 20. D. quod metus causa. (4. 2.)

Prozeßverjährung des neueren Rechtes möglich ist<sup>231</sup>). Doch ist das nicht so zu verstehen, als ob der Anfangspunkt der Verjährungsfreist immer von der Litiscontestation abwärts berechnet werde, vielmehr gilt dieß von dem Zeitpunkt, wo die letzte richterliche Cognition in der Sache vorgekommen ist.

Ein großer Theil von den, der Litiscontestation eigenthümlichen Wirkungen ist bereits im classischen Pandektenrechte auf andere Momente übertragen worden, welche auch außerhalb des Prozeßes vorkommen können, wenn schon fast überall die Regel durchschimmert, daß ihr regelmäßiger Eintritt von der Litiscontestation anhebt. Am klarsten erscheint dieß bei der Denunciation, in den römischen Rechtsquellen auch *conventio* genannt, die ihrem Wesen nach eine außergerichtliche einseitige Ansage zu sein scheint. Auf diese Conventio sind nun im Laufe der Zeit manche Wirkungen der Litiscontestation übertragen worden, namentlich der passive Uebergang der Pönalklagen auf die Erben, wobei Paullus ausdrücklich an die Litiscontestation erinnert<sup>232</sup>); ferner das Aufhören des Wahlrechtes bei dem *legatum optionis*<sup>233</sup>), was den alternativen Obligationen entspricht; sodann die Festbannung des Streitobjectes, was hauptsächlich bei der *novi operis nuntiatio* vorkommt. Auch auf die Denunciation als Einleitungsform des Prozeßes sind gleichfalls manche Wirkungen der alten Litiscontestation übertragen worden; namentlich wird der Beklagte in der *hereditatis petitio*<sup>234</sup>) dadurch in *mala fides* versetzt, ferner die *longi temporis praescriptio* unterbrochen u. s. w.<sup>235</sup>).

Neben den genannten allgemeinen Wirkungen der Litiscontestation gibt es im römischen Rechte noch eine ganze Reihe besonderer für die negative, welche von den Prozeßualisten gewöhnlich in das Gebiet der Strafen

231) L. 9. C. de praescriptione XXX vel XL. (7. 39.) L. 1. §. 1. C. de annali except. (7. 40.) Vgl. L. un. §. 1. Th. C. de actionibus certo tempore finiendis. (4. 14.) Vgl. *X s verus a. a. D. S.* 275.

232) L. 33. D. de obligat. et act. (44. 7.): *Constitutiones, quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo (Paullus lib. III. decretorum).* Auf diesem Gebiete ist die angeführte Schrift von *X s verus S.* 206 fig. sehr ausführlich; nur begehrt er den Irrthum, daß er die Worte *conventio, testatio* immer auf die gerichtliche Denunciation, ferner *convenire* immer auf die Denunciation bezieht, da es eben so gut auf jede Klagenstellung gehen kann.

233) L. 20. D. de opt. leg. (33. 8.) Vgl. *X s verus a. a. D. S.* 193.

234) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) Wenn dieß *X s verus a. a. D. S.* 231 wegen L. 40. D. ibidem und §. 2. J. de off. iudicis (4. 17.) auch bezüglich der übrigen dinglichen Klagen behauptet, so ist er entschieden in Irrthum.

235) L. 2. ubi in rem actio. (3. 19.) L. 7. §. 5. D. de praescriptione XXX. vel XL. annorum. (7. 39.) Daß mit diesem Zeitpunkte auch die Litigiosität mit ihren Folgen eintrete, kann nicht mit *X s verus a. a. D. S.* 226 fig. aus L. 1. pr. D. de litigiosis (44. 6.) gefolgert werden; die hier genannte außergerichtliche Denunciation steht nicht der gerichtlichen, sondern der Litiscontestation entgegen. Vgl. L. 1. §. 1. D. ibid.

des frivolen Streitens verwiesen werden, was mit der Auffassung der Sache in den römischen Rechtsquellen in Verbindung steht<sup>236</sup>). Diese Wirkungen lassen sich sämmtlich auf einen allgemeinen Gesichtspunkt zurückführen, auf das Verhüten leichtfertigen Leugnens. Im einzelnen sind es folgende: 1) In manchen Fällen die Strafe des doppelten Ersatzes, was die römischen Rechtsquellen mit den Worten zu bezeichnen pflegen: *actio (causa), quae inlitando oder inlitiatione crescit*, dem der neuere Ausdruck: *Litiscrescenzfälle* nachgebildet ist. Im vorjustinianischen Rechte waren unzweifelhaft Klagen dieser Art die *actio indicati*, und die anderen, ihr nachgebildeten Fälle, die *actio depensi*, *damni iniuria*, und die, welche aus dem *legatum per damnationem* zustand, wenn der Gegenstand des Vermächtnisses eine *res certa* war<sup>237</sup>). Ausgeschlossen war wohl von der Zahl damals die Klage aus dem sogen. *depositum miserabile*, welche zwar in den Justinianischen Institutionen unter der betreffenden Kategorie mit aufgeführt wird<sup>238</sup>), in der aber die Strafe des Doppelten gegen den Depositar und dessen Erben nach dem Inhalte des prätorischen *Edictes* nicht sowohl an die Ablehnung des Klaggrundes, als vielmehr an deren *dolus* geknüpft wird<sup>239</sup>); ferner auch die Klage auf das Doppelte aus einem *per aes et libram* geschlossenen Contracte<sup>240</sup>), deren Wachsthum nicht sowohl im Leugnen des Beklagten ihren Grund hatte, als vielmehr in der Natur der Mancipation, welche sich allmählig dem Kaufcontracte allgemein mittheilte, und diese Verpflichtung des Beklagten auch im Bejahungsfalle wirkt. Im Justinianischen Rechte, wo die *depensi actio* wegfällt, auch das *legatum per damnationem* mit seinen Eigenthümlichkeiten verschwunden ist, haben diese beiden *Litiscrescenzfälle* natürlicher Weise ganz aufgehört; stehen geblieben ist fernerhin nur noch die Klage *damni iniuria*<sup>241</sup>), dagegen hat Justinian folgende neue Fälle eingeführt: einmal die Vermächtnisse an fromme Stiftungen

236) Zu den *poenae temere litigantium* werden die meisten dieser Folgen gerechnet in *Ca. inst. IV. §. 171 sq.* und daraus in den Justinianischen Institutionen *IV. 16. de poena temere litigantium*. Die wichtigsten neueren Schriftsteller über die Lehre sind Glück, Erläuterung der Pandekten *Bd. 6, S. 181—183* (der auch ihren Zusammenhang mit der *Litiscontestatio* erkannt hat); ferner Zimmermann, der römische Civilprozeß bis auf Justinian *S. 179, S. 539—541*; Beyer a. a. D. *S. 68*; Sell, von den *causis, ex quibus inlitiatio lis crescit in duplum*, in dessen Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechtes *Bd. II, S. 1—64, 232—301*.

237) *Caius, inst. IV. §. 9. 171. Paulli sent. rec. I. 19. 1. §. 7. J. de obligationibus quae quasi ex contr. (3. 27.) Vgl. Sell a. a. D. *Xb. 2, S. 7. 238) §. 23 u. 26. J. de actionibus. (4. 6.)**

239) *L. 1. §. 1 u. 4. D. depositi vel contra. (16. 3.) §. 17. J. 4. 6. ibique Theoph. Vgl. Sell a. a. D. *S. 31—39.**

240) *Paulli sent. recept. I. 19. §. 1. vgl. mit II. 17. §. 3. Cic. de officiis III. 16. Vgl. Sell a. a. D. *Xb. 2, S. 9, 21.**

241) *§. 7. J. de obligat. quae quasi ex contractu. (3. 27.) §. 23 u. 26. J. 4. 6. (von der Lex Aquilia.)*

und Kirchen, mögen sie in der Form der Legate oder Fideicommissarien hinterlassen sein<sup>242</sup>); — sodann im Novellenrechte, wenn der Beklagte seine, vom Kläger gegen ihn producirte Handschrift ableugnet, insofern sich der Kläger zum Beweise der Echtheit anderer Beweismittel als des Eidesantrages bedient<sup>243</sup>); — ferner, wenn der Beklagte unter Anerkennung des gegen ihn producirten Schuldscheines den Empfang des Geldes in Abrede stellt, und der Beweis der Numeration wiederum auf anderem Wege, als durch Eidesdelation erbracht wird<sup>244</sup>) (in diesen beiden Fällen trifft die Strafe des Doppelten den Richter, wenn er es verabsäumt, den Beklagten darauf zu erkennen); endlich wenn der Kläger seine vom Beklagten producirte Urkunde, z. B. seine Quittung, ableugnet, und ihre Echtheit auf andere Weise, als durch Eidesantrag dargethan wird, so soll, damit beide Theile in den Strafen des Leugnens einander gleichstehen, diese Urkunde nicht bloß vollständig gegen ihn beweisen, sondern er überdies dem Beklagten noch einmal so viel erstatten, als der Inhalt der Urkunde besagt. Ob im Justinianischen Rechte noch das Judicat als Litisrescenzfall fortbesteht, ist unter den neueren Juristen streitig. Allerdings wird es vom Kaiser in den Institutionen unter dieser Kategorie nicht mehr aufgeführt, allein die betreffenden Stellen sollen die Litisrescenzfälle nicht erschöpfen<sup>245</sup>); in den Pandekten wird ferner das Judicat nicht direct, sondern nur folgerweise als Litisrescenzfall bezeichnet<sup>246</sup>). Der allgemeine Gesichtspunkt, von dem die classischen Juristen bei der Erörterung der Litisrescenzfälle ausgehen, ist, daß die Litisrescenz eine Privatstrafe sei für den Beklagten, weil er dem Kläger durch sein Ableugnen die Beweislast aufbürdet<sup>247</sup>); daher sie einestheils wegfällt, wenn der Kläger gar nicht beweist, oder sich des Eidesantrages über den Klaggrund bedient<sup>248</sup>), was nach römischen Ansichten bekanntlich kein Beweismittel ist; anderentheils in den Fällen des älteren Rechtes auch nicht weiter berücksichtigt wird, sofern nicht der Kläger die Verurtheilung auf das Doppelte selbst verlangt, weshalb zur Zeit des Formularprocesses gleich bei der Litiscontestation die Formel auf das

242) §. 7. J. 3. 27. L. 46. §. 7. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) Darnach findet in diesem Falle auch die *indebiti conditio* keine Anwendung. §. 7. J. 3. 27.

243) Nov. 18. cap. 8. Vgl. *Cell a. a. D. S.* 39—41.

244) Nov. 18. cap. 8.

245) Inst. III. 27. §. 7. *veluti*, IV. 6. §. 23. *veluti*, IV. 16. §. 1. (de poena temere litig.) *veluti*.

246) L. 7. D. de solutionibus. (16. 3.) Vgl. *Cell a. a. D. Th. 2, S.* 24—31.

247) Ganz entscheidend ist hier die L. 30. pr. D. de iurjurando (12. 2.), welche von *Cell a. a. D. Th. 2, S.* 183 flg., vortrefflich erklärt wird. Vgl. L. 23. §. 11. D. ad leg. Aquil. (9. 2.)

248) Dies wird speciell hervorgehoben in L. 30. pr. D. 12. 2. Nov. 18. cap. 6.

Doppelte gestellt werden mußte<sup>249</sup>); während umgekehrt in den durch das Novellenrecht eingeführten Fällen der Richter von Amtswegen darauf zu erkennen hat, weil er im Unterlassungsfalle selbst der Strafe des Doppelten unterliegt<sup>250</sup>). Die weiteren Voraussetzungen des Strafeintrittes sind a) daß der Prozeß selbstständig verhandelt wird, also nicht der Litiscrescenzfall nur bei Gelegenheit eines anderen Prozesses als ein Incidentpunkt desselben zur Sprache kommt<sup>251</sup>). b) Daß der Beklagte volljährig ist (Minderjährige erhalten nämlich gegen die Strafe die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)<sup>252</sup>). Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Strafen kann wohl füglich kein Zweifel obwalten. Denn, wenn schon alle reinen Privatstrafen durch eine allgemeine Praxis der Neuzeit abgekommen sind, so gilt dieß doch nicht von den Strafen des leichtfertigen Leugnens, die nicht bloß durch allgemeine Gesetze, sondern auch durch das Territorialrecht einzelner teutscher Länder ausdrücklich erhalten worden sind<sup>253</sup>). 2) In anderen Fällen hat das leichtsinnige Ableugnen des Klaggrundes eine Veränderung in den Parteirollen im Prozesse zur Folge. Im vorjustinianischen Rechte kommt dieß hauptsächlich bei Eigenthumsprozessen, und was ihnen nachgebildet ist, zur Sprache. Hier stand nämlich dem Kläger ein eigenthümliches Interdict gegen den Beklagten zu, welcher die Defension der Sache verweigerte, das *interdictum quem fundum*, was nach Verschiedenheit der Umstände bald *adipiscendae*, bald *recuperandae possessionis* ist, und die Wirkung hat, daß der Beklagte, wofern er den Besitz der Sache nicht an den Kläger ausantwortet, in dem angefügten Judicium auf das Interesse condemnirt wird<sup>254</sup>). Insofern

249) L. 1. §. 4. D. de his, qui effuderint. (9. 3.) Vgl. Sell a. a. D. Th. 2, S. 190 flg.

250) Vgl. Sell a. a. D. Th. 2, S. 191 flg.

251) Dieß gilt von der Erbschaftsklage, wenn der Beklagte selbst den widerrechtlichen Schaden begangen hat (L. 20. §. 4. D. de hered. pet. [5. 3.]), nicht aber, wenn er von einem Dritten im Ableugnungsfalle das Duplum erhalten hat (L. 55. D. ibidem; dazu Sell a. a. D. Th. 2, S. 192); von der rei vindicatio (L. 13 u. 14. D. de rei vindicatione [6. 1.]; dazu Sell a. a. D. S. 195 flg.); von der Erbtheilungsklage (L. 16. §. 5.; L. 17. D. famil. herciscundae [10. 2.]; dazu Sell a. a. D. S. 196 flg.).

252) L. 9. §. 2. D. de minoribus XXV. (4. 4.) Dazu Sell a. a. D. S. 187.

253) Für das Königl. sächs. Recht die G. P. D. v. 1724 ad tit. 17. Ueber andere hierher gehörige Territorialgesetze vgl. Sell a. a. D. Th. 2, S. 245 flg.

254) Vgl. in diesem Werke Bb. V, S. 602, den Art. Interdicte. Ganz ähnlich ist das restitutorische Interdict *quem usumfructum vindicare velit*, welches in der *concessoria* gegen den Beklagten Zustand, wenn dieser die Defension verweigert. Vgl. Vat. fragm. §. 92. S. den angeführten Art. Bb. V, S. 603. Im Justinianischen Rechte ist auch dieses Interdict verschwunden. Bei der *hereditatis petitio* fand das *interdictum quam hereditatem* statt; was aber auf verschiedenen Grundsätzen beruht. S. a. a. D. Bb. V, S. 600. Die Gleichheit der Grundsätze für diese Interdicte vertheidigt jetzt wieder Besell, der römische Vindicationsprozeß S. 21—23.

wird dieser gezwungen, auch ohne Führung des Eigenthumbeweiſes von Seiten des Klägers, den Beſitz der Sache an dieſen auszuantworten (transfertur possessio, manchmal mit dem Beisage per iudicem) und in deſſen Folge die Rolle des Klägers im Vindicationsproceſſe zu übernehmen, wenn er den Beſitz der Sache wiederum beanspruchen will<sup>254</sup>). Zu den Fällen der mangelnden Defenſion rechnete man damals nicht bloß die Verweigerung der Sponſion und die Unterlaſſung der notwendigen Cautionen, ſondern auch, wenn der Beklagte den Beſitz der ihm abgeforderten Sache ableugnet, und nachher durch den Verweis des Klägers vom Gegentheile überführt wird<sup>255</sup>); oder auf die vorangehende interrogatio in iure, ob und zu welchem Theile er das ihm abgeforderte Grundſtück beſiße, entweder gar nicht oder nicht in gehöriger Weiſe antwortet<sup>256</sup>). Im Juſtiniſchen Rechte, wo das Interdict verſchwunden iſt<sup>257</sup>), blieb gleichwohl der Rechtsſatz beſtehen, daß in den zwei zulezt angeführten Fällen der Beklagte ohne Weiteres gezwungen wird, den Beſitz der Sache ganz oder beziehungsweise zu dem Antheile, den er nicht im Gerichte vertritt, an den Kläger zu übertragen, ohne daß es des Eigenthumbeweiſes von klägeriſcher Seite bedarf, wobei zugleich jeder Anſpruch des bisherigen Beklagten auf Retention an der Sache, wenn ſie auch auf rechtlichen Gründen, z. B. auf Pfandansprüchen beruht, durch die Schnelligkeit des Interdictverfahrens ausgeſchloſſen wird, da jedenfalls zur Strafe des leiſchſinnigen Leugnens der Beklagte zur Uebernahme der klägeriſchen Rolle, d. h. der Beweislaſt im Eigenthumbeweis gezwungen werden ſoll. Was für die Eigenthumsklage gilt, hat die Doctrin unbedenklich auf die übrigen Realklagen ausgebehnt, namentlich auf die Publiciana, die Pfandklage u. ſ. w.<sup>258</sup>). Eine viel allgemeiner Anwendung findet der Grundſatz bei allen Klagen, welche die Herausgabe von Sachen bezwecken, die nach der Angabe des Klägers dem beklagten Beſitzer nicht eigenthümlich zugehören, falls dieſer das fremde Eigenthumsrecht ableugnet und den Kläger dadurch in die

255) L. 80. D. de rei vindicatione (6. 1.): in rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere; ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non approbaverit. (Iurii Anthianus lib. 2. ad edictum.) Den wahren Sinn dieſer Stelle hat zuerſt entwickelt Rudorff, in der Zeitschrift für geſchichtliche Rechtswiſſenſchaft Bd. 9, S. 28 ſq.

256) L. 20. §. 1. D. de interrogationibus in iure. (11. 1.)

257) So wird die Sache aufgefaßt von Horn, diss. de poena institutionis ad Leg. fin. D. de rei vind. Vitemb. 1701. v. Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 6, S. 183, Th. 8, S. 201 ſq., der freilich geneigt iſt, dieſe Wirkung erſt aus dem Geiſte des Novellenrechtes herzuleiten. Strenger iſt Greg. Majansius, fragm. triginta iureconsultorum tom II. p. 335. §. 3., der dem früheren Beklagten ſogar das ſpättere Vorbringen einer ſelbſtſtändigen Eigenthumsklage abſchneidet. Dagegen ſieht Rudorff a. a. D. Th. 9, S. 28.

258) Vgl. Sincenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechtes S. 363.

Nothwendigkeit versetzt, den Beweis davon zu führen. Wird nämlich dann von Seiten des Klägers erwiesen, daß die Sache, die er in Anspruch nimmt, fremdes Eigenthum sei, so muß der Beklagte den Besitz der Sache an den Kläger sofort ohne Weiteres herausgeben, ohne daß er sich zur Erhaltung des Besitzes auf ein Pfand- oder Retentionsrecht berufen dürfte<sup>259</sup>). Dadurch wird dann der jetzige Beklagte gezwungen, die Rolle zu wechseln und dergleichen Ansprüche, die ihm durch die Ablehnung nicht verloren gehen, auf dem Wege einer selbstständigen Klage zu verfolgen. hauptsächlich bezieht sich diese Bestimmung auf die Eigenthümlichkeit des Beweises in der Pfandklage, dessen Thema nicht blos auf den Besitz der Pfandsache von Seiten des Beklagten und die Pfandconvention, sondern auch hauptsächlich noch darauf gerichtet wird, daß der Pfandschuldner zur Zeit der Pfandbestellung Eigenthümer der verpfändeten Sache gewesen<sup>260</sup>); darauf ist sie auch von den Glossatoren angewendet worden, welche von diesem Standpunkte aus die Authentika item possessor C. qui potiores (8. 18.) gebildet haben<sup>261</sup>); allein daß dieß nicht der einzige Fall ihrer Anwendung ist, zeigt die allgemeine Fassung des Gesetzes und die Auffassung der Vorschrift bei Athanasius<sup>262</sup>) und Theoborus<sup>263</sup>), der sie, wie aus den beigelegten Codercitaten hervorgeht, sogar auf die Herausgabe von Rechnungen, die über fremde Gelder geführt werden, und anderen fremden Documenten bezogen wissen will. Eine allgemeine Beschränkung, die sich für die Vorschrift der Novelle vom römischen Standpunkte aus von selbst versteht, ist die, daß der Kläger über den Punkt des Eigenthums sich nicht des Eidesantrages bedienen; denn dieser hat nach römischen Ansichten nicht die Natur eines Beweismittels, und gerade die Führung des Beweises wird als Vorbedingung der poena infitiationis ausdrücklich hervorgehoben<sup>264</sup>). Daß diese Strafen noch jetzt in Uebung sind, ist nach dem Zeugnisse der bewährtesten Practiker außer Zweifel<sup>265</sup>). Die Art und Weise, wie sie vollzogen werden, ist einfach die durch richterliches Decret, welches dem Beklagten sofort die Herausgabe des Sachbesitzes an den Kläger auferlegt, sich als Folge des vom Klä-

259) Nov. 18. cap. 10. Die Allgemeinheit der Bestimmung verbürgen die Anfangsworte: *ei γάρ τις ἐγκαλοῖτο πράγματα κατέχειν ἑτέρου*. So faßt die Sache auch Gluck, a. a. D. Th. 6, S. 183, auf.

260) L. 23. D. de probationibus. (22. 3.) Vgl. Sententis a. a. D. S. 563.

261) Die Worte der Authentika item possessor *pignoris* deuten darauf.

262) Epitome Nov. 9. 2. p. 100.

263) Syntomos Nov. 18. §. 14. p. 30.

264) Nov. 18. cap. 10.: *ἀναγκασθεὶς δὲ ὁ τὴν ἀγωγὴν ποιούμενος ἢ συμβολαίους ἢ μάρτυσιν ἢ ἑτέροις πόνοις χρῆσασθαι πρὸς τὸ δεῖχθῆναι τὰ πράγματα ἐκείνων καθεστάναι*.

265) Vgl. die Citate bei Gluck a. a. D. Bb. 8, S. 202.

ger geführten Beweises herausstellt, und weil es dem anhängigen Prozesse für immer ein Ende macht, ganz füglich in der Form eines Decisiverkenntnisses abgegeben werden kann. — Ein weiterer Fall, wo ein Wechsel der Partierollen zur Strafe des leichtfertigen Leugnens eintritt, freilich nur in Beziehung auf die Uebernahme der Beweislast, liegt in der *condictio indebiti* vor. Hier nämlich besteht der eigentliche Klaggrund in folgenden Thatsachen: daß die Zahlung geschehen ist, daß das Gezahlte nicht geschuldet war, und beziehungsweise daß die Zahlung aus einem entschuldbaren Irrthume erfolgt ist<sup>266</sup>). Streng genommen sollte nun nach den gewöhnlichen Prozeßregeln der Kläger diesen Klaggrund im Ableugnungsfall vollständig erweisen, wenn er eine günstige Entscheidung des Processes beansprucht, allein zur Erleichterung des Beweises unterscheiden die römischen Juristen bei indebitis geleisteten Zahlungen zwischen dem Falle, wo der Beklagte den Empfang der Zahlung leugnet, und dem, wo er ihn einräumt. Im letztern bleibt es bei der Regel, daß dann der Kläger die Qualität des Gezahlten als *indebitum* nachweisen muß; im ersten hingegen soll, wofern der Kläger die Thatsache der Zahlung erweist, der Beklagte das Gezahlte sofort zurückgeben, er wollte und könnte denn beweisen, daß es ihm wirklich geschuldet gewesen<sup>267</sup>). Daß hier eine Abweichung von den gewöhnlichen Prozeßregeln vorliegt, springt in die Augen; offenbar ist es eine *poena inlitationis*<sup>268</sup>), daß dann der Beklagte das Gezahlte zurückgeben soll, wofern er nicht die weitere Rolle der Beweislast übernimmt. Wie die Vorschrift practisch zu verwirklichen sei, kann nach dem Gesagten keinem Zweifel unterliegen, da einestheils das römische Recht diese Strafe erst von der Führung des Zahlungsbeweises Seiten Klägers abhängig macht<sup>269</sup>), anderentheils die Uebernahme des Schuldbeweises von Seiten des Beklagten nur dem freien Willen desselben überlassen bleibt<sup>270</sup>). Somit scheint es durchaus verwerflich, wenn Manche<sup>271</sup>) hier im Beweisinterlocut nicht bloß den Beweis der Zahlung dem Kläger auferlegen, sondern auch darin entschieden wissen wollen, ob Beklagter zu beweisen hat, daß das Gezahlte geschuldet sei. Vielmehr

266) So Röder, über practische Fragen des Civilrechtes (Sieben 1833), Nr. II, S. 47 flg. Benfey, zur Lehre von dem Beweise bei der *condictio indebiti*, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 14, S. 200.

267) L. 23. pr. D. 22. 3. Dazu s. in diesem Werke Bd. II, S. 897, den Art. *condictio*, u. Benfey a. a. D. Th. 14, S. 204. Die Stelle ist aus Paulli lib. III. *quaestionum* genommen, wo der Schriftsteller recht eigentlich das Beweisthema bei der *condictio indebiti* erörtert hat. Vgl. L. 24. 60. D. de *cond. indebiti*. (12. 6.) L. 84. D. 50. 17. So schon Benfey a. a. D. S. 204.

268) Diese Ansicht von der Sache hat auch schon v. Glück a. a. D. Th. 6, S. 185.

269) L. 23. pr. cit. *vbis: et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem approbaverit*. Dieß anerkennt auch Benfey a. a. D. S. 205 flg.

270) L. 23. pr. cit.: *si vult audiri*.

271) So Benfey a. a. D. S. 206.



gehört das letztere durchaus in den Gegenbeweis des Beklagten, der freilich nach der Eventualmaxime des teutschen Processes gleich im Beweisinterlocute vorbehalten werden muß; von einer nach zwei Seiten hin zu vertheilenden Beweislast ist hier nirgends die Rede. 3) In manchen Fällen verliert der Beklagte durch das leichtsinnige Ableugnen des Klaggrundes gewisse Rechtswohlthaten, welche die Wahrheit der abgeleugneten Thatsachen voraussetzen. Diese Strafe trifft zu bei der Competenzwohlthat, was freilich die römischen Rechtsquellen nur für den Fall der Societät aussprechen<sup>272</sup>); ferner bei dem beneficium divisionis, was unter Mitbürgen stattfindet<sup>273</sup>); und nach einer allgemein anerkannten Praxis auch vom beneficium ordinis oder excussionis, sofern es dem Intercedenten zusteht<sup>274</sup>). Eine weitere Anwendung des Principis, welche freilich heutzutage bei der veränderten Natur der Noxallagen wegfällt, ist, daß, wer in der actio de pauperie sein Eigenthum an dem Thiere leugnet, welches den Schaden zugefügt hat, und nachher durch den Beweis des Klägers vom Gegentheil überführt wird, der Befugniß zur noxae deditio verlustig geht, also den Schaden schlechterdings in Geld ersetzen muß<sup>275</sup>). 4) In Einem Falle zieht die negative Litiscontestation den Verlust der Einreden nach sich, welche die juristische Wahrheit des Abgeleugneten voraussetzen. Dieß findet nach einer Vorschrift Justinian's<sup>276</sup>) statt in allen Fällen, wo Jemand aus dem Empfange einer Zahlung verklagt wird und die Zahlung ableugnet; dann soll er im vorliegenden Prozesse, wenn der Kläger den Beweis des Gegentheiles erbringt, nicht mit der Einrede der Zahlung, und was ihr gleich steht, gehört werden. In den gewöhnlichen Handbüchern wird diese Strafe ganz übergangen, wenn schon an ihrer Gültigkeit nicht weiter gezweifelt werden mag. 5) In Einem Falle zieht die negative Litiscontestation für den Beklagten die Verbindlichkeit nach sich, die Prozeßkosten zu erstatten, nämlich dann, wenn er seine vom Kläger gegen ihn producirte Handschrift ableugnet oder unter deren Anerkennung wenigstens den Empfang der verschriebenen Summe in Abrede stellt, hierdurch den Kläger zum Eidesantrag über die genannten Punkte zwingt, und späterhin in Folge dieses Eidesan-

272) L. 22. §. 1. D. de re iudicata. (42. 1.) Vgl. in diesem Werke Bb. I, S. 864, den Art. beneficium competentiae.

273) L. 10. §. 1. D. de fideiussoribus et mandatoribus. (46. 1.) Vgl. in diesem Werke Bb. I, S. 894, den Art. beneficium divisionis.

274) Vgl. in diesem Werke Bb. I, S. 964, den Art. beneficium excussionis.

275) L. 1. §. 18. D. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. (9. 1.) Vgl. v. Glück a. a. D. Th. 6, S. 184.

276) Diese Vorschrift ist enthalten in Nov. 18. cap. 9. Vgl. dazu Athanasius 9. 2. p. 99., Theodorus Nov. 18. §. 11. p. 30.

trages seine Infittiation zurücknimmt<sup>277)</sup>. Dieß hängt mit der Stellung des Eides außer dem Kreife der gewöhnlichen Beweismittel im römischen Rechte zusammen, und soll offenbar für die vorliegenden Fälle ein Surrogat der Litiscerescenz sein, welche dann Platz greifen würde, wenn der Kläger sich zur Führung jenes Beweises anderer Beweismittel mit Erfolg bedient hätte.

In der heutigen Praxis sind diese mit der Ablegnung des Klaggrundes verbundenen Strafen manchen Beschränkungen unterworfen worden, welche hier noch zu berühren sind<sup>278)</sup>. Sie setzen nämlich sämmtlich eine wahre Ablegnung voraus, treffen also bei der fingirten nicht zu, wenn die Klage aus Ungehorsam des Beklagten für abgeleugnet erachtet wird. Sodann wird erfordert, daß die Negation vom Beklagten selbst ausgeht, daher die Strafen wegfallen, wenn der Sachwalter ohne Auftrag und Genehmigung des Principals leugnet. Auch treffen sie regelmäßig nicht bei dem leichtfertigen Ablegnen zu, sondern nur bei dem vorsätzlichen, das gegen besseres Wissen und Dafürhalten geschieht, weshalb Irrthum immer entschuldigt. Eine Rücknahme der Infittiation bis zur Fällung des Endurtheiles schließt die Strafen aus. Endlich sind sie durch einen speciellen Antrag des Beklagten bedingt, daher der Richter ex officio nur im Falle der durch das Justinianische Novellenrecht eingeführten *poena dupli ex officio* darauf zu erkennen hat.

Helmhach.

**Litidenunciatio, Streitankündigung.** — *Denuntiatio* heißt in der Kunstsprache der classischen Juristen ein feierliches, an gewisse Formen gebundenes Verkünden, was juristisch wirksam ist<sup>1)</sup>. In diesem Sinne ist damit synonym *testari*, *contestari*, *testato dicere* u. s. w. Solche Denunciationen kommen im classischen Pandektenrechte in sehr verschiedenartigen Geschäften und Rechtsverhältnissen vor<sup>2)</sup>; sie haben sämmtlich den Zweck, ein Rechtsverhältniß zwischen

277) Dieß ist der Inhalt von Nov. 18. cap. 8. Vgl. dazu *Sell a. a. D. Th. 2, S. 41.*

278) Vgl. darüber die sehr guten Bemerkungen von *Glück a. a. D. Th. 6, S. 186—188.*

1) Literatur: Von der neueren Literatur, welcher diese Lehre zuerst eine gründliche Bearbeitung verdankt, gehört hierher hauptsächlich *Sönnner*, von der Litidenunciatio, in dem Handbuche des deutschen gemeinen Prozeßes Bd. 1, Nr. 17, S. 352—364; *Senßler*, Verwandtschaft der *adcitatio*, *nominationis* und *litidenunciatio* mit den Interventionen, nebst einigen Bemerkungen über derselben Begriff und Wirkung, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 4, Nr. 15, S. 176—189; *Dunke*, Einiges über die Verbindlichkeit zur Litidenunciatio, ebendasselbst Bd. 10, Nr. 16, S. 355—386. Hauptsächlich aber v. *Glück*, Erläuterung der Pandekten nach *Hellfeld* Bd. 20, S. 388—433. Ueber die ältere Literatur verbreitet sich *Linde's* Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozeßes (6. Ausgabe) §. 112.

2) Eine Classification der hierher gehörigen Fälle gibt *Xeverus*, die

Zweien, auch wohl Mehreren, juristisch festzustellen, namentlich sind sie darauf berechnet, dem Denuncianten einen rechtlichen Vortheil möglicher Weise zu erwerben oder einen wenigstens möglichen Nachtheil, den Verlust eines Rechtes, von ihm abzuwenden, auch wohl beides zugleich zu erwirken. Selbst im Prozesse der Kaiserzeit kommen sie als Einleitungsformen des gerichtlichen Streites vor, was freilich im Justinianischen Rechte abgekommen ist. Gewöhnlich sind es nur private, außergerichtliche Verkündigungen, bei denen in der Regel drei Beweiszugegenen zugezogen wurden<sup>3)</sup>; in manchen Fällen mußten sogar sieben Zeugen nach gesetzlicher Vorschrift zugegen sein. Häufig kommen dabei auch schriftliche Aufsätze vor, die den Inhalt der Erklärung aufnehmen; doch waren dergleichen wohl durchgehends nicht wesentlich<sup>4)</sup>. Sollten sie juristisch wirken, so mußten sie in ihrem Inhalte bestimmt, und zeitig genug bewirkt sein<sup>5)</sup>. Ueberhaupt wurden sie aber vom Denuncianten selbst ausgebracht, der sich zu diesem Zwecke indeß auch eines Procurators, seines Sclaven oder Freigelassenen bedienen konnte<sup>6)</sup>. Daß ein Denunciren auch durch den Richter möglich war, ist wenigstens für die spätere Kaiserzeit außer Zweifel. So vertritt bei dem beabsichtigten Verkaufe des Pfandes durch den Pfandgläubiger die Bekanntmachung des Gerichtes an den abwesenden Pfandschuldner die Stelle der sonst nothwendigen Denunciatio<sup>7)</sup>; so mußten ferner alle Denunciationen, welche einen Prozeß eingleiten, nach der Vorschrift Constantin's zur Vermeidung des Betruges durch die Behörden geschehen<sup>8)</sup>, und, wenn auch diese Anwendung des Institutes im Kreise des Justinianischen Rechtes aufgehört hat, so muß doch wenigstens auch für dieses daraus die Möglichkeit gefolgert werden, Denunciationen durch den Richter abgeben zu lassen. Hierauf beruht die Eintheilung der Denunciationen in gerichtliche und außergerichtliche, die man nach dem Vorgange der römischen Rechtsquellen eher private nennen könnte<sup>9)</sup>. Allein wenn diese nach dem Gesagten für das Justinianische Recht die Regel bilden, so ist bei uns, wo das außergerichtliche Denunciren außer Gebrauch gekommen<sup>10)</sup>, gerade das umgekehrte Verhältniß eingetreten; es bildet vielmehr das gerichtliche Denunciren, wo solche Denunciationen überhaupt noch gebräuchlich sind, die Regel,

Denunciatio der Römer und ihr geschichtlicher Zusammenhang mit dem ersten prozessleitenden Decrete (Leipzig 1843), S. 68—91.

3) Vgl. Asverus a. a. D. S. 91, 99.

4) So Asverus a. a. D. S. 120 flg.

5) So Asverus a. a. D. S. 122 flg.

6) So Asverus a. a. D. S. 123.

7) L. 3. §. 2. C. de iure domini impetrando (8. 34.) von Justinian. Davon handelt Asverus a. a. D. S. 123.

8) L. 2. Th. C. de denunciatione vel editione rescripti. (2. 4.)

9) L. 2. Th. C. 2. 4.

10) Dieß bezeugt schon die Glosse ad L. 11. §. 1. C. depositi vel contra. (4. 34.)

und das außergerichtliche wird nur ausnahmsweise vorkommen können. Für diese gerichtliche Denunciatio hat sich in den Ländern, wo das schriftliche Verfahren für gerichtliche Verhandlungen angenommen ist, die schriftliche Abfassung der Verkündigung als notwendig herausgestellt, was im römischen Rechte freilich nur da der Fall gewesen zu sein scheint, wenn der Denunciatio abwesend war<sup>11)</sup>, wo dann die Urkunde an seinen Procurator oder an die Bewohner seines Hauses abgegeben werden konnte<sup>12)</sup>, was die römischen Juristen domum denunciare oder ad domum denunciari genannt haben<sup>13)</sup>, während es jetzt gewöhnlicher ist, dann die Urkunde an das Haus des Denunciatio anzuheften, wovon sich vielleicht schon im römischen Rechte Spuren vorfinden<sup>14)</sup>. — Ihren Inhalt entlehnen die Denunciationen aus den Bestandtheilen des vorliegenden Rechtsverhältnisses; daher die römischen Juristen in allen Fällen, wo sie vorkommen, genau nach der Modalität der Umstände angeben, was darin aufzunehmen, und daraus wegzulassen ist<sup>15)</sup>.

Diese Bemerkungen geben den Schlüssel zur Erkenntnis der sogen. Litidenunciatio (Streitankündigung), welche nach dem Inhalte der römischen Rechtsquellen nur in den Evictionfällen erwähnt wird<sup>16)</sup>. Man versteht dann darunter die Handlung dessen, welcher wegen Eines, von einem Anderen an ihn übertragenen Rechtes in einen Prozeß verwickelt wird, wodurch er seinen Auctor von dieser Thatsache in Kenntniß setzt und zugleich von ihm verlangt, daß er ihn gegen seinen Gegner vertheidigen helfe. Dieß setzt voraus 1) einen erhobenen Evictionsprozeß, wozu die Eigenthumsklage<sup>17)</sup>, die Pfandklage<sup>18)</sup>, nach römischem Rechte sogar auch die Noxalklagen<sup>19)</sup> gehören, unter Umständen auch die confessoria und negatoria wegen Servituten<sup>20)</sup>. 2) In diesem Prozesse muß der Litidenunciatio als Prozeßpartei betheiligte sein. In den meisten Fällen wird er hier die Rolle des Beklagten übernommen haben, allein es kann auch schon nach römischem Rechte vorkommen, daß er

11) So *Asverus* a. a. D. S. 121.

12) L. 1. §. 1. D. de agnoscendis vel alienis liberis. (25. 3.) L. 4. §. 5 u. 6. D. de cautione damni infecti. (39. 2.) L. 5. §. 2. D. quod vi aut clam. (43. 24.)

13) Vgl. die Stellen in der vorigen Note.

14) L. 4. §. 6. D. 39. 2. L. 2. C. de exceptione Italici contractus. (7. 40.)

15) L. 5. §. 1. D. 43. 24. L. 1. §. 3. D. 25. 3.

16) Die römischen Juristen brauchen nicht das Wort *litem denunciare*, sondern sagen nur *auctori denunciare*, *auctorem certum facere* (L. 17. C. 8. 45.), *interpellare venditorem* (L. 21. C. ibid.), *auctorem laudare* (L. 6. §. 5. D. 19. 1., L. 63. §. 1. D. 22. 1., L. 7 u. L. 14. C. 8. 45., vgl. v. Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 20, S. 407), *convenire venditorem* (L. 74. §. 2. D. 21. 2.). Auch *heredes denunciandi sunt* kommt vor (L. 85. §. 5. D. 45. 1.).

17) L. 34. §. 2. D. 21. 2.

18) L. 34. §. 2. L. 35. D. ibid.

19) L. 11. §. 12. D. de actionibus empti venditi. (19. 1.)

20) Vgl. *Unterholzner*, systematische Zusammenstellung der Lehre von

die Stelle des Klägers einnimmt, z. B. wenn er eine Klage anstellt, um sich den Besitz der Sache zu verschaffen, und die Gefahr zu befürchten steht, daß er in diesem Prozesse durch richterliches Erkenntniß werde abgewiesen werden<sup>21)</sup>. 3) Der Denunciat muß zum Denuncianten in solchen Verhältnissen stehen, daß er diesen im Evictionsfalle der Sache zu entschädigen hat. Dieses Erforderniß wird zwar in den römischen Rechtsquellen nicht ausdrücklich hervorgehoben, ergibt sich aber schon daraus, daß die geschehene Litidenunciatio immer dargestellt wird als eine Vorbedingung des Regressanspruches wegen der Sachentwährung<sup>22)</sup>. Der Inhalt der Denunciatio bestimmt sich nach ihrem Zwecke, als welcher in den römischen Rechtsquellen angegeben wird die Mitvertretung des Denuncianten im Prozesse und die Erleichterung des Processes selbst durch den Denunciaten<sup>23)</sup>. Daher wird der Inhalt der Denunciatio bald als einfache Benachrichtigung des Auctors dargestellt<sup>24)</sup>, bald als dessen Aufforderung zur Intervention in dem obschwebenden Prozesse behandelt<sup>25)</sup>; wahrscheinlich enthielt sie regelmäßig beides zugleich; und, weil dieß als bekannt vorausgesetzt werden konnte, wird bald nur die eine, bald die andere Seite dieses Inhaltes hervorgehoben. Die Nothwendigkeit der Litidenunciatio für den nachfolgenden Regressanspruch wegen Eviction beruht offenbar auf dem Grundsatz der natürlichen Billigkeit, daß, wer einem Anderen den Schaden zu vergüten hat, auch berechtigt sei, von diesem zu verlangen, daß er ihn in den Stand setze, diesen drohenden Schaden von ihm abzuwenden. Hiernach wird es leicht möglich sein, die Unterschiede des Institutes von ähnlichen anzugeben. Es bezweckt nicht, wie die Adcitation, die Beiladung eines Dritten, damit dieser sein unmittelbares Interesse an der Sache wahren könne; auch nicht, wie die *nominatio auctoris*, die gänzliche Entbindung des Beklagten vom Prozesse, sondern vielmehr das Beirufen eines Gehilfen bei der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung. Das Institut scheint mehr der *Doctrin*<sup>26)</sup> als gesetzlichen

den Schulverhältnissen Bb. 1, S. 294, 296. Eine Entwährung der Sache liegt dann freilich nicht vor.

21) L. 16. pr. D. 21. 2. Vgl. Dunke, im Archive für civil. Praxis Bb. 10, S. 564. Auf den Beklagten wird der Begriff beschränkt von *Senatus* *inter a. a. D.* Bb. 3, S. 181.

22) L. 6. §. 5. D. 19. 1. L. 53. §. 1. D. 21. 2. L. 55. §. 1. L. 56. §. 4. L. 62. §. 1. D. *ibidem*. L. 29. §. 3. D. de *legatis* III. (32.) L. 85. §. 5. D. de *verborum obligationibus*. (45. 1.) L. 7. 8. 20. 21. 23. C. 8. 45.

23) L. 29. §. 2. D. 21. 2.: *renunciari potest, ut de ea re agenda adsit*. L. 21. C. 8. 45.: *interpellare — debes, ut tibi assistant causamque instruant*. L. 23. C. *ibid.*: *auctoris heredibus — assistere negotio denuncia*.

24) L. 17. C. 8. 45.

25) Vgl. die Stellen in der Note 23. Darauf geht auch L. 20. C. 8. 45.: *nec vobis negotium ut defendatis denunciatum probetur*. L. 74. §. 2. D. 21. 2.: *sed ad rem defendendam venditor conveniri potest* (*Hermogenianus*).

26) Sollte darauf vielleicht der Ausdruck *solenibus*, *quae iuris admittit ratio*, *interpositis* in L. 18. C. 8. 45. zu beziehen sein?

Aussprüche seinen Ursprung zu verdanken. Die römischen Juristen handeln davon hauptsächlich bei Gelegenheit der Lehre vom Kaufe und der *duplae stipulatio*. Soll die Denunciation rechtliche Wirkungen haben, so muß sie geschehen an die rechte Person, zur rechten Zeit, auf die rechte Art und Weise. An die rechte Person, d. h. an den, welcher dem Denuncianten im Evictionsfalle zum Schadenersatz unmittelbar verpflichtet ist. In den römischen Rechtsquellen wird hier regelmäßig nur der Venditor oder der Auctor<sup>27)</sup> genannt, und dessen Erben<sup>28)</sup>. Wenn deren in der Mehrzahl vorhanden sind, soll jedem Einzelnen denunciirt werden, weil die Verpflichtung zur Evictionsleistung untheilbar ist, also jedem Miterben von vorn herein in solidum obliegt<sup>29)</sup>, wenn auch, falls es späterhin zur Condemnation kommt, jeder von ihnen nur nach Verhältnis seines Erbtheiles verurtheilt werden kann<sup>30)</sup>. Sollte die Sache successiv durch mehrere Hände gegangen sein, so kann schon nach den allgemeinen Grundlagen des Obligationenrechtes Jeder allemal nur seinen nächsten Vordermann zur Vertretung auffordern; und es kann sonach wohl vorkommen, daß eine ganze Reihe von Personen einander zu denunciiren haben. Ein Mittelglied zu überspringen ist regelmäßig unerlaubt (*denuntiatio per saltum non fit*), es müßte denn der Nähere sein Recht gegen den Entfernteren cedirt oder der Letzte einem späteren Nachmann des Evictionsanspruches halber Hypothek gewährt haben<sup>31)</sup>, wozu Manche, freilich ganz ohne Grund, noch den Fall hinzufügen, wenn der nächste Auctor außer Stand sei, den Denuncianten zu vertreten<sup>32)</sup>. Bei Pupillen geschieht sie entweder an den Vormund oder an jenen unter Beitritt des Vormundes; ohne dessen Beitritt kann sie an dem Pupillen ausnahmsweise nur dann gerichtet werden, wenn der Vormund abwesend ist<sup>33)</sup>. An den Procurator des zur Evictionsleistung Verpflichteten kann sie regelmäßig nicht ausgebracht werden, es müßte denn der letztere bei dem Acte gegenwärtig und von dem Vorgange unterrichtet sein<sup>34)</sup>. Falls die verkaufte Sache zum Sondergute eines Haussohnes gehört, und von diesem selbst verkauft worden ist, so geschieht die Denunciation nur an ihn, nicht an den Vater, der ihn in der Gewalt hat<sup>35)</sup>. Ist für die Haf-

27) Venditori L. 29. §. 2. D. 21. 2. L. 55. §. 1. D. *ibid.* L. 27. C. 8.

45. Auctore, auctori L. 7. 8. C. *ibid.*

28) L. 62. §. 1. D. 21. 2. L. 85. §. 5. L. 139. D. 45. 1. L. 8. 21. 23. C. 8. 45.

29) L. 62. §. 1. D. 21. 2. L. 85. §. 5. L. 139. D. 45. 1.

30) L. 85. §. 5. D. 45. 1.

31) L. 59. D. 21. 2.: *si res, quam a Titio emi, legata sit a me, non potest legatarius, conventus a domino rei, venditori meo denunciare, nisi cessae ei fuerint actiones, vel quodam casu hypothecas habet* (Pomponius libro II. ex Plautio).

32) *So v. Glück a. a. D. Th. 20, S. 469.*

33) L. 56. §. 7. D. 21. 2.

34) L. 56. §. 4. D. 21. 2.

35) L. 39. §. 1. D. 21. 2.

tung des Auctors auch ein Bürge (auctor secundus) angenommen worden, so braucht, falls dieser in Anspruch genommen werden soll, die Denunciation an ihn nicht gerichtet werden<sup>36</sup>). Zur rechten Zeit, d. h. in einem solchen Momente, wo es dem Auctor noch möglich ist, dem Käufer im Evictionsprozeße zu helfen und die drohende Gefahr der Entwährung von ihm abzuwenden; sonst gilt die Denunciation für nicht geschehen<sup>37</sup>). Als gewöhnlich wird die Zeitfrist vor der Litiscontestation bezeichnet<sup>38</sup>), doch schadet es nichts, wenn sie auch später ausgebracht wird, sofern dieß nur nach der Fällung des Endurtheiles oder unmittelbar vorher geschieht<sup>39</sup>). Im heutigen Prozeße, wo die Eventualmaxime vorherrscht, muß sie immer im ersten Verfahren geschehen, weil nachher der Denunciat die Befugniß verlieren würde, seine Schutzreden im obschwebenden Prozeße vorzubringen<sup>40</sup>). Demnach ist es für den Kläger Cautel, daß er vor der Replik, für den Beklagten aber Nothwendigkeit, daß er vor der Exceptionschrift die Denunciation vollziehe, wenigstens in jenem Vertrage sich bedinge, daß der weitere Fortschritt der wechselseitigen Verhandlungen bis zum Eingang der Erklärung des Denunciaten ausgesetzt bleibe, damit nöthigenfalls jene Prozeßschriften ergänzt werden können<sup>41</sup>). Auf die rechte Art. Hier gelten nach römischem Rechte, welches nur die privaten Denunciationen anerkennt, die oben angeführten Grundsätze. Daß sie gerichtlich geschehen und dabei die Formel: quando te in iure conspicio postulo, uti auctor fias, gewöhnlich gewesen sei, ist eine völlig grundlose Behauptung des Cujacius<sup>42</sup>) und Janus a Costa<sup>43</sup>). Heutzutage, wo die privaten Denunciationen außer Gebrauch sind, kann sie nur durch den Prozeßrichter geschehen<sup>44</sup>). Dieser gibt dann unter Beilegung

36) L. 7. 8. C. 8. 45. Vgl. v. Glück a. a. D. Th. 20, S. 398 fig.

37) L. 53. §. 1. D. 21. 2. L. 8. C. 8. 45.

38) L. 29. §. 3. D. de legatis III. (32.)

39) L. 29. §. 2. D. 21. 2. Manche haben einen Widerspruch beider Stellen annehmen wollen, was gar nicht der Fall ist. Vgl. die Literatur dieser Controverse bei v. Glück a. a. D. Th. 20, S. 391—398.

40) Vgl. Gensler a. a. D. Bb. IV, S. 182.

41) In manchen Territorialgesetzgebungen ist die Sache noch genauer bestimmt. In Sachsen z. B. kann sie der Beklagte nur acht Tage vor dem ersten Verhörstermine bei dem Prozeßrichter anbringen (Erläuterte Prozeßordnung von 1724 ad tit. 14. §. 1 u. 2); dem Kläger hingegen ist sie überhaupt noch so lange gestattet, als sie nützen kann, also auch nach der Litiscontestation bis zum Endurtheile. Vgl. Dsterloh, der ordentliche bürgerliche Prozeß nach Königl. sächs. Rechte §. 193, Bb. I, S. 297.

42) Paratitla in Dig. XXI. 2.

43) Praelectiones ad illustriores quosdam titulos iuris civilis p. 388. Die Worte praesenti autem venditori denunciandum est in L. 53. §. 1. D. 21. 2. gehen nicht auf die Anwesenheit des Denunciaten vor Gericht, sondern auf die in seinem Wohnorte, wie schon das Folgende zeigt. Vgl. v. Glück a. a. D. Th. 20, S. 467—469.

44) Vgl. v. Gönner a. a. D. Th. 1, S. 559.

Alles dessen, was im Prozesse bereits verhandelt worden, dem Denunciaten vom obschwebenden Prozesse Nachricht<sup>45)</sup> und ladet ihn monito-  
risch zur Mitvertretung und resp. Mitvertheidigung der Sache<sup>46)</sup>. Eine  
arctatorische Ladung läßt sich in einer rein facultativen Sache nicht  
rechtfertigen, noch weniger die Hinzufügung eines Präjudizes; gleich-  
wohl hat diese Form der Ladung in den höchsten Reichsgerichten Ein-  
gang gefunden, sogar mit der Ausdehnung auf künftigen Schadenersatz,  
was freilich mit anderen Eigenthümlichkeiten des reichsgerichtlichen  
Verfahrens zusammenhängt<sup>47)</sup>; auch in manchen Territorialrechten ist  
sie beibehalten worden<sup>48)</sup>. Ob, wenn die Litidenunciacion ausgebracht  
wird, ein neuer Verhörstermin anzuberaumen sei, ist wenigstens im  
gemeinen Rechte nicht entschieden; zweckmäßig wird es allerdings in  
den meisten Fällen sein, einen solchen anzuberaumen, und dazu  
nicht bloß den Denunciaten, sondern auch die beiden Prozeßgegner zu  
laden<sup>49)</sup>.

Die Wirkungen der geschehenen und unterlassenen Streitankündi-  
gung lassen sich nur aus dem eigenthümlichen Verhältnisse entwickeln,  
welches die Veranlassung zu ihrer Einführung geworden ist. Betrachte-  
ten wir zunächst die Wirkungen der geschehenen Litidenunciacion, so  
sind sie nach der Seite des Denuncianten und Denunciaten hin durch-  
aus verschieden. Rückfichtlich des Denuncianten ist so viel gewiß,  
daß er nach ihrer Vollziehung immer seinen Regressanspruch an den  
Denunciaten geltend machen kann, wenn die Eviction der Sache er-  
folgt, oder was dem gleich steht, bald mit der actio emti, bald mit der  
actio ex stipulata nach Verschiedenheit der Verhältnisse. Sonach wird  
der Denunciat im ersten Falle regelmäßig nur das Interesse, im zweiten  
bei der duplae stipulatio das Doppelte des wahren Sachwerthes dem  
Käufer zu gewähren haben<sup>50)</sup>. Dabei versteht sich von selbst, daß in  
allen Fällen, wo der Evictionsanspruch wegfällt, auch die Denuncia-  
tion wirkungslos ist; mag nun dieser Wegfall durch Gesetz oder Ver-  
trag begründet sein, oder auf einer Gewissenlosigkeit oder einem Ver-  
sehen des erkennenden Gerichtes oder auf der eigenen Schuld des Be-  
klagten beruhen<sup>51)</sup>. Außerdem ist der Denunciant jedenfalls verpflich-

45) Vgl. v. Gönner a. a. D. Th. 1, S. 358. v. Glück a. a. D. Th. 20,  
S. 411.

46) Vgl. v. Gönner a. a. D. Th. 1, S. 359. v. Glück a. a. D. Th. 20,  
S. 419.

47) Die Ladung geschieht bei den Reichsgerichten arctatorisch ad assisten-  
dum vel eventualiter indemnandum. Vgl. v. Gönner a. a. D. Th. 1, S. 363.

48) Im königl. sächs. Rechte erfolgt die Ladung arctatorisch bei 3 Rthlr.  
Strafe. Vgl. Osterloh a. a. D. Th. 1, S. 298.

49) Im königl. sächs. Rechte ist die Anberaumung eines solchen Termins  
wesentlich zum Fortgange der Litidenunciacion.

50) Vgl. Unterholzner a. a. D. Th. 1, S. 299, 300. Dieser Regress  
wird dem Denuncianten in manchen Ländern ausdrücklich im Endurtheile vor-  
behalten.

51) Vgl. Unterholzner a. a. D. Th. 1, S. 296, 297.



tet, den Denunciaten als Theilnehmer im obschwebenden Prozesse zuzulassen<sup>52)</sup>, was er ihm ja nicht einmal im Unterlassungsfalle der Denunciacion weigern kann<sup>53)</sup>; ja er muß ihm sogar auf sein Verlangen die materielle Führung des ganzen Processes bis zu Ende überlassen<sup>54)</sup>, wofür im Pandektenrechte die Form des *mandatum in rem suam* angenommen ist<sup>55)</sup>. Auf Seiten des Denunciaten wirkt die geschene Denunciacion a) die Verpflichtung, den Gerichtsstand des Denuncianten für den vorliegenden Prozeß anzuerkennen<sup>56)</sup>. b) Die Verbindlichkeit, falls er sich in den Prozeß mischt, diesen in dem Zustande zu übernehmen, wie er vorliegt<sup>57)</sup>. Zur Einmischung selbst kann er wohl vom Prozeßrichter nicht gezwungen werden, weil die Sache rein facultativ ist<sup>58)</sup>, auch die positiven Gesetze nur insofern einen Zwang anerkennen, als er, falls er die Einmischung unterläßt, jedenfalls für den Ausgang des Evictionsprocesses zu haften hat<sup>59)</sup>. Deshalb ist wohl eine Ungehorsamsbeschuldigung des Denunciaten im Falle seines Ausbleibens in der Regel unstatthaft<sup>60)</sup>, wenn sie auch in einigen Particulargesetzgebungen angenommen ist<sup>61)</sup>; vielmehr liegt in seinem Nichterscheinen überall kein Ungehorsam vor, sondern nur ein stillschweigender Verzicht auf die künftige Einrede, es habe der Denunciant sich der Entschädigungsklage begeben; deshalb sollte auch niemals ein Verfahren darüber eingeleitet werden, ob der Denunciat zur Theilnahme am Prozesse verpflichtet sei oder nicht<sup>62)</sup>. — In Rücksicht auf den vorliegenden Prozeß gestaltet sich das Verhältniß des Denunciaten zum Denuncianten nach Verschiedenheit der Fälle durchaus verschieden. Erscheint der Denunciat gar nicht, so bleibt er auf seine Gefahr aus, muß aber jedenfalls für den Ausgang des Evictionsprocesses einstehen, der dann in den gewöhnlichen Formen zwischen dem Denuncianten und seinem Prozeßgegner zu Ende geführt werden

52) L. 21. 23. C. 8. 45. L. 4. §. 3. D. de appell. (49. 1.)

53) L. 20. C. 8. 45.

54) L. 63. D. de re iudicata. (42. 1.) L. 21. §. 2. D. 21. 2. L. 66. §. 2. D. ibid.

55) L. 21. §. 2. D. 21. 2. L. 66. §. 2. D. ibid.

56) L. 49. pr. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 1. C. 3. 19.

57) Vgl. v. Glü c k a. a. D. Th. 20, S. 416.

58) Vgl. Gensler, im Archiv Bb. 4, S. 186.

59) L. 74. §. 2. D. 21. 2. L. 75. D. de procuratoribus. (3. 3.) Vgl. dazu v. Glü c k a. a. D. Th. 20, S. 420.

60) Vgl. Gensler a. a. D. Bb. 4, S. 186. v. Glü c k a. a. D. Th. 20, S. 419.

61) Freilich kommt dieß nur da vor, wo die arretatorische Ladung des Denunciaten hergebracht ist. In Sachsen verfällt im Contumazfalle die angebrohte Geldstrafe. Vgl. D ster lo b a. a. D. Bb. 1, S. 297.

62) So v. G ö n n e r a. a. D. Th. 1, S. 259. v. Glü c k a. a. D. Th. 20, S. 419. In Sachsen kann es indeß unter Umständen dazu leicht kommen, das dann in der Form des Incidentverfahrens abgesetzt wird.

muß<sup>63</sup>). Vergleiche freilich und andere außerordentliche Beendigungsarten des Rechtsstreites schließen die Haftverbindlichkeit des Denuncianten aus. Sind mehrere Denunciaten vorhanden, welche zusammen für Eine Eviction einzustehen haben, so wird angenommen, daß, wenn auch nur Einer ausbleibt, die Haftverbindlichkeit der Uebrigen solidarisch besteht<sup>64</sup>). Mißt sich der Denunciat in Folge der Aufforderung Denunciantens in den vorliegenden Prozeß, was die römischen Rechtsquellen mit sehr verschiedenartigen Ausdrücken bezeichnen<sup>65</sup>), so ist derselbe regelmäßig als Mitinterveniient zu betrachten; der Litisdenunciant bleibt im Verhältnisse zum Prozeßgegner die Hauptperson und dieser ist in der Regel nicht verbunden, sich den Rücktritt des Ersteren aus dem Prozesse gefallen zu lassen. Zur alleinigen Durchführung des Streites wird der Denunciat nur dann befugt, wenn er zum Procurator des Denuncianten bestellt wird, was schon nach den allgemeinen Grundlagen des Mandatcontractes freiwillig ist; allein auch dann bleibt nach den Regeln des heutigen gemeinen Processes der Denunciant fernerhin Principal, weshalb auch die Verurtheilung gegen ihn gerichtet wird<sup>66</sup>); und dem Prozeßgegner bleibt es immer freigestellt, an den Denuncianten zurückzukehren, wenn der Denunciat den Prozeß nicht ordentlich führt<sup>67</sup>). Dann bringt es aber auch schon die Natur der accessorisches Intervention mit sich, einmal, daß der Denunciat im Prozesse dem Denuncianten auf jede rechtliche Weise zum Siege behilflich sein kann, indem er ihm Einreden an die Hand gibt<sup>68</sup>), für ihn appellirt<sup>69</sup>) u. s. w., wenn er auch nicht die Erneuerung des ganzen Verfahrens beanspruchen darf<sup>70</sup>), da er an die res iudicata des Evictionsprozesses unwiderruflich gebunden ist<sup>71</sup>); sodann folgt daraus, daß es dem Prozeßgegner freisteht,

63) Deshalb ist bei der Haftung des Denuncianten immer von der Condemnation, von der Sentenz die Rede (L. 29. §. 2. D. 21. 2., L. 18. C. 8. 45.); ferner von vinci (L. 53. §. 1. D. 21. 2., L. 62. §. 1. D. ibid., L. 85. §. 5. D. 45. 1.).

64) L. 62. §. 1. D. 21. 2. L. 85. §. 5. D. 45. 1. L. 139. D. ibidem. Vgl. v. Glück a. a. D. Th. 20, S. 411.

65) Subsistere (L. 62. §. 1. D. 21. 2., L. 85. §. 5. D. 45. 1., L. 139. D. ibid.); adistere denuntianti, oder negotio (L. 21 u. 23. C. 8. 45.); de ea re agenda adesso (L. 29. §. 2. D. 21. 2.); defendere negotium (L. 20. C. 8. 45., L. 62. §. 1. D. 21. 2., L. 139. D. 45. 1.); praesentibus his (L. 23. C. 8. 45.).

66) Vgl. v. Glück a. a. D. Th. 20, S. 416. Gensler, im Archiv Bd. 4, S. 189. Anders war es freilich bei den Römern wegen des mit der Litiscontestation anhebenden dominium litis. Hier kann die Condemnation geradezu auf den Procurator selbst gerichtet werden, woraus die Eigenthümlichkeit von L. 66. §. 2. D. 21. 2. ihre Erklärung erhält.

67) L. 29. D. de procuratoribus. (3. 3.)

68) Vgl. Gensler a. a. D. Th. 4, S. 126.

69) L. 4. §. 3. D. 49. 1. L. 20. C. 8. 45.

70) L. 20. C. 8. 45.

71) L. 63. D. de re iudicata. (42. 1.) Eine Folge dieses Grundsatzes enthalten L. 62. §. 1. D. 21. 2. L. 139. D. 45. 1.

die Sachlegitimation des Denunciaten zu bestreiten, wofern die Bedingungen seines materiellen Interesses am Prozesse nicht klar sind. Doch kann wegen dieses Incidentpunktes die Hauptsache wohl nicht aufgehoben werden. Ein völliger Ausschluß des Denuncianten vom Evictionsprozeße ist nur unter Zustimmung des Prozeßgegners denkbar<sup>72)</sup>. Uebrigens versteht es sich schon nach den allgemeinen Regeln von selbst, daß eine Verurtheilung des Denunciaten in der Regel nicht erfolgen kann; diese trifft vielmehr immer den Denuncianten, doch kann ihm sein Regressanspruch an den Denunciaten im Endurtheile ausdrücklich vorbehalten werden. Fragt man, in welchem Forum die Regressklage angebracht werden kann, so muß, da die Rechtsquellen diesen Fall nicht berühren, doch wohl die allgemeine Regel entscheiden: actor sequitur forum rei. Folglich gehört sie vor den ordentlichen Richter des Denunciaten. Nur ausnahmsweise wird sie auch vor dem Prozeßrichter des Zusammenhanges der Sache halber verhandelt werden können, wenn der Denunciat im Termine erschienen ist, auch seine Regresshaft nicht geleugnet hat. — Die Folgen der unterlassenen Denunciation anlangend, so lassen sie sich auf den allgemeinen Gesichtspunkt zurückführen, daß der Auctor dann regelmäßig nicht für den Ausgang des Evictionsprozesses einzustehen hat: denn die Denunciation erscheint als Vorbedingung seiner Haftung<sup>73)</sup>, und muß deshalb, wenn er später mit der auctoritatis actio belangt wird, vom Kläger, d. h. vom Käufer als Theil seines Klaggrundes erwiesen werden<sup>74)</sup>. In manchen Fällen tritt ausnahmsweise die Haftungspflicht des Auctors<sup>75)</sup> auch ohne vorhergehende Denunciation ein, nämlich 1) wenn sich der Auctor seines Anspruches auf die Vollziehung der Denunciation durch einen, mit dem Käufer abgeschlossenen Vertrag begeben hat<sup>76)</sup>, welchen Vertrag die neueren Juristen pactum de non denuncianda lite zu nennen pflegen; 2) wenn nachgewiesen werden kann, daß der Auctor die Denunciation vorsätzlich gehindert oder unmöglich gemacht hat<sup>77)</sup>; 3) wenn der Auctor von seinem Wohnorte abwesend ist und der Käufer nicht erfahren kann, wo er sich gegenwärtig aufhält<sup>78)</sup>; 4) wenn der Auctor wissentlich eine fremde Sache übergeben hat; denn hier haftet er jedenfalls für den dolus<sup>79)</sup>; 5) wenn aus den Verhandlungen des Evi-

72) L. 1. C. ubi in rem actio. (3. 19.)

73) L. 8. L. 17. L. 21. C. 8. 45. Bgl. v. Glück a. a. D. Th. 20, S. 388 flg.

74) L. 21. C. 8. 45.

75) Ueber diese Ausnahmefälle verbreitet sich v. Glück a. a. D. Th. 20, S. 398—404.

76) L. 63. pr. D. 21. 2.

77) L. 55. §. 1. D. 21. 2. L. 56. §. 5. D. ibid.

78) L. 55. §. 1. L. 56. §. 6. D. 21. 2. Darauf bezieht sich die Regel praesenti venditori denunciandum est.

79) L. 30. §. 1. D. 19. 1. Bgl. v. Glück a. a. D. Th. 20, S. 401.

ctionsprozeßes klar hervorgeht, daß auch, wenn die Denunciation erfolgt wäre, der Käufer ohnehin jedenfalls diesen Prozeß verloren haben würde. Dieser Ausnahmefall ist zwar in den römischen Rechtsquellen nicht bezeugt; er folgt aber theils aus dem Zwecke des Institutes, theils ist er durch eine constante Praxis bestätigt worden<sup>80)</sup>.

Ueber den Gebrauch der Litisdenunciation außer den Fällen des Kaufes herrscht unter den neueren Juristen viel Streit. Daß schon die römischen Juristen das Institut überall zulassen, wo Eviction zu prästiren ist, kann nach klaren Zeugnissen der classischen Juristen nicht abgeleugnet werden. So kommt es namentlich bei dem *legatum generis* vor, wo der Erbe für das ausgewählte Stück haftet<sup>81)</sup>; ferner in anderen Vermächtnißfällen<sup>82)</sup>; am wenigsten hat die Sache Zweifel bei solchen Geschäften, die dem Kaufe nachgebildet sind, also eine einfache Uebertragung der oben angeführten Grundsätze zulassen, z. B. bei der *in solutum datio*, bei der Hingabe einer ästimirten *dos* u. s. w. Die neueren Rechtslehrer<sup>83)</sup> gehen indes noch viel weiter; sie lassen die Denunciation auch außer dem Bereiche der Evictionleistung in allen Fällen zu, wo Jemand, der in einem Prozesse befangen ist, falls er darin unterliegt, deshalb eine Regreßklage gegen einen Dritten hat, und bezeichnen dann diesen Dritten als den Litisdenunciaten. Die vorzüglichsten Fälle dieser Art sind<sup>84)</sup>: 1) Wenn ein Bürge vom Hauptgläubiger gerichtlich zur Zahlung angehalten wird, und in den Fall kommt, Einreden oder Rechtsmittel zu versäumen, deren Anwendung seine Regreßklage gegen den Hauptschuldner bedingt. 2) Wenn ich von A. eine Sache geliehen habe und diese dem B. leihe, und hierauf, nachdem B. sie verloren oder sonst abhanden gebracht hat, vom A. mit der *actio commodati directa* belangt werde. 3) Bei der Cession von Obligationen kann der Cessionar, wenn er als Kläger gegen den Cessus auftritt, leicht in den Fall kommen, den Cedens im obschwebenden Prozesse herbeizurufen, damit er die Begründung der cedirten Forderung nachweisen helfe. 4) In den Fällen des derivativen Erwerbes kann, wer die *Publiciana* in rem braucht, seinem Vordermann denunciren zur Bekämpfung des

80) Arg. L. 53. §. 1. D. 21. 2. L. 11. §. 12. D. 19. 1. Vgl. Weber, Beiträge zur Lehre von den gerichtlichen Klagen und Einreden Stück 1, S. 42, 46. v. Glück a. a. D. Th. 20, S. 401—404. Anderer Meinung ist Madihn, adnot. ad Mencken de actionibus nr. 603. und in den Principia iuris Romani P. 2. §. 179.

81) L. 29. §. 3. D. de legatis III. (32.)

82) L. 59. D. 21. 2.

83) Vgl. Sönnner a. a. D. Bd. 1, S. 355. Im Königl. sächs. Rechte ist die Ausdehnung in der Doctrin anerkannt. Vgl. Kind, quaestiones forenses tom III. cap. 94. p. 403—409. ed. II. Gegen die Ausdehnung erklärt sich aus tächtigen Gründen Dunke a. a. D., im Archiv für civ. Praxis Bd. 10, S. 355—386.

84) Ueber solche mögliche Fälle verbreitet sich am meisten Dunke, im Archiv Bd. 10, S. 375—378.

Segners, der die Einrede des Eigenthums oder Mitteleigenthums braucht. 5) Desgleichen in den Besitzprozessen, wenn von Seiten des Beklagten der Uebergang ins Petitorium ins Werk gesetzt wird oder wenigstens zu befürchten steht. 6) Wenn eine städtische Gemeinde oder die Kirche zur Bezahlung eines von ihren Verwaltern aufgenommenen Darlehns gerichtlich angehalten wird, kann an diese letzteren litis denuncirt werden, damit sie den Beweis der in rem versio erleichtern helfen<sup>85</sup>). Hier nun ist so viel klar, daß die römischen Gesetze in solchen Fällen von einer Verbindlichkeit dessen, der die Regreßklage erheben kann, zur Vornahme der Litisdenunciation kein Wort enthalten<sup>86</sup>); daher lassen die meisten Practiker die Litisdenunciation hier zwar als nützlich und zweckdienlich passiren, was allerdings in vielen Fällen zur Vermeidung der Regreßklagen führt. Hierauf nun beruht die Eintheilung der Litisdenunciation in nothwendige und freiwillige. Jene soll in Evictionsfällen statthaben, diese in allen übrigen außerhalb der Eviction<sup>87</sup>). Nimmt man diese Meinung an, so wird man consequenter Weise aber auch den Begriff der Litisdenunciation weiter fassen müssen, als dieß in den römischen Rechtsquellen geschieht, nämlich so: es sei die gerichtliche Handlung, worin ein streitender Theil von dem Prozesse demjenigen, der ihm zur Schadloshaltung verbunden ist, Nachricht gibt, damit er ihm bei dem Streite beistehe<sup>88</sup>). Daß alsdann auf diese Begriffserweiterung auch die Rechtsregeln anzuwenden sind, die bei der Eviction vorkommen, haben die neueren Juristen stillschweigend vorausgesetzt.

Seimbach.

**Litispendenz, Rechtshängigkeit**<sup>1)</sup>, heißt in der Kunstsprache der neueren Prozessualisten die Lage einer Sache, welche einem iudicium gewissermaßen anklebt und dadurch gleichsam unverrückbar wird. Dem römischen Rechte ist diese Terminologie durchaus unbekannt. Zwar kommt in dem Justinianischen Codex der Ausdruck *litis*

85) Vgl. Kindl. c. tom. III. p. 407.

86) Die von Gönner angeführten Stellen L. 10. §. 12. D. mandati (17. 1.), L. 9. D. locati (19. 2.) enthalten das nicht, wie Gensler, a. a. D. Th. 4, S. 184 flg., ausführlich zeigt. Vgl. auch Dunke, ebendas. Bd. 10, S. 354.

87) Vgl. die Literatur dieser Controverse in Linde's Lehrbuche des gemeinen bürgerl. Processes §. 112, Note 5 (V. Ausgabe).

88) So Gönner a. a. D. Th. 1, S. 357.

1) Die Literatur ist in diesem Werke theils im Art. Einrede Bd. III, S. 737 verzeichnet worden. Aus der neueren Zeit gehört hauptsächlich noch hierher Gesterding, alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 125—151; Francke, über den Begriff der Litispendenz im Civilprozeße, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 16, S. 434—449; Sinteris, Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprozeßes zu Linde's Lehrbuch S. 58—75 (von der Prävention), S. 185—201 (vom Begriffe der Litispendenz und von der Wiederaufhebung ihrer Folgen).

pendente<sup>2)</sup> vor bei Gelegenheit der Lehre von der Litigiosität der Sache, allein theils ist er nicht als Kunstausdruck hinlänglich beglaubigt, theils kann nach dem Zusammenhange des Ganzen kein Zweifel darüber obwalten, daß damit nur die Dauer des Prozesses bis zur Abgabe der Endentscheidung bezeichnet<sup>3)</sup>, aber weiter keine rechtlichen Folgen verbunden worden sind. Anders freilich steht die Sache im Kirchenrechte. Hier erscheint nämlich der Ausdruck zunächst im Satz: *ut lite pendente nihil innovetur* als Titelüberschrift in den officiellen Decretalsammlungen<sup>4)</sup>, was nur so viel heißen soll, daß für die Dauer des Prozesses keine Veränderung im Besitzstande der Sache vorgenommen werden solle<sup>5)</sup> — und in Folge dieses Axioms wird dann in einer, von Clemens V. herrührenden Decretale der Ausdruck dahin erklärt, daß die Dauer des Prozesses schon angenommen werden müsse, wenn die beklagte Partei von dem Prozeßrichter die (erste) Ladung erhalten oder deren Behändigung geflissentlich vereitelt habe<sup>6)</sup>. Allein auch dadurch wird nichts weiter gewonnen, als daß der Begriff *Litispendenz* als ein allgemeiner Ausdruck aufzufassen ist, dessen Inhalt sich erst nach jedem Momente, worauf er im concreten Falle bezogen wird, genauer bestimmt. Mit diesem Resultate sind freilich nicht alle neueren Prozeßlehrer einverstanden, von denen einige noch sehr am Begriffe festhalten, andere hingegen ihm allen juristischen Werth, alle wissenschaftliche Bedeutung abgesprochen<sup>7)</sup>. Doch wird es nicht gut möglich sein, die Gründe des Für und Wider genauer zu entwickeln, wofern wir nicht auf die andere Streitfrage eingehen, welche damit wesentlich zusammenhängt, d. h. von welchem Momente an die Rechtshängigkeit jedes Prozesses zu datiren ist. In dieser Beziehung haben sich die älteren Rechtslehrer des sechzehnten Jahrhunderts dahin ausgesprochen, daß schon die einfache Vorladung die *Litispendenz* begründet<sup>8)</sup>. Spätere Prozeßlehrer, wie J. H. Böhm er,

2) Const. 2 u. 4. C. de litigiosis (8. 37.), ferner Rubr. *ut lite pendente vel post provocationem interpositam aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare.* (1. 21.)

3) Dies bemerkt schon S i n t e n i s, Erläuterungen Heft 1, S. 182 fig.

4) X. 2. 16., in Vltto 2. 6., Clem. 2. 5.

5) S. in diesem Werke Bd. III, S. 737, den Art. *Einrede*.

6) Cap. 2. Clem. 2. 5.: *cum lite pendente nihil debeat innovari, litem quoad hoc pendere censemus, postquam a iudice competenti in ea citatio emanavit et ad partem citatam pervenit, vel per eam factum fuit, quominus ad eius notitiam perveniret.* Die Stelle erklärt G e s t e r b i n g, alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 142—144, richtig dahin, daß in Beziehung auf jenes prozeßualische Axiom die Begriffsbestimmung Platz greifen soll; allein er geht offenbar zu weit, wenn er nur in diesem Falle ein Antedatiren des Prozesses annimmt, in jeder anderen Rücksicht aber dieß nicht eintreten läßt.

7) So E n d e, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses §. 206. S i n t e n i s, Erläuterungen S. 180—186.

8) So G o b l e r, *Terminus*. Vgl. Francke, im Archiv für civ. Praxis Bd. 16, S. 437.

Dufendorf und Pütter, fangen indeß an, in der Lehre die Grundsätze des römischen und canonischen Rechtes auseinander zu halten. In der neueren Zeit hat man versucht, den Ausdruck auf den Zeitpunkt zu beziehen, von dem an die Parteien beide mit gehaltener Rede und Gegenrede streitend einander gegenüberstehen<sup>9)</sup>; doch sind Andere wiederum dabei geblieben, die Litispendenz nur als Folge des ersten richterlichen Decretes darzustellen<sup>10)</sup>. Francke<sup>11)</sup> kommt zu dem eigenthümlichen Resultate, daß nach dem Pandektenrechte die Litispendenz mit ihren Folgen mit der Litiscontestation eintritt, und daß sich darauf die Ausdrücke *lis coepta*, *litem ordinare*, *litem praeparare* u. s. w. beziehen, nicht aber *litem movere* u. s. w., was auf einen früheren Zeitpunkt geht und nur so viel heißen soll, als zu einer *lis* Veranlassung geben<sup>12)</sup>; daß aber seit der veränderten Gerichtsverfassung und namentlich für das Justinianisch-römische Recht die *deductio in iudicium* schon von dem Augenblicke anhebt, wo die Sache bei dem Gerichte angebracht und von diesem ihre rechtliche Einführung anerkannt worden ist, wornach dann dieser Moment im neueren Rechte auch nothwendig den Anfangspunkt der Litispendenz bezeichnen müsse. Manche neueren Rechtslehrer gehen noch weiter und unterscheiden eine Litispendenz im weiteren und im engeren Sinne. Unter jener verstehen sie dann überhaupt alle Wirkungen, welche mit der Vorladung zum Verhörstermine verknüpft sind; unter dieser hingegen die fortdauernde und ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtes allein, welches die angeführte Ladung ausgebracht hat.

Was die Wirkungen angeht, die man gewöhnlich mit dem Begriffe zu verknüpfen pflegt, so lassen sie sich wohl am übersichtlichsten auf folgende Gesichtspunkte zurückführen: 1) Auf die Zuständigkeit der *exceptio litis pendentis*, d. h. der Einrede, womit der, gegen welchen eine Klage bereits angestellt ist, seinen Gegner zurückweist, wenn dieser über dieselbe Sache gegen ihn anderswo Klage erhebt oder aber eine Veränderung des Besitzstandes während der Dauer des Prozesses beantragt (s. in diesem Werke Bd. III, S. 737 ff., den Art. Einrede). Die zuerstgenannte Grundlage der Einrede hat man

9) So Gesterding a. a. D. S. 128 ff., wohl auch Linde a. a. D. S. 206.

10) So hauptsächlich Bayer und nach ihm die meisten neueren Prozeßualisten.

11) Im Archiv Bd. 16, S. 434—449.

12) L. 25. §. 7. D. de hereditatis petitione. (S. 3.) L. 18. pr. D. de his, quae ut indignis (34. 9.) vgl. mit L. 20. §. 11. D. S. 3. Vgl. Francke a. a. D. Bd. 16, S. 440 ff. Es dürfte indeß viel richtiger sein, diese Stellen sämmtlich auf die seit Mark Aurel vorkommenden Prozeßbenunciationen zu beziehen, die zur Einleitung des Prozeßverfahrens dienen und nach und nach einige Wirkungen der alten Litiscontestation in sich aufnahmen. Vgl. in diesem Werke Bd. VI, S. 721, den Art. Litiscontestation.

in der neueren Zeit versucht, an die römischrechtliche *exceptio rei in iudicium deductae* anzuknüpfen (s. den angeführten Art. Bd. III, S. 770 fg.), welche darauf hinauskäuft, die in der Litiscontestation liegende prozeßualische Consumtion in den *iudicia, quae imperio continentur*, geltend zu machen, jetzt aber nach Aufhebung der in der Litiscontestation liegenden Novation im Justinianischen Rechte verschwunden ist<sup>13</sup>); doch scheint es wohl richtiger, diesen Theil der Einrede auf die Maxime der Prozeßpolitik zurückzuführen, eine Mehrzahl von Prozessen über eine und dieselbe Sache möglichst zu verhüten, zumal dieselbe nach heutigen Ansichten nur für eine dilatorische Einrede gelten kann, dergleichen die *exceptio rei in iudicium deductae* nach römischen Ansichten doch wohl niemals gewesen ist. Lag es aber den Prozeßlehrern nur daran, die Ansprüche ihres wissenschaftlichen Lactes an bereits bestehende Rechtsmaximen anzuknüpfen, so bot einerseits theils der Grundsatz des Pandektenrechtes: *ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*<sup>14</sup>), theils die, hauptsächlich in der Lehre von der Klagenconcurrentz einwirkende Maxime: *bona fides non patitur, ut idem bis exigatur* einen erwünschten Stützpunkt dar<sup>15</sup>); andererseits aber konnte die durch das Kirchenrecht aufgekommene Lehre von der *praeventio fori* leicht dazu führen, die darin enthaltene Ausschließlichkeit auch auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Der zweite Theil der vorliegenden Einrede gründet sich ausschließlich auf die Maxime des Kirchenrechtes: *ut lite pendente nihil innovetur*, die so viel besagen soll, daß für die Dauer des Prozeßes keine Veränderung des Besizstandes rücksichtlich der streitigen Sache vorgenommen werden soll<sup>16</sup>); daß ferner Veränderungen in der Person der Parteien auf die einmal begründete Competenz des Gerichtes keinen Einfluß haben sollen<sup>17</sup>) und daß ein Rechtsstreit nach den zur Zeit der Litispending vorhandenen Gesetzen zu entscheiden sei<sup>18</sup>). Manche neueren Rechtslehrer gehen noch weiter, und

13) Koch Francke, a. a. D. Bd. 16, S. 445, setzt für das neuere römische Recht das Wesen der Litispending in die Zuständigkeit der *exceptio rei in iudicium deductae*, allein wohl mit Unrecht, wie auch schon Andere bemerkt haben. Denn theils kommt die Exception weder dem Namen noch der Sache nach im Justinianischen Rechte weiter als geltendes Recht vor, theils spricht gegen die Annahme Francke's die Bedeutung, welche man späterhin dem Grundsatz beilegte, daß man durch Litiscontestation seines Lages nur verbessern, nicht aber verschlechtern könne (s. in diesem Werke Bd. VI, S. 707, den Art. Litiscontestation).

14) L. 30. D. de iudiciis. (S. 1.)

15) L. 57. D. de regulis iuris. (50. 17.) Vgl. in diesem Werke Bd. II, S. 867, den Art. *concursum actionum*.

16) Die weitere Ausführung des kirchenrechtlichen Details findet sich bereits in diesem Werke Bd. III, S. 737 vor, unter dem Art. Einrede.

17) Vgl. Mühlentruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, (3. Ausg.) S. 387.

18) Cap. 5. X. 2. 16.



lassen die fragliche Einrede überall eintreten, wo die gewöhnlichen Wirkungen der Ladung zum Verhörstermine den Beklagten zu einem Widerspruche gegen fernere Anträge des Klägers berechtigen. Das nun hängt offenbar mit der bereits gerügten Verwirrung in der Begriffsbestimmung zusammen, und wird namentlich in den Fällen eine Ausnahme erleiden müssen, wo das mitwirkende Gericht die Folgen der Littispendenz schon ex officio in Obacht zu nehmen hat; wenigstens wird man dann nur insofern von der Einrede der Littispendenz sprechen können, als man sich auch zur Annahme einer Einrede der fehlenden Sachlegitimation bequemt. 2) Auf die Möglichkeit eine Widerklage anzustellen und den Eintritt des davon abhängigen Gerichtsstandes der Widerklage. Während es nämlich nach dem classischen Pandektenrechte dem Beklagten freistand, eine solche bei dem Prozeßrichter anzubringen<sup>19)</sup>, verbietet ihm Justinian in Nov. 96. cap. 2. während des anhängig gemachten Prozesses den Kläger bei einem anderen Richter, als bei dem der gegnerischen Klage zu belangen, und legt ihm also dadurch den hypothetischen Zwang auf, mit seinem Anspruche vor dem nämlichen Richter aufzutreten, sofern er nicht die Beendigung der Klage seiner Gegenpartei abwarten will; gleichwohl soll der Beklagte innerhalb der gesetzlichen Einlassungsfrist von 20 Tagen auf die Vorklage den Richter derselben ablehnen und einen neuen erbitten können, bei dem dann die Hauptklage und die rechtzeitig erhobene Widerklage angebracht werden kann. Nun hat zwar eine constante Praxis die Ausschließlichkeit dieses Gerichtsstandes längst beseitigt, und dadurch ist der erste Theil der Justinianischen Vorschrift außer Gebrauch gekommen, allein wohl ist im gemeinbürgerlichen Prozesse die Regel stehen geblieben, daß die Widerklage durch den Eintritt der Littispendenz in der Vorklage bedingt ist<sup>20)</sup>. Ueber den Zeitpunkt, wann sie eingebracht werden soll, sind von Seiten älterer und neuerer Prozeßualisten sehr verschiedenartige Ansichten laut geworden<sup>21)</sup>. Nach einigen, z. B. Bernhard von Parma, ist sie anzustellen vor der Beantwortung der Hauptklage, also zu einer Zeit, wo man noch nicht einmal bestimmt weiß, ob diese rechtshängig wird; nach anderen, wenn der Prozeß über die Hauptsache bereits beendet, wohl auch erst, nachdem das Urtheil befolgt und die Execution ausgebracht ist (so v. Glück, Schmidt, Martin u. A.); eine dritte Partei räumt ihr jeden beliebigen Zeitpunkt zwischen der Einlassung auf die Vorklage und dem Endurtheile ein (so Strypk, Müller,

19) L. 18. §. 4. D. commodati vel contra. (13. 6.) Vgl. Sartorius, die Lehre von der Widerklage S. 78.

20) Classisch ist hier die Untersuchung von Sartorius a. a. D. S. 42 u. 43, S. 398 fig.

21) Eine ausführliche Dogmengeschichte nebst Kritik der verschiedenen Ansichten gibt hier Sartorius a. a. D. S. 43, S. 403—411.

*Sori, Siener u. s. w.*)<sup>22)</sup>, was freilich auf die Absurdität hinausläuft, daß man widerklagen könne, wenn man nur immer wolle. Am richtigsten scheint es, dafür den Zeitpunkt unmittelbar nach der ausdrücklichen oder fingierten negativen Antwort auf die Haupteinlage anzunehmen, freilich noch vor der Replik, oder in den Fällen, wo keine eigentliche Beantwortung angenommen wird, wie im Executionsprozeß, den ersten Termin<sup>23)</sup>. Mit Anstellung der Widerklage beginnt die Wirksamkeit des dieser Klage eigenthümlichen Gerichtsstandes (*forum reconventionis*), der seiner Natur nach durchaus persönlich ist; von Seiten des widerbeklagten Klägers jede *exceptio fori* ausschließt<sup>24)</sup>, weil er als eine Berechtigung des Beklagten angesehen werden muß, angenommen wenn sie sich auf die objectiv Incompetenz des Richters gründet, was bei allen dinglich befreiten Sachen angenommen worden muß<sup>25)</sup>; jedenfalls aber nicht, wie es wohl gewöhnlich geschieht, aus der Prorogation abgeleitet, vielleicht gar als eine gesetzliche Prorogation bezeichnet werden kann, da hier das eigentliche Wesen des Institutes nicht zutrifft, was in der beiderseitigen Uebereinkunft und freiwilligen Unterwerfung beider Parteien unter einen *subjectiv incompetenten* öffentlichen Richter besteht<sup>26)</sup>. 3) Auf die Fortdauer der Zuständigkeit des Gerichtes, wenn der Beklagte später seinen Gerichtsstand ändert, oder verstirbt und Erben unter fremder Jurisdiction hinterläßt. Dieß nun beruht schon auf einer Bestimmung des classischen Pandektenrechtes<sup>27)</sup>, welches diese Wirkung zwar zunächst aus mit der alten *in ius vocatio* verknüpft, aber vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus nur von der ersten Citation des Beklagten verstanden werden kann und immer verstanden worden ist. Für diesen

22) Diese Ansicht hat allerdings einige gesetzliche Bestimmungen, wenn auch nur scheinbar, für sich, nämlich aus dem Kirchenrechte *cap. 3. in Vho. de rescriptis* (1. 3.), aus den deutschen Reichsgesetzen die Kammergerichtsordn. von 1855 *pte. III. Tit. 30.*

23) Am klarsten ist hier *Nov. 96. cap. 2., Nov. 123. cap. 25.,* sodann *cap. 1. X. de mutuis petitionibus* (2. 4.) und *Clem. 2. de V. S.* (5. 11.) Vgl. *Sartorius a. a. D. S. 408—410.*

24) *L. 5. pr. C. de fruct. et litium expensis.* (7. 51.) *L. 14. C. de sentent. et interlocut.* (7. 45.) Vgl. *Sartorius a. a. D. §. 27, S. 241.*

25) Vgl. *Sartorius a. a. D. S. 243* fig.

26) Vgl. hier die vortreffliche Deduction von *Sartorius a. a. D. §. 25, S. 223* fig.

27) *L. 7. D. de iudiciis.* (5. 1.): *Si quis, posteaquam in ius vocatus est, miles vel alterius fori esse coeperit, in ea causa ius revocandi forum non habebit, quasi praeventus* (*Ulpianus lib. 7. ad edictum*). Bestätigt wird dieß in *cap. 19. X. de foro competentis* (2. 2.): *Proposuisti nobis, quod quidam subditus tuus, ad petitionem cuiusdam adversarii tui, a te legitime citatus ad causam, quia postmodum iurisdictionis alterius esse coepit, tuum intendit iudicium declinare. Porro tuae prudentiae dubium esse non credimus, quod is in praedicta causa ius revocandi forum non habet, quasi ab altero iam praeventus* (*Gregorius IX.*).

Fall nimmt nämlich *Alpian*, von dem die Stelle herrührt, eine Art von Prävention an, was den neueren Juristen einen Vorwand gegeben hat, den Ausdruck *praeventio fori* zu bilden. 4) Auf den Eintritt der Prävention mit ihren Folgen. Man versteht darunter in der Kunstsprache der neueren Prozeßlehre das Verhältniß des Gerichtes zu einem, bei ihm anhängig gemachten Prozesse, welches durch die rechtsgiltige Ausfertigung auf die angebrachte Klage entsteht, und für die ausschließliche Competenz unter mehreren concurrirenden Gerichtsständen entscheidet. Man erblickt nämlich in der früheren Amtsthätigkeit des angezogenen Richters gewissermaßen eine Quasibefißhandlung, die dem Besizer den Vorzug vor allen übrigen verschafft, und spricht insofern von einer *anteoccupatio iurisdictionis* 28). Doch darf dabei nicht vergessen werden, daß diese Quasibefißhandlung nur fingirt wird zur juridischen Erklärung anderer Erscheinungen; daher es ungereimt sein würde, daraus weiter auf die Berechtigung des einmal angegangenen Gerichtes, auf die Fortführung des Processes im eigenen Interesse vor ihm zu schließen, da das Gericht beiden Streitern gegenüber niemals in einem privatrechtlichen Verhältnisse steht. Man hat diese jetzt allgemein anerkannte Lehre auf eine Usualinterpretation von *cap. 8. X. de foro competenti* (2. 2.) gestützt, die freilich anerkanntermaßen nichts davon enthält 29), überhaupt ihrer ganzen Fassung nach nur auf Criminalsachen anwendbar ist. Was den Zeitpunkt angeht, wann die Prävention eintritt, so ist es nicht sowohl die Existenz eines richterlichen *Decretes* in der Sache überhaupt, welche hier entscheidet, als vielmehr dessen *Influatation* 30). Den Inhalt des *Decretes* anlangend, so kann die Prävention offenbar nur durch solche begründet werden, welche eine Anerkennung der eigenen Competenz von Seiten des Gerichtes enthalten und auf die *materialia causae* eingehen. Daher davon nicht die Rede sein kann, wenn sich das Gericht selbst als unzuständig in der Sache erklärt, oder überhaupt die Klage als inept und unstatthaft zurückweist. — Weiter ist man gewohnt mit der Rechtshängigkeit noch folgende Wirkungen zu verknüpfen: 5) den Eintritt der *mala fides* des Beklagten; 6) die Unterbrechung der Klagen- und der Eigenthumsverjähr-

28) Der Ausdruck Prävention ist aus den, in der vorigen Note angegebenen Stellen von den Neueren gebildet worden, obschon diese ursprünglich nur von der fortbauernben Zuständigkeit des Gerichtes bei nachfolgender Erlangung eines anderen Gerichtsstandes zu verstehen sind. Vgl. *Sintenis*, Erläuterungen S. 64, Note 2.

29) Vgl. *Eichhorn*, Grundsätze des Kirchenrechtes Bd. 2, S. 85 fig.

30) Vgl. *Sintenis* a. a. D. S. 58. Für die Ansicht, daß schon die Existenz des *Decretes* entscheidet, hat man wohl angeführt *Nov. 112. cap. 3.*, *Cap. 20. X. de officio et potestate iudicis delegati* (1. 30.), *Cap. 10. X. de foro competenti* (2. 2.), allein sie gehören offenbar nicht hierher, wie schon *Sintenis*, a. a. D. S. 59, gezeigt hat.

zung; 7) den Eintritt des Verzugs für den Beklagten; 8) die Verurtheilung desselben in omnem causam; 9) die Litispositivität des Streitobjectes und die damit zusammenhängende Unabtretbarkeit der Klage von Seiten des Klägers. Allein davon ist bereits in diesem Werke unter dem Art. Litiscontestatio die Rede gewesen. — Die Frage, wie lange die Litispendenz mit ihren Wirkungen andauert, kann, wie es scheint, nur aus der Natur der Sache und unter gehöriger Unterscheidung der einzelnen, hierher gehörigen Fälle genügend beantwortet werden. Die gewöhnliche Lehre<sup>31)</sup> geht dahin, daß alle Wirkungen des insinuirten Decretes für beide Theile in Wegfall kommen, wenn sie der peremptorischen Ladung nicht Folge leisten, was man gewöhnlich mit dem Namen terminus circumductus bezeichnet<sup>32)</sup>, oder doch wenigstens für den Kläger allein, wenn dieser nicht erschienen und der Proceß von dem Beklagten nicht einseitig fortgesetzt worden ist. Im ersten Falle liegt indeß kein triftiger Grund vor, warum die Competenz- und Präventionsfrage, die doch auf die Durchführung des ganzen Processes berechnet ist, hinterher durch die Circumduction des Termins in Wegfall kommen sollte<sup>33)</sup>. Rücksichtlich der Verjährungsunterbrechung aber scheint das einseitige oder beziehungsweise zweiseitige Liegenlassen des Processes auch nicht weiter aufhebend einzuwirken, da die einmal bewirkte Interruption auch nachher noch in voller Wirksamkeit fortbesteht, nur so, daß freilich von dem letzten gerichtlichen Acte im Prozesse an eine durchaus neue Verjährung anhebt<sup>34)</sup>. In der Lehre von der Prävention wird es aber noch als ein specialer Aufhebungsgrund derselben gelten müssen, wenn in einer von den drei Theilungsklagen oder dem Interdictum uti possidetis und utrobi, wo beliebig jede Proceßpartei die Rolle des Klägers und des Beklagten übernehmen kann, der Kläger bei dem präventivenden Gerichte seine Klage fallen läßt<sup>35)</sup>. Wenigstens wird dadurch den Rechten des Beklagten kein Eintrag geschehen dürfen, der ja nur von seiner Seite selbstständig als Kläger auftreten und dann unter mehreren concurrirenden Gerichten das ihm am meisten zuzugende wird wählen können.

Seimbach.

**Litisreaffirmation** <sup>1)</sup> heißt in der Kunstsprache der neueren Prozeßualisten die gerichtliche Handlung, durch welche der, welcher an die

31) So Martin, Bayer, Einde, Lehrbuch §. 200, Nr. 5.

32) L. 73. §. 1 u. 2. D. de iudiciis. (5. 1.) L. 48. pr. D. de re iudicata. (42. 1.)

33) So Sintenis a. a. D. S. 192.

34) Bgl. L. 9. C. de praescriptione 30. vel 40. annorum. (7. 39.) L. un. §. 1. C. de annali exceptione Ital. contr. (7. 40.) Bgl. Sintenis a. a. D. S. 194.

35) So Sintenis a. a. D. S. 73.

1) Literatur: Schroeter, diss. de litis reassumptione Pars I. II. Erlang. 1780. Pars III. Erlang. 1783. Wernher, diss. de reassumptione litis. Witten-

Stelle einer wegfallenden Prozeßpartei tritt, zu erkennen gibt, daß er alle bisherigen Verhandlungen in der Sache genehmige und den Prozeß in dem Zustande fortsetzen wolle, in welchem sein Vorgänger ihn verlassen hat. Dem römischen Rechte ist der Act durchaus unbekannt, weil hier der Grundsatz gilt, daß Klagen, die durch Litiscontestation anhängig gemacht worden, activ und passiv auf die Erben übergehen, so daß es also einer besonderen Erklärung der Partei gar nicht bedurfte, ob sie fernerhin noch im Prozesse verharren, oder zu Gunsten des Gegners davon zurücktreten wollte. Vielmehr galten die anhängig gewordenen Prozesse activ und passiv als Vermögenstheile des Verstorbeneu, die bei der Erbschaftserwerbung als unkörperliche Sachen in Betracht kommen und deren Schicksale theilen. Auch bei der Singularsuccession war für die Reassumtion überall kein Raum, weil auch hier die Litiscontestation eine Novation unter den Prozeßparteien wirkt, die sich nur auf sie beschränkt, und selbst nicht einmal für den Erben des Beklagten regelmäßig zur Condemnation führen wird, wöfren nicht in dessen Person selbstständig alle Vorbedingungen der Klage zutreffen, z. B. in Realklagen; und was dem gleichsteht, der Besitz des Prozeßobjectes im Augenblicke, wo die Sentenz gefällt wird — also für Dritte, die erst im Laufe des Processes durch Singularsuccession in das Rechtsverhältniß der einen oder anderen Prozeßpartei eintreten, gar keine Geltung haben konnte. Am wenigsten können die Anfänge des Institutes in den römiscrechtlichen Repräsentationsverhältnissen der Parteien durch Stellvertreter gesucht werden, da hier die Litiscontestation das sogen. *dominium litis* wirkt, was den Procurator zur vollen Disposition über den anhängig gewordenen Prozeß berechtigt und zur Folge hat, daß die Sentenz activ und passiv auf ihn gestellt werden muß und das Erlöschen des Prozeßauftrages durch den Tod des Principalen insofern ausschließt, als es den Stellvertreter befähigt, den Streit auch für die Erben desselben ohne Erneuerung des Auftrages von dessen Seite eitseltig fortzusetzen. In diesen Grundsätzen nun hat das Kirchenrecht durchaus nichts Wesentliches geändert; vielmehr setzt es die Gültigkeit des römischen Actionenrechtes überall voraus, und sogar die Fortdauer des *dominium litis* ist hier ausdrücklich bestätigt worden. So kann es nicht Wunder nehmen, daß die Glossatoren, welche ihre Rechtsdoctrin unmittelbar aus den Rechtsquellen

berg 1782. Mauritius, diss. de citatione quam vocant ad reassumendum. Tubing. 1640. und in dessen dissertationes et opuscula p. 460—495. Müller, promptuarium iuris novum s. v. reassumtio processus tom. IX. p. 2822—2827. (ed. Lipsiae 1778. 8.) Dapp, Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Prozesse S. 270—278, S. 190—198. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses S. 312 ff. Ueber das Verfahren in den Reichsgerichten verbreitet sich hauptsächlich Andreas Gail, practicarum observationum lib. I. obs. CIX. p. 194 sq.

2) L. 23. C. de procuratoribus. (2. 13.)

geschöpft haben, von der Litisreassumtion keine Ahnung hatten, sondern überall an den römischrechtlichen Grundsätzen festhielten<sup>3)</sup>. Es scheint demnach wohl am richtigsten, das Institut aus dem teutschen Gewohnheitsrechte herzuleiten<sup>4)</sup>, was späterhin durch einzelne Reichsgesetze bestätigt worden, namentlich durch den Reichsdeputationsabschied von 1600 §. 73 und den J. R. A. §. 99. Darnach wird es auch nicht möglich sein, es seinen Grundzügen nach auf eine rein sächsische Grundlage zurückzuführen, da einestheils dasselbe schon zeitig auch außerhalb Deutschlands Grenzen bekannt wurde, andernteils die Sagung der alten sächsischen Prozeßordnung v. 1622 Tit. 17. sich nur an das bereits längst bestehende Recht angegeschlossen hat.

Die Voraussetzungen, an welche die Reassumtion in der Doctrin gebunden worden ist, sind im einzelnen folgende: 1) Es muß eine wirkliche Prozeßpartei ausfallen. Daher kommt die Reassumtion nicht vor, wenn nur der Bevollmächtigte, der für sie den Prozeß geführt hat, wegfällt, oder der Tutor und Curator, welcher im Namen des Mündels prozessirt hat. Was die Art und Weise des Ausfalles angeht, so bildet der Tod der Partei allerdings den gewöhnlichsten Fall der Reassumtion, und dieser wird daher auch in der Reichsgesetzgebung vorzugsweise erwähnt<sup>5)</sup>; das aber soll indeß nicht so viel heißen, als ob nicht auch in anderen Fällen auf Reassumtion erkannt werden dürfte. Vielmehr kann es dazu auch dann kommen, wenn die Prozeßpartei den bürgerlichen Tod erleidet, oder unter Umständen, wenn sie sich freiwillig vom anhängig gewordenen Prozesse lossagt, was vorzüglich in Lehenssachen stattfinden wird<sup>6)</sup>. 2) Die Prozeßpartei darf keine moralische (juristische) Person sein. Selbst wenn sie aus lauter physischen Personen bestände und der größte Theil ihrer Mitglieder ausfiele, so würde doch die Regel *universitas non moritur* Platz greifen und die Nothwendigkeit der Reassumtion beseitigen; indeß haben gerade für diesen Fall manche Prozeßlehrer die Reassumtion für statthaft gehalten<sup>7)</sup>. 3) Die ausfallende Partei muß wenigstens Einen gerichtlichen Act in der Sache vorgenommen haben<sup>8)</sup>. Deshalb fällt die Reassumtion weg, wenn die Partei vor dem ersten Termine verstorben ist<sup>9)</sup>. 4) Die Partei darf nicht von einem Bevollmächtigten vertreten werden, dessen Vollmacht auf den Principal und dessen Erben lautet — mit

3) So schon Tancredus, *ordo iudicarius* p. III. tit. 1. §. 6. ed. Bergmann p. 199 sq. u. X.

4) So Mauritius l. c. §. VII. p. 467 sq. Dapp a. a. O. §. 272, S. 193.

5) Reichsdeputationsabschied v. 1600 §. 73. J. R. A. v. 1684 §. 99.

6) Vgl. Mauritius l. c. §. XXVII sq. p. 491 sq.

7) Carpzow, *iurisprud. for.* P. 1. const. 15. nr. 9. 10. Müller l. c. nr. 6. tom. IX. p. 2623.

8) Eubovici, Einleitung zum Civilprozeße Cap. XXXVI, §. 3.

9) Engau, *decis.* P. 1. dec. DVIII. Müller l. c. p. 2623.

anderen Worten: nicht die *clausula heredum* enthalten<sup>10)</sup>. Dieß Erforderniß beruht auf der Sanction des Jüngsten Reichsabschiedes §. 99, welcher die Absicht kund gibt, die Anwendung des Institutes zu beschränken, und zu diesem Zwecke verfügt, daß einestheils alle Prozeßvollmachten gleich von Anfang an mit auf die Erben des Gewaltgebers gestellt werden, anderentheils hier zur Beschränkung der Reassumtion die bei den Acten also legitimirten Procuratoren auch im Todesfalle ihrer Gewaltgeber selbstständig bis zum Schlusse der Sache verfahren, auch die in der Sache abzufassenden Erkenntnisse activ und passiv auf diese gestellt werden sollen, wofern die Namen der Erben noch nicht bei den Acten angezeigt sind. 5) Es muß wenigstens Eine Person vorhanden sein, die ihres unmittelbaren Interesses am Prozeßobjecte halber befugt ist, an der Stelle der wegfallenden Prozeßpartei einzutreten. Als solche werden in den angezogenen Reichsgesetzen bezeichnet die Erben einer Partei<sup>11)</sup>, und diesen Fall berücksichtigt hauptsächlich die Verordnung des Jüngsten Reichsabschiedes von 1654, daß zur Vermeidung der Citationen *ad litem reassumendam* die Prozeßvollmachten der Procuratoren gleich von Anfang an mit auf die Erben des Ausstellers gestellt werden sollen. Auch bei Singularsuccessoren ist die Reassumtion allgemein angenommen, wenigstens in Realklagen und *actiones personales in rem scriptae*, die ihrem innersten Wesen nach in der Person des Beklagten das Zutreffen des *Besismomentes* voraussetzen<sup>12)</sup>. Auch bei Cessionaren, die als Repräsentanten des Cedenten eintreten, kommt sie regelmäßig vor; selbst bei Amtsnachfolgern von Magistraten, die kraft ihres Amtes Prozesse eingeleitet haben. 6) Es darf keine summarische Prozeßart vorliegen. In solchen Prozessen nämlich gilt die Reassumtion für überflüssig, weil dann die Erben der Prozeßpartei ohne Weiteres den Prozeß des Verstorbenen fortsetzen dürfen<sup>13)</sup>. — Der Zweck des Institutes ist offenbar der, bei den Acten zu constatiren, ob die Erben der verstorbenen Prozeßpartei alle bisherigen Prozeßhandlungen genehmigen und die Sache in dem Zustande übernehmen wollen, in dem sie der Verstorbene hinterlassen hat, oder sich davon lossagen und beziehungsweise unter Erstattung der Prozeßkosten die Nach-

10) Vgl. hier Dapp a. a. D. §. 269, S. 190 fig.

11) Für diese Classe von Personen fällt die feierliche Reassumtion nach Königl. sächsischem Rechte gänzlich aus, indem nach der Verordnung der erläuterten Prozeßordnung von 1724 ad tit. 17. §. 1. die Erben in den Prozeß des Verstorbenen ohne Weiteres eintreten, ihnen indes nachgelassen bleibt, sich dießfalls mit dem *beneficium deliberandi* zu behelfen, indem sie vielmehr den Prozeß fortzusetzen, oder, wenn Klägers Erben, unter Erstattung der Unkosten sich davon loszusagen verbunden sind. Nur, daß sich die den Erben eben laufenden Prozeßschriften *ipso iure* um vier Monate verlängern. Vgl. Osterloh, der ordentliche bürgerliche Prozeß nach Königl. sächs. Rechte §. 170, Bd. 1, S. 245.

12) So Müller l. c. nr. 4. p. 2825.

13) So Müller l. c. p. 2825.

theile des Prozeßverlustes über sich ergehen lassen wollen. Demnach räumte man ihnen allgemein gewissermaßen ein Wahlrecht ein, was um so unbedenklicher anzunehmen war, als ja auch der Verstorbene, wenn er länger gelebt hätte, befugt gewesen wäre, in jedem Theile des obschwebenden Prozeßes diesen aufzugeben und die Folgen des Prozeßverlustes über sich ergehen zu lassen; und dieses Wahlrecht nun erstreckte man dann weiterhin auch auf die Singularsuccessoren, die an die Stelle einer wegfallenden Prozeßpartei eintraten. Das Verfahren, was zu diesem Zwecke eingeleitet wird, läßt sich auf folgende Grundzüge zurückführen. Sobald der Tod einer Prozeßpartei bei den Acten liquid wird, hat der Prozeßrichter zunächst dem bei den Acten legitimirten Bevollmächtigten der weggefallenen Partei aufzugeben, daß er die Namen der Parteierben binnen drei Monaten dem Gerichte anzeigt<sup>14)</sup>; sonst wird er zu den Prozeßverhandlungen nicht weiter zugelassen. Wenn nun auf der Einen Seite bis zur Zeit, wo diese Anzeige erfolgt, der Prozeß natürlicher Weise ruht, so hat der Prozeßrichter auf der andern, sobald die Anzeige erfolgt, unter Einräumung einer peremptorischen Frist einen Termin anzusetzen und dazu sämtliche Erben des Verstorbenen vorzuladen zur Reassumtion des Prozeßes oder zur gänzlichen Lossagung davon, unter dem Präjudize, daß im Contumazfalle der Prozeß für nicht reassumirt erachtet werden solle, was dann weiterhin die Folge haben wird, daß der Contumazirte den Prozeßgegner als Sieger anzuerkennen und ihm die Prozeßkosten zu erstatten hat. Zu diesem Termine wird aber auch der Gegner im Prozeße geladen ad videndum (nach Anderen auch noch mit dem Zusätze et audiendum) reassumi<sup>15)</sup>. Die speciellen Erfordernisse dieser Citation sind, daß der Prozeßgegner darum bittet<sup>16)</sup>, daß sie ferner vom competenten Richter erlassen wird, d. h. vom Prozeßrichter erster Instanz<sup>17)</sup>; daß sie endlich zur rechten Zeit geschieht. In letzterer Rücksicht war es bei den Reichsgerichten herkömmlich, daß man sie nur so lange im Prozeße zuließ, als die Parteien noch nicht in der Sache beschloffen hatten; nach dem Actenschlusse konnten die Erben regelmäßig nur noch zur Anhörung des zu publicirenden Bescheides citirt werden<sup>18)</sup>; doch haben die Territorialrechte sich davon Abweichungen erlaubt, namentlich ist in den Ländern des sächsischen Rechtes die fragliche Citation auch noch nach dem End-

14) Daß diese dreimonatliche Frist schon gemeinrechtlich ist, geht hervor aus Schroeter, diss. de litis reassumtionis Pars III. sect. II. §. 3 u. 4. Erlang. 1753. Im Königl. sächsischen Rechte ist an die Stelle der dreimonatlichen Frist eine sächsische getreten.

15) Vgl. hier Mauritius l. c. §. III. p. 464.

16) Vgl. hier Mauritius l. c. §. IX. p. 477.

17) Vgl. Mauritius l. c. p. 477.

18) So Gail l. c. lib. I. obs. CLX. nr. 3—6. p. 194 sq., Mauritius l. c. §. XIX. p. 483.



urtheil, ja sogar in der Executionsinstanz zugelassen worden<sup>19)</sup>. — Was nun die Art und Weise der Reassumtion anbetrifft, so kann sie mündlich und schriftlich geschehen<sup>20)</sup>; jenes durch ausdrückliche Erklärung der neuen Prozeßpartei im Termine, dieses durch Abgabe eines förmlichen Aufsatzes zu den Acten; selbst die Ausstellung einer neuen Prozeßvollmacht an den Vertreter der weggefallenen Partei oder die beim Prozeßgerichte schriftlich angebrachte Bitte um Ansetzung eines weiteren Termines in der Sache gilt als Reassumtion, und in diesen beiden Fällen sprechen die neueren Prozeßualisten von einer *litis reassumtio minus sollemnis* im Gegensatz der *sollemnis*, welche direct im Reassumtionstermine geschieht. Ja sie kann sogar in Folge des, der Ladung zum Termine hinzugefügten Präjudizes fingirt werden, wenn die unter der Verwarnung geladene Partei im Termine contumacirt wird, was freilich beim Ausbleiben beider Parteien — im Falle des sogen. *terminus circumductus* — nicht geschehen kann. Damit hängt nun die weitere Frage zusammen, ob die Reassumtion auch durch einen Bevollmächtigten vorgenommen werden könne. Dieß nun scheint nach der einstimmigen Lehre der neueren Prozeßualisten füglich nicht in Abrede gestellt werden zu können, doch bedarf dann der Parteivertreter nach der richtigeren Ansicht wohl eines Specialauftrages<sup>21)</sup>, da diese Handlung offenbar zu denen gehört, welche der Prozeßpartei in der Sache entscheiden präjudiciren, und es also nicht glaublich ist, daß der Aussteller der Vollmacht bei der Ertheilung eines generellen Auftrages darauf gedacht haben werde. Daß die Handlung unter den *actus specialis mandati* weder im römischen noch im Kirchenrechte genannt wird, erklärt sich ganz einfach aus der Geschichte des Institutes. Uebrigens ist es ein allgemeiner Grundsatz, daß die Reassumtion pure geschehen müsse, d. h. ohne Einsetzung einer Bedingung oder eines Zeittermines, weil sonst die in derselben liegende Genehmigung durchaus erfolglos sein würde. Eben so wenig kann sie mit gewissen Vorbehalten geschehen, z. B. kann sich der Erbe nicht ausmachen, daß, wenn die Erbschaft sich als unzureichend herausstellen sollte, die geschehene Reassumtion ihn nicht binden und die beschene Anmaßung der Erbschaft für null und nichtig gehalten werden solle<sup>22)</sup>. Endlich darf auch die Reassumtion nicht bloß auf Einen Theil des Prozeßes beschränkt werden; vielmehr gilt dieser bezüglich des Actes als Ein Ganzes, das durch den Reassumenten nicht willkürlich in Theile zerspalten werden darf. — Der Zeitpunkt, in welchem die Reassumtion geschehen soll, bestimmt sich ganz nach dem Inhalte der Ladung, die nach gemeinem Rechte nur durch Urtheil und Recht erkannt wird. Daß sie auch vor dem

19) So Müller l. c. p. 2823.

20) Vgl. Müller l. c. nr. 12. p. 2824.

21) Vgl. Müller l. c. nr. 10. 11. p. 2824. und die dort citirten Autoren.

22) Vgl. Müller l. c. nr. 13. p. 2824 sq.

Ablaufe der Frist bei den Acten eingebracht werden kann, fällt in die Begriffe; nach dem Termine ist dazu weiter keine Gelegenheit, weil das angefügte Präjudiz in Wirksamkeit tritt. Im Falle des terminus circumductus entscheiden die allgemeinen Prozeßregeln. — Die Wirkung der geschehenen Reassumtion anlangend, so besteht sie darin, daß der Nachfolger ganz und gar an der Stelle der wegfallenden Prozeßpartei eintritt, mithin den anhängig gewordenen Prozeß ganz in der Lage zu übernehmen hat, in der er sich bei dem Ausfalle des Vordermannes befand; daher er auch alle früheren Handlungen desselben anerkennen muß, was freilich nicht so zu verstehen ist, als ob der Nachfolger auch den Sachwalter des Vordermannes beibehalten müßte, selbst dann nicht, wenn die vom letzteren ausgestellte Vollmacht zugleich auf dessen Erben gestekt war<sup>23</sup>). Vielmehr kann dann der Nachfolger auch, wo keine specielle Reassumtion vorkam, ohne Weiteres einem anderen Sachwalter Vollmacht in der Sache ertheilen, weil auch sein Vordermann nach den teutschrechtlichen Grundsätzen von der freieren Repräsentation in Prozeßverhältnissen die seinem Sachwalter gegebene Vollmacht zu jeder Zeit hätte widerrufen können<sup>24</sup>). Dagegen genießt er aber auch alle Rechte seines Vorgängers im Prozesse, weshalb er sogar Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragen kann, wenn diese seinem Vorgänger hätte ertheilt werden müssen; auch darf er zweifelsohne aus dessen Person fernerweit die exceptio nullitatis brauchen, da die Genehmigung, welche in der Reassumtion enthalten ist, nur auf die Handlungen seines Vorgängers sich bezieht, und auf das eigentliche Prozeßverfahren selbst nicht ausgedehnt werden kann<sup>25</sup>). Sagt sich aber der Nachfolger in Folge der an ihn ausgebrachten Citation ad reassumendum vom Prozesse los, so muß er den Prozeßgegner ohne Weiteres als Sieger im Prozesse anerkennen, daher nöthigenfalls sofort gegen ihn Execution vollstreckt werden kann. Erben, überhaupt alle Universalsuccessoren sind dann auch verpflichtet, dem Prozeßgegner alle Prozeßkosten zu erstatten; allein bei Singularsuccessoren trifft das nicht zu, weil sie keine Verbindlichkeit haben, die Schulden ihres Vordermannes zu übernehmen; vielmehr liegt dann der Kostenersatz dem Vordermanne ob und bei Processen, welche von Amtswegen geführt werden, demjenigen, welcher die Führung des Processes angeordnet hat. Ob aber der Nachfolger bei freiwilliger Aufgabe des Processes auch an die früheren Handlungen seines Vorgängers in der Sache gebunden ist, das ist eine Frage, die bei Erben als Universalsuccessoren bejahend entschieden werden muß;

23) Bgl. Dapp a. a. O. §. 278, S. 197.

24) In den Ländern des sächsischen Rechtes, wo die clausula heredum nicht zu den wesentlichen Bestandtheilen der Vollmacht gehört, bedarf es demnach bei jeder Reassumtion einer neuen Legitimation für den Anwalt, selbst in den Fällen, wo der Reassument nicht gesonnen ist den Procurator zu wechseln.

25) Bgl. Müller l. c. nr. 14. p. 2825.

auch bei Cessionaren, die als Repräsentanten die Handlungen dessen, an dessen Stelle sie treten, schlechterdings anzuerkennen haben<sup>26)</sup>; bedenklicher scheint die Sache bei den Singularsuccessoren, die der exceptio doli aus den Handlungen ihres Vorgängers nur dann unterliegen, wenn ihr Erwerb auf einer causa lucrativa beruht (s. in diesem Werke Bd. III, S. 716, den Art. *Einrede*); allein da sie nach bestimmter Entscheidung der römischen Rechtsquellen die res iudicata sicherlich bindet (s. den angef. Art. in diesem Werke Bd. III, S. 777), so wird wohl das Nämliche auch für die Litiscontestatio und alle anderen prozessualischen Handlungen anzunehmen sein. Schmback.

**Litisrenunciatio** (renunciatio liti et causae facta)<sup>1)</sup> heißt die Handlung einer Prozeßpartei, wodurch sie erklärt, von einem anhängig gemachten Prozesse abstehen und die Folgen des Prozeßverlustes über sich ergehen lassen zu wollen<sup>2)</sup>. Sie kommt am häufigsten von Seiten des Klägers vor, doch kann sie zweifelsohne auch von Seiten des Beklagten eintreten. Sie setzt voraus 1) einen anhängigen Prozeß. Verzichte auf erst künftig anzustellende Klagen fallen unter einen durchaus verschiedenen Gesichtspunkt, indem bei ihrer Beurtheilung hauptsächlich die Absicht vorherrscht, dadurch keine Verbrechen oder sonst Handlungen zu veranlassen, welche gegen die öffentliche Achtung für Sittlichkeit verstoßen. Am klarsten sieht man dieß aus der Behandlung einzelner Klagenverzichte in den römischen Rechtsquellen, namentlich des auf die actio doli<sup>3)</sup>, was dann weiterhin auch von allen anderen bonae fidei iudicia gilt, in denen der Vertrag, daß man für Gewissenlosigkeit nicht haften solle (ne dolus praestetur), als unvereinbar mit der Natur der Klage dargestellt und demnach für wirkungslos erklärt wird<sup>4)</sup>; ferner des Verzichtes auf die im vorjustinianischen Rechte bei der Rückgabe des Heurathsgutes vorkommende actio de moribus<sup>5)</sup>; auf die actio furti<sup>6)</sup>, rerum amotarum<sup>7)</sup>, iniuriarum<sup>8)</sup>, und die actio inofficiosi testamenti, insofern der Verzicht bei Lebzeiten des

<sup>26)</sup> Sehr gründlich ist hier Bethmann-Hollweg a. a. D. S. 312 fig. 1) Literatur: Schroeter, de liti renunciatione. Jenae 1693. Gagemann, practische Erörterungen VIII. 1. S. 40. Overbeck, Rebitationes Th. XI, S. 132, 285. Hauptsächlich Kind, quaestiones forenses tom. III. cap. 95. (ed. II.)

2) Daß auch von Seiten des Beklagten eine Litisrenunciatio vorkommen kann, hat gegen Hommel (deutscher Flavius s. v. Beklagter) ausgeführt Kind l. c. tom. III. cap. 95. Auch die ältere Doctrin stimmt damit überein. Vgl. Schroeter l. c. cap. 8. p. 66.

3) L. 27. §. 3. D. de pactis. (2. 14.)

4) L. 23. D. de regulis iuris. (50. 17.) L. 17. pr. D. commodati vel contra. (13. 6.) L. 1. §. 7. D. depositi vel contra. (16. 3.)

5) L. 5. pr. D. de pactis dotalibus. (23. 4.)

6) L. 27. §. 4. D. de pactis. (2. 14.)

7) L. 5. §. 1. D. de pactis dotalibus. (23. 4.)

8) L. 27. §. 4. D. 2. 14.

Erblaffers abgegeben wird<sup>9)</sup>. In ähnlicher Weise wird man wohl auch die Verträge über das Nichtthun zum Schadenersatz für grobe Fahrlässigkeit (*de culpa lata non praestanda*) behandelt haben, da diese in den römischen Rechtsquellen ganz nach Analogie der Gewissenlosigkeit beurtheilt wird. 2) Subjective Dispositionsfähigkeit der zurücktretenden Prozeßpartei. Dieß Erforderniß zerfällt in zwei Theile. Einmal nämlich setzt es voraus das Vorhandensein der Willensfähigkeit in der Person dessen, welcher renunciirt, und deßhalb sind schlechtweg zu verwerfen Verzichte, welche von Menschen im Kindesalter, von Wahnsinnigen, in der Trunkenheit oder sonst im höchsten Affecte, der die Vernunft übertäubt, abgegeben werden — lauter Fälle, die nach den allgemeinen Regeln von dem Consense zu beurtheilen sind. Sodann wird noch erfordert, daß der Partei die allgemeine Veräußerungsbefugniß (*das commercium*) nicht entzogen oder durch die Einwilligung der ihr vom Staate zugeordneten Personen bedingt sei. Aus diesem Grunde können erklärte Verschwendergar nicht renunciiren; Pupillen, soweit sie nicht mehr im Kindesalter stehen, und andere Minderjährige sind bei dem Acte an die Einwilligung ihrer Vormünder gebunden. Hauskinder können nur insoweit gültig renunciiren, als sie Veräußerungsbefugniß haben; sonst sind sie an die Einwilligung ihres Vaters gebunden. Ehefrauen können nach deutschem Rechte nur unter Beitritt ihres Ehemannes; ledige Weibspersonen in Ländern, wo die Geschlechtsvormundschaft gilt, nur unter Einwilligung ihres Geschlechtsvormundes gültig verzichten. 3) Subjective Dispositionsbefugniß über das, was den Gegenstand des anhängigen Prozeßes ausmacht. Dieß Erforderniß bestimmt sich nach der Eigenschaft des Prozeßobjectes näher dahin, daß es seiner natürlichen Beschaffenheit oder den Gesetzen nach eine freie Verfügung der Prozeßparteien darüber zuläßt. Im allgemeinen wird hier wohl die Regel festzuhalten sein, daß bei Gegenständen, über welche ein Vertrag nicht eingegangen werden kann, auch keine Litisrenunciatio stattfindet, weil Verzichte in den römischen Rechtsquellen durchaus nach den Grundsätzen der Verträge beurtheilt werden<sup>10)</sup>. Deßhalb scheint der Verzicht *post rem iudicatam* schlechthin ungültig, weil die Absicht zu schenken in der Litisrenunciatio nicht vermuthet werden kann<sup>11)</sup>; deßhalb fällt er ferner zusammen,

9) Paulli sent. recept. IV. 8. §. 8. L. 35. §. 1. C. de inofficioso testamento. (3. 28.) Vgl. dazu v. Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 7, S. 473 fig.

10) L. 29. C. de pactis. (2. 3.)

11) Paulli sent. rec. I. 1. §. 5. L. 23. §. 1. D. de conditione indebiti. (12. 6.) Consultatio veteris Jureconsulti de nudis pactis cap. 4. 9. const. 1. Theod. Cod. de pactis et transactionibus. (2. 9.) L. 32. lust. C. de transactionibus. (2. 4.) Vgl. Thibaut, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 8, S. 301—308, Bd. 9, S. 393—404.

wenn er die Ansprüche eines Ehegatten an den anderen aus verbotenen Schenkungen oder nothwendigen Verwendungen auf das Heurathsgut zum Gegenstande hat<sup>12)</sup>. Daraus nun wird natürlicher Weise weiter folgen, daß, wenn die Gesetze die Möglichkeit der Sachdisposition an bestimmte Erfordernisse geknüpft haben, auch der Verzicht nur unter der Voraussetzung gültig ist, daß diese speciellen Erfordernisse auch hier zutreffen. So wird von klägerischer Seite die Litisrenunciacion in Alimenterprozeffen nothwendiger Weise nur unter Einwilligung der Obrigkeit, und zwar nach deren vorgängiger causae cognitio vorkommen können<sup>13)</sup>; so wird ferner in Mündelprozeffen, welche Grundstücke betreffen, ein Verzicht nur unter der Voraussetzung möglich sein, daß die vormundschaftliche Behörde dazu ihre Einwilligung in der Form eines Decretes ertheilt<sup>14)</sup>; bei Streitigkeiten über Legate und Fideicommissum aus letztem Willen wird, gleichwie der Vergleich, so auch der klägerische Verzicht an die Einsicht der letztwilligen Urkunde gebunden sein<sup>15)</sup>. Bedingt wesentlich ist, wenn der Verzicht durch Bevollmächtigte geschieht, 4) ein specieller Auftrag dazu von Seiten des Machtgebers. Ein generelles Mandat reicht nicht aus, weil zu vermuthen steht, daß der Machtgeber dabei nicht an einen Act gedacht haben werde, welcher eine wesentliche Disposition über die Sache einschließt. Nun ist aber schon bei dem Vergleiche<sup>16)</sup> ein Specialmandat erforderlich; um wie viel mehr bei einem Acte, der die Rechte des Principals noch mehr zu beschränken droht. — Den Zeitpunkt im Prozesse anlangend, bis wann die Litisrenunciacion geschehen darf, so kann hier nur die Rechtskraft des Endurtheiles als der Termin bezeichnet werden, welcher den Verzicht völlig ausschließt, quoniam post rem iudicatam pacisci non licet. In der Appellationsinstanz dagegen wird gültig Verzicht geleistet, ja selbst noch in der actio iudicati, sofern das Dasein eines früheren rechtskräftig gewordenen Urtheiles noch zweifelhaft sein kann<sup>17)</sup>. — Was ferner die Form der Litisrenunciacion angeht, so wird sie in den römischen Rechtsquellen unter die Kategorie der Verträge eingestelt; unter

12) L. 5. §. 1 u. 2. D. de pactis dotalibus. (23. 4.)

13) L. 8. pr. §. 17. D. de transactionibus. (2. 15.) L. 23. §. 2. D. de conditione indebiti.

14) L. 7. C. de praediis et aliis rebus minorum. (5. 71.) Dazu Rudorff, das Recht der Vormundschaft Th. 2, S. 410.

15) L. 6. D. 2. 15. vgl. mit L. 1. §. 1. D. testamenta quemadmodum aperuntur. (29. 3.)

16) L. 60. D. de procuratoribus. (3. 3.) L. 10. D. de transactionibus. (2. 15.) L. 7. C. de transactionibus. (2. 4.) In manchen Territorialgesetzen muß der Act immer in der Vollmacht ausdrücklich genannt sein, so daß die clausula cum libera unzureichend erscheint, z. B. im königl. sächs. Rechte nach der Erl. Prozeßordnung von 1724 ad tit. 7. §. 2. Daher rechnet die sächsische Doctrin den Act zu den sogen. actus specialissimi mandati.

17) L. 7. L. 11. D. 2. 15. So auch die Praxis. Vgl. Wernher, observ. for. P. IX. obs. 93.

Umſtänden benutzte man dazu auch die Aquilliſche Stipulation in der Weiſe, wie ſie auch bei Vergleichen zur Anwendung kommt. Heutzutage laſſen die Practiker auch die einſeitige Verzichtleiſtung ohne Rückſicht auf die Gegenpartei im Prozeſſe zu, indem ſie der Rechtsregel, daß jeder die ihm zuſtehende Berechtſame nach Belieben aufgeben dürfe, auch außer dem Kreiſe der Verträge Anwendung geben<sup>18)</sup>. Dafür ſpricht hauptſächlich die Betrachtung, daß ſowie überhaupt Niemand gezwungen werden kann, eine Klage anzustellen, auch dem Beklagten nicht die Befugniß zuſchrieben werden darf, den Kläger zu nöthigen, den einmal angefangenen Rechtsſtreit bis zu Ende fortzuſetzen, wenn dieſer die Abſicht, ihn aufzugeben, einmal deutlich erklärt hat; denn der Beklagte hat überhaupt kein anderes Intereſſe, als von der Klage entbunden zu werden, und gleichgiltig iſt es dann, ob er durch Urtheil und Recht abſolvirt wird, oder ob er durch jene Erklärung des Klägers denſelben Zweck erreicht<sup>19)</sup>. Dann wird es auch nicht einmal einer ausdrücklichen Erklärung von Seiten des Verzichtenden bedürfen, ſondern es werden unter Umſtänden ſchon concludente Handlungen dazu hinreichen, z. B. wenn der Gläubiger dem Schuldner die Vornahme einer Handlung geſtattet, wodurch jenem die Ausübung ſeines Klagerrechtes unmöglich wird<sup>20)</sup>. Dagegen wird ein bloßes Liegenlaſſen der weiteren Prozeßverhandlungen von klägeriſcher Seite hier nicht in Betracht kommen, da ſchon die in den römischen Rechtsquellen daran geknüpfte Prozeßverjährung deutlich zeigt, daß man in dieſem Liegenlaſſen keine Aufgabe des Prozeſſes zu ſehen gewohnt war. Eben ſo wenig wird es nöthig ſein, bei einem allgemeinen Verzicht auf die Prozeßſache im Ganzen die Einzelrechte zu ſpecialiſiren, die man aufzugeben gemeint iſt. Streitig iſt, ob zur Gültigkeit des einſeitigen Verzichtes auch die Annahme deſſelben von Seiten des Gegners erforderlich iſt. In manchen Gegenden Deutschlands, z. B. in Sachſen, läßt man den Widerruf des Verzichtes allerdings bis zur Acceptation des Prozeßgegners zu<sup>21)</sup>; allein eine allgemeine Praxis hat dieß Erforderniß nie als weſentlich anerkannt. — Die Wirkungen des Prozeßverzichtes anlangend, ſo laſſen ſie ſich am einfachſten auf folgende Punkte zurückführen. 1) Der biſher geführte Prozeß wird dadurch unwiderruflich beendigt. Eine ſpättere Wiederaufnahme deſſelben iſt unter keiner Bedingung geſtattet<sup>22)</sup>, es

18) L. 41. D. de minoribus XXV. annis. (4. 4.) L. 51. C. de episcopis et clericis. (1. 3.) L. 29. C. de pactis. (2. 3.)

19) Bgl. Kindl. c. tom. III. cap. 95.

20) L. 8. pr. D. quemadmodum servitutes smittantur. (8. 6.)

21) So Kindl. c. tom. III. cap. 95.

22) L. 4. C. de pactis. (2. 3.) Postquam liti de praedio motae renuntiasti, causam finitam instaurari posse nulla ratio permittit. Bgl. Pagemann, practiſche Erörterungen Bd. 8, §. 1, Nr. 16, S. 21. Kindl. c. tom. III. cap. 95.

müßte denn der Renunciant Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten, die natürlich hier eben so gut statthaben wird, wie sie gegen die res iudicata selbst ertheilt werden kann. Als Mittel, jede spätere Klage über die Sache abzuweisen, wird, wenn wir von römischrechtlichen Begriffen ausgehen, nur die exceptio pacti und ähnliche bezeichnet werden können. Uebrigens versteht es sich schon nach den allgemeinen Grundsätzen vom Verzicht von selbst, daß der Prozeßverzicht streng auszulegen ist, da zu vermuthen steht, jeder werde von seinen Rechten so wenig als möglich nachlassen; auch kann der allgemeine Verzicht unmöglich auf Befugnisse bezogen werden, von denen der Renunciant zur Zeit des Verzichtes keine Kenntniß gehabt hat<sup>23)</sup>; eben so wenig aber auch auf solche, welche damals dem Renuncianten noch gar nicht zustanden, sondern erst späterhin von ihm erworben worden sind<sup>24)</sup>. 2) Es treten für den Verzichtenden alle Folgen des verlorenen Rechtshandels ein. Es führt nämlich der Abstand vom Prozesse die Bewilligung mit sich, daß von beiden Seiten Alles in die Lage zurückgebracht werde, worin es sich vor erhobener Klage befand<sup>25)</sup>, und darin liegt zugleich das Versprechen, dem Prozeßgegner die bis dahin aufgewendeten Kosten zu erstatten, falls nicht etwa bei dem vertragsmäßigen Abstände etwas Besonderes darüber festgesetzt worden ist<sup>26)</sup>. Manche Rechtsgelehrte behaupten, daß in der Litisrenunciatio von Seiten des Beklagten ein stillschweigendes Zugeständniß des Klaggrundes enthalten ist, woraus dann weiter gefolgert wird, daß dann unter Umständen ein condemnatorisches Urtheil nöthig sein werde<sup>27)</sup>. Allein das ist wohl schlechthin verwerflich, da einestheils schon die strenge Erklärung jeder Verzichtleistung die Annahme des Zugeständnisses ausschließt, anderentheils nicht recht abzusehen ist, wie ein condemnatorisches Urtheil in der Sache auf einen anderen Grund gestützt werden könne, als auf ein wirkliches oder in Folge der Contumaz fingirtes Zugeständniß. Vielmehr kann dann schon nach allgemeinen Grundsätzen der Beklagte nicht weiter zu seiner Rechtsvertheidigung gezwungen, aber auch der Kläger nicht von der Verbindlichkeit frei werden, den angefangenen Prozeß fortzusetzen, sondern dieß wird er jedenfalls thun müssen, wenn er ein condemnatorisches Urtheil erwirken will, da es nach den Grundsätzen des deutschen Civilprocesses wohl noch vorkommen kann, daß im Contumazfalle des Beklagten ein absolutorisches Erkenntniß erfolgt<sup>28)</sup>.

23) L. 5. D. de transactionibus. (2. 15.)

24) L. 5. D. 2. 15. Cap. 2. X. de renunciatio. (1. 9.)

25) Vgl. Pagemann a. a. D. Bd. 8, Heft 1, Nr. 16, S. 40.

26) So Weber, über die Prozeßkosten, deren Vergütung und Compensation (5. Ausgabe), S. 148. Pagemann a. a. D. S. 40.

27) So Schroeter l. c. cap. 8. p. 66. S. dagegen Kindl. c. tom. III. cap. 95.

28) Vgl. Kindl. c. tom. III. cap. 95.

Nach ganz verschiedenen Grundsätzen ist das sogen. Fallenlassen der erhobenen Klage (der bisherigen Verhandlungen) von klägerischer Seite zu beurtheilen, was man wohl auch Litisrenunciation zu nennen gewohnt ist<sup>29)</sup>. Darunter versteht man die Erklärung der genannten Prozeßpartei vor dem Prozeßrichter, daß sie die Klage so, wie sie angebracht worden, nicht weiter fortzusetzen gesonnen sei. Es kann dies unter Umständen geschehen, um den Prozeß mit einer anderen besser geformten oder besser begründeten Klage zu erneuern, oder um das Recht bei einem anderen Gerichte oder anstatt früher auf dem Wege der Klage, jetzt auf dem der Einrede zu verfolgen. Dieser Fall hat nun mit dem vorigen allerdings die Wirkung gemeinschaftlich, daß der Kläger dem Beklagten die auf die bisherigen Verhandlungen verwendeten Unkosten erstatten muß (weßhalb sich auch der letztere nicht auf die Nachklage einzulassen braucht, bevor ihm alle Kosten des früheren Verfahrens vergütet sind); allein ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Fällen liegt darin, daß hier der Beklagte nicht zuzugeben braucht, daß die Sache länger unentschieden bleibe. Denn da er sich nicht mit der Entbindung von der Instanz zu begnügen braucht, so wird er nöthigenfalls den Prozeß einseitig fortsetzen, und, wenn die Sache zum Endurtheile reif ist, sofort die Abgabe des Urtheiles verlangen können. Zwar schreiben dies die teutschen Reichsgesetze<sup>30)</sup> zunächst nur für den Contumazfall von klägerischer Seite vor; allein es muß zweifelsohne auch für den vorliegenden Fall gelten, da es sonst in die Willkür des Klägers gestellt wäre, das durch ausdrückliche Erklärung zu erlangen, was ihm im Falle des Nichthandelns (der Contumaz) durch gesetzliche Vorschrift unmöglich geworden ist. Im übrigen schließt sich das Fallenlassen der bisherigen Prozeßverhandlungen genau an die eigentliche Litisrenunciation an; daher auch hier die nämlichen Erfordernisse gelten, unter Umständen auch eine Specialvollmacht von Seiten des Procurators nothwendig wird; ferner ist die Zeit, binnen welcher, endlich auch die Art und Weise, wie sie geschehen kann, ganz die nämliche, wie im vorigen Falle. Daher es hier nur einer Verweisung auf die dort erörterten Grundsätze bedarf.

Bisher war von der Renunciation die Rede, welche entweder auf einem Vertrage der Prozeßparteien oder auf einseitiger Erklärung des Renuncianten beruht. Daneben haben manche Prozeßualisten<sup>31)</sup> noch

29) Darüber ist zu vergleichen hauptsächlich Kind l. c. tom. III. cap. 95. initio, und Ein deloff, über den Verzicht auf das Klagrecht, in *Marez's* o l l 's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Th. 4, S. 411—416.

30) Kammergerichtsordnung v. 1555 Th. III, Tit. 42, §. 2 u. 3. Jüngster Reichsabschied von 1654 §. 44.

31) So Kind l. c. tom. III. cap. 95., *D r e r l o h*, der ordentliche bürgerliche Prozeß nach Königl. sächs. Rechte §. 168, Th. 1, S. 230.



eine fingirte Renunciacion als möglich angenommen, welche im Falle der Contumaz durch specielle Disposition der Geseze verwirklicht wird. Wo sie eintritt, kann sie nur nach dem Inhalte des vorangehenden Präjudizes beurtheilt werden; dann wird sie aber die nämlichen juristischen Folgen haben, wie die, welche auf Vertrag oder einseitiger Willenserklärung beruht. Namentlich ist ihr Eintritt alsdann von der Annahme des Prozeßgegners durchaus unabhängig; auch wird dann niemals ein bloßes Fallenlassen der bisherigen Verhandlungen, sondern immer ein gänzlich Aufgeben des Anspruches anzunehmen sein.

Seimbach.

**Lotterie** <sup>1)</sup>. Das Lotteriegeschäft ist dasjenige Rechtsgeschäft, wodurch der Unternehmer einer Lotterie (in Deutschland in der Regel die Lotteriedirection im Namen des Staates) einer bestimmten Zahl von Spielern, gegen Verichtigung des planmäßigen Einsatzes, dessen Verlust gewagt wird, die Möglichkeit der Erlangung vorausbestimmter, durch Verloosung zu ermittelnder Geldgewinne gewährt <sup>2)</sup>. Die Classenlotterie unterscheidet sich vom Lotto dadurch, daß letzteres verschiedenartige Einsätze zuläßt, nach deren Größe sich in Einer Ziehung nur fünf Treffer bestimmen; während bei jener die Einsätze nur nach den Classen verschieden, in jeder einzelnen Classe aber gleich hoch für alle Spieler sind und nur die Ziehung jeder Classe die Reihenfolge des Erschelns der (in der Regel weit größeren als im Lotto) Zahl von Treffern bestimmt. Ueber die rechtliche Natur des Lotteriegeschäftes gibt es verschiedene Ansichten: während Einige es als bedingten Kauf angesehen wissen wollen, erklären es Andere für einen Hoffnungskauf, und noch Andere lassen bloß die Analogie des letzteren zu <sup>3)</sup>. Der ersteren

1) Literatur: Bernardi, de iustitia et utilitate lottariae. Herb. 1724. — Wucherer, Medit. de eo, quod iustum est circa lottarias. Jen. 1718. 4. — Wegner, diss. de lottariis. Regiom. 1717. 4. — Wildvogel, diss. de eo, quod iustum est circa lottarias. Jen. 1718. — Mantzel, diss. de lottariis. Rostoch. 1728. — (J. L. Eckart) Das Lottorecht. Coburg 1771. 8. — F. E. Behmer, de eo, quod iustum est circa lottariam, in dessen: Novum ius controversum (Lemgo 1771.) T. 1. nr. 3. — J. A. Pütter, über die Rechtmäßigkeit der Lotterie, im Jahrg. 1780 des Götting. Magaz. d. Wiss. u. Lit., und dann im 1. Bde. von dess. Erörterungen des teutschen Staats- und Fürstenrechtes (1793), auch einzeln. Frankf. 1782. 8. — J. G. Beschorner, diss. quaest. nonnullas ad ius lottar. pertinent. sistens. Dresd. 1806. 4. — J. W. S. Lindner, über die Beweiskraft der Handelsbücher, insbes. über den Beweis der Hauptbücher eines Lotteriecelecteurs. Helmstädt 1818. 8. — Pagemann, über einige bei dem Lotteriewesen vorkommende Rechtsverhältnisse, in dess. und v. Bülow's pract. Erört. Bb. 8, Nr. 28. — Neubert, Spielvertrag, Lotterie, Ausspielgeschäft. Nach gem. und sächs. Rechte dargestellt. Leipz. 1833. 2. Aufl. 1838. 8. — J. G. Wender, das Lotterierecht. Heibelb. 1832 (als Beilageheft zu Bb. 15 des Arch. für die civil. Praxis). 2. verb. Aufl. Sieben 1841. 8.

2) Wender, Lotterierecht, 2. Aufl., §. 7.

3) Letzteres bei Rittermaier, teutsch. Privatr., 8. Ausg., Abth. 2, S. 300.

Ansicht steht entgegen, daß der bedingte Kauf, wenn die Bedingung sich nicht verwirklicht, allemal hinfällig ist, während doch der Einsatz des Spielers unter allen Umständen verloren geht; die zweite Ansicht hat sowohl die neuere Praxis<sup>4)</sup> als die Autorität der bewährtesten Rechtslehrer über diese Materie<sup>5)</sup> für sich. — Aus dem Lotteriegeschäfte geht ein vierfaches Rechtsverhältniß hervor: zunächst I. das allgemeine zwischen Direction und Spielern; dann, in Folge der zwischen beiden stehenden Mittelspersonen, der Collecteurs, wieder ein doppeltes II. zwischen der Direction und den Collecteurs, und III. zwischen diesen und den Spielern; endlich mit Rücksicht auf die fernere Unterscheidung verschiedener Arten von Collecteurs IV. das zwischen Haupt- und Untercollecteurs. I. Der obrigkeitlich genehmigte und gehörig publicirte Lotterieplan ist *lex contractus* für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses zwischen Direction und Spielern; die Anerkennung desselben als solchen Seiten der letzteren liegt in der Uebernahme von Loosen, um sie planmäßig zu spielen. Das Recht zum Rücktritt muß der Direction allerdings zugestanden werden, wenn es wegen nicht genügenden Absatzes von Loosen erfolgt, da dies eine Voraussetzung ist, welche sich hier als wesentlich für das ganze Geschäft zeigt, überdem auch im Plane genau die Zahl der mitspielenden Loose und die darauf basirte Bilanz angegeben ist<sup>6)</sup>. Im Falle eines solchen Rücktrittes würde dem Käufer des Looses der Einsatzpreis mit den höchsten gesetzlich erlaubten Zinsen zu zahlen sein<sup>7)</sup>. Da die Collecteure in der Regel als Mandatäre der Direction anzusehen sind, so regulirt sich die Haftbarkeit der letzteren für jene nach den bekannten Grundsätzen des Mandatsvertrages; namentlich hat sie den, der sich fälschlich für einen Collecteur ausgibt, nur dann zu vertreten, wenn sie seine Geschäftsthätigkeit zweifellos genehmigt hat<sup>8)</sup>, und kann unerlaubte Handlungen der Collecteurs gegen die Spieler nicht geltend machen<sup>9)</sup>; dagegen haftet sie bei Ueberschreitungen der Vollmacht der Collecteurs nur, wenn der Spieler *bona fide* glauben mußte, daß der Collecteur instructionsmäßig verfare, oder wenn sie sich gegen den Spieler auf nicht gehörig bekannt gemachte Beschränkungen der Vollmacht beruft<sup>10)</sup>. Um die Vertretung der Collecteurs durch die Direction aufhören zu lassen, ist übrigens *öffentlicher Widerruf* der Vollmacht nöthig<sup>11)</sup>. Was die Gewinnzahlung anlangt, so ist Inhaben und Vorzeigen des Originallooses die legitima-

4) Bgl. Decis. Hasso-Cassell. Vol. III. v. J. 1821.

5) Namentlich auch die *Bender's a. a. D. §. 8.*

6) *Bender a. a. D. §. 15.*

7) So schreibt das preuß. Landrecht Th. I, Tit. XI, §. 550, vor.

8) L. 60. D. de R. J.

9) L. 11. §. 4. D. de instit. act.

10) Const. 21. C. mandati. L. 11. §. 5. D. de instit. act.

11) *Bender a. a. D. §. 44.*

tio ad causam<sup>12)</sup>, und dasselbe ist gegen Empfangnahme des Gewinnes auszuliefern. Eine Bestreitung des Eigenthumsrechtes eines Looses Seiten eines Dritten ist statthaft und kann, im Falle das bessere Recht des Klägers erwiesen, dazu führen, daß der possessor non dominus es dem dominus non possessor herausgeben muß: allein der Direction gegenüber ist erforderlich, daß das Recht des letzteren geltend gemacht werde, bevor das streitige Loos zur Auszahlung gerufen ist, weil sonst die Direction dem Inhaber zahlen muß. Ein, auch in mehreren (z. B. dem Berliner, Hannover'schen u. s. w.) Plänen ausdrücklich bezeichneter Ausweg ist, daß der Vindicant die Ablieferung des Looses an das Gericht und die rechtzeitige Einziehung des Gewinnes von Gerichtswegen beantragt. Eine Amortisation abhanden gekommener Loose ist rechtlich zulässig, aber in der Regel nicht nothwendig. Uebrigens sprechen die meisten teutschen Lotterielpläne die dann freilich strictissime zu erklärende Arrestfreiheit der Lotterieloose aus. Einsprüche der Collecteurs gegen die Auszahlung des Gewinnes an den Loosinhaber auf Grund des bestrittenen rechtmäßigen Besizes in dieser Hand sind, als ein Rechtsverhältniß unter Dritten berührend, für unzulässig zu achten; dagegen ist die, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht anzunehmende Verpflichtung des Besizers eines Trefferlooses, seinen Collecteur vor der Direction um Zahlung des Gewinnes anzugehen — die subsidiäre Haft der Direction — in den meisten Lotterielplänen ausgesprochen<sup>13)</sup>. Ebendasselbst sind in der Regel für die Erhebung des Gewinnes ebensowohl bestimmte Termine, als für die Verjährung kürzere (2—3monatliche) Fristen vorgeschrieben, welche letztere ihrer Natur nach nur eine stricte Anwendung zulassen. Als Prozeßart zur Ausklagung der Direction eignet sich der Regel nach das Executivverfahren. II. Das regelmäßige Geschäftsverhältniß zwischen Direction und (Haupt-) Collecteur stellt sich am richtigsten als Bevollmächtigungsvertrag dar; nur in Bezug auf die, wie man zu sagen pflegt, fix oder resolut genommenen Loose liegt ein Kaufvertrag vor, und als Assignatäre der Direction sind dieselben zu betrachten, inwiefern in einzelnen Lotterielplänen der Collecteur für nächsten Schuldner des Spielers hinsichtlich der Gewinnzahlung erklärt ist<sup>14)</sup>. Ueber die Zeit der Rücksendung der nicht abgesetzten Loose, und Art der Abrechnung zwischen Direction und Collecteurs enthalten in der Regel die Lotterielpläne oder Instructionen der Collecteurs besondere Bestimmungen; als Gebühren ist dem Collecteurs gewöhnlich, außer der von der Direction nach Procenten zu gewährenden Provision, ein Schreibgeld von dem Käufer des Looses, und eine Gewinnprovision von dem Gewinner, durch den Plan

12) Beschorner in der angef. diss. c. III. §. 2 sq. und das c. IV. §. 2. angez. Erkenntniß des A. = G. zu Dresden.

13) Bender a. a. D. §. 22, 23.

14) Bender a. a. D. §. 46.

zugestimmt. III. Was das Rechtsverhältniß zwischen Collecteurs und Spielern anlangt, so kann der Spielvertrag entweder in Gemäßheit des Planes geschlossen werden, oder nach separaten Bestimmungen. Im ersteren Falle ergreifen die gemeinrechtlichen Bestimmungen über Perfection u. s. w. zweiseitiger Verträge, bei denen die Leistung des einen Theiles durch die des anderen bedingt ist, Platz. Insbesondere muß die Einwilligung in einen Spielvertrag zeitig, d. h. bevor einer der Contrahenten das Schicksal des Looses erfahren hat, erfolgen und dem Mitcontrahenten erklärt werden, so daß also z. B. nicht genügt, wenn ein Spieler die Zahlung für empfangene Loose zwar seinem Commissionär aufgegeben, der Collecteur sie aber nicht zeitig empfangen hat. Die Lieferung der Loose muß richtig und zeitig geschehen; sind die gelieferten Loose keine gewinnfähigen, so kann der Gläubiger entweder auf Lieferung noch nicht gezogener Nummern, oder auf Aufhebung des Geschäftes klagen — der bloß mögliche Gewinn (*damnum extra rem datum*) gehört nicht hierher<sup>15</sup>) —; die Lieferung muß aber auch ferner so erfolgen, daß die gekauften Loose für Rechnung des Käufers in der bevorstehenden Ziehung mitspielen können. Das Zusenden unbestellter Loose anlangend, so geht die richtigere Meinung dahin, daß der Collecteur die Gefahr der Differenz trage, und der Empfänger derselben weder zur Rücksendung, noch zur Zahlung verpflichtet sei, da eine Einwilligung des Empfängers in den Spielvertrag aus dem Behalten nicht gefolgert werden kann<sup>16</sup>). Dieser Satz wird jedoch dann eine Ausnahme erleiden, wenn beide Theile schon früher in Geschäftsverhältnissen mit einander gestanden haben, wo anzunehmen ist, der Spielkunde wolle fortspielen, so lange er schweigend Loose acceptirt, ferner wenn Jemand unbestellt empfangene Loose unter von ihm gestellten Bedingungen behalten zu wollen erklärt, auf abfällige Erwiederung des Collecteurs aber dennoch die Loose behält. Die Credittheilung, wenn sie nicht ausdrücklich erfolgt ist, wird gleichwohl oft aus den Umständen abzuleiten, und wenn der Spieler dieß darthun kann, auch der Uebergang des Eigenthums anzunehmen sein; ebenso kann auch eine Erstreckung der Creditfrist bisweilen stillschweigend erfolgen. Die gesetzlichen Vorschriften in den einzelnen teutschen Staaten weichen hierin vielfach von einander ab<sup>17</sup>). Wegen der Renovation weisen die Lotteriepiane den Spieler durchweg an den Collecteur und geben ihm zugleich den Weg des Regresses an die Hauptcollecteure oder die Direction an, wie sie auch den Termin zu derselben festsetzen. — Was die zweite der oben erwähnten Formen des Spielvertrages, die Ge-

15) *Wender a. a. D. §. 27, bef. Note 5.*

16) *S. die Gründe ausführlich bei Wender a. a. D. §. 28, wo zugleich die Argumente der Gegner widerlegt und (in Note 3, S. 73) die Particulargesetzgebungen hierüber angeführt sind.*

17) *S. dieselben bei Wender a. a. D. §. 30.*

paratverträge anlangt, so kommt hier zunächst das Spiel in d o s s i r t e r L o o s e in Betracht. Das von dem Collecteur auf der Rückseite der Originalloose 1. Classe bewirkte Indossament, wodurch dieselben auch für die übrigen Classen für gültig erklärt werden, enthält das Anerkenntniß des darin bezeichneten Indossatars, des auswärtigen Spielers, als vollberechtigten Eigenthümers dieser Loose für alle inbegriffenen Classenziehungen, wogegen der Collecteur die Renovationsloose der letzteren behufs der Abrechnung inne behält. Der Collecteur verpflichtet sich hierdurch außer zur Auszahlung des betreffenden Gewinnes, auch zur planmäßigen Zahlung der Einsätze zu den inbegriffenen Classen; die Perfection des Spielvertrages durch Accept des Spielers muß auch hier unzweifelhaft sein<sup>18</sup>). — Andere Separatverträge kommen vor beim Compagniespiele, wobei die Interessenten sich lediglich an den Aussteller der Compagniescheine zu halten haben, bei dem Verheuern, dem Verkaufe der in einem Originalloose (meist letzter Classe) liegenden Gewinnhoffnung auf einzelne Tage oder Stunden der Ziehung (einer meist verbotenen Spielart), endlich bei dem Spiele gegen Verzichtleistung auf den niedrigsten planmäßigen Gewinn, einer namentlich in Frankfurt a. M. beliebten Spielart. — Bei der Gewinnzahlung kann die Frage entstehen, ob ein Collecteur durch den Besitz des Originaltrefferlooses für sich den Beweis richtiger Auszahlung desselben erbringen kann? eine Frage, die richtiger verneint werden muß, da das Loos, als nicht vom Empfänger der Zahlung ausgestellt, als dessen Quittung nicht gelten kann, zumal es auch nirgends der Tilgung der Schuld erwähnt<sup>19</sup>). Eben so wenig wird man sich dafür entscheiden können, den Loosebesitz als ein (vor andere, als die ordentlichen Gerichte gehöriges) Handelsgeschäft anzusehen, und den Lotteriebüchern der Collecteurs die Beweisraft der Handelsbücher beizulegen<sup>20</sup>). — IV. Das Rechtsverhältniß zwischen Haupt- und Untercollecteurs gestaltet sich nach den meisten Particulargesetzgebungen so, daß die letzteren Gehilfen der Hauptcollecteurs sind, die der Genehmigung der Lotteriedirection bedürfen. Die ersteren haben für deren vertrags- und instructionsmäßige Thätigkeit der Direction und den Spielern einzustehen. Die Verhaftung der Hauptcollecteurs für die Gewinnzahlung, wenn vom Untercollecteur Zahlung nicht zu erlangen steht, ist in manchen Staaten eigenthümlich limitirt. Ihre Gebühren — das bei bedeutenden Gewinnen übliche Douceurgeld abgerechnet — haben sie vom Hauptcollecteur, als dessen Mandatar, zu empfangen<sup>21</sup>).

18) Hierüber, sowie über einige besondere Fälle des Creditgebens durch Indossament s. Bender a. a. D. S. 38 flg.

19) Bender a. a. D. S. 42.

20) Bender a. a. D. S. 43, 44.

21) Für ein fünftes hier einschlagendes Rechtsverhältniß, das zwischen

In das Gebiet des öffentlichen Rechtes gehört, daß in der Regel die Erlaubniß zur Errichtung einer Lotterie vom Staate erteilt sein muß (mit Ausnahme der Braunschweiger und Lübecker sind jetzt alle deutschen Classenlotterien Staatsinstitute), und daß das Spielen oder auch bloß das Colligiren in gewissen oder auch in allen auswärtigen Lotterien verboten zu sein pflegt<sup>22)</sup>.

**Lübeck.** — Die freie und Hansestadt Lübeck, an der Trave, 2 Meilen von der Ostsee, gelegen, hat ein Gebiet von  $5\frac{1}{2}$  □ Meilen mit 41,687 Einwohnern, wovon 25,500 Einw. auf die Stadt selbst kommen. Nach Confessionen theilt sich die Gesamtbevölkerung in 440 Reformirte, 217 Katholiken und 40,550 Lutheraner. Eine aus 480 Mitgliedern bestehende Judengemeinde ist, einige Schutzjuden in der Stadt ausgenommen, auf das Dörfchen Moisling beschränkt. Mit Hamburg gemeinschaftlich besitzt Lübeck noch das Amt Bergedorf an der Elbe mit 10,113 Einwohnern<sup>1)</sup>.

I. Geschichtliche Einleitung. — Die Gründung der Stadt Lübeck durch den Grafen Adolph II. von Holstein an ihrer jetzigen Stelle ist mit größter Wahrscheinlichkeit in das Jahr 1143 zu setzen, nachdem das schon im 9. Jahrhunderte an der Schwartau von dem Bilzenfürsten Liubi erbaute und unter dem Wendenfürsten Gottschalk (1043—1060) zuerst urkundlich genannte Alt-Lübeck 1138 von den Wenden völlig zerstört worden war<sup>2)</sup>. Nach einem großen Brande trat Graf Adolph die Stadt 1158 seinem Lehensherrn, Herzog Heinrich dem Löwen, ab, welcher den Bürgern eine freiere städtische Verfassung, auch städtisches Gerichtswesen verlieh<sup>3)</sup>. Als Vertreter der landesherrlichen Rechte stand ein Vogt an der Spitze der Administration und des Gerichtswesens, welcher alljährlich dreimal ein sogen. Echding hielt (am Montag nach Epiphania, nach Ostern und Michaelis) für Erb-

mehreren Spielern, fährt Bopp, in den krit. Jahrb. für deutsche Rechtswiss. Jahrg. 1842, S. 894 fig., einiges, jedoch nur beiläufige Material an.

22) S. die einzelnen Gesetze hierüber bei Bender a. a. D. S. 10, Note 3. — Derselbe Schriftsteller gibt auch im Anhange zu dem mehrangef. Buche ein sehr vollständiges chronologisches Verzeichniß der hier einschlagenden deutschen Particulargesetze.

1) Behrens, Topographie und Statistik von Lübeck Bd. 1 u. 2. Lübeck 1829, 39. — Desselben topogr. statist. Tabelle über die freie Hansestadt Lübeck. Lübeck 1843.

2) Deede, Geschichte der Stadt Lübeck, 1. Buch (Lübeck 1844), bes. Excurs Nr. 5. — Desselben Grundlinien zur Gesch. Lübecks v. 1143—1226 (Lübeck 1839), S. 1—3. — Helmold, chron. Slavorum, ed. Bangert 1659. I. 55. 3.

3) Helmold l. c. I. 85 4—6. — Arnold, chron. Slav. ed. Bangert 1659. II. 35. 3 u. 8.

schaften, torfacht Eigen und gemeine Stadtangelegenheiten<sup>4)</sup>. Dem Vogte zur Seite stand für die Verwaltung des Gemeindegutes die Polizeigewalt, Aufsicht über Handel und Gewerbe, sowie für die Bürgerannahme ein Rath, anfangs aus 18, dann aus 24 Mitgliedern, denen jedoch nach 2 Jahren der Austritt freistand, zusammengefaßt, welchem auch eine concurrirende Gerichtsbarkeit neben dem Vogte zustand<sup>5)</sup>. In der viermal im Jahre (um Petri Stuhlfeier, Jacobi, Martini, Thomä) gehaltenen Bursprake wurden der versammelten Bürgerschaft die vom Senate erlassenen Verfügungen mitgetheilt<sup>6)</sup>. Die Vollbürger (von Handwerkern und Unfreien geschieden) bildeten die eigentliche Gemeinde und aus ihnen entwickelte sich später, als auch die Handwerker in Folge der Zunftverfassung Vollbürger geworden waren, der Patriciat. Die Gemeinde hatte übrigens keinerlei Antheil an der Verwaltung, nur stand ihr nach deutscher Sitte die Zustimmung bei neuen Abgaben und Willküren zu<sup>7)</sup>. — Diese älteste Verfassung blieb in Kraft, als, nach Heinrich's des Löwen Achtung, Kaiser Friedrich I. siegreich 1181 in Lübeck einzog; in einem ausführlichen Freiheitsbriefe vom 19. Sept. 1188 bestätigte er nicht nur, sondern erweiterte auch die den Lübeckern von Heinrich dem Löwen verliehenen Freiheiten<sup>8)</sup>. Nach wiederholten Bedrängnissen und einer 23jährigen Dänenherrschaft wandten sich die Lübecker, nach König Waldemar's Gefangennehmung 1223, um ferneren Usurpationen vorzubeugen, an Kaiser Friedrich II., welcher den Freibrief Friedrich's I. bestätigte und der Stadt im Juni 1226 durch ein Privilegium das wichtige Geschenk der Reichsfreiheit machte<sup>9)</sup>. Siegreich wußte Lübeck diese im Kampfe gegen Dänemark bei Bornhöved (22. Juli 1227) zu behaupten, und indem es durch ausgebreitete Handelsverbindung sich schnell hob, schrieb es bald, als Haupt der mächtigen Hansa, zu der ein zwischen Lübeck und Hamburg 1241 abgeschlossenes Bündniß den Grund gelegt hatte, dem ganzen Norden Gesetze vor.

Das innere staatliche Leben entwickelte sich jedoch erst, als die Erhaltung dieser ausgebreiteten Macht kostspielige Kriegsrüstungen erheischte, und die Bürger, mit der Willkür des Senates unzufrieden, die Geldnoth zu benutzen suchten, um selbst Theilnahme an der Ver-

4) Cod. iur. Lub. v. 1240 bei Westphalen III. 622. — v. Melle, gründl. Nachrichten von Lübeck (Lübeck 1787), S. 102 flg.

5) Detmarchron. ed. Grautoff (Hamburg 1829. 30.) II. 584. — Westphalen, monum. ined. rer. Germ. (Lips. 1739.) 3. 632. — Deede, Grundlinien S. 38. — Sach, das alte Lüb. Recht S. 170.

6) v. Melle a. a. D. S. 110 flg.

7) Rappenberg, Programm zur dritten Säkularfeier der bürgerschaftl. Verfassung Hamburgs v. 29. Sept. 1828 S. 43. — Arnold, chron. IV. 12. 1. VI. 13. 8. — Wurm, Verfassungsskizzen (Hamburg 1841), S. 5.

8) Urkundenbuch der Stadt Lübeck Th. 1 (Lübeck 1843), Nr. 7.

9) Urkundenb. Nr. 34 u. 35.

waltung sich zu erzwingen. Die hieraus entstandenen Unruhen wurden durch eben so viele Receffe beendet, bis endlich die Bürger mit ihren Forderungen durchdrangen und 1669 die bis auf den heutigen Tag bestehende Verfassung begründen halfen. Jene für die Geschichte der Verfassung wichtigen Receffe sind: 1) der Receß vom 15. Juni 1416, in welchem die Bürger ausdrücklich versprechen mußten, sich weiter nicht mit Staatsangelegenheiten „gegen des Rades Macht und der Stadt Wonheit“ zu befassen; 2) der Receß vom 17. April 1530, betreffend die Sicherstellung des evangelischen Glaubens; 3) der Receß vom 9. Oct. 1534, durch welchen die von Wullenweber versuchte Wiedereinführung der zweijährigen Dauer der Rathswürde verworfen ward; 4) der Receß vom 26. Aug. 1535, der das unbeschränkte Rathsregiment wiederherstellt, indem die Bürger sich aller „Redeweterie“ begaben; 5) der Receß vom 14. Juni 1605, in welchem, wiewohl nach Beseitigung verschiedener Beschwerden, die Bürger abermals erklären mußten, sich keinerlei Hoheits- oder Jurisdictionrechte neben dem Rathe anmaßen zu wollen; 6) der sogen. Cassareceß vom 18. Juli 1665, durch welchen die Bürger es durchsetzten, in Cassaangelegenheiten durch zwei Deputirte vertreten zu werden; 7) der Receß vom 9. Jan. 1669, das Hauptgrundgesetz der heutigen Verfassung Lübecks, durch eine vom Kaiser Leopold angeordnete Commission vermittelt, wodurch die Bürger eine förmliche Vertretung durch die im 13., 14. und 15. Jahrhunderte entstandenen Gilden von Patriciern und Kaufleuten, sowie durch die Zünfte, und in den wichtigsten Angelegenheiten eine entscheidende Stimme erlangten. Die Art dieser Vertretung jedoch beruhte nicht etwa auf inneren Gründen, sie hatte sich vielmehr rein historisch entwickelt, indem in den vorangehenden Unruhen jene Gewerbsgenossen zugleich die passendste Gelegenheit fanden, in ihren Zusammenkünften die staatlichen Angelegenheiten zu besprechen. Zugleich wurde der Cassareceß von 1665 als integrierender Theil in diesen Receß mit aufgenommen<sup>10)</sup>.

Nach der Auflösung der teutschen Reichsverfassung bestand Lübeck zwar anfangs noch als freie Stadt fort; doch schon im November 1806 erlag sie den Franzosen und ward durch kaiserliches Decret vom 4. Juli 1811 dem französischen Reiche unter dem Titel einer „guten Stadt“ einverleibt, womit eine völlig französische Organisation verbunden war. Mit der Befreiung vom 5. Dec. 1813 trat jedoch, nach kurzem Provisorium, die frühere Verfassung wieder ins Leben. Lübeck nahm Theil am Wiener Congresse, und unterzeichnete am 8. Juni 1815 die teutsche Bundesacte als freie Stadt, als welche es mit Bremen, Frankfurt und Hamburg im engeren Rathe der Bundesversammlung die 17. Curiatstimme führt.

Inzwischen hatte der Senat freiwillig die Ausübung der gesamm-

10) Becker, Lüb. Geschichte Bd. III, Anhang.



ten Finanzhoheit mit der Bürgerschaft getheilt durch Constatirung eines Finanzdepartements den 24. Mai 1813, auch bereits am 2. März 1814 die Bildung eines Revisionsausschusses zur gründlichen Prüfung und Vervollkommnung der vielfach mangelhaften Verfassung beantragt, und wirklich war eine vom Rathe und der Bürgerschaft gemeinschaftlich gebildete Commission zusammengetreten, welche am 1. Nov. 1815 ihre Arbeiten vollendete, so daß schon am 21. Sept. 1816 ein desfallsiges Propositionsdecret des Senates an die Bürgerschaft gelangte<sup>11)</sup>. Hier jedoch gerieth das Werk in Stocken und scheiterte an corporativen Tendenzen. Erst in neuester Zeit ward die Verfassungsfrage wieder von den Neuen Lübecker Blättern aufgenommen, und es ordnete die Bürgerschaft mittelst Beschlusses vom 25. Nov. 1842 eine Vorberathungscommission an, die vom 5. Dec. 1842 bis zum 6. Mai 1844 ihre Sitzungen hielt, und deren Bericht, loco manuscripti gedruckt<sup>12)</sup>, am 22. Juni 1844 dem Senate wie den bürgerlichen Collegien mitgetheilt ist. Welcher Erfolg hiervon bei der vom Rathe und Bürgerschaft nunmehr gemeinschaftlich zu ernennenden Commission zu erwarten sein wird, steht dahin; wenigstens ist die Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer radicalen Reform jetzt allgemein. —

II. Verfassung<sup>13)</sup>. — Die heutige Verfassung Lübecks ist republikantisch und beruht vornehmlich auf dem Reccesse von 1669. Die Staatshoheit, ihrer Substanz nach, steht der Stadtgemeinde zu, und wird ausgeübt vom Senate unter verfassungsmäßiger Mitwirkung der Bürgerschaft.

1) Der Senat besteht aus 4 Bürgermeistern, von denen 3, und 16 Rathsherrn, von denen 5 Rechtsgelehrte sein müssen; die kaufmännischen Rathsmitglieder werden aus den 7 ersten bürgerlichen Collegien gewählt. Bei dem Ausscheiden eines Mitgliedes soll die Wahl binnen 4 Wochen, und zwar aus demselben Collegium, dem der Ausscheidende angehörte, geschehen. Der Recces sichert dem Senate das freie Selbstergänzungsrecht, indem zunächst 2 Vorschlagsherrn ausgelooft werden, welche wiederum 2 Candidaten in Vorschlag bringen. Der zu Wählende muß 30 Jahre alt sein und in keinen fremden Dienstverhältnissen stehen; auch sollen im Rathe nicht zugleich Vater und Sohn, Brüder, Schwester- und Bräuerkinder, Schwiegervater und Schwiegersohn, Schwestermänner und Andere, welche in eben so

11) Verhandlungen über zwei Abschnitte zur Verfassungsrevision der fr. Hansestadt Lübeck. Daselbst 1817.

12) An Eine Ehrliebende Bürgerschaft, Bericht der bürgerl. Verfassungsrevisioncommission, mit Anl. A und B. Lübeck 1844.

13) Ch. de Villers, constitutions de 3 villes libres-Anséatiques. Leipsic 1814. — G. F. Wurm, Verfassungsskizzen der fr. Hansestädte. Hamb. 1841.

nahe dem Grade verwandt sind, sizen <sup>14)</sup>. Endlich soll bei der Wahl auf die Vermögensumstände gesehen werden, indem die auf 20,000 Rthlr. bestimmte Rathskompetenz nur als Ehrengeschenk angesehen wird. Die Wahl ist jeder Bürger anzunehmen verpflichtet bei Strafe von 10 Mark löthigen Goldes <sup>15)</sup> und der Stadt Räumung. Das Directorium führt der älteste Bürgermeister, so lange er es selbst nicht für gerathen erachtet, dasselbe auf kürzere oder längere Zeit seinem Nachfolger zu übertragen.

Im Senate sizen noch als hohe Beamte 2 Syndici (durch Rath- und Bürgerchluss vom 24. Jan. 1844 ward ihre Zahl bis zur Erlebligung eines Syndicats auf 3 erhöht) mit beratender Stimme, welche mit der Geschäftsführung in auswärtigen und inneren Angelegenheiten beauftragt werden, beständige Mitglieder des Obergerichtes sind, und im Range den Bürgermeistern zunächst stehen; ferner 4 Secretaire, von denen der älteste Protonotar heißt, und einer Archivar ist. Sie alle sind Rechtsgelehrte und werden vom Senate erwählt.

Der Senat ist die höchste Obrigkeit und repräsentirt nach Außen die Souveränität des Staates; ihm und der Stadt wird der Bürger-eid geleistet, er bewahrt die Siegel und Schlüssel der Stadt, sowie das Staatsarchiv, er ernennt und beedigt die Beamten des Staates, übt das Begnadigungsrecht, das Dispensationsrecht in Ehesachen, erteilt Majorennitätsklärungen und Legitimationen unehelicher Kinder; er vereinigt in sich alle Gerichtsbarkeit, empfängt Gesandte und Handelsconsuln, und erteilt ihnen das Exequatur; auch steht ihm die Ausübung des protestantischen Episcopatrechtes zu, sowie das ius circa sacra; endlich hat er allein das Recht, Propositionen an die Bürgerschaft zu bringen.

2) Die Bürgerschaft besteht aus 12 Collegien, von denen das erste (dessen votum wegen Mangels an Mitgliedern seit 1809 ruht) aus Adligen, die 6 folgenden aus Großhändlern, 2 aus Kleinhändlern und die 3 letzten aus den zünftigen Gewerbetreibenden zusammengesetzt sind. Die Namen der einzelnen Collegien (welche zum Theil ursprünglich bestimmte Handelsvereine bezeichneten, jetzt aber, da dem jungen Bürger die Wahl des Collegiums frei steht, aller Bedeutung entbehren) sind folgende: Cirkel-, Kaufleute-, Schonenfahrer-, Nowogrod-, Bergen-, Riga-, Stockholmfahrer-, Gewandschneider-, Krämercompagnie, Brauerzunft, Schiffergesellschaft und die 4 großen mit den dazu gehörigen kleinen Ämtern. Die Gelehrten als solche, sowie die Gebietsbewohner sind nicht vertreten.

14) Diese letzte Bestimmung gilt nicht für die Cirkel- und Kaufleutcompagnie, welche dem Recept von 1669 erst 1672 unter Vorbehalt beitraten.

15) Die Mark löthigen Goldes ist gleich 72 Goldgulden à 8 Mark 8 Schll., mithin 10 Mark l. G. = 3960 Mark nach heutigem Werthe. Behrens a. a. D. II. S. 21, Note 40.

Jedes Collegium hat eine Curiastimme. Die Mittheilungen des Senats gelangen zunächst an den wortführenden Aeltesten des Schonenfahrercollegiums (welcher auch den Vorsitz in den Versammlungen der Aeltesten sämmtlicher Collegien führt) und durch diesen wiederum an die Aeltesten der einzelnen Collegien. In der Versammlung der Aeltesten wird sodann nach der Majorität der von den einzelnen Collegien abgegebenen Stimmen der Bürgerschluß gebildet, welcher mittelst schriftlichen von dem Consulenten des Schonenfahrercollegiums verfaßten Remonials dem dirigirenden Bürgermeister zugestellt wird. Ausnahmsweise werden jedoch auch die Senatsanträge den auf das Rathhaus berufenen bürgerlichen Aeltesten unmittelbar durch Commissarien des Senats eröffnet. Infolge des Recesses von 1669 steht ferner noch dem Senate das Recht zu, die vota separata der einzelnen Collegien einzufordern, doch ist hiervon in neuester Zeit nur selten Gebrauch gemacht worden. Das Recht der Initiative steht der Bürgerschaft zwar nach dem Wortlaute des Recesses nur insofern zu, daß die einzelnen Collegien, „da sie etwas zu erinnern haben, solches, wiewohl disjunctim, einbringen können“; doch wird es jetzt sowohl von sämmtlichen als von der Mehrheit der Collegien unbedenklich geübt.

Die Zustimmung der Bürgerschaft ist verfassungsmäßig erforderlich: für die Zulassung fremder Religionen; Armen- und Klostersachen; außerordentliche Steuern; Kriegs-, Friedenssachen und Bündnisse; Festungsbau, Annahme oder Abdankung der Garnison, wie Bestellung der höchsten Officiere; Veräußerung von Land und Leuten, sowie von Stadtgut; Veränderung der gedruckten Statuten; Strafgesetze gegen Steuerdefraudationen; Ausgaben für Handels- und gemeine Stadtangelegenheiten, sowie Abtragung der Schulden. Auch soll in wichtigen Handelsachen, wie bei Legationen, Zulassung von Fabriken, die Einwilligung der commercirenden Collegien eingeholt werden. Endlich ist die Bürgerschaft auch hinsichtlich der Rechtspflege zur Einsprache befugt, wenn gegen alle rechtliche Ordnung mit Gewalt verfahren werden sollte<sup>16)</sup>.

III. Staatsverwaltung. Die einzelnen Verwaltungszweige sind theils dem Senate ausschließlich reservirt, theils besonderen Deputationen aus Rathcommissarien und bürgerlichen Deputirten, theils endlich letzteren allein übertragen. Jedes Mitglied der Bürgerschaft ist verpflichtet, die Wahl zu der Bedienung solcher öffentlichen Verwaltungen (deren Zeit auf 6 Jahre bestimmt ist) anzunehmen. Die Wahl geschieht durch den Rath auf den Vorschlag der Aeltesten der bürgerlichen Collegien. Die hauptsächlichsten Theile der Staatsverwaltung sollen in Folgendem namhaft gemacht werden.

16) Recess von 1669, mit Bezug auf die Concorbate von 1416.

1) Für die Finanzverwaltung<sup>17)</sup> bildet das aus 6 Senatoren und 12 bürgerlichen Deputirten bestehende Finanzdepartement die Centralbehörde, welche durch Rath- und Bürgerbeschluß vom 3. und 24. Mai 1813 organisirt ist. Dasselbe hat sich in verschiedene Sectionen für besondere Wirkungskreise, wie die Schuldenregulirung, Stadtcasse u. s. w. getheilt. Beschränkt ist das Finanzdepartement durch das Budget, welches alljährlich von demselben dem Senate zur Genehmigung mitzutheilen ist, und welches — Dank sei es der steigenden Macht der Oeffentlichkeit! — seit 1835 veröffentlicht wird. — Neben jenem Departement sind für die Finanzen thätig die Rechnungsrevisionsdeputation, zur Prüfung des Staatshaushaltes, die Steuerdeputationen für die Stadt und das Gebiet zur Erhebung der directen Steuern<sup>18)</sup>, die Deputationen für den Decem und Erbschaftssteuer<sup>19)</sup>, für Stempelsteuer<sup>20)</sup> und Verkaufsabgabe, für Consumtionsaccise<sup>21)</sup> und Wahlgeld, für den Zoll, sämmtlich zur Erhebung der indirecten Steuern. Die Zolldeputation wurde durch Verordnung vom 9. Nov. 1833<sup>22)</sup> neu organisirt und besteht jetzt aus 3 Senatoren und 6 bürgerlichen Deputirten. Dieselbe kann in Contraventionsfällen Geldbußen verhängen, wogegen jedoch der Recurs an den Senat binnen 14 Tagen frei steht. — Für sämmtliche Bauten besteht eine Baudeputation, sowie seit 1827 eine Wegebaudeputation für den Straßenbau in der Stadt und im Gebiete; ferner ein Forstdepartement für die Verwaltung der Forsten.

2) Was ferner die Handelsverwaltung<sup>23)</sup> betrifft, so liegt die Wahrnehmung der Lübecker Handelsinteressen zunächst der 1818 eingesetzten Commission für Handlung und Schifffahrt, aus 1 Syndicus und 6 kaufmännischen Senatoren bestehend, ob. Daneben besteht seit dem 18. Febr. 1819 das sich selbst ergänzende Commercicollegium, aus 9 Mitgliedern, von denen 8 aus den commercirenden Collegien und 1 aus der Schiffergesellschaft, zusammengesetzt, als Centralbehörde für Handlungs- und Schifffahrtsangelegenheiten. Leider ist dasselbe jedoch auf eine Berathung, Begutachtung

17) Behrens a. a. D. II. S. 45—85.

18) Berorbn. v. 26. Juni 1816 und 2. April 1817, in der Samml. Lüb. Berorbn. Bd. II, Nr. 46, 60.

19) Berorbn. v. 12. Aug. 1808, ebendas. I. Anhang II, Nr. 2. Freizügigkeitsverträge sind abgeschlossen mit Großbritannien, Brasilien, Vereinigten Staaten von Nordamerika, Spanien, Dänemark, Mexico, Schweiz, Niederlande, Preußen.

20) Stempelsteuer v. 11. März 1809, mit Nachtrag v. 13. Oct. 1809, ebendas. II. Nr. 5 u. 6.

21) Tarif für die Consumtionsaccise v. 21. Febr. 1818, ebendas. III. Nr. 3.

22) Ebendas. VII. Nr. 6; vgl. revidirte Verordnung, betr. Eingangsabgabe vom 29. Nov. 1837, ebendas. VIII. Nr. 19.

23) Behrens a. a. D. II. S. 192—231.

und Vorbereitung beschränkt, indem es der Befugniß zu eigener Ausführung durchaus entbehrt. — Besonderen Deputationen ist noch die Verwaltung der Stadtpost, des Loostenwesens in Travemünde, sowie verschiedener anderen Handelsinstitute übertragen.

Für die Erleichterung des Handels sind seit 1813 verschiedene Handelsverträge abgeschlossen mit den Niederlanden 1817, Norwegen 1824, Großbritannien 1825 mit Supplement von 1841<sup>24)</sup>, Brasilien 1827<sup>25)</sup>, Vereinigten Staaten von N.-A. 1827<sup>26)</sup>, Hamburg und Bremen 1828, Preußen 1828<sup>27)</sup>, Hayti 1828, Mexico 1832<sup>28)</sup>, Belgien 1835<sup>29)</sup>, Griechenland 1836<sup>30)</sup>, Venezuela 1837<sup>31)</sup>, Oesterreich 1839<sup>32)</sup>, hohen Pforte 1839 mit Additionalacte von 1841<sup>33)</sup>, Hannover 1844.

3) Die gesetzliche Grundlage der protestantischen Kirchenverfassung<sup>34)</sup> für Lübeck bildet die von Bugenhagen 1531 erlassene Kirchenordnung, welche jedoch nie zur vollkommenen Wirksamkeit gelangte, vielmehr bald einem sich bildenden abweichenden Gewohnheitsrechte Platz machte. Zwar ward 1620 eine neue Kirchenordnung beabsichtigt, allein ohne Erfolg, und auch eine 1829 niedergesezte Commission ist bisher zu keinen Resultaten gelangt. Die geistliche Leitung der Kirchenangelegenheiten, die Aufsicht über Lehre, Predigt und Sacramente liegt jetzt dem Collegium der Stadtgeistlichen (Ministerium) ob, welchem ein selbstgewählter Senior (früher Superintendent) präsidiert. Dem letzteren steht auch die Ordination der Geistlichen zu, deren Wahl durch die obrigkeitlichen und bürgerlichen Vorsteher der betreffenden Kirche, die 5 Hauptpastoren und 2 Abgeordnete der bürgerlichen Diaconen (Armenpfleger), geschieht. Dem Ministerium liegt ferner die Prüfung der Candidaten ob, sowie es auch im Schulcollegium durch 7 Mitglieder vertreten ist. Die Oberaufsicht über das gesammte Kirchenwesen führt der Senat, an welchen auch alle desfallsigen Vorschläge des Ministeriums gelangen. In weltlicher Beziehung bildet bei jeder Kirche 1 Bürgermeister mit 1 Senator und 2 Bürgern

24) Samml. Lüb. Verordn. IV. Nr. 24, X. Nr. 9.

25) Ebendas. V. Nr. 18.

26) Ebendas. V. Nr. 21.

27) Ebendas. V. Nr. 23.

28) Ebendas. X. Nr. 15.

29) Ebendas. VII. Nr. 21.

30) Ebendas. VIII. Nr. 1.

31) Ebendas. VIII. Nr. 24.

32) Ebendas. IX. Nr. 6.

33) Ebendas. IX. Nr. 11, X. Nr. 22.

34) **Funtz**, die Grundlage der ursprüngl. Einrichtung der Lüb. Kirche. Lübeck 1831. — **Derf.**, Hauptpunkte des evang. Kirchenregiments in Lübeck. Daf. 1843.

den Vorstand, welcher die Oberaufsicht über die Gebäude und Kirchengüter, sowie die Wahl der Kirchenbeamten hat.

Die evangelisch reformirte Gemeinde hat eine besondere, vom Rathe 1826 bestätigte Kirchenordnung und wird durch einen aus dem Geistlichen, den verwaltenden und berathenden Aeltesten gebildeten Gemeinderath geleitet.

Die römisch-katholische Gemeinde steht zufolge der Bulle Papst Pius VII. vom 16. Juli 1821<sup>35)</sup> unter dem Bischof von Paderborn als vicarius apostolicus für die norddeutschen Missionen, welcher auch den Geistlichen ernannt. Die Gemeinde hat einen selbstgewählten Vorstand aus 3 Mitgliedern.

Die israelitische Gemeinde endlich steht unter einem Rabbiner und 3 Aeltesten, welchen letzteren die Wahl des ersteren zusteht. Die Oberaufsicht führt das Landgericht.

4) Das Schulwesen<sup>36)</sup>, ursprünglich eine Stiftung der Kirche, erhielt erst durch die Reformation eine geregeltere Gestalt, indem Bugenhagen in seiner Kirchenordnung von 1531 zugleich die Einrichtung der gelehrten Schule festsetzte, während für die deutschen Schulen wohl um dieselbe Zeit jene Ordnung (ohne Jahreszahl)<sup>37)</sup> erlassen ward, welche mit geringen Abänderungen bis in die neueste Zeit in Kraft geblieben ist. Die neueste Organisation findet sich im Senatsbeschluss vom 26. Jan. 1820. Die Oberleitung der Elementar- und Mittelschulen, sowie der Privatschulen besorgt das Schullegium, bestehend aus den Syndicis, 1 Senator, dem Senior, 1 Pastor, sowie aus 5 Predigern und 5 Bürgern aus den städtischen 5 Kirchspielen, endlich dem Director des Catharineums. Die verschiedenen Armenthulen stehen unter der Inspection eines Predigers und der Vorsteher der betreffenden Stiftungen. — Für das Catharineum, eine höhere Bürger- und Gelehrtenschule, ist 1837 eine eigene Deputation, aus den Syndicis, 1 Senator, dem Director und 2 bürgerlichen Deputirten bestehend, eingesetzt. — Die Landschulen endlich stehen unter der Aufsicht des Landgerichtes und dem Prediger der betreffenden Parochie.

5) Die Armenanstalten<sup>38)</sup> sind zum größeren Theile frühere Stiftungen von Privaten und stehen daher unter Privatvorsteherschaften. Die übrigen milden Anstalten bestehen durch freiwillige Beiträge, doch sichert der Staat durch bedeutende Zuschüsse das St. Annen Armen- und Werkhaus, sowie er auch die Armenthulen, wie die Com-mission zur Verpflegung unehelicher Kinder unterstützt. Die Oberauf-

35) Abgedruckt bei Eichhorn, Kirchenrecht II. S. 868 fig., 881.

36) Behrens a. a. D. II. S. 249—302.

37) Neue Lübeck. Blätter von 1835 Nr. 37. — Deede, das Catharineum zu Lübeck vor 1800. Lübeck 1843.

38) Behrens a. a. D. II. S. 222—248.

sicht über sämmtliche Anstalten ist 1815 der aus 4 Senatoren und 8 Bürgern gebildeten Centralarmendeputation übertragen, welche namentlich eine gegenseitige Unterstützung der verschiedenen Stiftungen vermitteln soll. Die allgemeine durch freiwillige Beiträge erhaltene Armenanstalt steht unter 2 Senatoren und 4 Bürgern und hat ihre jetzige Gestalt 1812 erhalten<sup>39)</sup>. Das St. Annen Armen- und Werkhaus, bestimmt für Arme, verwahrloste Kinder, Kranke und Wagabonden, wird von 10 Provisoren, die sich selbst ergänzen, verwaltet.

Die Vorarbeiten zu einer auf Concentration der Mittel abzweckenden Reform des gesammten Armenwesens sind bereits vollendet, und der dessfallsige Bericht im August 1844 erschienen<sup>40)</sup>. —

6) Das Militärwesen<sup>41)</sup> betreffend, stellt Lübeck nach der Bundesmatrikel als Contingent mit Bremen zusammen 1 Bataillon Infanterie und 1 Escadron Cavallerie, wovon auf Lübeck 320 Mann Infanterie und 58 Dragoner kommen, und gehört zur 3. Brigade der 2. Division des 10. teutschen Armee-corps. Die Stellung der Artillerie von 29 Mann hat Oldenburg laut Convention vom 6. Jan. 1834 übernommen<sup>42)</sup>. Die Mannschaft steht unter einem Stabs-officiere, welcher zugleich Stadtcommandant ist. Durch Verordnung vom 20. April 1831 wurde die allgemeine Wehrpflicht eingeführt; doch ist Stellvertretung gestattet. Die Militärverwaltung hinsichtlich des Bundescontingents ist dem Militärdepartement übertragen, bestehend aus 3 Senatoren und 8 bürgerlichen Deputirten.

Die gegenwärtige Organisation der Bürgergarde, welche aus einem activen und einem Reservebataillon besteht, beruht auf der Verordnung vom 21. Oct. 1829. Die oberste Leitung hat die aus 2 Senatoren, dem Chef des Bürgermilitärs und 4 Bürgern gebildete Bewaffnungsdeputation.

Die Landwehr ist durch Verordnung vom 25. Febr. 1815 ins Leben gerufen und steht unter dem Oberbefehl des Chefs der Bürgergarde.

7) Die Jurisdiction<sup>43)</sup> steht verfassungsmäßig dem Rathe

39) Neue Lüb. Bl. v. 1841 Nr. 16—18.

40) Viertel allgem. Bericht der Centralarmendeputation über ihre Wirksamkeit und den Zustand des hiesigen Armenwesens während der Jahre 1833—39, nebst Gutachten, eine Reform des gesammten Armenwesens betr., mit Anl. A—N. Fol. Lübeck 1844.

41) Behrens a. a. D. II. S. 302—325.

42) Bekanntmachung v. 18. Nov. 1835, Samml. Lüb. Verordn. VII. Nr. 29. — Desgl. v. 11. Nov. 1843.

43) Behrens a. a. D. II. S. 85—100. Dreper, Einl. zur Kenntniss Lüb. Verordn. (Lübeck 1769), S. 344 fig. — Revid. D.-G.-Ordnung v. 1631 und N.-G.-Ordnung v. 1639, beide im Anhange der Ausgabe des Lüb. Rechtes von 1728.

allein zu, der auch sämtliche Gerichte (mit Ausnahme des den 4 freien Städten gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes, und des neuerdings geschaffenen Amtes im Städtchen Travemünde) aus seinen Mitgliedern besetzt. Die heutige Gerichtsverfassung ward nach der Franzosenherrschaft durch Verordnung vom 20. März 1813 angeordnet, und beruht vornehmlich auf der Verordnung über das Gerichtswesen vom 4. Mai 1814 mit einem Nachtrage vom 5. Juli 1820<sup>44)</sup>.

Ueber das Geschichtliche mögen wenige Data genügen. In frühester Zeit ward die Justiz, nach altgermanischem Herkommen, in den dreimal jährlich gehaltenen ungeborenen (Echding), sowie den geborenen Gerichten unter dem Vorfige des landesherrlichen Vogtes von den aus der freien Gemeinde genommenen Schöffen administriert. Auf den Echdingen war jeder Bürger zu erscheinen verpflichtet, und geschah die Urtheilsfindung durch einzelne aus der Gemeinde berufene Dingleute, welche sich mit dem Umfande berathen konnten. Die Parteien erschienen selbst oder ließen sich durch Vorspraken vertreten. Einer Berufung von dem so gefundenen Urtheile an den Senat wird schon im cod. von 1240 erwähnt<sup>45)</sup>. Die Bestellung des Vogtes ward durch Kaiser Rudolph 1273 dem Rathe übertragen. Später wurden bestimmte Dingleute gewählt, jedoch ohne Rücksicht auf Stand und gelehrte Bildung.

Das Eindringen des römischen und canonischen Rechtes war auch hier von entscheidendem Einflusse; an die Stelle der Dingleute traten rechtsgelehrte Procuratoren. Ueberhaupt bildeten sich jetzt mehrere coordinirte Gerichte, wozu vielleicht das zur Erleichterung des Handelsverkehrs mit Fremden eingeführte Gastrecht die erste Veranlassung bot. Die so an die Stelle des allgemeinen Vogteigerichtes getretenen Gerichte erster Instanz waren: 1) das N i e d e r g e r i c h t für die Stadt unter 2 Senatoren (Prätoren), mit 4 rechtsgelehrten Procuratoren, welche an die Stelle der Urtheilsfinder getreten waren; 2) das M a r s t a l l g e r i c h t für das Gebiet innerhalb der Landwehr; 3) das K ä m m e r e i g e r i c h t für alle Dorfschaften außerhalb derselben; 4) das C o n s i s t o r i a l g e r i c h t für Ehesachen; 5) das S e e g e r i c h t für Streitigkeiten zwischen Rheber, Befrachter, Schiffer und Schiffsvolk; 6) das K r i e g s g e r i c h t für Militärsachen; 7) die W e t t e für Streitigkeiten der Collegien und Aemter; 8) endlich W a i s e n = , M ü h l e n = und W e i n k e l l e r h e r r e n für Handel in ihrem Geschäftskreise. Die Berufung ging an den Senat, zuletzt an die R e i c h s g e r i c h t e.

An die Stelle dieser Gerichtsverfassung trat 1811 eine völlig französische Organisation mit Einführung des Code Napoléon, schwand jedoch sofort mit der Befreiung Lübecks, worauf die jetzige einfachere Anordnung des Gerichtswesens in Kraft trat.

44) Samml. Lüb. Verord. I. Nr. 63, III. Nr. 38.

45) Sach, das alte Lüb. Recht, cod. II. art. 61.



A. Für Civilsachen sind hiernach a) die Gerichte erster Instanz

α) das Niedergericht für die Stadt, mit 2 Senatoren (Prätoren), von denen einer Rechtsgelehrter sein muß, auch beigeordnetem rechtsgelehrten Actuarius besetzt. In Sachen unter 100 Mark, sowie in allen Concurs- und Injuriensachen, findet der sogen. Gerichtsstubenprozeß statt, in welchem von den Parteien, die entweder selbst erscheinen, oder sich durch einen der 6 angestellten Procuratoren vertreten lassen müssen, mündlich zu Protocoll dictirt wird. In Sachen über 100 Mark, sowie in Pfand-, Subhastations- und Frachtsachen wird schriftlich verfahren und finden die in den betreffenden Sachen nicht als Anwälte thätigen Procuratoren das Urtheil. Wird dieses nicht sofort durch Berathung gefunden, so stellen die Prätoren einem Procurator die Acten zur Relation und Abfassung des Erkenntnisses zu; scheint ihnen dasselbe nicht gerecht, so können sie noch successive von 2 anderen Procuratoren ein Urtheil begehren, worauf der Actuarius als beständiger Correferent die legalste Entscheidung auszuwählen hat. Dem Beklagten bleibt es jedoch unbenommen, sofort sich dem Erkenntnisse der Prätoren selbst zu unterwerfen. — In ihrem Hause verfügen die Prätoren über Friedensgebote, Inhibitionen, Arrestanlegungen, provisorische Trennung in Ehesachen, sowie in Streitigkeiten durchreisender Fremden.

β) Das Landgericht für das gesammte städtische Gebiet, aus 2 Senatoren (Landprätoren), von denen einer Rechtsgelehrter, mit beigeordnetem rechtsgelehrten Actuar, gebildet. Die Verhandlungen geschehen mündlich zu Protocoll, und erscheinen die Parteien entweder selbst oder werden durch einen der 4 ausschließlich berechtigten Procuratoren vertreten. Auch den Landprätoren steht dieselbe Befugniß zur Cognition in ihren Häusern zu, wie den Stadtprätoren.

γ) Der Stadthauptmann zu Travemünde, welchem durch Rath- und Bürgerschuß vom 24. Juli 1844 die Verwaltung der Justiz in unterster Instanz für das Städtchen Travemünde beigelegt ist. Eine Gerichtsordnung mit den näheren Bestimmungen wird bereits ausgearbeitet.

δ) Die Wette, mit 2 Senatoren, von denen einer Rechtsgelehrter, und einem rechtsgelehrten Actuar besetzt, entscheidet als Gericht in Streitigkeiten der Zünfte und Kämter, der Arbeitscorporationen oder Einzelner wegen der Grenzen ihrer Arbeitsbefugnisse oder wegen eines in Anspruch genommenen Verbotungsrechtes. Das Verfahren ist auch hier mündlich und müssen die Parteien immer persönlich erscheinen.

b) Das Gericht zweiter Instanz bildet das Obergericht, aus einem rechtsgelehrten Bürgermeister, den Syndicis und 4 Rathsherren, unter denen 2 Rechtsgelehrte, zusammengesetzt. Die Appellation von den Erkenntnissen der Untergerichte findet nur statt in Sachen über 100 Mark Hauptstuhl oder 5 Mark jährlicher

Einkünfte, oder bei nicht der Schätzung unterworfenen Gegenständen. Jedoch wird in Sachen von 50—100 Mark eine Beschwerdeführung unter Submittirung auf die Acten erster Instanz gestattet. Uebersteigt das Streitobject 500 Mark, so ist der Antrag auf Actenversendung zulässig, wobei jede Partei sich 2 auswärtige Spruchcollegien erbitten kann. Das Verfahren beim Obergerichte ist durchaus schriftlich.

c) Als Gericht dritter Instanz ist zufolge Convention vom 30. Juli 1819 mit Hamburg, Bremen und Frankfurt gemeinschaftlich das Oberappellationsgericht der 4 freien Städte Deutschlands<sup>46)</sup> eingesetzt, welches am 13. Nov. 1820 in Thätigkeit trat, und zu Lübeck seinen Sitz hat. Dasselbe besteht aus 1 Präsidenten, 6 Räten und 1 Secretär. Der Präsident wird von den 4 Städten gemeinschaftlich gewählt und muß bereits in einem deutschen Justiz- oder Spruchcollegium Sitz und Stimme gehabt haben; von den Rathstellen besetzt jede Stadt eine, von den übrigen wird 1 von Bremen und Frankfurt wechselseitig, eine von Lübeck und Hamburg, doch so, daß Lübeck immer erst für die dritte Vacanz wählt, besetzt. Sämmtliche Mitglieder des Gerichtes müssen wenigstens 30 Jahre alt, christlicher Religion und deutscher Geburt sein; auch dürfen sie nicht unter einander verwandt oder verschwägert sein. Jeder neugewählte Rath, welcher noch nicht 3 Jahre in einem deutschen Justiz- oder Spruchcollegium zweiter oder höherer Instanz Sitz und Stimme gehabt hat, muß sich einer Prüfung von Selten des Gerichtes unterwerfen. Die Aufsicht über das Gericht führt nach der Reihenfolge einer der 4 Senate; auch wird alle 3 Jahre, auf den Antrag des jedesmaligen Directorialsenates, eine Visitation durch Deputirte der 4 Senate vorgenommen.

Für Lübeck geht die Berufung an das Oberappellationsgericht nur in Sachen über 1000 Mark Capital oder 50 Mark jährlicher Einkünfte, sowie bei allen keiner bestimmten Schätzung unterworfenen Gegenständen, Injurienfachen jedoch überall ausgenommen. Auch werden beim Oberappellationsgerichte Beschwerden wegen Nichtigkeit, Attentate verzögerter oder verweigerter Justiz, Versagung eines Rechtsmittels, sowie Gesuche um restit. in integrum wegen veräußelter Appellationsnothfristen angebracht. Die Parteien können Actenversendung nachsuchen. Zur Einreichung von Parteischriften und Empfangnahme der Decrete sind 6 Procuratoren angestellt, welche vom Oberappellationsgerichte aus den sich meldenden Advocaten der 4 Städte ernannt werden.

Ueber die Zulässigkeit zur Advocatur in Lübeck entscheidet der Senat, nach vorgängiger Prüfung des Nachsuchenden durch eine Com-

46) Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht der 4 freien Städte Deutschlands vom Jahre 1831, herausgeg. von Friedr. Blume. Hamburg 1843.

mission des Oberappellationsgerichtes. Die Advocatur bei diesem Gerichte selbst steht jedoch sämmtlichen in den 4 freien Städten immatriculirten Advocaten ausschließlich zu.

B. Die Criminalgerichtsbarkeit erster Instanz steht dem Stadt- und Landgerichte zu; übersteigt die zu erkennende Strafe jedoch 100 Thlr. oder Gefängniß über 6 Monate, so werden die Untersuchungsacten dem Obergerichte zum Spruche übergeben. In jenem Falle entscheidet das Obergericht in zweiter und letzter Instanz, in diesem kann weitere Vertheidigung durch Berufung an das Oberappellationsgericht nachgesucht werden. Diese muß stattfinden, wenn das Urtheil auf Tod oder eine wenigstens 10jährige Freiheitsstrafe lautet. Bestätigt das Oberappellationsgericht ein solches Urtheil (ein Schärfungrecht kommt demselben überall nicht zu), so hat das Obergericht dasselbe annoch dem Senate, der allein das Begnadigungsrecht ausübt, vorzulegen. Das Lüb. Criminalrecht ist im vierten Buche des Stadtrechtes enthalten, jedoch durchaus veraltet. Auch ist die Ausarbeitung eines mit Bremen und Hamburg gemeinschaftlichen hanseatischen Strafgesetzbuches bereits eingeleitet. —

C. Die Militärgerichtsbarkeit über die Bürgergarde und Landwehr hat die Bewaffnungsdeputation (s. II. Nr. 6); über das Bundescontingent das Militärgericht, bestehend aus den Präsidens des Militärdepartements, dem Militärchef und 2 anderen Officieren, welche mindestens von dem Grade des Angeeschuldigten sein müssen. Die Berufung geht an den Senat und ist nothwendig, wenn das Urtheil auf mehr als 2jährige Zuchthausstrafe, oder gegen einen Officier auf Cassation oder eine härtere Strafe lautet.

D. Die freiwillige Gerichtsbarkeit wird geübt durch den Senat, die Kanzlei, das Vormundschaftsdepartement<sup>47)</sup>, bestehend aus 1 Bürgermeister, 6 Senatoren und 1 Secretär, durch das Stadt- und Landgericht, sowie durch das Obergericht. Letzteres hält monatlich öffentliche Audienzen, in denen wechselseitige Schenkungen der Ehegatten, Schenkungen unter Lebenden, Erklärungen zu Handelsfrauen, Aussprüche der Aeltern an die Kinder, Einkindschaften, Adoptionen, Vorbehalt von Spillgeldern, Eheverträge, besondere Regulirungen der Güterverhältnisse unter Eheleuten, Publicationen und Bestätigungen von Testamenten und letztwilligen Verfügungen innerhalb der Stadt und Landwehr, Verlassungen, Verpfändungen von Grundstücken, sowie Verlassungen von Pfandpösten, Bestätigung von Pfand-, Subhastations- und Proclamationsprozessen verhandelt werden müssen. Hierfür sind 4 Procuratoren angestellt.

Das Hypothekenwesen steht für die Stadt und Landwehr

<sup>47)</sup> Vormundschaftsordnung vom 11. Oct. 1820, in der Samml. Lüb. Verordn. III. Nr. 40.

unter dem Protonotar, welcher auch das Ober- und Niederstadtbuch führt, unter dem Landgerichtsactuar für das Gebiet, dem Stadthauptmann von Travemünde für das Städtchen, dem Wetteactuar für die Fischereien und Häuser im Dörfchen Schlutup, wie für die verpfändbaren Aemter und Arbeitslehne, Leimsiederbuden, Wadenholzschiffe und Fischereien, Stecknisschiffe, Travemböte. Der Geschäftsgang ist ausführlich geordnet durch die Stadtbuchsordnung v. 6. Juni 1818, und Hypothekenordnung für das Stadtgebiet vom 22. März 1820<sup>48)</sup>.

8) Die Polizeiverwaltung<sup>49)</sup> entbehrt noch immer einer Centralbehörde. Sie ist in den Händen des Stadtgerichtes als Sicherheitsbehörde für die Stadt, welcher auch die Oberaufsicht der Gefängnisse obliegt; des Landgerichtes für das ganze Gebiet; endlich der Wette, welche die Gewerbspolizei für die Stadt, innerhalb der Landwehr, sowie für Travemünde bildet und als solche auch die Marktpolizei übt. Außerdem führt sie die Aufsicht über alle öffentlichen Anstalten zur Förderung des Handels und der Schiffahrt, sowie über die hierfür angestellten Beamten, bildet die oberste Medicinalbehörde<sup>50)</sup>, als welcher ihr der Physicus zur Seite steht, sowie sie auch die Bau=<sup>51)</sup>, Gassen=<sup>52)</sup> und Fuhrpolizei handhabt.

Neben diesen höheren Behörden bestehen noch für einzelne Zweige der Polizeiverwaltung besondere aus Rathsmittgliedern und Bürgern zusammengesetzte Deputationen, so für die Brandversicherung, Feuerlöschungsanstalten, Gassenerleuchtung und Nachtwache; für das Kirchhofs- und Begräbniswesen; für die Bierprobe; die Wasserkünste; das Leihhaus, durch Rathsbecret vom 13. Juni 1789 errichtet.

Die Censur, für welche das von der Bundesversammlung erlassene provisorische Pressgesetz vom 20. Sept. 1819 als gesetzliche Norm gilt, ist im allgemeinen den Syndicis übertragen, für geistliche Schriften jedoch dem Senior des Ministeriums. Immer hat sich die Censur bisher durch große Milde und Freiheit, namentlich bei Besprechungen innerer Zustände ausgezeichnet.

#### IV. Privatrecht.

1) Die vornehmliche Entscheidungsquelle privatrechtlicher Streitigkeiten bildet für die Stadt und innerhalb der Landwehr (außerhalb derselben gilt gemeines Recht) das Lübsche Stadtrecht nach der 1586 publicirten Revision. Die Unvollkommenheiten und Mängel zu beseitigen ist theils Aufgabe der Interpretation, theils ist ihnen durch

48) Samml. Lüb. Verordn. III. Nr. 6 u. 32.

49) Behrens a. a. D. II. S. 149—191.

50) Revid. Medicinalordnung von 1714.

51) Verordn. v. 28. März 1804.

52) Revid. Gassenordn. v. 17. Sept. 1806 (Samml. Lüb. Verordn. IV. Anh. II, Nr. 4).

neuere Verordnungen, für welche seit 1813 eine authentische Sammlung angelegt ist, nachgeholfen<sup>53)</sup>. Bei der großen Bedeutsamkeit des Lüb. Stadtrechts müssen einige geschichtliche Bemerkungen vorausgeschickt werden.

Daß die Lüb. Statuten unter der Regierung Heinrich des Löwen ihr ursprüngliches Dasein erhalten haben, darf bei dem einstimmigen Zeugniß der Chronisten und ältesten Urkunden<sup>54)</sup> nicht bezweifelt werden; sie sind sowohl von der gleichfalls durch Heinrich den Löwen verliehenen städtischen Verfassung (*iura civitatis honestissima*), als von der städtischen Freiheit (*libertatem civitatis*) verschieden, und, da jener Freiheitsbrief, wenn nicht in das Jahr 1163, doch bald nachher zu setzen ist, wahrscheinlich vor 1170 entstanden. Daß bei der Entwerfung dieser Statuten namentlich auf das damals schon berühmte Soester Recht Rücksicht genommen wurde, ist nach der Äußerung des Chronisten Arnold l. c., sowie aus inneren Gründen höchst wahrscheinlich; allein ebenso gewiß ist es, daß manche Eigenthümlichkeiten des Lüb. Rechtes ihren Ursprung in den benachbarten slavischen und wendischen Rechten, in dem germanischen Herkommen, dem sächsischen Rechte, wie endlich dem Ortsgebrauche haben<sup>55)</sup>.

53) Ueber die älteren Redactionen des Lüb. Rechtes vgl. die höchst correcte Ausgabe von J. F. Pach, das alte Lüb. Recht. Lübeck 1839. — Das revid. jetzt gültige Stadtrecht ist unter dem Titel: Der kaisert. freien Reichsstadt Lübeck Statuta und Stadtrecht. Lübeck 1586., in 4. zuerst gedruckt. Neuere Abdrücke sind seitdem vielfach in Lübeck veranstaltet, zuletzt 1829. In der Ausgabe von 1728 finden sich im Anhang mehrere der wichtigsten älteren Verordnungen abgedruckt, namentlich die Schiffsordnung und Seerecht der Hansestädte v. 16. Mai 1614; die Wechselordnung vom 26. April 1662, revid. den 24. Nov. 1669 mit Appendix v. 15. Jan. 1706; die Verordnung betr. Verlöbniße v. 1697. — Spätere Verordnungen finden sich in der authentischen Sammlung der Lüb. Verordnungen von 1813—1842 in 10 Bdn. — Ein Verzeichniß der von 1655 bis 1816 erlassenen Verordnungen erschien in Lübeck 1816. — Außerdem dient für die älteste Zeit Dreyer, Einleitung zur Kenntniß der Lüb. Verordnungen. Lübeck 1769. — Aus der Literatur über Lüb. Recht sind hervorzuheben: Mevii comment. in ius Lub. Frankf. et Leipzig 1744. — J. E. Stein, Abhandl. des Lüb. R. (Leipzig und Rostock 1738—45), 8 Th.; desselben Einl. zur Lüb. Rechtsgelahrtheit. Rostock 1751. — C. N. Carstens, Beiträge zur Erläut. des Lüb. R., 2 Th. Lübeck 1801 u. 1814. — J. F. Pach, practische Beiträge zur Erläut. des Lüb. R., 1 Heft. Lübeck u. Leipzig 1801. — J. G. Behn, die ehel. Güterrechte nach dem älteren cod. des Lüb. R. Lübeck 1830. — E. B. Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. R., 3 Th. Lübeck 1837—41. — Auch Einzelnes bei Heise und Cropp, jurist. Abhandl., 2 Bde. Hamburg 1827 u. 30. — Vgl. überhaupt C. N. Carstens, accessiones ad biblioth. iur. Lub. Lübeck 1803.

54) Arnoldi chron. slav. II. 35. 3 u. 8. — Helmoldi chron. slav. I. 85. 4—6. — Mittheilungsurkunde des Revalschen codex von 1257, Borrede des Oldenb. cod. von 1235, des Lunder'schen cod. v. 1243 bei Pach, alt. Lüb. R. S. 166 fig.

55) Pach a. a. D. S. 14, 16, 17 fig. — Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 263, Note l. — Westphalen, de orig. et foht. iur. Lub.

Das älteste Lüb. Recht muß hiernach in der Schriftsprache der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts, mithin lateinisch abgefaßt sein, doch ist das Original früh verloren gegangen. Die ältesten noch vorhandenen Redactionen, die ohne Zweifel den Grundtext des Lüb. Rechtes enthalten, sind: 1) die sogen. *iustitia Lubicensis* bei Westphalen, *monum. ined.* tom. III. p. 620—632., angeblich aus 3 Handschriften zusammengezogen, deren Urtext wohl in die älteste Zeit hinaufreicht; 2) der lateinische *codex iur. Lub.* auf der Göttinger Bibliothek, bei Dreyer, *Samml. vermischter Abhandl.* I. S. 445—472, und neuerdings bei Sach, *A. L. R.* sub Nr. I abgedruckt; 3) ein Fragment in lateinischer Sprache auf der Registratur zu Lübeck, abgedruckt zuerst in Fall's *staatsbürgerl. Magazin* IV. S. 68—81, neuerdings im Lüb. *Urkundenbuche* sub Nr. 32. — Von den teutschen Recensionen sind die wichtigsten der *cod.* von 1240, ehemals in Lübeck, jetzt in Kiel, abgedr. bei Westphalen l. c. III. p. 639.; der sogen. *Wardewich'sche* von 1293, auf der Registratur in Lübeck, zuerst gedruckt bei Sach a. a. D. sub Nr. II; endlich der *Thideman-Güstrow'sche* von 1348 ebenfalls in Lübeck<sup>56)</sup>.

Das Lüb. Recht fand früh den allgemeinsten Beifall, so daß es seit den ersten Decennien des 13. Jahrhunderts auf eine große Anzahl nah und ferner Städte durch landesherrliche Privilegien übertragen ward, worin zugleich die Einräumung des Zugrechtes auf den Rath zu Lübeck lag<sup>57)</sup>. Das Einbringen des römischen Rechtes und die dadurch bewirkte Geringschätzung des eigenen Rechtes ward auch dem Lüb. Rechte gefährlich, indem man einheimische Institute in römische Formen zu zwingen versuchte und dadurch jeder volksthümlichen Fortbildung des Rechtes entgegenwirkte. Wegen der hierdurch, wie durch unrichtige Abschriften entstandenen Unsicherheit des Rechtes kamen häufige Klagen an den Senat zu Lübeck, der endlich, zunächst auf das wiederholte Andrängen der Städte Rostock, Wismar und Stralsund, im Jahre 1583 3 Commissarien, den Bürgermeister Johann von Lübinghusen, den Syndicus Callixtus Schein und den Senator Gottschalk von Stiten ernannte, welche 1586 das revidirte, jetzt noch gültige Statut drucken ließen<sup>58)</sup>. Ueber diese Arbeit der Revisoren, deren Aufgabe darin bestand, das echte Lüb. Recht, so weit es damals im Gebrauche war, herzustellen, kann das Urtheil nicht günstig lauten, indem dieselbe nur zu klar die Unfähigkeit der Verfasser, den Rechts-

(Rostock 1727.) p. 28 sq. — Nettelbladt, *de font. iur. Lub.* Gryphiswald. 1728. — Dreyer, *Einl.* S. 200 flg.

56) Ueber die verschiedenen Recensionen überhaupt vgl. Sach a. a. D. *Einführung*.

57) Hierüber vgl. A. L. J. Michelsen, der ehem. Oberhof zu Lübeck (Altona 1839), wo sich auch S. 47—82 das vollständigste Verzeichniß sämmtlicher mit Lüb. Rechte bewidmeten Städte findet.

58) Dreyer, *Einl.* S. 244 flg.

zustand ihrer Zeit richtig aufzufassen, bekundet. Es bleibt daher der Interpretation überlassen, den Buchstaben der Statuten möglichst mit den älteren unzweifelhaften Redactionen und dem erweislich zur Zeit der Revision gebräuchlichen Rechte zu vereinigen, wie denn in der Vorrede der revid. Statuten selbst der günstige Leser aufgefordert wird, Alles zum Besten zu wenden und mit Vernunft zu gebrauchen. —

2) Was nun das practische Lüb. Recht betrifft, so läßt sich hier natürlich nur ein kurzer Ueberblick der wichtigsten Eigenthümlichkeiten desselben geben. Aus dem Personenrechte mag zunächst das Vormundschafswesen hervorgehoben werden, neu geordnet durch die Vormundschaftsordnung vom 11. Oct. 1820<sup>59)</sup>, neben welcher jedoch die nicht ausdrücklich aufgehobenen Bestimmungen der Statuten und des gemeinen Rechtes fort und fort Giltigkeit haben. Der Mündigkeitstermin des älteren Rechtes ist das 18. Jahr, doch tritt bis zum vollendeten 25. Jahre die cura minorum ein<sup>60)</sup>, und so müssen auch nach dem revid. Stat. (I. 7 a. 6), sowie der Vormundschaftsordn. §. 1 allen Personen unter 25 Jahren Vormünder bestellt werden, ohne deren Zustimmung jene gültiger Weise sich nicht verpflichten können. Frauen stehen unter beständiger Curatel, welche gesetzlich deren Ehemänner führen. Nach den Statuten (I. 7 a. 8; III. 6 a. 13) darf keine Frau ohne ihres Vormundes Einwilligung ihr Gut verkaufen, versehen oder vor dem Rathe auflassen, noch allein vor Gericht stehen; auch sich nicht höher verbürgen als für 2½ Schll. (I. 10 a. 1). Frei von der Zuziehung eines Curators sind Kauffrauen, d. h. solche, welche aus- und einkaufen, offenen Laden und Fenster halten, mit Gewicht, Waage, Maß und Ellen aus- und einwiegen und messen (III. 6 a. 21; I. 10 a. 1), doch nur für solche Handlungen, welche in ihren Kaufhandel einschlagen (II. 1 a. 14). Zur Eigenschaft einer Kauffrau genügt es, daß dieselbe de facto Handel treibt; doch kann sie sich auch als solche in öffentlicher Audienz einzeugen lassen<sup>61)</sup>.

Ungleich wichtiger für das practische Recht sind die ehelichen Güterrechte nach Lüb. Rechte, deren fälschliche Auffassung früher allgemein zur Annahme einer Gütergemeinschaft geführt hat, einer Ansicht, der durch die neuesten gründlichen Forschungen Pauli's<sup>62)</sup> aller Grund benommen ist. Vielmehr erklären sich alle Eigenthümlichkeiten des Lüb. Rechtes vollständig aus den zwei Grundelementen, der ehelichen Genossenschaft und der ehelichen Vogtschaft. Der Ehemann erhält über alles in die Ehe Eingebrachte die Gewere zu rechter Vormundschaft. Somit verfügt er während der Ehe kraft seiner vogtel-

59) Samml. Lüb. Verordn. III. Nr. 40.

60) Sach a. a. D. cod. II. a. 203 u. 102.

61) Cropp in Heise und Cropp, jur. Abh. I. Nr. 1 u. 2.

62) Pauli, Abh. Bd. II, auch unter dem Titel: die ehelichen Güterrechte nach Lüb. Rechte. Lübeck 1840.

lichen Macht frei über alle Mobilien (I. 5 a. 8) und ebenso über die Errungenschaft, während er bei der Veräußerung von Immobilien an der Zustimmung der Frau gebunden bleibt (I. 5 a. 9). Ist nun die Ehe bei deren Auflösung unbeerbt, so nimmt der überlebende Mann die eine Hälfte des Eingebrachten als Statutarportion, während die andere Hälfte an die Erben der Frau zurückfällt (II. 2 a. 12), und andererseits erhält die überlebende Frau ihr Eingebrahtes zurück, während sie das übrige Vermögen mit den Erben des Mannes theilt. (II. 2 a. 12). — Der Beweis des Eingebrachten, welcher in diesem Falle der Frau obliegt, ist mehrfach erleichtert, indem nämlich, nachdem die Ehe zwei Jahre bestanden hat, der Beweis, daß die Wittgilt gelobt sei, genügt, da eine gelobte Wittgilt nach zwei Jahren gesetzlich als ausgezahlt gilt, sofern sie nicht inzwischen eingemahnt und mit gutem Willen stehen geblieben ist (I. 5 a. 2); hat die Ehe 20 Jahre bestanden, so wird die Wittwe, sofern sie nur eine glaubwürdige Person ist, sofort zum Eide gelassen (I. 5 a. 4). Uebrigens kann der Frau die Statutarportion entzogen werden, indem der Ehemann, soweit er nicht durch Erbgutsqualität beschränkt ist, frei über seinen Nachlaß verfügen kann. Der unbeerbten Wittwe steht ferner das Recht zu, 30 Tage nach dem Tode des Mannes in ungestörtem Besitze des Nachlasses zu bleiben, wobei es den Erben desselben jedoch unverwehrt bleibt, zur Beaufsichtigung mit ins Haus zu fahren (II. 2 a. 27). Für die Schulden des Mannes haftet die unbeerbte Wittwe, sofern sie nicht mitgelobt hat, wenigstens nach dem revid. Statut, mit ihrem Eingebrahten nie (I. 5 a. 5 u. 7)<sup>63</sup>).

Ist dagegen die Ehe beerbt, so bilden die Güter beider Ehegatten beim Tode des einen ein Sammtgut und gehen als solches auf den überlebenden Ehegatten und die Kinder, sofern diese nicht zuvor abgetheilt sind, über. Die Theilung geschieht in zwei Hälften, von denen die eine der überlebende parens, die andere die Kinder erhalten (II. 2 a. 2 u. 3); doch behält der erstere bis zur Abschichtung der letzteren die alleinige Verwaltung und den Nießbrauch, wobei die Wittwe nur insofern beschränkt ist, als ihr, den Fall der zu beeidigenden echten Noth ausgenommen, überall keine Veräußerung der Substanz des Sammtgutes gestattet ist (II. 2 a. 8). Diese bedarf daher auch zur letztwilligen Verfügung über ihren ideellen Theil am Sammtgute des Consensus der Kinder, während der überlebende Ehemann über seinen Antheil frei testiren kann (I. 9 a. 4). Auch muß die Wittwe binnen 3 Monaten ihren Kindern Vormünder bestellen lassen (I. 7 a. 2). Alles, was dem überlebenden Ehegatten ohne besondere Clausel anfällt, wird Sammtgut; umgekehrt wird, was den Kindern zugeht, Sondergut,

63) Ueber das ältere Recht vgl. Pauli a. a. D. §. 24.



wovon jedoch, so lange diese minderjährig, der überlebende *parens* gleichfalls die Verwaltung und den Nießbrauch erhält.

Auch bei beerbter Ehe ist das letztwillige Verfügungsrecht des Mannes nur in Bezug auf die Erbgüter, welche er beim Erbganze lassen muß, und die Rechte der Frau an der dos beschränkt; das Recht der Frau auf die Hälfte des Sammtgutes beim Tode des Ehemannes ist daher kein unbedingtes, kann ihr vielmehr, soweit es des Ehemannes wohlgewonnenes Gut ist, beliebig entzogen werden. Hierauf weisen die im revid. Statut enthaltenen Interpretationsregeln für letztwillige Verfügungen des beerbten Ehemannes hin; ist nämlich das Sammtgut ohne nähere Bestimmung im Testamente der Frau und den Kindern hinterlassen, so erhält jene die eine Hälfte, es sei denn, daß ihr Voraus mehr denn  $\frac{3}{4}$  Schill. betrüge, in welchem Falle sie nur ein Kindesheil haben soll (II. 1 a. 8); bestimmt ferner das Testament für Frau und Kinder Kopftheile, so soll ein nach dem Tode des Mannes gebornes Kind zu gleichen Theilen gehen; wird dagegen die Frau mit bescheidenem Gute abgetheilt, so soll ihren Antheil die Geburt eines posthumus überall nicht schmälern, dieser vielmehr mit seinen Geschwistern zu gleichen Theilen gehen (II. 1 a. 6).

Die Schulden bei einer beerbten Ehe haften auf dem Sammtgute (II. 2 a. 26 u. 28; III. 1 a. 10). Daher haftet denn auch die beerbte Ehefrau, sofern sie nicht selbst mitgelobt hat, persönlich nie für des Mannes Schulden, indem dieser, kraft seiner vogteilichen Gewalt, einzig und allein das in seine Were gekommene Gut belassen kann. Nach dieser Vorbemerkung erklärt sich auch das dem Lüb. Rechte eigenthümliche *Bergen und Dachdingauftragen*<sup>64)</sup> einfach als eine Proceedur, wodurch die beerbte Wittve sofort jede weitere Haftungspflicht, welche sie durch unbedingte Uebernahme des Nachlasses auf sich laden könnte, ablehnt, und somit das ihr später etwa noch Anfallende vor den Ansprüchen der Gläubiger sichert (III. 1 a. 10). Zu diesem Ende muß sich die beerbte Wittve eines in Schulden verstorbenen Mannes mit Vormündern versehen lassen, und binnen 6 Monaten die Erklärung, das Sammtgut den Gläubigern abandonniren zu wollen, abgeben. Natürlich setzt diese Proceedur immer einen Nachlaß voraus, und wenn gleich aus Mißverständnis dieselbe auch auf Frauen lebender Falliten ausgedehnt ist, so wird die jetzt gewonnene richtigere Einsicht diesen offenbaren Mißbrauch sicherlich verdrängen, wie denn schon in neuester Zeit in solchen Fällen lediglich die Vorkehrung getroffen ist, daß das künftige Vermögen der Frau nicht mehr unter die vogteiliche Herrschaft des Ehemannes komme<sup>65)</sup>.

64) Ueber den Namen vgl. Hagemeister und Haffe, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. III. Nr. 5, IV. Nr. 2.

65) Pauli a. a. D. §. 42.

Was nun die Absonderung der Kinder von dem Sammtgute betrifft, so kann nach den Stat. (II. 2 a. 11) das mündig gewordene Kind sein Erbtheil verlangen; auch kann der überlebende parens bei der Eingehung einer zweiten Ehe zur Abtheilung gezwungen werden, wobei die Kinder von ihren Verwandten vertreten sind (II. 2 a. 29). Die Theilung geschieht in zwei Hälften, doch nimmt der Vater den Harnisch, die Mutter den Trauring voraus (II. 2 a. 2 u. 3). Falls es jedoch die Kinder und deren nächste Freunde zufrieden sind, kann auch, ungeachtet der zweiten Ehe, die Gemeinschaft fortbauern. Wird in diesem Falle keine förmliche Einkindschaft gemacht, so sind im revid. Stat. (II. 2 a. 28)<sup>66</sup>) die Erbverhältnisse folgendermaßen geordnet: Stirbt der zur zweiten Ehe geschrittene Ehegatte mit Hinterlassung von unabgesonderten Kindern aus beiden Ehen, so muß der parens superstes theilen, und zwar nehmen die Kinder erster Ehe ihres Vaters oder resp. Muttergut vorweg, theilen dagegen ihrer Mutter oder resp. Vatergut mit dem überlebenden Stiefparens und dessen Kindern nach Hauptzahl; bleibt ferner die zweite Ehe unbeerbt, so nimmt der unbeerbte parens sein zugebrachtes Gut, desgleichen die Kinder ihres vorverstorbenen Vaters oder Muttergut zum voraus, von dem Uebrigen erhält der überlebende unbeerbte parens die eine, die Kinder die andere Hälfte. — Die spätere Praxis hat in Betreff der Absichtungen zwei wichtige Neuerungen eingeführt: zunächst wird der art. 11. lib. II. tit. 2. jetzt so verstanden, daß ein einzelnes großjähriges Kind sich mit einer partiellen Abtheilung, d. h. nur von dem Gute des parens praemortuus begnügen müsse; daß ferner bei dieser Abtheilung der abtheilende parens selbst einen Kindestheil erhalte. Auch wird jetzt dem zu einer zweiten Ehe schreitenden Gatten nicht eher der erforderliche Proclamationschein erteilt, als er von dem Gute des verstorbenen Ehegatten für die Kinder einen Ausspruch vor versammeltem Rache gethan hat<sup>67</sup>). Nur eine völlige Abtheilung kann jedoch dem abtheilenden parens ein freies Verfügungsrecht geben; bei einer partiellen Abtheilung dagegen muß dem Kinde noch sein Notherbenrecht bleiben.

Für das Sachenrecht ist der Begriff des Erbgutes wichtig im Gegensatz zum wohlgewonnenen Gute. Nach den Stat. (I. 10 a. 8) sind Erbgut alle Arten von Immobilien, welche von Blutsfreunden in aufz., absteigender und Seitenlinie nach gesetzlicher Erbfolge anfallen<sup>68</sup>). An diesen Erbgütern haben die nächsten Erben gewisse Rechte, nämlich ein unbedingtes Widerspruchsrecht bei unentgeltlichen Veräußerungen, sowie, Fälle echter Noth ausgenommen, ein Näherrecht

66) Ueber die Geschichte dieses Art. vgl. Pauli a. a. O. §. 35.

67) Vormundschaftsordn. v. 11. Oct. 1820 §. 3.

68) Ueber das ältere Recht vgl. Pauli, Abh. I, auch unter dem Titel: Darstellung des Rechtes der Erbgüter nach älterem Lüb. Rechte (Lübeck 1837), §. 3—14.

bei entgeltlichen (I. 10 a. 6; III. 7 a. 1). Dieses Beispruchsrecht der nächsten Erben wird jedoch sowohl durch Verzicht als durch Verjährung von Jahr und Tag ausgeschlossen (I. 8 a. 2). Im heutigen practischen Rechte hat sich diese Bedeutung der Erbgüter insofern ganz verloren, als nach der authentischen Erklärung des Senates vom 24. April 1754<sup>69)</sup> unter Erbgut alle unbewegliche und bewegliche von Blutsfreunden in auf-, absteigender und Seitenlinie angeerbte Habe verstanden und Beides beim Erbange gelassen werden soll. Somit ruht nach heutiger Praxis das Recht der nächsten Erben bei Lebzeiten des Eigenthümers völlig, dergestalt daß Jeder, so lange er lebt, mit seinem ganzen erbten Vermögen freie Hand hat zu schalten, wie er will; dagegen tritt das Widerspruchsrecht der Erben bei Verfügungen auf den Todesfall um so entschiedener hervor, indem der ganze Werth des ererbten Vermögens, beweglich oder unbeweglich, beim gesetzlichen Erbange belassen werden muß<sup>70)</sup>.

Hinsichtlich der Mobilien hat das Lüb. Recht den Satz: Hand muß Hand wahren aufgenommen. Am allgemeinsten findet sich diese Regel ausgesprochen in Stat. III. 4 a. 9: Besitzt Jemand ein Gut, es sei ihm geschenkt, verpfändet oder verkauft, so kann er das auf seinen Eid wider alle Ansprüche wohl behalten, es wäre denn gestohlen oder geraubt Gut. Wer daher sein Gut einem Anderen vertraut, kann dasselbe nicht a tertio, sobald dieser nur in bona fide ist und das Gut per contractum an sich gebracht hat, vindiciren, sondern ist auf die Contractsklage beschränkt und kann von dem Dritten die Herausgabe nur gegen vollen Ersatz begehren (III. 2 a. 1 u. 2). Nur gestohlene oder geraubte Sachen können vindicirt werden, doch findet auch hier eine Ausnahme statt bei Sachen, die über Sand und See gekommen sind, deren Besizer der Beweis, daß er sie redlich an sich gebracht hat, schügt, auch wenn dieselben als geraubt oder gestohlen angesprochen werden sollten (VI. 5 a. 4); und ebenso wenn Jemand im offenen Kriege etwas gewinnt und dieß zu beweisen vermag (IV. 1 a. 10). Dagegen wiederum ist die Vindication ausnahmsweise in dem Falle zulässig, wenn ein Handwerksmann das ihm zum Bearbeiten übergebene Material verkauft oder versetzt (III. 8 a. 17). —

Das Erbrecht, als eine der wichtigsten practischen Materien des Lüb. Rechtes, muß hier etwas ausführlicher behandelt werden. Für das Intestaterbrecht zunächst ist die active Erbfähigkeit insofern beschränkt, als uneheliche Kinder kein Erbe nehmen (II. 2 a. 9); jedoch ertheilt die legitimatio per subsequens matrimonium nach neuerem, auch durch die höchste Staatsgewalt anerkanntem, Gebrauche den unehelichen Kindern die vollen Rechte der ehelichen, während den per rescriptum

69) Bei Dreyer, Einl. S. 318.

70) Vgl. überhaupt Pauli a. a. D. §. 24.

legitimierten Kindern ein Anspruch auf die Erbgüter der Verwandten des die Legitimation nachsuchenden parens natürlich nur durch den ausdrücklichen Consens dieser eingeräumt werden kann<sup>71)</sup>. Das Erbrecht verliert auch eine Jungfrau oder Wittve, welche ohne Rath ihrer Verwandten, der nöthigenfalls jedoch vom Senate supplirt werden kann, eine Ehe eingeht (I. 4 a. 2; IV. 7 a. 2). Für die passive Erbfähigkeit kommt es weder auf Geburt aus rechter Ehe, noch auf das Geschlecht an, indem das Lüb. Recht die besondere Succession in Heergerette und Gerade nicht kennt (II. 2 a. 15); dagegen fällt das Gut von Hochverräthern der Stadt zu (I. 2 a. 3); ebenso vererben flüchtige und friedlos gelegte Mörder ihre Habe nur zu  $\frac{1}{3}$  auf ihre Erben, während die beiden anderen Drittel dem gemeinen Gute und den Erben des Entlebten zufallen (IV. 8 a. 3), und ähnlich vererbt ein flüchtiger und friedlos gelegter Bürger, der einen anderen mit Ede und Ort verwundet hat, sein Gut zur Hälfte auf seine Erben, indem in die andere Hälfte sich das Gericht und der Ankläger theilen (III. 4 a. 13). — Die Successionsordnung, für welche Pauli den Namen Gradualsystem gewählt hat, beruht vornehmlich auf folgenden Grundsätzen: Zunächst entscheidet die Nähe des Grades, und nur die Ascendenten haben in dieser Beziehung eine nachtheiligere Stellung, indem die Eltern sogar von den vollbürtigen Geschwistern, die Großeltern von den vollbürtigen Geschwisterkindern, die Urgroßeltern von den Enkeln vollbürtiger Geschwister, sowie von den vollbürtigen Vettern ausgeschlossen werden u. s. f.; dann aber tritt in jedem Grade die entferntere Parentel um einen halben Grad zurück; endlich auch tritt die halbe Geburt immer um einen halben Grad hinter der vollen zurück. Hiernach ist die Reihenfolge diese: 1) Kinder und weitere Descendenten, wobei Enkel in Concurrenz mit Kindern nach Stämmen, allein nach Köpfen theilen (II. 2 a. 1); 2) Vollgeschwister (II. 2 a. 6); 3) Vater und Mutter (II. 2 a. 13); 4) Halbgeschwister (II. 2 a. 7 u. 22); 5) Vollgeschwisterkinder (II. 2 a. 18); 6) Großeltern (II. 2 a. 1); 7) vollbürtige Dheime und Tanten; 8) Halbgeschwisterkinder; 9) halbbürtige Dheime und Tanten u. s. w. Bei diesem Erbfolgesystem mußte, wie leicht ersichtlich, die Einführung des Repräsentationsrechtes für Geschwisterkinder durch das Edict des Reichsregiments v. 1521 große Schwierigkeiten finden; es kann daher, ohne große Unzuträglichkeiten herbeizuführen, nur in folgenden drei Fällen eintreten: 1) wenn Vollgeschwisterkinder mit Vollgeschwistern, 2) Halbgeschwisterkinder mit Halbgeschwistern, 3) Vollgeschwisterkinder mit Halbgeschwisterkindern concurrirten<sup>72)</sup>.

71) Pauli, Abh. III, auch unter dem Titel: Das Erbrecht der Blutsfreunde und die Testamente nach Lüb. Rechte (Lübeck 1841), S. 31 fg.

72) Pauli a. a. D. S. 74 fg.

Wichtige Modificationen erleidet dieß Erbfolgesystem durch den Einfluß der Vere (Sammtgut), indem hierdurch im allgemeinen die Erbfolge nach Geblütsrecht ausgeschlossen wird. So werden gänzlich abge sonderte Kinder von denen in der Vere in Bezug auf das Sammtgut ausgeschlossen, falls jene nicht das Empfangene conferiren (II. 2 a. 33; III. 9 a. 4). — Ebenso beerbt der parens das mit ihm im Sammtgute sitzende Kind mit Ausschluß seiner abge sonderten Vollgeschwister; wiederum schließen unabge sonderte Geschwister abge sonderte Kinder aus u. s. f. Diese auf die Sammtgutsverhältnisse gegründete Erbfolge bildet für die Kinder und weiteren Descendenten in neuerer Zeit, wo hier fast nur noch partielle Abschie tungen, die rechtlich gar nicht für Abtheilungen gelten, vorkommen, die Regel, während in den ferneren Graden fast nur noch nach der Ordnung der Sippe succedirt wird<sup>73)</sup>. —

Die Erbschaft wird ohne besondere Willenserklärung erworben, nur muß der Anspruch binnen Jahr und Tag geltend gemacht werden (II. 1 a. 9; II. 2 a. 14). Der Beweis des Erbrechtes wird durch Nächstzeugniß erbracht, indem der Erbe sich als solchen durch die Aussage zweier glaubwürdiger Personen einzeugen lassen muß. — Binnen Jahr und Tag unangesprochenes Erbgut ist dem Fiscus verfallen (II. 2 a. 14).

Was ferner das testamentarische Erbrecht betrifft, so trat die Testamentsmündigkeit nach altem Lüb. Rechte unzweifelhaft mit dem Termine der Mündigkeit überhaupt, d. h. dem 18. Jahre ein<sup>74)</sup>, und dieß muß auch noch jetzt gelten, da das spätere Recht den Termin der Mündigkeit an sich nicht aufgeschoben, sondern nur die römische cura minorum bis zum 25. Jahre eingeführt hat<sup>75)</sup>. Der Testator muß seiner Vernunft und Sinne mächtig sein (II. 1 a. 1). Frauen können nach den revid. Stat. (II. 1 a. 14)<sup>76)</sup> frei nur über das Gut testiren, welches ihnen von ihren Ehemännern, Eltern oder sonstigen Verwandten mit der Macht, darüber frei zu verfügen, hinterlassen ist; in allen anderen Fällen bedürfen sie des Consensus ihrer nächsten Verwandten und des Geschlechtsvormundes, deren Weigerung jedoch nöthigenfalls vom Senate supplirt werden kann. — Als einzige Form des Testamentes kennen die Statuten (II. 1 a. 2) das von zwei Rathsmannen, die jedoch unmittelbar vom Testator selbst eingeladen sein können, mündlich errichtete oder schriftlich übergebene; in Nothfällen können jedoch auch zwei angeesehene Bürger ein Testament bis auf 10 Mark Silbers bezeugen. Später kam diese letztere, nur ausnahmsweise gestattete Art ganz außer Uebung und, neben dem vor Rathsmannen

73) Pauli a. a. D. §. 129 flg.

74) Pach a. a. D. cod. II. a. 203.

75) Pauli a. a. D. §. 193 flg.

76) Ueber die Geschichte dieses Artikels vgl. Pauli a. a. D. §. 369—464.

erklärten letzten Willen, die Form des römischen Rechtes in Gebrauch. Besonders privilegiert hinsichtlich der Form sind Legate zur Ehre Gottes und milden Sachen, wofür eine quovis modo nachzuweisende voluntas testatoris genügt (II. 1 a. 13). Für im Auslande errichtete Testamente, sofern nur die Noth deren dortige Errichtung gebot, entscheidet die am Orte gebräuchliche Form (II. 1 a. 16). — Für den Inhalt der Testamente ist es von Bedeutung, daß das Lüb. Recht, wie das teutsche überhaupt, eine successio per universitatem nicht kennt, eben so wenig wie die Nothwendigkeit einer heredis institutio im Sinne des römischen Rechtes. Vielmehr können alle in einem Testamente nach Lüb. Rechte Begabte nur für Singularsuccessoren gelten, und wenn es im revid. Stat. (II. 1 a. 12) wörtlich heißt: Nach Lüb. Rechte muß ein jeglich Testament institutionem heredis haben u. s. w., so liefert dieser Artikel dadurch nur einen Beweis für die Unkunde der Revisoren mit den heimischen Rechtsverhältnissen und darf vor allem der Wortlaut nicht zu Consequenzen benützt werden<sup>77)</sup>. Es ist vielmehr durch diesen Artikel ein nothwendiges Legat von wenigstens  $\frac{3}{4}$  Schill.<sup>78)</sup> für die nächsten Erben, die sich, wie recht, die Nächsten zeugen lassen, eingeführt. Genügen sie binnen Jahr und Tag dieser Anforderung nicht, so verfällt das Legat dem gemelnen Gute (II. 1 a. 9). Den Kindern muß man insofern allerdings ein Notherbenrecht zugestehen, als deren gänzliche Uebergehung das Testament ungiltig machen würde (arg. II. 1 a. 5; vgl. Sach a. a. D. cod. II. a. 251 i. f.); ob sie aber einen Anspruch auf die Ergänzung einer legitima haben, wird mit Recht bezweifelt<sup>79)</sup>. Jedenfalls muß man behaupten, daß es bei Entziehung des Pflichttheiles auf die bestimmten Gründe des römischen Rechtes nicht ankommt<sup>80)</sup>. Zu den nothwendigen Gaben gehört ferner das legatum ad pias causas, dessen Nichtbeachtung nach Sen. decr. d. 14. Nov. 1677<sup>81)</sup> das Testament ungiltig macht; dann das Legat zu der Stadt Wegen und Stegen, dessen Unterlassung jedoch das Testament nicht vernichtet, indem es jedenfalls entrichtet werden muß<sup>82)</sup>. Da das Lüb. Recht, wie gesagt, eine successio per universitatem nicht kennt, kann auch von einem Anwachsungsrechte unter Erben nicht wohl die Rede sein; vielmehr fällt das im Testamente nicht vertheilte Gut der gesetzlichen Erbfolge

77) Pauli a. a. D. §. 246—276.

78) Durch Decret vom 22. März 1717 auf 1 Species Ducaten bestimmt; Dreyer, Einl. §. 317.

79) Dafür sind Mevius, ad II. 1 a. 8. nr. 30 sq.; Walch, dissert. de legit. Lub. p. 22.; Lindenberg, diss. de test. et leg. p. 48.; dagegen Stein, Abh. II. §. 183; Einl. §. 166, Rote c; Heineccius, diss. de testamenti-fact. iur. Germ. p. 34.; J. H. Böhmmer, diss. de prud. legislat. Lub. in orat. de success. test. §. 7 i. f.

80) Ueberhaupt Pauli a. a. D. §. 267 flg.

81) Dreyer, Einl. §. 317.

82) Berorbn. v. 5. Mai 1699.

zu, und der römische Grundsatz: *nemo pro parte testatus etc.* findet keine Anwendung. Das von einem kinderlosen Manne errichtete Testament wird ungiltig, wenn beim Tode desselben ein Kind vorhanden und jenes nach der Geburt desselben nicht abgeändert ist (II. 1 a. 5); waren jedoch zur Zeit der Testamentserrichtung bereits Kinder vorhanden, so geht der posthumus mit seinen Geschwistern zu gleichen Theilen (II. 1 a. 6); beide Bestimmungen gründen sich auf eine gesetzliche Präsumtion von dem Willen des Testators.

Jedes Testament soll binnen Monatsfrist nach dem Tode des Testators vor den Rath gebracht werden und müssen die Testamentarien dessen Confirmation nachsuchen (IV. 1 a. 11). Hierin liegt zugleich die Bestätigung der Testamentsexecutoren, sowie die Erklärung, daß das Testament mit sichtbaren Mängeln nicht behaftet sei<sup>83</sup>). — Kurze Erwähnung verdienen noch die sogen. *Geheimbücher*, d. h. besondere die specielleren Verfügungen enthaltende Aufzeichnungen des Testators neben und außer dem Testamente, welches jetzt in der Regel nur das Allgemeineren und Nothwendige enthält. Wegen des leicht möglichen Mißbrauches dürfen solche Geheimbücher jedoch immer nur Ergänzungen und nähere Bestimmungen des im Testamente selbst Angeordneten, worauf in diesem ohnedieß verwiesen worden, enthalten; wirkliche Abänderungen oder durch veränderte Umstände veranlaßte neue Verfügungen in den Geheimbüchern können daher keine rechtliche Geltung haben<sup>84</sup>).

Aus dem Rechte der Forderungen endlich ist die besondere Ordnung der Gläubiger im Concurse nach Lüb. Rechte hervorzuheben. Voran steht 1 Jahr Rente, Heuer, Dienstlohn, Kostgeld, welche Forderungen *ratione quanti* keines weiteren Beweises bedürfen, sofern nur die Profitenten unberüchtigte Leute sind. Diesen gleich stehen Begräbniskosten bis 40 Mark (III. 1 a. 11). Zu den privilegierten Forderungen gehören hiernächst: gemeiner Stadt Schuld, Kindergeld vor dem Rathe ausgesprochen, treue Hand durch Untreue verrückt, Kinder —, armer Leute —, Gotteshäuser — Geld (III. 1 a. 12)<sup>85</sup>). Hieran schließen sich die Pfandgläubiger, endlich die Buchschulden. Mit Rücksicht auf Stat. III. 1 a. 3; III. 4 a. 1 u. III. 6 a. 1 hat sich ein eigenthümliches Gewohnheitsrecht gebildet, demzufolge alle innerhalb der letzten vier Wochen vor dem Ausbruche eines Concurse vom Gemeinschuldner gekauft oder auch nur ihm überlieferten und unbezahlt gebliebenen Güter, ohne Rücksicht auf einen dolus, aus der Masse

83) Ueber das Geschichtliche der Testamentsexecutoren vgl. Pauli a. a. D. S. 306—339, deren vogteiliche Grundlage in einer meisterhaften Abh. daselbst nachgewiesen ist.

84) Pauli a. a. D. S. 227.

85) Das im Statut noch den unentgeltlichen Anlehen beigelegte Privilegium ist aufgehoben durch Verordn. v. 6. Febr. 1819.

vindicirt werden können. Ebenso sind Verkäufe und Verpfändungen von Immobilien, die innerhalb vier Wochen vor dem Concurse vom Gemeinschuldner angenommen sind, ungiltig.

Für den in *via executionis* zu erlangenden Schuldarrest hat sich observanzmäßig ein besonderes sogen. *Fangzettelfverfahren* gebildet mit Hinsicht auf Stat. I. 3 a. 1 u. III. 1 a. 1. Hiernach ist der Gläubiger befugt, seinen verurtheilten, die Zahlung jedoch nicht leistenden, noch durch Bürgschaft sichernden Schuldner verhaften zu lassen; zu welchem Ende er einen Fangzettel vom Gerichte erwirken muß. Eine präclusivische Frist hierfür ist nicht vorgeschrieben, nur darf der Gläubiger die etwaige Güterabtretung des Schuldners nicht genehmigt haben; auch muß er auf die Güter desselben nunmehr völlig Verzicht leisten, und Schloßer und Axtner gebührend verbürgen.

Zum Schlusse ist noch der *Annalverjährung*<sup>86)</sup> des Lüb. Rechtes zu gedenken. Ursprünglich eine *Extinctivverjährung* für bestimmte Rechtsverhältnisse, hat sie jetzt, sofern dieselbe nach altem Rechte die Eigenthumsansprüche ausschloß, und die Erfordernisse der römischen ordentlichen Verjährung mit dem Besitze verbunden sind, die Wirkungen der *Usucapion* angenommen. Nur von Gut, das über See und Sand gekommen ist, schügt die *Annalverjährung* den Besitz, selbst wenn es als gestohlen und geraubt angesprochen werden sollte (VI. 5 a. 5). Die Zeit der *Annalverjährung* des Lüb. Rechtes war zwar ursprünglich unzweifelhaft von 366 Tagen; nach neuerem Gebrauche ist jedoch die sächsische Frist von Jahr und Tag recipirt; jedoch läuft die Verjährung nicht gegen Abwesende. Die einzelnen in den Statuten erwähnten Fälle ihrer Anwendung sind folgende: Als *Acquisitivverjährung* kommt sie vor bei Immobilien, wo die Verlassung vor dem Rathe den Titel bildet; ferner bei Mobilien überhaupt; nach einer *Usualinterpretation* von Stat. I. 8 a. 2 auch bei *Servituten*. Als *erlöschende Verjährung* wirkt sie für das *Impugnationsrecht* der im Stadtbuche verzeichneten Acte, namentlich Verlassungen und Verpfändungen, Vergabungen von Immobilien, Ansprüche der Eltern an die Kinder (V. 6 a. 1; III. 6 a. 1, 2 u. 3; I. 6 a. 2); ferner für den Anspruch auf *Evictionsleistung* von Seiten des Verkäufers eines Immobile (III. 6 a. 1); für den Anspruch auf *Erbschaften* oder *Legate* (II. 2 a. 14; II. 1 a. 9); für den Anspruch auf *Wiedererlangung* einer verlorenen *Mauergerechtigkeit* (III. 12 a. 5); für die *Ansprache* eines eigenen Mannes (I. 3 a. 3).

B—n.

**Landstände**<sup>1)</sup>. I. Begriff. Bei der mannigfachen Gestaltung der landständischen Verfassungen in den verschiedenen Staaten

<sup>86)</sup> J. G. Heineccius, de praescr. annali iur. Lub. Hal. 1734. II. Brehmer, diss. de annali iur. Lub. praescript. Jenae 1822.

<sup>1)</sup> Literatur: Nachweisung älterer Werke in Pütter's Literatur des



und in den verschiedenen Epochen ihrer Entwicklung, bei den sich widerstreitenden Ansichten über das eigentliche Wesen und die Bestimmung der Landstände, ist es fast unmöglich, in der Kürze eine Alles umfassende und Allen genügende Begriffsbestimmung aufzustellen. Landstände — sagt J. J. Moser<sup>2)</sup> — sind und heißt derjenige *Corpus* derjenigen Unterthanen (Personen und Gemeinheiten), welche kraft der Landesfreiheiten und des Herkommens von dem Landesherrn in gewissen Landesangelegenheiten um ihren Rath oder auch ihre Bewilligung angesprochen werden müssen, oder auch sonst mancherlei des Landes Wohlfahrt betreffende Sachen zu dirigiren, zu veranstalten oder auch dabei etwas zu sagen haben. An einer anderen Stelle seines Werkes<sup>3)</sup> erklärt er — und es dient dieses wesentlich zur Erläuterung und Ergänzung jener Definition — die Landstände für die Repräsentanten des Landes, in *favorabilibus et odiosis custodes legum et iurium patriae*, Vorsteher und gleichsam Vormünder des Landes. Moser ist, wie man schon hieraus ersieht, gleich weit entfernt, die Landstände für eine bevorzugte Classe von Landeseingesessenen zu halten, die nur berufen sind, je ihre Rechte oder ihres besonderen Standes *Particular-* oder *Sonderrechte* und Interesse bei dem Landesherrn zu vertreten; oder für einen Verein von Unterthanen, welche der Landesherr nur zusammenruft, um sich etwa über die Wünsche und Ansichten des Landes zu unterrichten. Was das erste betrifft, so erklärt es Moser<sup>4)</sup> für die Hauptpflicht der Landstände, auf das gemeinsame Beste des ganzen Landes und *Corporis*, nicht aber auf den *Privativvortheil* ein oder der anderen Classe, noch viel weniger einzelner Personen zu sehen. — Was dem einen wohl oder wehe thut, sagt er, müssen auch die übrigen als ihr gemeinsames Wohl und Wehe ansehen und behandeln; nicht aber eine Classe einen *Vortheil* allein haben oder mit *Nachtheil* der anderen suchen wollen. Was das Verhältniß der Landstände zu dem Landesherrn angeht, so bezeichnet er sie als die gebornen Räte desselben, aber setzt er hinzu<sup>5)</sup>: Die Landstände seynd überall, wo dergleichen anzutreffen, mehr als bloße Räte.

---

teutschen Staatsrechtes Bd. III, S. 275, und in der Klüber'schen Fortsetzung (Bd. 4) S. 1056. Angabe der Schriften über ältere Landstände und deren Geschichte sowohl überhaupt als in den einzelnen Ländern (doch nicht ganz vollständig) in F. W. Unger's Geschichte der teutschen Landstände Bd. 1 (Hannover 1844), S. XI—XXXVIII; über ältere und neuere Landstände (Quellen und Schriften): H. A. Zacharia, teutsches Staats- und Bundesrecht Bd. 1, S. 54, 336, 340. Es sollen die Hauptwerke und Schriften in diesem Artikel an den geeigneten Stellen angeführt werden.

2) J. J. Moser, von der teutschen Reichsstände Landen, deren Landstände, Unterthanen, Landesfreiheiten, Beschwerden u. s. w. Frankf. u. Leipzig 1769. 4. (das reichhaltigste Werk über unseren Gegenstand) S. 322.

3) Ebendasselbst S. 843.

4) Ebendasselbst S. 845.

5) Ebendasselbst S. 840.

Dann ein Rath bleibt ein Rath und seine Meinung ein bloßes Gutachten: Ist es auch noch so gut, klug, gründlich, dem Herrn, seinem Hause und dem Lande erspriesslich, der Herr denkt aber anders oder will wenigstens dem guten Rath nicht folgen, so kann er nicht dazu genöthigt werden. Hiegegen sind überall in denen Landes-Grundgesetzen gewisse wichtige in des Landes Regierung, Wohl und Wehe einschlagende Fälle ausdrücklich bestimmt, in welchen die Mit-Einwilligung der Landstände dazu erfordert wird, wann der Regent dieses oder jenes soll thun oder lassen können. Wann dahero einige teutsche Regenten nunmehr den Grundsatz entweder bloß ipso facto aufstellen, oder auch kein Bedenken tragen: es in ihren Resolutionen zu äußern, daß denen Landständen nichts als gloria obsequii und das bloße ministeriale übrig bleibe und zustehe, nämlich Werkzeuge abzugeben, dasjenige was der Herr will oder befiehlt zu vollstrecken, zu repartiren, einzuziehen, ihm zu liefern u. s. w., so handeln solche Regenten nicht nach Recht und Billigkeit, sondern widerrechtlich und gewaltsamer Weise. So der alte Moser, der Vater der teutschen Staatsrechtswissenschaft, dessen Schriften und Lehren wir denjenigen unserer neueren Publicisten, welche, auf den Alleinbesitz historischer Kenntniß pochend, ihr jesuitisch-diplomatisches Gebräu als das wahre Staatsrecht verkaufen wollen, und jede andere Ansicht mit der Bezeichnung unteutsch, unhistorisch, idealistisch, revolutionär, zu verkehern und zu ächten suchen, doch mehr als es bisher von ihnen geschehen ist, zur Beachtung empfehlen möchten.

Eine ähnliche, wenn auch kürzer gefaßte Definition von Landständen, wie Moser, gibt auch Häberlin<sup>6)</sup>. Nach Klüber

---

6) Häberlin, Handbuch des teutschen Staatsrechtes Bd. 2, S. 28: Landstände heißen Personen oder Gemeinheiten, ohne deren Beiwirkung gewisse Landeshoheitsrechte von dem Regenten nicht ausgeübt werden können und die daher das Recht haben, auf allgemeinen Landtagen, welche zu dem Ende gehalten werden, Sitz und Stimme zu führen. — So auch Reiff's Lehrbuch des teutschen Staatsrechtes S. 43, jedoch mit einem principiellen und auch für die neuere Zeit wichtigen Zusage, den ich in der Allgemeinheit, wie er aufgestellt wird, entschieden für unrichtig halte. Landstände, sagt er, sind diejenigen physischen und juristischen Personen, welche kraft ausdrücklicher particularer Grundgesetze oder Obervanz, ihres Landeigenthums wegen zur Ausübung gewisser Regierungsrechte mitzuwirken, und deswegen zum Sitz- und Stimmrechte auf allgemeinen Landesversammlungen berechtigt sind. Bei den Städten nämlich kann schwerlich das Grundeigenthum als die Grundlage ihrer Land- (oder Reichs-) Standschaft betrachtet werden, weder der Grund und Boden, auf welchen die Stadt selbst gebaut war, noch weniger die anderweitige Grundbesitzung der Stadt. Als freie, Niemand zinspflichtige Corporationen freier Männer hätten die Städte die Landstandschaft erworben. Ein ähnliches Verhältniß fand in den Städten selbst statt; an dem Stadtregimente nahmen Theil 1) die mit städtischem Grundeigenthum angeessenen (Voll-) Bürger, als Einzelne; 2) die Zünfte und Gilden, als freie Genossenschaften — nachdem nämlich alle Hörigkeit in den Städten erloschen war — junft- und gildenweise.

sind Landstände Staatsbürger, die kraft der Staatsgrundverfassung zu collegialischer Vertretung des Volkes bei der Staatsregierung für bestimmte Staatsverhältnisse berufen sind. Die Verschiedenheit beider Erklärungen liegt nicht etwa darin, daß Klüber die Landstände für Vertreter des Volkes erklärt, denn in gleicher Weise bezeichnet sie auch Moser als Repräsentanten des Landes; wohl aber tritt in der Moser'schen Erklärung hervor, daß er die Landesrepräsentation als ein hergebrachtes Recht gewisser Personen und gewisser Gemeinden betrachtet, wie es den älteren Verfassungen gemäß ist, während Klüber davon ausgeht, daß die Landesvertretung ein allgemeines, ein Volksrecht, kein Privilegium sei. Dieses ist aber nicht nothwendig so zu verstehen, daß das ganze Volk als ein Aggregat einzelner, unverbundener gleichberechtigter Individuen (und so gleichsam der ganze Organismus des Staates vorweg aufgelöst werde) gedacht werde, oder daß jeder Einzelne nun auch als solcher nothwendig und in gleichem Maße an der Volksvertretung (was nur mittelbar, durch Wahlrecht geschehen kann) Theil nehmen müsse; sondern nur a) daß kein Stand, keine Gemeinde von der Landesvertretung ausgeschlossen sein dürfe, wie dieses in allen neueren Verfassungen, z. B. auch der preussisch-provinzialständischen, angenommen ist; b) daß die Berechtigung, an den landständischen Geschäften unmittelbar Theil zu nehmen, der Regel nach mindestens, nicht ein selbigeines Recht, sondern eine durch das Vertrauen eines Theiles des vertretenen Volkes einer Gemeinde, Corporation übertragene Befugniß sein müsse, sowie denn diese Regel auch als solche allen neu organisirten Verfassungen zu Grunde liegt.

Indem wir nun zunächst unser heutiges deutsches Staatswesen, so weit sich dasselbe, bei seinen mannigfaltigen Gestaltungen, unter einen allgemeinen Gesichtspunkt bringen läßt, vor Augen haben, dürfte landständische Verfassung zu erklären sein als die Gestaltung der einherrschaftlichen Staaten, vermöge welcher dem Regenten eine zu gewissen Zeiten oder unter gewissen Umständen zusammenzubrufende Versammlung von Männern aus dem Volke zur Seite steht, welche berufen, die Wohlfahrt des Landes nach besten Kräften zu befördern, die Rechte der Gesammtheit, wie der Einzelnen zu vertheidigen, insbesondere an der Ausübung gewisser Hoheitsrechte, namentlich der Gesetzgebung und der Besteuerung, in verfassungsmäßiger Weise Theil nimmt. Landstände heißt jene Versammlung; auch wird wohl jedes einzelne Mitglied derselben (möge sein Recht nun ein eigen zuständiges oder durch Wahl einer Corporation oder einer Zahl wahlberechtigter Bürger übertragenes sein) Landstand genannt, wiewohl in dem letzteren Falle das Recht der Landtschaft nicht sowohl dem zeitlich an den landständischen Geschäften Theilnehmenden oder Erwählten, als vielmehr denjenigen, welche einen Abgeordneten zu senden berechtigt sind, zugeschrieben wird. Landtschaft ist die Bezeichnung für die Qualification als politisches Glied und Bestandtheil des Staatsgemein-

wesens an der Ausübung der Staatsgewalt Theil zu nehmen; von einer Landständenschaft kann in Teutschland erst die Rede sein, seitdem sich Länder oder Territorialgemeinwesen zu bilden angefangen hatten. Reichsständenschaft und Landständenschaft mußten eine verschiedene Gestalt gewinnen, da die Stände des Reiches immer mehr zu Inhabern einer vollkommeneren Staatsgewalt wurden, während die Stände in den Territorien immermehr sich der emporwachsenden Gewalt des Landesherren unterordnen mußten, aus seinen Genossen seine Unterthanen wurden.

## II. Die landständischen Verfassungen bis zur Errichtung des deutschen Bundes<sup>7)</sup>:

### A. Ursprung der Landstände.

Die unbeschränkte Herrschaft eines Einzelnen ist den germanischen Völkern bis in die Zeiten des 15. Jahrhunderts durchaus fremd gewesen. Nach den ältesten Nachrichten, welche wir von den germanischen

7) An einer Geschichte der deutschen Landstände fehlt es noch zur Zeit; begonnen hat eine solche Unger (s. Note 1), es ist davon aber nur der erste Band, welcher gewissermaßen die Vorgeschichte bis in das Jahrhundert nach dem Interregnum enthält, erschienen. — Werke, welche das Wesen der älteren Landstände darzustellen suchen und dabei auch auf deren Ursprung zurückgehen, um jenes daraus herzuleiten, außer Moser in seinem Note 2 angeführten Werke, B. G. Struv, Discurs und Ursprung, Unterschied und Gerechtsamen der Landstände in Teutschland, insonderheit im Herzogth. Mecklenburg, mit Anmerkungen von G. J. Jargow. Hamb. 1741. 4. — Einzelne Abhandlungen, Dissertationen, besonders über den am Ende des vorigen Jahrh. sehr bestrittenen Ursprung der Landstände: G. D. Strube, observat. de statu provincialium origine et praecipuis iuribus, in seinen observat. pr. et hist. 1738. p. 187 sq. J. Moser, patriot. Phantasien Bd. 4, Nr. 51. Pütter, Beiträge zum Staats- und Privatsfürstenrechte Bd. 1, Nr. VI. Häberlin, Grundzüge einer Geschichte der deutschen Landstände, in Schlozer's Staatsanzeigen Heft 67, S. 265 ff. Pöffe, über Staatseigenthum und das Staatsrepräsentationsrecht der deutschen Landstände (Kost. 1794), S. 187. — F. G. Lang, Prüfung des vermeintlichen Alters der Landstände. Götting. 1796. C. G. Weber, diss. I. II. de vera ordinum prov. tam in Germania generatim quam in Bavariae ducatu epocha recte constituenda. Lips. 1797. K. E. Jacobi, Auflösung einiger Zweifel über das Alter und das Repräsentationsrecht deutscher Landstände. 1798. K. J. Hartmann, über den Ursprung und das Verhältniß der Landstände. Nürnberg 1805. K. D. Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Stände in Teutschland, 2. Aufl. (1830), Abschn. IV. F. Mackeldey, de ordinum provincialium in Germania origine. Bonn. 1832. 4. So auch die wackerere Dissertation von F. Krüger, de veterum in Germ. provincialium ordinum origine atque natura. Götting. 1843. 8. Lehrreich sind insbesondere die geschichtlichen Werke über die landständische Verfassung einzelner Länder, namentlich ist unter diesen hervorzuheben: J. Rudhart, Geschichte der Landstände in Bayern. Heidelb. 1816. 2. Aufl. 1819. Freih. v. Freyberg, Geschichte der bayer'schen Landstände, 2 Bde. Sulzbach 1828. 1829. (nur bis zum J. 1594). B. W. Pfeiffer, Geschichte der landständ. Verfassung in Kurheffen. Cassel 1834. J. W. Raumann, Geschichte der Landstände des Markgrafenthums Niederlausitz und deren Verfassung, 1. Abth. Lübben 1843. 8.

Völkerschaften besitzen, lebten ein Theil derselben unter Königen, reges, wie sie die römischen Schriftsteller nennen. Wir haben darunter Hauptlinge zu verstehen, deren Anrecht auf ihre Würde sich zunächst auf Abstammung von einem alten Geschlechte, welches als erstes seines Stammes galt, und seinen Ursprung daher auch auf die Götter zurückzuleiten suchte, gründete; Hauptlinge, die daher auch in der Regel lebenslänglich in ihrer Stellung blieben und sie auf einen Nachfolger ihres Geschlechtes übertrugen<sup>8)</sup>. Das Erbrecht war aber niemals das allein Entscheidende, es mußte noch die Bestätigung des Volkes hinzukommen; weniger war noch die Erbordnung fest bestimmt, so daß häufiger eine in der Sippe ferner stehende Person vom Volke gewählt und bestätigt, als das alte Geschlecht ausgeschlossen oder übergangen wurde. Andere Stämme scheinen in den frühesten Zeiten keine Könige gehabt und daher (wie wir uns dieses nur erklären können) an der Spitze ihrer Gemeinwesen wechselnde, mehr durch Wahl als Erbgang berufene Hauptlinge gestanden zu haben. Aber auch die Macht jener Könige war so beschränkt, daß in der That unsere Unterscheidung zwischen Monarchie und Republik sich kaum auf jene ältesten germanischen Gemeinheitsverfassungen anwenden läßt<sup>9)</sup>. Die Entscheidung hing überall von dem Volke ab<sup>10)</sup>. Ob es in jenen frühesten Zeiten einen Adel, d. h. eine geschlossene Zahl von Geschlechtern mit bestimmten politischen Vorrechten, gegeben hat, gehört mindestens zu den sehr bestrittenen historischen Fragen; daß sie einen rechtlich festgestellten größeren Antheil an den Volksbeschlüssen hatten, ist am wenigsten nachzuweisen<sup>11)</sup>. Die königliche Gewalt bildete sich im Laufe der Zeit aber immer bestimmter aus. Zunächst scheint das Wachsthum derselben durch die Erweiterung der germanischen Gemeinwesen, durch die Entstehung größerer Staaten bewirkt worden zu sein. Wir finden dieses durch die Geschichte der skandinavischen Völker, der Deutschen in England, der Franken bestätigt. Die weitere Entwicklung eines Königthums in unserem Sinne bewirkte besonders die Bekanntschaft mit dem Römerthume, die Eroberung der von den Imperatoren beherrschten Länder, die durch die christliche Geistlichkeit gepflanzten, insbesondree

8) Vgl. Wilba's Strafrecht der Germanen S. 130. Damit ist jetzt aber zu vergleichen: Waiß, teutsche Verfassungsgeschichte Bd. 1 (Kiel 1844), S. 155, und insbesondree die, erst nachdem dieser Artikel fast vollendet war, erschienene gründliche und eigenthümliche Abhandlung von v. Sybel, Entstehung des teutschen Königthums. Frankf. 1844.

9) S. mein Strafrecht der Germanen S. 131.

10) Vgl. die Nachweisungen und Erzählungen in meinem Strafrecht der Germanen S. 30 u. 989.

11) Dieses führt besonders auch Waiß, a. a. D. S. 86, aus, der sonst das Dasein eines Adels in der vorfränkischen Zeit vertheidigt. Er und Sybel stimmen darin überein, daß außer dem Anrechte auf die Königswürde die Adeligen durchaus keine politischen Vorrechte hatten.

auch aus dem alten Testamente entlehnten orientalischen Vorstellungen und Lehren. Durch dieses Alles konnte aber ein absolutes Herrschertum, oder gar ein römisch-orientalischer Despotismus nicht gepflanzt werden. Wesentlich veränderte sich aber das teutsche Staatswesen durch die Ausbildung des Lehenwesens, durch eine immer scharfer hervortretende Gliederung der Stände, durch die Bildung, oder wenn man will die gänzliche Umgestaltung des Adels, die Hand in Hand ging mit dem Wachstume der königlichen Gewalt und der mit Bildung des Adels zusammenhängenden Auflösung des alten freien Standes. Ein Theil der Freien nämlich trat in den sich allmählig bildenden Ritterstand ein, während ein anderer und wohl größerer Theil durch Verringerung des Werthes seines Grundeigenthums oder unter Verlust desselben die Waffenehre und seine politischen Rechte einbüßte, und selbst zur Hörigkeit herabsank.

In einem Reiche wie das fränkische war, und selbst in den weniger zusammengesetzten Staaten, konnten allgemeine Volksversammlungen, wie sie in jenen kleineren älteren Gemeinwesen gehalten wurden, und über alle wichtigen Angelegenheiten entschieden, um so weniger stattfinden, als bei den vermehrten Bedürfnissen eines fortgeschrittenen Lebens, der wachsenden Ungleichheit des Vermögens die persönliche Theilnahme an öffentlichen Angelegenheiten, so weit sie nicht dem nächsten Kreise angehörten, zur Last geworden war, und mit den wachsenden Mühen des Lebens der Freiheitsstolz sich verlor. Die Reichsversammlungen, auf welchen die wichtigeren Angelegenheiten berathen und geordnet wurden, bestanden nun vorzugsweise aus den höheren Beamten, die vermöge ihrer Pflicht sich einsinden mußten, und den großen und mächtigeren Grundeigenthümern, aber es scheint nicht nur keinem freien Manne die Theilnahme versagt gewesen zu sein, sondern es war zugleich die Einrichtung getroffen, daß es niemals an einer Zahl von Leuten aus dem *minor populus*, d. h. den kleineren und auch nicht mit Immunitätsrechten versehenen Grundeigenthümern fehlte. Die Grafen hatten je eine Zahl derselben mit sich zu bringen. Es ist diese Einrichtung mit der des Schöffenthums, welches ebenfalls dadurch, daß das Besuchen der Dinge für den Gemeinfreien eine Last wurde, veranlaßt worden war, verwandt. Die Grafendinge dauerten neben den Reichsversammlungen fort, und Gesetze, durch welche die Volksrechte geändert werden sollten, mußten erst von diesen angenommen werden<sup>12)</sup>.

Es kann nun hier nicht einmal in einem allgemeinen Abrisse auseinandergesetzt werden, wie durch Immunität, Ausbildung des Lehenwesens, Erblichwerden der Reichsämtter und weitere Erwerbung von

<sup>12)</sup> Ueber die Volksversammlungen im fränkischen Reiche s. Unger's Geschichte der Landstände S. 80 flg.

Regalien ein Theil jener Großen zu mächtigen Kronvasallen, zu Territorialherren sich erhob, die den König fast nur als den Ersten unter Gleichen ansehen wollten; wie das Königthum und die Staatseinheit in Frankreich und England den Kampf siegreich durchkämpfte, während Teutschland zum Wahlreich wurde, in eine Menge der Staaten selbstständigkeits entgegengehender Territorien sich auflöste, und so das Reich allmählig eine Gestalt annahm, daß schon Publicisten des 17. Jahrhunderts es seines Kaisers ungeachtet als eine Art Bundesstaat darstellen konnten. Aus den Reichsversammlungen haben sich die späteren Reichstage, reichsständische Versammlungen entwickelt. Die Landstände, wenn wir deren Anfänge so weit zurückleiten wollen, stehen in naher verwandtschaftlicher Beziehung zu den Landesversammlungen. Wie um den Kaiser sich die Reichsversammlung vereinigte, so wurden auch größere Provinzialversammlungen von den Sendboten, dann von den Herzögen, die an ihre Stelle getreten waren, gehalten, welche dann aber mit Auflösung der Herzogthümer beschränkt und zersplittert worden sind. Diese Versammlungen waren wie die Reichsversammlungen zusammengesetzt aus den höheren Geistlichen, den Beamten und großen Grundeigenthümern, welche meist Vasallen geworden waren, Ministerialen, so wie auch Gemeinfreie daran Theil nahmen, in ähnlicher Weise, wie bei den Reichsversammlungen. Hier wurde besonders über allgemeine Angelegenheiten, Erhaltung, Wiederherstellung, Befestigung des Landfriedens, durch Ausführung dessen, was in dieser Hinsicht durch Reichsfügungen angeordnet war, und durch besondere Anordnungen, berathen<sup>13)</sup>. Im 11., 12., 13. Jahrhunderte werden vieler solcher Landdinge, Landtaidinge, Landtage, provincialia placita, communia terrae placita, placita populi, in verschiedenen teutschen Ländern erwähnt. Mit der im Laufe jener Zeit vorgegangenen veränderten Stellung der Fürsten, der sich bildenden Landeshoheit, der vollendeten Ständegliederung, der vernichteten Gemeinfreiheit, deren Stelle noch nicht durch die Städte ersetzt worden war, mußte sich allmählig auch der Charakter dieser Landtage ändern. Jene Landdinge (placita, wie sie wohl noch immer genannt wurden) hatten mehr den Charakter von Hoftagen angenommen; indem nun aber die höheren Geistlichen sich besonders nach Auflösung der Herzogthümer mehr daraus zurückzogen, die Gemeinfreien, welche, so weit sie nicht Vasallen geworden oder in die Städte gezogen waren, in die Hörigkeit herabgedrückt worden waren, mehr und mehr aus jenen Land- und Hoftagen ausschieden, so verwandelten sich diese fast ganz in Rittertage<sup>14)</sup>. Einen Blick in die allmählig vorgegangene Veränderung eröffnet insbesondere der Reichsbefehl zu Worms vom J. 1231. Hier wurde

13) S. Unger a. a. D. S. 115 flg. Krüger, de origine provincialium ordinum p. 40 sq.

14) Unger a. a. D. S. 176 flg., 193 flg., 232 flg.

gefragt: Si aliquis dominorum terrae aliquas constitutiones vel nova iura facere possit melioribus et maioribus terrae minime requisitis? und darauf beschlossen: Ut neque Principes, nec alii quilibet constitutiones vel nova iura facere possint, nisi meliorum vel maiorum consensus primitus habeatur. In dem Landfrieden von 1287 §. 49 heißt es aber: Was auch die Fürsten mit ihrer Landesherrn rat gesezen und machent diesem Landfrieden zu Besserung und zu Vestigung das mögen sie wohl tun und damit prechen sie des Landfrieds nicht. — Daraus ergibt sich aber sowohl das Aufstreben der Macht der Landesherrn, als die Beschränkung derselben, indem darin zugleich die Anerkennung des alten Grundsatzes enthalten ist, daß der freie Germane nur den Gesetzen unterworfen sei, die er selbst mit beschlossen und gesetzt hat; zugleich konnte es aber scheinen, als wenn jenes Recht der Freiheit nun lediglich ein Recht des Adels geworden sei; allein es ist dabei zu erwägen, daß auf den Reichs- wie auf den Landtagen nicht eigentliche Gesetze gegeben, sondern nur Beschlüsse gefaßt wurden, Gewaltthaten zu verhindern, den bestehenden Rechtszustand zu befestigen; der Autonomie der Landes- und Ortsgemeinden blieb es aber überlassen, ihre Verfassung zu ordnen, Strafnormen festzusetzen, und wenn es nöthig schien ebenso Bestimmungen über Verhältnisse des Privatrechtes zu treffen. — Manche Geschichtsforscher haben nun in jenen Landtagen, wie sie in den Ländern Deutschlands vom 10. bis 13. Jahrhundert in Uebung waren, die Landstände, die nur später eine festere Organisation und weitere Ausbildung erhielten, finden wollen. Dagegen hat man jedoch eingewendet, daß von einer landständischen Verfassung in damaliger Zeit noch keine Rede sein konnte, weil sich noch durchaus nicht ein Kreis bestimmter (physischer oder juristischer) Personen gebildet hatte, welche vermöge eines hergebrachten, eigenen Rechtes an jenen Versammlungen, Berathungen und Beschlüssen Theil nahmen; weil sich diese Personen noch nicht zu einer dem Landesherrn mit eigenem Recht gleichsam gegenüberstehenden Corporation vereinigt hatten u. s. w. Es war ein Recht des Fürsten, die eingefessenen Herren, Vasallen und Dienstmannen zusammenzurufen, und sie folgten dem Rufe mehr als Ausübung einer Amtesdienstpflicht u. s. w.<sup>15)</sup>, als um eine ihnen rechtmäßig zustehende Befugniß auszuüben; wiewohl dem Fürsten, so lange die landesherrliche Gewalt noch nicht ausgebildet, seine Rechte beschränkt und schwankend waren, seine Macht die der Großen, welche seine Landtage besuchten, noch keineswegs immer stark überwog, es sehr darauf ankommen mochte, sich der Zustimmung der Eingefessenen des Territoriums zu versichern, die ihm durch Rath und That Beistand leisten konnten, um sich mächtiger Nachbarn zu erwehren,

15) S. die höchst wichtige Stelle im schwäbischen Landrechte bei Bader-  
nagel c. 118, bei v. Passberg c. 139, v. d. Fahr c. 43. Vgl. auch Unger  
a. a. D. S. 177, und Eichhorn, Staats- und Rechtsgef. §. 221.



seine Fürstenselbstständigkeit dem Kaiser gegenüber zu befestigen. Eichhorn<sup>16)</sup> bemerkt daher: Ob man berechtigt ist, die auf solchen Landtagen versammelten Herren und Ritter Landstände zu nennen, hängt davon ab, in welchem Sinne man dieß Wort gebraucht. Versteht man darunter nichts als einen vor den übrigen Unterthanen privilegierten (?) Stand, der vermöge der vielfachen Verhältnisse, in welchen er mit dem Landesherrn stand, Einfluß auf die Regierung hatte, so gebührt ihnen jener Name gewiß, denkt man sich aber unter diesem Ausdrucke eine dem Landesherrn etwa in dem Verhältnisse, wie das Kapitel dem Bischof oder die Reichsstände dem Kaiser entgegengesetzte, durch eine eigenthümliche Verfassung eng verbundene Corporation, wohl gar mit der Befugniß, das gesammte Land zu repräsentiren, so gebührt er ihnen freilich nicht. Unger sucht dagegen nachzuweisen, daß auch in jenen Hof- und Rittertagen noch die Idee, welche den Volksversammlungen zu Grunde gelegen hatte, die Staatsidee, keineswegs ganz erloschen war, wie es da der Fall ist, wo nur ein Aggregat geschiedener und daher auch widerstreitender Sonderinteressen repräsentirt werden soll. Seit der Mitte des 13. Jahrhunderts zeigt sich nun aber die Erscheinung, daß jene alten Landtage seltener zusammentamen, ja in manchen Ländern ganz aufhörten<sup>17)</sup>. Bei dem Wachsthum der fürstlichen Gewalt, dem Mangel einer bestimmten Berechtigung gewisser Personen an den Verhandlungen über allgemeine Landesangelegenheiten Theil zu nehmen, fanden es die Landesherren wie es scheint angemessener, statt sich öfter mit einer großen Versammlung zu umgeben, sich zu Rath und Hilfe nur einen engeren Kreis von jenen Männern, welche auf den Landtagen zu erscheinen pflegten, zuzugesellen, aus welchen dann allmählig ein fürstliches Rathscollegium hervorging<sup>18)</sup>. Gleichzeitig mit dieser Veränderung wurden auch in den einzelnen, namentlich größeren Territorien Hofgerichte eingerichtet, welche an die Stelle der allgemeineren Volksgerichte (echten ungebundenen Dinge, placita legitima) traten und an welche nun auch die Streitigkeiten gebracht werden mußten, die früher auch auf jenen Landtagen entschieden zu werden pflegten. Während sich so die Theilnahme der Landeseingewessenen an den öffentlichen Angelegenheiten immer mehr

16) Staats- und Rechtsgesch. S. 309, Note a.

17) Die letzte Spur eines solchen Landtages in Niederbayern findet sich im J. 1244. S. Rudhart, Gesch. der Landstände in Bayern S. 22. In Württemberg kamen sie gegen 1300 außer Übung; etwas später wie es scheint auch in Sachsen. In einer Urkunde Herzog Heinrich's von Braunschweig vom J. 1309 heißt es: Esi proprietas honorum iure terrae consuetudinario dari debeat in comicio (Landtag?), verum quia id in desuetudinem propter defectum abiit comicilii, necessario aliis adminiculis quaesitis et habitis huiuscemodi datio in publicum redigitur noconem. Vgl. Krüger l. c. p. 28.

18) Bes. Krüger l. c. p. 32. Meyser, Sammlung württemb. Gesetze Bb. 1, Einleitung S. 84.

verringerte, hatte sich ein ganz anderer Zustand der Dinge allmählig vorbereitet; das Lehenswesen hatte seine höchste Entwicklung bereits erreicht, die Territorialgewalt ging ihrer eigentlichen Ausbildung aber mehr entgegen; die Städte und mit ihnen ein neuer Freiensstand waren emporgewachsen. Eine neue gesteigerte Theilnahme der Landeseingesessenen gestaltete sich nun in anderer Weise. Es wuchsen die Ansprüche, welche die Landesherren an dieselben machten; die Einkünfte aus den auch zum Theil bereits verpfändeten (Kammer-) Gütern reichten nicht mehr hin, um die Ausgaben für die kostbarer gewordenen Hofhaltungen und den Aufwand zu bestreiten, welchen Fehden und Streitigkeiten verursachten, und namentlich manche Verwaltungseinrichtungen, die man zum Besten des Landes treffen mußte, weil bei der Schwäche und Beschränktheit der Reichsregierung jedes Territorium und jedes Gemeinwesen sich fast ganz auf sich selbst angewiesen sah.

In der Zeit, als die Ungleichheit des Vermögens in einer wohl früher nicht gekannten Weise hervortrat, die Großen auf Kosten der Freiheit und des Besizthums der Gemeinfreien ihre Macht immer mehr zu vergrößern suchten, und so nach und nach eine Standeshierarchie von Hörigen, Freien (deren Zahl und Bedeutung immer geringer wurde), Rittern und Herren sich ausbildete, da gab es vorzüglich ein Mittel, um der andringenden offenen Gewalt und den übrigen mehr unbemerkt heranschleichenden Gefahren zu widerstehen; es war dieses Einigung zu gegenseitiger Hilfe und Beistand. Die alten Gilden — gleichsam erweiterte Familien, durch Eid bestärkte Geschlechtseinigungen — hatten in gewisser Weise das früher für die Privatsicherheit gewährt und zum Theil bezweckt, was man jetzt durch ähnliche Bündnisse mehr auf dem Gebiete des öffentlichen Lebens zu erreichen strebte. Das Recht der Einigung ist daher fortwährend als ein Recht der Freiheit, deren Wehr und Wall es war, betrachtet worden, so oft die Fürsten sich auch veranlaßt fanden, ihm wenn auch nicht allgemein, doch bald hier bald da, bald in dieser bald in jener Aeußerung und Form entgegenzutreten; sowie sich auch nicht verkennen läßt, daß wie von jeder, so auch von der durch Einigung erlangten Macht sich ein unrechter verderblicher, wie ein gerechter wohlthätiger Gebrauch machen ließ und gemacht worden ist. Die Gilden in den Städten, oftmals von den Fürsten, den Kaisern selbst auf deren Andringen verboten, zeitweilig wohl auch unterdrückt<sup>19)</sup>, waren es vorzüglich, welche den Freien, die in denselben ihren Wohnsitz aufschlugen, es möglich machten, ihre Freiheit zu bewahren, es dahin zu bringen, daß Freiheit und Bürgerthum gleichbedeutende Begriffe wurden (so daß selbst über die Stadtmauern hinaus das Pfahlbürgerthum eine Zuflucht gegen Hörigkeit und Unterdrückung wurde), die Unabhängigkeit der Städte zu erkämpfen, ein

19) Mein Gildenwesen im Mittelalter S. 167 flg.

freies Stadtre Regiment zu begründen. Die Zünfte, wie die Gilden der Handwerker vorzugsweise genannt zu werden pflegten, machten es dem geringeren Bürgerstande, den Handwerkern, Kleinhändlern u. s. w. möglich, einem drückenden Patricierregimente, in welches die Herrschaft der mit städtischem Grundeigenthume angeessenen Urbürgergeschlechter überzugehen drohte, oder wohl schon übergegangen war, zu begegnen, und sich selbst einen Antheil an der Stadtregierung zu verschaffen. Auch in anderen Kreisen machte man von diesem Mittel Gebrauch, wenn man auch nicht die Form und das Wesen der alten gildenmäßigen Einigungen überall dabei aufnahm. Je mehr die bevorrechteten Landeseingesessenen, die Herren und Ritter, — denen sich auch, von gleichem Interesse geleitet, die geistlichen, grundbesitzenden Corporationen und die Städte, oftmals gleich, oft später anschlossen, — der Gefahr inne wurden, die ihnen aus der wachsenden Gewalt der Landesherrn erwuchs, um so mehr sahen sie sich auch auf ein Zusammenschließen und Zusammenhalten hingewiesen. Sowohl aber die Gilden nicht bloß Sicherung des Rechtes, sondern gegenseitige Unterstützung, Beförderung der Gesamtwohlfahrt der Mitglieder nach einer gewissen Seite hin zum Zweck hatten, so war es auch bei jenen Einigungen der Stände oftmals der Fall, indem sie gleich anfangs hier und da begründet wurden oder es sich nachmals zur Aufgabe stellten, für das Wohl des Territoriums in einer durch die Umstände erfordernden Weise zu sorgen und zu wirken, und dieß um so mehr, als die erforderliche Hilfe und Vorforge vom Reiche nicht gehofft werden konnte<sup>20</sup>). Die erste Spur einer Einigung der Stände zum gemeinsamen Handeln findet sich schon im J. 1247 in Hessen, wo Grafen, Freiherren und Ritter sich vereinbarten, Heinrich Herzog von Brabant unter vieren, die auf die Landesherrschaft Anspruch machten, den Vorzug zu geben, und sich — wie der Chronist erzählt — zusammen verbunden bey ihrem Eide, Ehren und Treuen, todt und lebendig bei einander zu stehen und zu halten. Es erwuchs aber damals aus dieser Vereinbarung noch keine bleibende Ständeeinigung<sup>21</sup>). — Für den Ursprung der Stände in Bayern, über deren Geschichte wir besser unterrichtet sind als von der eines anderen Landes, ist besonders von Wichtigkeit der Rittertag zu Schnaitpach im J. 1302. Er bezeichnet gleichsam den Uebergang von den alten Landtagen in die damals im Werden begriffene landständische Verfassung, sowie er die Verschiedenheit derselben erkennen läßt und uns Veranlassung und Art des Entstehens der Ständeeinigungen von einer anderen Seite zeigt. Von Geldnoth gebrängt hatten die Herzöge Rudolf und Ludwig selbst die Grafen, Freien und Dienstmannen und alle Edle, die Angeseßenen in dem Bisthomanne zwischen

20) Eichhorn, Staats- und Rechtsgeschichte S. 424.

21) Krüger, commentatio de provincialium ordinum origine p. 49. B. B. Pfeiffer, Geschichte der Landstände in Kurhessen S. 18.

Isar und der Donau u. s. f. zusammenberufen, und sie um eine gemeine Viehsteuer gebeten; der Adel sollte ihnen (den Herzögen) nämlich erlauben, die Viehsteuer von seinen (des Adels) Leuten zu nehmen. Man willfahrte den Landesherren, doch so, daß sie geloben mußten: fürbaß keine gemeine Steuer mehr an ihren Leuten und Gütern zu suchen, und gestatten mußten, daß sich die Genannten durch Schwur vereinten, ihnen (den Herzögen) keine Steuer mehr zu geben, und auch jeder, der ihnen helfen würde keine Steuer mehr zu geben, daran nichts wider die Fürsten gethan haben solle<sup>22)</sup>. Bedeutender und bezeichnender für jene Zeit ist aber noch die von der Ritterschaft in Niederbayern im J. 1311 geschlossene, und vom Herzog, der gegen Veräußerung eines Theiles seiner Gerichtsbarkeit sich die Mittel zur Deckung seiner Schulden verschafft hatte, in der berühmten Ottonischen Handveste bestätigte Einigung. In diese wurden auch schon die Städte, 21 an der Zahl, mit aufgenommen<sup>23)</sup>, doch ist es streitig, ob dieses gleich Anfangs 1311 oder erst 1347 geschah<sup>24)</sup>. Es war in derselben nicht nur dem Adel (den Landherren, Grafen, Freien und Dienstmannen) das Recht bestätigt worden, sich, wenn der Herzog oder seine Amtsleute ihre Rechte kränken wollten, zu wehren, an einen anderen Herrn zu halten oder sich fremder Hilfe zu bedienen, sondern es sollte die Handveste auch an die Städte gehen, welche die Steuer reicheten, und sollen dann arm und reich schwören, dasselb zu behalten und auch einander geholfen zu sein, ob von uns (dem Herzog) oder unseren Amtsleuten das wird überfahren.

Es sind diese Bündnisse, die wir in Ober- und Niederbayern zu verschiedenen Zeiten sich erneuern sehen, die bei den Landestheilungen bald auseinander gerissen wurden, bald auch zusammenblieben oder doch in gemeinsamen Angelegenheiten zusammenstanden, jedoch erst die Anfänge der nunmehr in jener bezeichneten Weise sich bildenden landständischen Verfassung, denn erst später traten auch die Prälaten hinzu, und erst allmählig nahmen diese Verbindungen den Charakter einer beständigen und bleibenden Einigung, aus Adel, Prälaten und Städten bestehend, an<sup>25)</sup>. Einen ähnlichen Entwickelungsgang hat dann, bei aller Verschiedenheit im Einzelnen, die landständische Verfassung in anderen teutschen Territorien genommen. Die älteste bleibende Einigung der Stände (Prälaten, Ritterschaft und Städte) ist die des Bisthums Münster, im J. 1346 geschlossen, deren Ursprung

22) S. Rudhart a. a. D. Bd. 1, S. 50. v. Freyberg a. a. D. Bd. 1, S. 172.

23) Abentin. annales Boior. VII. 459.: Unde viginti quoque urbes atque oppida ab hiis nobilibus in societatem ascita sunt.

24) Ueber diese Ottonische Handveste s. Rudhart a. a. D. S. 60. v. Freyberg a. a. D. Bd. 1, S. 199 flg.

25) Rudhart, Gesch. der bayer. Landstände Bd. I, S. 140, 143.

J. M ö s e r erzählt hat<sup>26)</sup>. Wiewohl wir über die Anfänge der Stände-  
 verbindungen im Herzogthume Braunschweig-Lüneburg keine so bestimmte  
 Nachricht besitzen, so lassen doch Urkunden und andere historische Nach-  
 richten keinen Zweifel darüber, daß sie schon im J. 1355 bestand  
 und wirksam in die Geschichte des Landes eingriff<sup>27)</sup>. In Salz-  
 burg gab im J. 1387 die Gefangenschaft des Erzbischofs die Veran-  
 lassung, daß das Capitel, der Bischof von Chiemsee, der Abt von  
 St. Peter mit einigen von der Ritterschaft und den Städten mit Wil-  
 len und Gunst anderer Landleut und Städte sich vereinigten<sup>28)</sup>, um zu  
 des Erzbischofs und aller der sein Land und Leut Nutz und Ehr und auch  
 Frommen in allen Sachen zu handeln und zu schaffen. Zur Abwehr  
 unrechter Gewalt und Vertheidigung ihrer Rechte wurde die Einigung  
 von Rittern und Städten, ohne Theilnahme der Geistlichkeit, im J.  
 1403 erneuert<sup>29)</sup> und von dem Erzbischof selbst bestätigt<sup>30)</sup>. Die aus  
 zweispaltigen Bischofswahlen im Erzbisthume Trier entstandenen Par-  
 teiungen und Unruhen, die mißlichen Folgen, welche diese für des  
 Landes Wohlfahrt gehabt hatten, gaben im J. 1456, bei der damaligen  
 Krankheit des Erzbischofs, welche sein baldiges Ende erwarten ließ,  
 den Herren, Rittern und Städten Veranlassung, um dergleichen in  
 Zukunft vom Lande abzuwenden, und damit sie alle gemeinlich und  
 jeglicher besonders bei ihren Rechten gelassen würden, zu Nutz, Heil  
 und Wohlfahrt des Stiftes Trier und seiner Unterthanen gemeinlich  
 in treuer Freundschaft und Glauben sich zusammenzuthun und zu ver-  
 binden. Sie wollten — versprachen sie sich einander — Niemand als  
 Erzbischof anerkennen, bis sie sich darüber vergewissert hätten, daß er  
 in rechtmäßiger Weise ihr Landesherr geworden, eidlich gelobt und ver-  
 brieft hätte, alle Mannen, Getreuen und Hinterlassen bei ihren Rech-  
 ten, hergebrachten, löblichen Freiheiten und guten Gewohnheiten zu  
 lassen und bis er die Versicherung ertheilt hätte zum Nutzen, Wohl-  
 fahrt und Heil des Stiftes und seiner Unterthanen zu regieren; sollte  
 aber dennoch jemand in seinen Rechten und Freiheiten gefährdet und  
 gekränkt werden, so wollten sie mit Rath und That, Leib und Gut  
 einander Beistand leisten; dieß aber vorzüglich, wenn der Bischof es

26) M ö s e r, patriot. Phantasien Bd. 4, S. 208 fig.

27) S. Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. Bd. 3, S. 256, Anmerk.  
 S. 424.

28) Unparteiische Abhandlung von dem Staate des hohen Erzstiftes Salz-  
 burg S. 236.

29) Daß solcher Gewalt nit mehr geschē, daß das Gotteshaus, Land und  
 Leute und wir bey Würde, Rechten, Ehren und Nutzen bleiben, haben wir uns  
 obbenannt Ritter und Knecht und Stette einträchtlich vereint, bey einander zu  
 bleiben.

30) Es heißt in der Bestätigung dieses Friedensbriefes: daß für uns komen  
 unser lieben getreuen — und haben uns fürgelegt, klagt — mancherley groß  
 Gebrechen und Beschwerungen, der sie nit lenger ermöchten, und darum sie sich  
 mit einander verbrieft haben.

versuchen würde, durch Bullen und Briefe (kaiserliche Privilegien) die bestehenden Rechte und Freiheiten zu kränken<sup>31)</sup>. Zwar wurde diese Einigung, welche die Gültigkeit der Bischofswahl gleichsam von einer Cognition der Stände abhängig zu machen schien, auf Betrieb des nachmals erwähnten Erzbischofs Johann, vom Kaiser für nichtig erklärt, und der päpstliche Bannfluch darüber ausgesprochen, aber es hatte dieses keine anderen Wirkungen, als die Verbote, welche zu Zeiten gegen die Bürgereinigungen in Städten, gegen die Gilden und Zünfte der Handwerker gerichtet wurden. Denn das Fortbestehen der Einigung wird durch die ganz mit der vorigen übereinstimmende Erneuerungs-urkunde vom J. 1501 bezeugt.

#### B. Beschaffenheit der alten Landstände.

So sehen wir im Laufe des 14. und 15. Jahrhunderts fast in allen Territorien solche Vereinigungen der Stände hervortreten. Zu einem besonderen, oftmals vorübergehenden Zweck begründet, z. B. um sich gegen Wiederholung einer Steueranforderung, der sie gewillfahrt hatten, sicher zu stellen, und daraus kein Herkommen erwachsen zu lassen, um ihre Rechte und Interesse bei einem Regierungswechsel, zumal wenn die Nachfolge streitig war, sicher zu stellen und wahrzunehmen, bildeten sie anfangs oft nur mehr eine vertragsmäßige Societät, die erst bei wiederholter Erneuerung oder Fortdauer des Bundes zu einer Corporation sich verfestete. Es bildete sich eine bestimmte Verfassung derselben, und zwar oft mit ungleicher Berechtigung der Theilnehmer, welche dem alten Genossenschaftswesen überhaupt nicht widerstritt. Die Theilnahme überhaupt, welche anfangs sicher nur von dem freien Willen derer, die durch ihre politische Selbstständigkeit dazu befähigt waren, abhing, wurde im Laufe der Zeit ein hergebrachtes Recht gewisser Personen, wie es bei allen ähnlichen Einigungen in jener Zeit der Fall war, wo alle Rechte immer zu Sonderrechten wurden. Es umschlossen diese Ständegenossenschaften, welche in der Regel aus Prälaten, Herren und Rittern, Städten, zuweilen auch aus den Bauergemeinden bestanden, die ganze oder doch überwiegende politische Kraft des Landes. Daher denn auch die Ständeeinigung nachmals die *Landtschaft*, d. h. die ganze Landesgemeinde im Gegensatz zu allen einzelnen Ständen, Corporationen und Individuen, auch wohl *das Land* genannt wurde. *Landtschaft*, *Land* bezeichnet hier nicht, wie sich von selbst versteht, das Territorium, wie in *Land* und *Leute*, sondern die Eingefessenen desselben, und zwar diese insofern sie nicht *Leute* (Untergebene), sondern freie, selbstberechtigte Männer waren; *Land*, *Landtschaft* ist also gleichbedeutend mit *Volk*, sofern wir darunter den Inbegriff der vollberechtigten Staatsbürger verstehen. Erst im Laufe der

<sup>31)</sup> Hontheim, hist. Trevir. dipl. T. II. p. 423. S. auch Krüger l. c. p. 42.

Zeit wurde die Landschaft mehr eine von dem Lande verschiedene (engere) Körperschaft.

Was die Stellung der Landschaft zum Landesherrn betrifft, so war sie eine von der späteren wesentlich verschiedene. Wiewohl der Landesherr diejenigen Rechte, aus welchen sich die Landeshoheit entwickelt hat, die gewissermaßen die Grundlage derselben ausmachten, als ein eigenes, erbliches Recht besaß, so war doch selbst im 14. und 15. Jahrhunderte die Vorstellung, daß Herrscherrechte lediglich und unbedingt in fester Ordnung durch Erbgang erworben werden, worauf jetzt die Festigkeit unserer Monarchien beruht, noch keineswegs in derselben Weise herrschend geworden. Wie bei den Germanen Abstammung und Wahl gleichsam zusammen die Königswürde gaben, so stand auch nach manchen Landesverfassungen den Ständen das Recht zu, unter mehreren Söhnen oder Agnaten des verstorbenen Landesherrn Einen zu wählen. So in Holstein<sup>32)</sup>, Braunschweig-Lüneburg<sup>33)</sup>, Ostfriesland, Lippe<sup>34)</sup>. Theils sollte durch dieses Wahlrecht das Land ungetheilt erhalten werden<sup>35)</sup>, theils aber übten es die Stände und ließen es sich noch besonders zusichern, um untüchtige Regenten ausschließen zu können<sup>36)</sup>, oder die Erhaltung der Landesfreiheiten zu sichern<sup>37)</sup>. Besonders trat aber ein solches Wahlrecht der Stände wohl nach Abgang einer regierenden Linie oder eines regierenden Hauses ein. So bekennt Herzog Ludwig der Bayer im J. 1341 nach Erlöschen der bayer'schen Linie, daß die Grafen, Freyen, Dienstmannen, Ritter, Knecht, Edel, Unedel, Städt, Märkt und gemeinlichen all Lüt in niedern Bayern ihn und seine Erben zu einem rechten Herrn genommen und erweltt haben<sup>38)</sup>.

32) S. bes. Michelsen, das Wahlrecht der schleswig-holst. Stände, in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 3, S. 84 fig.

33) Krüger, de provincial. ordinum origin. p. 70. Curtius, Gesch. der Kurf. und altfürstl. Häuser S. 317.

34) Neumann, ius privat. princ. T. V. §. 546.

35) B. W. Pfeiffer, die Regierungsnachfolge in deutschen Staaten Bd. 1, S. 196.

36) So heißt es in der Beschreibung Herzogs Magnus von Braunschweig gegen die Stände von Lüneburg v. J. 1372 bei Lünig, coll. nov. I. p. 1205.: daß das Land ungetheilt bleiben und man immer nur dem Ältesten huldigen sollte, ofte de darto bequeme were, wo nicht, so sollte der aus den Ständen mit deren Zustimmung gewählte Rath des Herzogs einen aus den rechten Erben wählen, de ehne to der Perschoz dächte bequeme to wesen; und konnten sie sich nicht einigen, so sollte der zur Herrschaft gelangen, dem bei der Wahl die Städte Braunschweig, Lüneburg, Hannover zusielen.

37) Urk. Christian's I. v. 1460. Michelsen a. a. D. S. 84: Wenn er aber solches nicht eingehen wollte (die Bestätigung der Privilegien), alsdann sollen die vorgenannten Einwohner unverpflichtet sein, denselben König zu ihrem Herrn zu wählen, und sollen sie demnächst einen unsrer nächsten Erben zu ihrem Herrn wählen.

38) Oeffl. scriptt. R. s. B. T. II. p. 168., in der 1778 gedruckten Sammlung der bayer'schen Freiheitsbriefe Anhang Nr. IX.

Daß zur Erbberichtigung auch noch eine Anerkennung der Stände hinzukommen müsse, spricht sich auch in der Forderung aus, daß der Landesherr, bevor ihm die Huldigung gethan werde, die Landesfreiheiten bestätigen sollte; dieses war namentlich in Bayern<sup>39)</sup> im J. 1322 und in Braunschweig-Lüneburg<sup>40)</sup> im J. 1388 urkundlich festgesetzt, und ist dann aber auch noch bis in die neuere Zeit bei sehr veränderten Verhältnissen in manchen Ländern üblich geblieben<sup>41)</sup>. Es kam auch wohl vor, daß, wo die Nachfolge streitig, und eine gütliche Einigung oder auch Entscheidung durch die Landstände<sup>42)</sup>, die ihrer ganzen Stellung nach hierzu vorzugsweise berufen erschienen, nicht thunlich war, eben diese Landstände, um Nachteile von dem Lande abzuwenden, vorläufig jede Anerkennung eines Regierungsfolgers und die Huldigung weigerten, und eine Art landständisches Zwischenregiment eintreten ließen. So geschah es im J. 1503 in Bayern, als Rupprecht von der Pfalz und die Herzoge Albrecht und Wolfgang die Nachfolge in Anspruch nahmen und bei den Ständen um die Huldigung warben, diese die Streitenden nun aber an den Kaiser wiesen und einen Ausschuß von 16 Ständemitgliedern (8 aus dem Adel, 4 von den Prälaten und 4 von den Städten) zur Regierung des Landes einsetzten<sup>43)</sup>. Bei dieser Gelegenheit erließen die Stände an die Städte und Märkte unterm 18. Dec. 1503 folgenden für die damalige Stellung der Landschaft bezeichnenden Brief: Es sei der Fall vorhanden, wo gemeine Landschaft dem Lande fürzusehen habe; deshalb seien die Beamten bereits in Pflicht genommen worden, unvorgegriffen eines jeden Fürsten Gerechtigkeit. Es ergehe also auch an sie die Aufforderung, der Landschaft und ihren Verordneten und sonst Niemand gewärtig zu sein<sup>44)</sup>. — Die Landstände in Oesterreich behaupteten ein wohlhergebrachtes, urkundlich anerkanntes und durch die Thatfachen bestätigtes Recht: daß wenn der Nachfolger des Herzogs durch Unmündigkeit oder Abwesenheit verhindert war, die Regierung sogleich anzutreten, sie selbst die Regierung einstweilen zu übernehmen, für die Anordnung vormundschaftlicher Regierung Sorge zu tragen hätten, kein Mitglied des fürstlichen Hauses aber vermöge seiner Erbberichtigung befugt sei, die Regentschaft als ein ihm ipso iure zustehen-

39) Rudhart, Gesch. der Landstände in Bayern Bd. 1, S. 82, Bd. 2, S. 10 ff.

40) Kleinschmidt, Sammlung der Landtagsabschiede von Rahlensberg u. s. w. Bd. 1, S. 47.

41) Zachariä, deutsches Staatsrecht Bd. 1, S. 130.

42) Ueber dieses Entscheidungsrecht der Stände bei Streitigkeiten mehrerer in Gemeinschaft regierender oder die Nachfolge beanspruchender Herren s. Krüger l. c. p. 76.

43) Rudhart a. a. D. Bd. 1, S. 308. v. Freyberg a. a. D. Bd. 2, S. 27.

44) v. Freyberg a. a. D. S. 31.



des Recht ohne Uebertragung durch die Landstände in Anspruch zu nehmen<sup>45</sup>). Die Geschichte lehrt, daß die Stände mit Recht behaupteten, es gereiche dieses ihnen zustehende Recht dem angehenden Landesherren selbst zum Besten, denn wie blutige Händel um die Vormundschaft nichts Seltenes waren, so weiß die ältere Geschichte auch manche Beispiele von Verdrängung unmündiger Regenten durch ihre vormundschaftlichen Agnaten zu erzählen. Auch aus anderen Ländern wissen wir, daß es zur Anordnung einer vormundschaftlichen Verwaltung durch den Regenten selbst der Zustimmung der Stände bedurfte, und daß die Vormundschaft selbst wohl einem aus den Ständen gebildeten Rath übertragen wurde<sup>46</sup>). Es ergibt sich aber daraus, daß die Regierungsnachfolge und Regentschaft keineswegs als eine Angelegenheit der landesherrlichen Familie allein, sondern zugleich als Landesache betrachtet und behandelt wurde. Da eine freie Volks- oder Landesgemeinde nicht mehr bestand, so war es die Gesammtheit der vereinigten Stände, welche das Land hier vertraten, deren Anerkennung jeder Regierungsnachfolger, um zur Ausübung seiner Rechte gelangen zu können, bedurfte, und welche selbst eventuell die Leitung der Landesangelegenheiten übernahmen.

Nach unserer Vorstellung setzt die landständische Verfassung eine entwickelte monarchische Gewalt voraus. Wiewohl nun die Regalien, welche die Landesherren erworben hatten, ihre lehenherrlichen, vogtelichen Rechte, schon angefangen hatten sich zu einem Ganzen, der sogen. Territorialgewalt oder Landeshoheit zu gestalten, welche nun nicht mehr bloß, gleichsam durch Hinzukommen von Rechten von außen, sich erweiterte, sondern gleichsam von Innen heraus immer mehr zu einer Staatsgewalt heranzuwachsen anfang, so war dieses doch noch sehr im Anfange und Werden begriffen, als die Stände, das Emporkommen

45) Dieses Recht ist es besonders, welches die Stände des Herzogthums Oesterreich unter der Ens in der historischen und diplomat. Ausführung über sämtliche ihnen zustehenden Rechte und Freiheiten vom J. 1619 — welche zuerst in F. G. J. Fischer's Geschichte des Despotismus in Teutschland (Halle 1780), Anhang S. 1—109, gedruckt ist, s. bes. S. 35 — in Anspruch nahmen. Gewiß ist, daß im J. 1406 die Vormundschaft über den unmündigen Herzog Albrecht dem Herzog Leopold übertragen wurde. — Vgl. auch Mailath, Gesch. von Oesterreich Bd. 1, S. 207. Als Albrecht aber, mit Hinterlassung seiner Wittwe, welche ihre Niederkunft erwartete, gestorben war, wurde die Vormundschaft von den Ständen, unter Beizehung eines Regenschafsrathes aus ihrer Mitte, im J. 1439 dem Herzog Friedrich übertragen. S. Mailath a. a. D. S. 252, insbesondre aber die angef. Ausführung S. 56, worin die Bestimmungen, unter welchen es geschehen ist, theils referirt, theils mit den urkundlichen Worten angegeben sind.

46) So regierten auch die Stände im Fürstenthume Lüneburg nach dem Tode Herzog Friedrich's 1553 (Rathmaier, Chronik S. 1371), und in Hessen nach dem Tode des Landgrafen Hermann (Chronicon Thuringicum et Hassiacum bei Senckenberg, selecta T. III. p. 398) bis zur Mündigkeit der Landesherren. S. auch Struben, Nebenstunden Bd. 2, S. 449 fig.

einer neuen Herrschaft fühlend, sich zum Schutze ihrer Rechte mit einander verbanden.' Konnte schon früher der Landesherr nichts von Bedeutung ohne seine Ritterschaft unternehmen, so war dieses um so mehr der Fall, wo diese nun mit den Prälaten und den mächtig gewordenen Städten zusammenhielt; im Einverständnis mit ihnen vermochte er aber in seinem Territorium Manches, wozu ihm allein ebenso das Recht als die Macht fehlte. Aus häufiger Uebung entstand Herkommen, welches um so mehr dem Landesherrn zu Gute kam, als er bereits einen größeren Inbegriff von Gewaltbefugnissen, wie sie weder den Mitgliedern der Landstände, noch der Einigung als solcher zustanden, in seiner Hand vereinigte. Die Landstände haben daher auch keineswegs die Entwicklung der Landeshoheit aufgehalten, sie haben vielmehr ohne und selbst wider ihren Willen dazu gebient, sie zu befördern, indem ihr Zusammenwirken, ihre Vereinigungen die Gestaltung eines selbstständigen, geschlossenen Territorialgemeinwesens, welchem sich alle einzelnen Bestandtheile auf Kosten ihrer Selbstständigkeit immer mehr einfügen mußten, und als dessen Mittelpunkt der Landesherr erschien, beschleunigte<sup>47)</sup>. Ein bestimmter Kreis von Rechten, welcher den Landständen in der Zeit ihres Aufstrebens vom 14. bis 16. Jahrhunderte zugestanden hatte, läßt sich eigentlich gar nicht beschreiben; der Landesherr bedurfte ihrer bei allen seinen Unternehmungen, bei Allem, was im Lande eine allgemeine Anerkennung, Wirksamkeit, Geltung erhalten sollte; die Landstände waren so wenig principiel oder grundgesetzlich von der Concurrnz bei Ausübung irgend eines Hoheitsrechtes ausgeschlossen, als besonders vor dem 16. Jahrhunderte der Landesherr sich thatsächlich darüber hinwegsetzen konnte<sup>48)</sup>. Die Bestimmung des Antheiles der Stände an der Gesetzgebung macht jetzt gewissermaßen das wichtigste Stück in einer Verfassung aus, da ja selbst die Besteuerung sich als ein Act der gesetzgebenden Gewalt, wie wir dieselbe jetzt begriffsmäßig auffassen, betrachten läßt. In den Urkunden, worin sich die Landstände ihre Rechte zusichern oder bestätigen ließen, findet man aber in jener Zeit fast nie die Zusicherung, daß kein Gesetz ohne ihre Zustimmung oder ihren Rath erlassen werden sollte.

47) Die wichtigsten Regierungsrechte, welche in der Landeshoheit enthalten waren, sagt Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. S. 546, müssen mehr für eine Autonomie, welche die Reichsstände mit ihren Unterthanen ausübten, als für einen Ausfluß der ihnen verliehenen Regalien gehalten werden.

48) Als 1485 Herzog Wilhelm von Braunschweig alle Zu- und Abfuhr nach Hildesheim verbot, erklärte die bei diesem Verbot betheiligte Stadt Braunschweig: Wir haben in Snaben und alter Gewohnheit von Herrn zu Herrn bis an diese Zeit, gehabt, daß wo wir nicht mit rathen, also wir auch nicht mit thaten, so wir nun in dieser Sache gar nicht gerathen haben, sollen wir auch nicht verpflichtet sein zu thaten. Lehner, Cassel'sche Chronik S. 32. Vgl. die Lehre von den Landständen nach gemeinrechtlichem Staatsrechte von F. A. Kemgo 1841), S. 65.

Der Grund davon liegt nicht etwa allein darin, daß sich das Recht überhaupt mehr durch Herkommen oder durch Autonomie, als durch Satzungen, welche für das ganze Land gelten sollten, fortbildete, sondern weil die Mitwirkung der Stände bei letzteren, wenn sie das Verhältniß eines einzelnen Standes oder der gesammten Stände direct oder indirect betrafen, sich von selbst verstand<sup>49)</sup>. Denn eine absolute Gewalt, eine unbeschränkte Gesetzgebung war derzeit in teutschen Landen noch unbekannt, und wie hätte der Landesherr ohne Zustimmung der Stände einem allgemeinen Gebote die Befolgung sichern wollen? So sehen wir denn auch die Bestimmungen über Erhaltung des Landfriedens — fast die einzigen Landgesetze jener Zeit — durch Vereinbarung des Landesherrn und der Landstände zu Stande kommen<sup>50)</sup>, und als man nach und nach nothwendig fand, durch allgemeine Gebote Ordnung im Lande zu schaffen, manche Theile der Rechtsverfassung umzugestalten, ist dieses unter Zustimmung, oftmals auf Andringen der Landstände geschehen<sup>51)</sup>, so daß selbst auch die römischen Juristen sich dieser Anerkennung so wenig entziehen konnten, daß sie noch bis ins 17. Jahrh. lehrten: Gesetze seien auf den Landtagen mit Rath und Zustimmung der Unterthanen (*consilio et adsensu subditorum*) zu erlassen, wodurch sie die Natur eines Vertrages erhielten und unwiderstlich wurden<sup>52)</sup>.

Eine allgemeine, aus dem Unterthanenverhältnisse hervorgehende Verpflichtung, nach seinen Kräften verhältnißmäßig zu den Bedürfnissen des Staates, zur Realisirung allgemeiner, d. h. von der Re-

49) Die Bürger von Würzburg erklärten im 15. Jahrh. — nach einer Anführung aus Fries' Leben der Bischöfe von Würzburg in der in der vorigen Note angeführten Schrift: die Lehre von den Landständen S. 65: Wollte ein Herr auch neue Gebote und Satzungen setzen, das ist also Herkommen, das er das nicht thun soll, wenn er es aber thun willt — darwider die Bürger alle wege gewesen.

50) Urk. der Herzoge Ernst, Wilhelm und Johann von Bayern vom J. 1429: — so haben Wir Uns mit guter Betrachtung und zeitlichem Rath unsrer Rätthe, Ritterschaft und Städten unterredet, und einen solchen Landfrieden und Ordnung gemacht. Vgl. Krüger l. c. p. 78. — Im J. 1374 hatten schon sämmtliche Stände in den verschiedenen Theilen Bayerns und die Herzöge einen Bund zur Erhaltung des Landfriedens errichtet, s. Rudhart a. a. D. Bd. 1, S. 126. v. Freyberg a. a. D. Bd. 1, S. 313.

51) Die Ehrlingische Landesordnung v. 1446 wurde von Herzog Wilhelm mit seinen Grafen, Herren, Ritterschaft und Städten „eintrectlich mit gütigem Räte und guter redlicher Vorbetrachtung“ aufgerichtet. — Besonders ist hier aber zu vergleichen (Panzer), über den Ursprung und Umfang der Landstände. Rechte in Bayern S. 109 fig.; wo er besonders aus der Geschichte der bayerischen Gesetzgebung im 16. und 17. Jahrh. nachweist, wie Stände ihre Einwilligung zu allen umfassenden wie einzelnen Gesetzen, nicht nur wenn sie ihre eigenen Rechte und Freiheiten vorzugsweise berührten, zu ertheilen hatten. S. bes. S. 137.

52) Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes für das Königreich von Hannover, herausg. von Dahlmann, S. 200.

gierung als solcher anerkannter und gesetzter Zwecke beizutragen, und ein entsprechendes Recht des Regenten war der älteren Zeit fremd. Es setzt dieses bereits einen entwickelten Begriff vom Staate voraus. Damit soll nicht gesagt werden, als hätte der Einzelne gar keine Pflicht gehabt, dem staatlichen Gemeinwesen, dem er angehörte, Vermögensopfer zu bringen. Aber diese Pflicht war als solche nur im Falle der Noth, wo es also unmittelbar die Erhaltung des Gemeinwesens galt, begründet; nur in diesem Falle, könnte man sagen, trat damals der Staat als ein Gemeinwesen hervor. Es lag aber auch in der germanischen Ansicht, der zufolge jedes genossenschaftliche und jedes Schutzverhältniß zu einem gegenseitigen Bestande verpflichtete, daß auch die persönliche Noth des Regenten gewissermaßen als eine Landesnoth betrachtet wurde, und Ereignisse in seinem Hause, die zu schweren Ausgaben veranlaßten, als eine Aufforderung für seine Unterthanen galten, ihm Beisteuern darzubringen. Aus diesen Grundsätzen heraus, deren Entwicklung durch das engere persönliche Verhältniß, in welchem der Landesherr zu einem Theile der Landeseingewesenen, besonders als Lehensherr, stand, noch mehr gefördert werden mußte, hat sich das Steuerwesen in den Territorien entwickelt. Im allgemeinen hatte die Beisteuer mehr den Charakter einer freiwilligen Gabe; allein es war dieselbe in einzelnen wiederkehrenden Fällen eine so gewöhnliche geworden, daß jener ursprüngliche Charakter fast ganz verloren ging, und die freiwillige Darbringung in eine Nothbede sich verwandelte. So war denn vielfach selbst in Deutschland, wie in anderen germanischen Ländern, der Grundsatz entstanden, daß der Landherr eine Beisteuer zu fordern berechtigt sei, nicht nur wenn er in Gefangenschaft gerathen war, eine Hauptschlacht verloren hatte, sondern auch wenn er eine Tochter aussteuern, wenn er selbst an das königliche Hoflager ziehen, seine Söhne als Ritter ausstatten wollte<sup>33)</sup>. Als ein Nothfall mußte es auch angesehen werden, wenn der Landherr durch unvermeidliche Ausgaben bei den genannten oder anderen Veranlassungen genöthigt worden war, einen so großen Theil seiner Güter zu veräußern oder zu verpfänden, daß er dadurch in Bedrängniß gerieth. Frevelhaft wäre es hier wohl gewesen, den Landesherrn ohne Hilfe zu lassen. Ob die Ausgaben zu persönlichen und Familien- oder zu allgemeinen Zwecken gemacht waren, scheint man weniger in den früheren Zeiten beachtet zu haben; es wird dieses wenigstens nicht, wenn die Noth als Veranlassung zu einer Bede Anforderung gab, besonders hervorgehoben. Es nahmen diese Anforderungen aber in einem immer steigenden Maße zu, je mehr ein Staatswesen in den Territorien sich zu entwickeln anfing, jemeher die Landesherrn ihrer fürstlichen Würde sich bewußt wurden, sie durch äußeren Glanz kund zu geben und zu erhöhen strebten und wähten,

33) Belegstellen: die Lehre von den Landständen von F. A. G. 25.

ihre höhere Stellung berechtige sie um so mehr zur Befriedigung aller ihrer Neigungen und Gelüste. Es war die Noth hier natürlich eine bald mehr bald weniger begründete oder bringende, eine bald unvermeidlich oder willkürlich herbeigeführte; und ebenso natürlich ist es, daß die Fürsten, je mehr sie zu solchen Anforderungen sich gedrängt sahen, je häufiger denselben entsprochen worden war, daraus ein rechtliches Herkommen abzuleiten suchten, wogegen diejenigen, an welche jene Anforderungen ergingen, so oft sie denselben auch, sei es ganz oder theilweise entsprachen, daran festzuhalten suchten, daß ihre Leistung nur eine freiwillige sei. So sehr sich im Laufe der Jahrhunderte auch die Verhältnisse, die Stellung der Landesherren veränderte, hielten die Stände doch daran fest, sich bei jeder bewilligten Steuer, wie es schon seit dem 12. Jahrhunderte allmählig üblich geworden zu sein scheint, einen sogen. Schadlosbrief ausstellen zu lassen, d. h. eine vom Landesherren ausgestellte Anerkennung, daß die Steuern nur aus freiem Willen, ohne alle rechtliche Verpflichtung bewilligt worden seien, und daher auch darauf kein Herkommen begründet werden solle<sup>54)</sup>. Es hinderten die Schadlosbriefe aber bei dem immer zunehmenden Aufwande, der größer werdenden Verschulbung der Fürsten, nicht, immer und immer wieder, in manchen Ländern fast von Jahr zu Jahr, mit neuem, erhöhtem Steuerbegehren hervorzutreten. Schon in früherer Zeit möchte aber wohl in manchen Fällen, wo die Steuer als eine rechtlich begründete sich hätte mögen nachweisen lassen, solcher Schadlosbrief erwirkt worden sein; die Stände, welche so wiederholten Anforderungen so oft genügt hatten, dachten durch Erwirkung solcher Zusicherungen, auch wo sie sie zu verlangen kein Recht hatten, den Streitigkeiten über den Umfang des Steuerrechtes und über weitere Ausdehnung desselben zu entgehen, und die Landesherren, denen es darum zu thun, rasch zum Ziele zu gelangen, verstanden sich zur Ausstellung solcher Briefe, die aber in der That ihren Werth später mehr und mehr verloren. Unrichtig ist aber wohl, die Schadlosbriefe überhaupt als von den Ständen erzwungen anzusehen, und aus dem Streben hervorgegangen, alle gemeine, ordentlich begründete Steuern in außerordentliche zu verwandeln, wie dieses Unger neuerdings gethan hat. Vielfach wurden die Steuerbewilligungen allerdings benutzt, um sich neben Nichtverpflichtung zur Zahlung nicht nur auch anderweitige hergebrachte Rechte und Freiheiten anerkennen zu lassen, sondern auch neue zu erwerben, durch welche ständische Befugnisse, die bisher nicht herkömmlich waren, begründet, einem einzelnen Stande oder wohl einzelnen Corporationen besondere Vorrechte bewilligt wurden. Anfangs fanden diese Unterhandlungen mit den einzelnen Ständen statt, insbesondre

<sup>54)</sup> Besonders klar und nachdrücklich ist dieses in einer Urk. Herzogs Johann I. von Brabant v. J. 1293 ausgesprochen: et est assavoir, ke lesdis grace et bontés.

mit der Ritterschaft, so lange diese gewissermaßen allein die Landesversammlung vorstellte, während die Prälaten sich noch frei zu erhalten wußten, die Städte aber erst nach und nach zur Bedeutung und vollkommener Freiheit gelangten. Wir haben gesehen, daß besonders das wachsende Steuerbegehren die Stände einander näher brachte, sie veranlaßte, sich zu einigen und zu gemeinschaftlichem Handeln zu verbinden. Die Verhandlungen über Steuerforderungen gaben früher vorzugsweise Veranlassung zum Zusammentreten oder Zusammenberufen der Stände zu Landtagen und machten einen Hauptgegenstand der Verhandlungen aus. So bildete sich denn das landständische Steuerbewilligungsrecht. Da man das Steuergeben durchaus als etwas Freiwilliges ansehen wollte, wie es denn seinem Ursprunge nach auch meistens war, eine allgemeine Unterthanenpflicht, zu den Lasten des Staates beizutragen, aber nicht anerkannte, so erklärt es sich, wie in einzelnen Fällen sich wohl die Ansicht geltend machte, jeder habe auf dem Landtage die Steuer nur für sich selbst zu bewilligen, Niemand könne über den Beutel des Anderen verfügen, ihn nöthigen, Geschenke zu machen u. s. w.; doch kann dieses nicht die herrschende gemeingiltige Ansicht gewesen sein, denn wäre dieses gewesen, so hätte nicht nur die freie Zustimmung jedes Standes, sondern auch jedes einzelnen Mitgliedes erfordert werden müssen, und Stimmenmehrheit hätte niemals entscheiden können. Allerdings war auch in manchen Territorien Ueber einstimmung der Curien zu einem Landtagsbeschlusse erforderlich, aber dieses fand dann nicht blos bei Steuerbewilligungen, weil diese als res singulorum angesehen wurden, statt. Jene Ansicht in Beziehung auf die Steuern mußte auch um so mehr schwinden, als die Landstände zu einem geeinigten Corpus mit gemeinsamen Interessen, Rechten und Pflichten zusammenwuchsen, als das Territorium ein gemeinheitliches, staatliches Ganze wurden. Die Landstände übten ein Landessteuerbewilligungsrecht, durch welches auch die außerhalb der Corporation Stehenden verpflichtet wurden. In Beziehung auf die Hinterlassen kann man dieses allerdings aus dem Herrenschusverhältnisse ableiten; ist aber wohl niemals der Fall vorgekommen, daß eine Stadt, ein Flecken, wenn er nicht selbst auf dem Landtage vertreten war, sich geweigert hätte, die durch Landtagsbeschlus bewilligte Steuer zu zahlen? Dergleichen Beispiele müßten aber oft vorgekommen sein, wenn jene Meinung richtig wäre, und müssen von denen nachgewiesen werden, welche sie behaupten wollen. Die Behauptung, daß jeder, der auf dem Landtage erschien, die Steuern nur für sich bewilligte, läßt sich auch nur auf die directen Steuern anwenden, während wenigstens seit dem Anfange des 16. Jahrhunderts auch die Bewilligung indirecter Steuern durch die Stände (z. B. der Aufschlag auf Bier, Wein, Fleisch u. s. w. in Bayern) aufkam. Eine Regulirung des Staatshaushaltes durch die Stände und eine sogen. Bewilligung des Budgets fand allerdings nicht statt aus dem einfachen Grunde, weil die Landstände daran festhielten,

daß sie Steuern nicht nothwendig nach Maßgabe des Staatsbedarfes zu bewilligen gehalten wären, sondern dieses nur aus freiem Willen, aus Liebe gegen den Landesherrn thäten<sup>55)</sup>; weil es ferner keinen geordneten Staatshaushalt gab, was freilich die Hallerianischen Feinde des neueren Staatswesens auch vortrefflich zu finden scheinen. Aber da die Stände, wenn die Aufforderungen sich immer wiederholten, wohl meinen oder wissen mochten, daß die dem Landesherrn bewilligten Steuern nicht immer dem Zwecke gemäß verwendet worden, so kam es gegen das 15. Jahrhundert dahin, daß sie sich die ganze Verwaltung derselben vorbehielten, jene durch landschaftliche Beamte erheben ließen, in der landschaftlichen Casse verwahrten, und entweder dem Landesherrn aus dieser Casse, mit Rückbehalt des etwaigen Mehrertrages der eingegangenen Gelder, die bewilligte Summe ausstellten oder wohl gar auch die Herausgabe zu den bestimmten Zwecken, z. B. die Schulden-tilgung, selbst besorgten; und wenn letzteres nicht geschah, suchten sie sich doch der wirklichen ordnungsmäßigen Verwendung zu vergewissern, z. B. durch Beizehung landschaftlicher Kriegsräthe, um sich zu überzeugen, daß die angegebene Truppenzahl wirklich aufgestellt, die angegebenen Waffenvorräthe u. dgl. wirklich angeschafft worden seien und um bei der Auszahlung der Löhnung zu concurriren u. s. w.<sup>56)</sup>.

Weder der Grundsatz, daß der Regent ohne Zustimmung der Stände keine neuen Gesetze erlassen, den bisherigen Rechtszustand in keiner Weise ändern könne, noch das Recht der Steuerbewilligung können ihrem Ursprunge nach als durch die Entwicklung der ständischen Verfassung entstandene Beschränkung der dem Landesherrn zustehenden Landeshoheit angesehen werden; zu solchen Beschränkungen sind sie erst geworden, als man die Landeshoheit nicht mehr als einen Inbegriff einzelner Hoheitsrechte ansah, sondern sie als eine Staatsgewalt, die alle begriffmäßig in dieser enthaltenen Rechte umfassen müsse, zu betrachten sich gewöhnt hatte<sup>57)</sup>. Einige andere Rechte,

55) Noch im J. 1535 erklären die bayer'schen Stände, daß die Bewilligung einer neuen Landsteuer auch derselben Maß, und Ordnung von Mitteln bey gmanier Landschafft stet, und nit aus schuldiger Gerechtigkeit, sondern aus gehorsamer unanbertheniger Liebung beschicht. S. (Panzer) Ursprung und Umfang der landst. Rechte in Bayern S. 213.

56) S. darüber Panzer a. a. O. S. 205—227. Besonders aber ergibt sich dieses Alles recht klar aus der Instruction der acht Landleute, welche zu Berathschlagung einer gegenwärtigen Defensionsordnung verordnet worden dato München den 20. Febr. 1595, bei Panzer a. a. O. (Urkunden-) Anhang Nr. XII, S. 126. Sogar zu dem Zeughaufe, worin die aus der ständischen Selbberwilligung erkauften Vorräthe verwahrt wurden, sollten ebenfalls neben dem Fürsten die von der Landschafft Beordneten allermaassen wie zum Geltvor-rath, Fre vnder-schiblichen Schlißl haben.

57) In der angef. Ausführung der Stände des Herzogthums Oesterreich v. 1619 heißt es: daß das lobl. Erzherzogthumb Oesterreich mit diesen vnd andern Regalien also versehen, daß es solche zum Thail für sich selbst hat, zum

welche die Landstände übten, stellen sich aber allerdings als solche dar, wodurch die dem Landesherrn zustehenden Befugnisse, welche er nicht erst wie Gesetzgebung und Besteuerung im Zusammenwirken mit den Ständen erwarb, beschränkt worden sind. Dahin gehört z. B. die freie Wahl seiner Ráthe und der Staatsbeamten. Sehr häufig ließen sich die Stände versprechen, daß der Landesherr nur Inländer (keine Gäste) dazu nehmen<sup>58)</sup> und die bereits im Amte stehenden entlassen wolle<sup>59)</sup>; es kommt auch wohl vor, daß die Stände dem Fürsten einen Rath zur Seite setzten und ihn so gewissermaßen bei Ausübung seiner Hoheitsrechte unter Vormundschaft stellten oder eine förmliche ständische Mitregierung begründeten. So geschah es 1324 in Bayern<sup>60)</sup>, so 1492 in Württemberg<sup>61)</sup>. — Eine wahre Beschränkung eines dem Landesherrn eigenthümlich zustehenden, d. h. eines vom Kaiser erworbenen Hoheitsrechtes, ist auch die Mitwirkung, welche sich die Stände bei Ausübung des Münzrechtes zu verschaffen wußten. Der Mißbrauch, der damit durch Ausprägung leichter Münze entweder von dem Landesherrn selbst, oder von denen, welchen er dieses Recht weiter geliehen hatte, getrieben wurde, hatte die Stände dazu veranlaßt. In Ober- und Niederbayern wurde daher im J. 1391 eine Münzordnung aufgerichtet, und darin von dem Landesherrn gelobt, daß die Bestimmung des Kornes nur nach dem Rathe der Landleute (Landstände) geschehen, ohne deren Zustimmung ewiglich nicht verändert werden, der Münzmeister und die übrigen Beamten ihren Eid Korn, Anzahl und Gebrách zu halten nicht bloß dem Fürsten, sondern auch dem Lande schwören sollen, daß die Münze ohne des Landes Willen und Gunst Niemand

Thail mit den Landesfürsten und reciproce, zum Thail hat der Landtsfürst seine Regalia für sich selbst, zum Thail communia mit den Landt.

58) Einigungsurk. der bayer. Stände v. 1347. Lünig, coll. nova I. p. 579.: Besunder haben Sie (die Herzöge) Uns verschrieben und gehaißen, daß sie uns mit dheimen Gast und (im) Rath, Pflegern, noch mit andern jemand übersetzen sollen, dann mit Landleuten, die zu dem niedern Land zu Baiern gehörent. Vgl. v. Freyberg a. a. D. Bd. 1, S. 237. — Aehnlich Urk. v. 1358, bei Lünig a. a. D. S. 583. Urk. Herzogs Stephan v. 1363, bei Lünig a. a. D. S. 585: Wir sollen auch ainen Rath haben un einen von dem Obern Land, die darin gefessen sind, und die darzu gehörent. Und den sollen wir nemen nach Rath Land Leut Stet und Märkt zu Obern Baiern. Vgl. v. Freyberg a. a. D. I. S. 285. So auch in Württemberg zur Zeit des Tübinger Abschiedes, s. Reyscher, Sammlung württemb. Gesetze Bd. 1, S. 274.

59) Im J. 1495 verspricht der Herzog Heinrich von Braunschweig (Jaco bi, Landtagsabschiede Th. 1, S. 9): Da wy alle unsern Dener buten Landes hörbig und nicht unse gebahrener Männern erensnt, tho stund willen van uns laten und orloff geben. — So versprach auch schon Herzog Stephan zu Bayern in der angef. Urk. v. 1358: Die Geste, die zu dem Land nicht gehörent fahren zu lassen.

60) E. Rudhart, Geschichte der Stände in Bayern Bd. 1, S. 85 flg.

61) E. den Spilinger Beitrag v. 1492 bei Reyscher, Sammlung württemb. Gesetze Bd. 1, S. 513: — vnd der lanthoffmeister vnd dieselben Stette mit ime (dem Grafen Eberhart) regiren sollen.



gesehen werden sollte, und endlich wurde auch ein Ausschuss aus den Ständen zur Verwahrung der Münze angeordnet<sup>62)</sup>. In anderen Ländern mußten aber wenigstens die Fürsten versprechen, daß sie ohne der Stände Einwilligung keine neue Münze aufriichten oder die bestehende nicht verschlechtern wollten<sup>63)</sup>.

Zu dieser Wirksamkeit der Stände kommt noch hinzu, daß der Landesherr ohne deren Bewilligung (sowie es früher schon der Zustimmung der Vasallen und Ministerialen bedurfte<sup>64)</sup>) keinen Theil des Territoriums an Fremde veräußern durfte<sup>64a)</sup>, was man denn auch auf die zum Unterhalte des fürstlichen Hauses und Bestreitung der Administrationskosten bestimmten Kammergüter übertrug<sup>65)</sup>. Auch als die Herren schon nicht mehr aus den Ministerialen und Vasallen bestanden,

62) S. v. Freyberg a. a. D. Bb. 1, S. 277 u. 315, vgl. auch S. 312. — Es muß die Münze also doch nachmals wieder in die Hände der Landesherren gekommen sein, da diese sie in Oberbayern im J. 1307 den Landeseingewessenen selbst den Herrn, Prälaten, Grafen, Freien, Dienstmännern, Rittersn, rittermäßigen Mannen auf dem Lande und in den Stätten, den Bürgern, Bauleuten, den Stätten und Märkten gegen Bewilligung einer neuen Viehsteuer verkauft hatten. S. Rudhart a. a. D. S. 54. v. Freyberg a. a. D. Bb. 1, S. 173.

63) Christian I., Herzog von Holstein und Schleswig und Holstein, gelobt 1460 (s. Lünig, collect. II. p. 832): *Di schöllen wy und unse Nachkömmlinge in diesen Landen nene Münden setten sonder sodane als tho Lebedt und Hamburg genge und geve ist. In der hessischen Einigung v. 1509 (Lünig l. c. II. p. 800) heißt es: unser gnädige Fürsten un Herrn von Hessen kein — neue Münden sollen — uffriichten, ohne gemanier Stände Rath und Bewilligung. — Ludwig R. v. Böhmen sagt in demselben Jahre (Lünig l. c. I. p. 10): Item wir haben auch versprochen, die Böhmishe Münze in keinerley Weise nicht zu verschmählern oder zu ringern, ohne Willen des ganzen Landes.*

64) Urtheil des Fürstentages zu Würzburg a. 1216 (Hund, Metropolis Salisb. T. II. p. 407): *Nullum Principatum posse vel debere nomine concambii vel cuiuscunque abalienationis, ad aliam personam transferri ab imperio, nisi de mera voluntate et assensu principis praesidentis et ministerialium eiusdem principatus.*

64a) Urk. Herzog Magnus v. Braunschweig-Lüneburg v. 1374 (Klein Schmid's Sammlung der Landtagsabschiede I. S. 39): *Aver Sloite, Stede, Land und Lude der Herseoz to Brunschwig, en schall he nich verkopen noch verlaten, an Willen und Bullboed synen Brodern und der Manscap und Stede in der Herseop to Brunschwig. — 1505 versprach Heinrich der Aeltere (Muck, consilia 26. nr. 81.): So wie ok in vorliben ittlich slöte unde börrern unses Landes vorgeven unde utgesettet unde verpendet hebben, verpffichten wi uns und unse erven, ein sodanes forder nicht to toende, it entschlage mit wetende, willen unde vollborde der genannte Prälaten, Ribberscop unde Städe. — Aehnliche Zusicherung im Tübinger Vertrag v. 1514, wie schon durch den Münfinger Vertrag v. 1484 grundgesetzlich geworden war. S. Keyser a. a. D. Einleitung S. 276. — Ueber Bayern bes. Panzer a. a. D. S. 243 flg., bes. S. 273 flg.*

65) In Württemberg wird nach einer von Sattler, Gesch. der Grafen von Württemberg, Forts. Beilage Nr. 4 mitgetheilten Urkunde, schon im J. 1273 bei der schenkungsweisen Abtretung einer Burg erwähnt, daß sie praehabito consilio ministerialium nostrorum et consensu geschah.

musste der Landesherr oftmals versprechen, keinen Krieg ohne Zustimmung der Landstände zu beginnen; bei welcher in unzähligen Urkunden ausgesprochenen Beschränkung<sup>66)</sup> nicht bloß in Betracht gezogen wurde, daß die Mittel zum Kriege von den Ständen gewährt werden müßten, sondern auch, daß auf das Land die unglücklichen Folgen des Krieges, als: Verheerungen, Zerstückelung u. s. w. zurückfallen könnten. Hieraus hat sich dann noch die Befugniß der Landstände entwickelt, bei Organisation des Kriegswesens, bei der Kriegsführung zu concurriren<sup>67)</sup>, sowie auch Bündnisse und Verträge vom Landesherren nicht ohne Befragen der Stände des Landes geschlossen werden konnten<sup>68)</sup>. Bei dieser so nach allen Seiten hin sich zeigenden, tief eingreifenden, ihre Macht und Selbstständigkeit bekundenden Wirksamkeit der Stände wird man die Befugniß, sich mit Beschwerden und Bitten an den Landesherren zu wenden, kaum noch für jene Zeit, wo das landständische Wesen in ungeschwächter Kraft dastand, als ein besonderes ständisches Recht aufzählen mögen.

Die Landstände concurrirten mithin, wenn wir sie vom Standpunkte unseres neueren Staatsrechtes betrachten wollen, nicht minder bei Ausübung der gesetzgebenden als vollziehenden Gewalt, der äußeren wie der inneren Hoheitsrechte. Sie handelten in Gemeinschaft mit dem Landesherren, unterstützten ihn, wo das Interesse ein gemeinschaftliches war, z. B. einer Landesnoth zu wehren, den Landfrieden aufrecht zu halten, für gute Polizei und sonstige Forderung des Rechtszustandes Anordnungen zu treffen; sie traten dem Landesherren gegenüber, wenn es galt, Recht und Freiheiten der landständischen Körper-

66) Schon im niederbayer'schen Landtagsrecess v. 1324 (s. Panzer a. a. D. S. 297) kommt vor: Wir sollen auch mit keinen Herrn, der an unser Land oder unser Gewerth köffet, wie der genannt ist, kein Eune, Frid, oder Säg, Krieg oder Urleug noch kainerlei Bund haben, dann nach unsers ganzen Rats Rat, wer aber es darüber unter uns thät, den soll unser Rat zu Lieb setzen u. s. w. — Der Rath, der hier erwähnt wird, sind die 12 aus den Landständen, welche dem Herzoge beigeordnet waren. — Im J. 1393 heißt es aber allgemein: Wir sollen auch keinen namhaftigen Krieg anschauen denn nach Rath der Landherren, Ritter und Knecht, Stett, Markt. Dieses ist dann wörtlich in die sogen. Erklärung der Landesfreiheiten v. 1516 und 1533 übergegangen. Ganz ähnlich dann die Versprechungen v. Christian I. Herzog von Schleswig und Holstein im J. 1460 (Lünig, coll. II. p. 381.), in der heftischen Einigung v. 1509 (Lünig l. c. p. 799.), Erblandsvereinigung der Landschaft Westphalen v. 1590 Art. 12, 15 (in Kunde, über Erhaltung der Verfassung in den Entschädigungslanden [1804] Anhang Nr. 1, auch im Auszug in Lünig l. c. I. p. 562). S. ferner Struben, Lebenskunden Bd. 2, S. 387 flg.

67) Nach Panzer, Erörterung a. a. D. S. 298—327, bedurfte es nicht nur der Zustimmung der Landstände, wenn ein Krieg begonnen werden sollte, sondern auch zur Festsetzung des Umfangs und der Mittel des Defensionswesens; durch Beordneter concurrirten sie auch beim Vollzug der obigen Beschlüsse und wohnten dem Kriegsrathe bei. So auch Kunde a. a. D. S. 70.

68) S. die Note 64a angeführten Stellen. Panzer a. a. D. S. 328 flg.

schaft, des Landes oder auch Einzelner, die durch die wachsende Fürstenmacht gefährdet wurden, zu vertheidigen; die Landstände handelten statt des Fürsten für das Land, wo es nothwendig war, indem sie z. B. für die Regierungsnachfolge durch Ausübung des Wahlrechtes, so weit dieses herkömmlich war, sorgten, durch Entscheidung von Successionsstreitigkeiten, durch Anordnung oder Selbstführung vor-mundschaftlicher Verwaltung u. s. w. Wenn sie auch dieses Alles nicht in allen Territorien und auch nicht immer gleichmäßig geübt haben, so ergibt sich doch aus dem Allen, wie die Stände ihrem ursprünglichen Wesen und der Idee nach nicht auf ein eng bestimmtes Gebiet der Wirksamkeit beschränkt waren, vielmehr keine allgemeine Landesangelegenheit ihnen fremd, ihrer Theilnahme und Mitwirkung entzogen war. Dieses spricht sich aber noch in urkundlichen Zeugnissen einer späteren Zeit aus, als die monarchische Gewalt in den deutschen Territorien schon eine viel festere Gestalt gewonnen hatte, als es zwischen dem 14. bis 16. Jahrhunderte der Fall war, z. B. in der Zusicherung, welche der Kurfürst Joachim Friedrich im J. 1602 den Landständen der Mark Brandenburg ertheilt hat: (Zum zehndte) wollen wir auch keine wichtige Sachen, daran dem Land Verderb oder Gebey gelegen, ohne Unser gemeinen Land-Stenden Vorwissen und Rath schließen, oder vornehmen, und auch keine Bündniß darzu unsern Unterthanen oder Landsassen sollten oder müßten gebraucht werden, ohne Rath und Bewilligung gemainer Land Ráth begeben<sup>69</sup>).

Aus dieser Stellung und Wirksamkeit der Landstände ergibt sich aber auch, daß ihnen ein repräsentativer Charakter durchaus nicht abgesprochen werden kann. Die Landstände stellten das Land, die Landschaft vor. Wenn auch jeder Einzelne nur vermöge eigenen Rechtes auf dem Landtage erschien, wenn ihn auch keine Verpflichtung, kein Gelöbniß band, nur im Interesse der Gesamtheit zu stimmen und zu handeln, sein individuelles oder Standesinteresse dem allgemeinen nachzusetzen, so vertrat darum nicht minder die landständische Körperschaft das ganze Land, also auch die außerhalb sich befindlichen Personen und Körperschaften, sei es weil diese in einem Abhängigkeitsverhältniße standen als Hinterassen der Landschaftsmitglieder, oder weil sie nicht mit zur landständischen Genossenschaft gehörten, keine Aufnahme in dieselbe gefunden hatten. Daß die Landstände für das ganze Land handelten, wenn sie einen Landesherren wählten, Huldigung leisteten, für die Regentschaft sorgten u. s. w., wird man wohl nicht

<sup>69</sup>) Lünig, coll. nov. T. 1. p. 883. Es lieget also für Augen — sagt Struben in seinen Nebenstunden Bd. 2, S. 455 — und könnte anoch mit mehren erwiesen werden, daß in mittlern Zeiten die Landstände fast zu allen wichtigen Regierungsgeschäften gezogen sind, davon auf Landtagen mit selbigen gehandelt und nicht nur guter Rath, sondern zu den Gebrauch verschiedener landesherrl. Rechte ihre Einwilligung gefordert worden.

bezweifeln können; sie nahmen hiermit Handlungen vor, aus welchen allen Landeseingewohnten sowohl Pflichten als Rechte erwachsen. In der Einigungsurkunde ist vielfach ausgesprochen, daß der Zweck der Verbindung nicht nur Vertheidigung ihrer Rechte und Privilegien, sondern Erhaltung des Rechtszustandes überhaupt, Beförderung der gemeinen Wohlfahrt sei<sup>70)</sup>, und in einer Urkunde v. 1519 bezeichnen sich die Landstände von Lüneburg ausdrücklich als die Repräsentanten des ganzen Landes<sup>71)</sup>. Wir machen aber darauf aufmerksam, daß es vorzugsweise die Städte sind, welche in jenen ständischen Urkunden als Vertreter der übrigen nicht zur Landschaft gehörigen Landeseinwohner erscheinen und die Einigungsurkunden für sie mit vollziehen<sup>72)</sup>, indem sich daraus ergibt, daß mit jener Vertretung des Landes nicht die der Hinterlassenen gemeint sein kann. Dieser repräsentative Charakter der alten Landstände, wie wir ihn hier nachzuweisen gesucht haben, ist auch schon von älteren Staatsrechtslehrern anerkannt worden, und so gibt schon Vitriarius<sup>73)</sup> eine Beschreibung der alten Landstände, bei der man fast meinen sollte, daß er unsere constitutionellen Verfassungen bereits gekannt habe: *Hi status provinciales plerumque dividuntur in tres ordines: Abbates, nobiles, civitates. Ex singulis mittuntur quidam*

70) So heißt es in den oben angeführten Bundbriefen der Stände von Salzburg von 1387 und von Trier von 1403, daß sie ihre Vereinigung zum Nutzen und Frommen des ganzen Stifts geschlossen hatten. Die Münster'schen Stände hatten 1466 ihre Einigung erneuert (s. Lünig, coll. nov. I. p. 1534), um künftiger Verletzung der Privilegien, welche ihnen und dem ganzen Lande gegeben worden, zu widerstehen, und um gemeine Salichheit, Nut und Ober des ganzen Landes, und um eines Jedermann besonders von dem Lande. — Beachtenswerth ist insbesondere auch die heßische Einigung von 1509 (Lünig, coll. nov. II. p. 799), welche dem Landesherren, wenn er in seinen Rechten gekränkt werden sollte, den Ständen wie den gemeinen Inwohnern Beistand und Schutz verheißt, und welche von einigen aus den Prälaten, Grafen, Rittern und den Städten Rahmens und Befehls und Mandat derselbigen und aller Inwohner des Fürstenthums von Hessen, vollzogen worden ist. Vgl. Krüger l. c. p. 65. 84.

71) By Boldewyn von Sunte Michaële bynnen Lüneborg — in Standt und Rahmen der gemeynen Landtschopp des Fürstendoms Lüneborch vorfamelt, und hvr to durch de Prälaten, Rannschop, Edele und Wiceliden dessulffen Fürstendoms Lüneborch de ganze Landtschopp representere ende, up einen gemeinen Landtage — gemechtiget bekennen u. s. w. Krüger, der p. 85 diese Stelle aus Scheidt, cod. dipl. praef. p. LXXXVI., mittheilt, bemerkt, daß Landtschopp in dieser Stelle nicht die Landstände, sondern das Land bezeichnet.

72) S. die zuvor angef. heßische Einigung v. 1509 und dann besonders die Beschreibung der Stände der Neumark v. 1402 (Lünig, coll. I. p. 874.), welche beginnt: Wir Heinrich v. Müntersberg — im Rahmen aller Rittern, Knechte und Edlinge der Neumark und darzu wir Bürgermeister, Rathmann und Gemeinen dessen nachgeschriben Städte — im Rahmen aller Städte und nemlichen im Rahmen aller Inwohner der vorgeschribenen Neuen Mark beyde auf dem Lande und in den Städten.

73) Vitriarii insüt. iuris publ. L. III. t. 17. §. 36. (Peffinger, Vitr. illust. T. III. p. 1198.)

selecti viri, ein Ausschuß, qui in loco a principe assignato universaliter congregati constituunt unum corpus, quod vocatur eine gemeine Landschaft, ac subditos universos ac singulos repraesentant, eorumque nomine deliberant et concludant, adeo ut quicquid constituunt ab universo populo et ab universis constitutum esse conseatur. Auch Moser<sup>74)</sup>, Struben, Pütter u. s. w. haben den repräsentativen Charakter der alten Landstände, der auch in einigen Landesverträgen des achtzehnten Jahrhunderts ausdrücklich anerkannt<sup>75)</sup>, von einigen Publicisten aber gegen Ende desselben, namentlich von Posse und Lang<sup>76)</sup>, jedoch unter sicher nicht minder gewichtigem Widerspruche, angefochten worden ist<sup>77)</sup>, nicht bezweifelt.

Zum Schutze aller dieser Rechte der Landstände diente aber in jener Zeit bis zu Ende des 15. Jahrhunderts das Widerstandsrecht derselben. Die landständischen Einrichtungen entstanden in einer Zeit, als Selbsthilfe in vielen Fällen noch für rechtlich und zulässig erachtet wurde, besonders aber dann, wenn richterliche Hilfe nicht zu erlangen war. Dieses war aber der Fall, wenn die Parteien nicht einem für beide competenten Gerichte unterworfen waren, oder die eine Partei sich zu Recht zu stehen weigerte, und es dem Gerichte an Mitteln fehlte, zu seiner Anerkennung oder Befolgung seiner Urtheile zu zwingen. Hierauf beruht das Fehderecht des Mittelalters, d. i. die

74) Moser, von der Reichsstände Landen S. 843, nennt sie Repräsentanten des Landes in favorabilibus et odiosis, custodes legum et iurum patriae, Vorstehern und gleichsam Vormännern des Landes. — Pütter, Beiträge Bd. 1, S. 182.

75) Schwarzburg-rudolstädt. Landesconstitution v. 1722: In solcher Weise das ganze Land repräsentiren, auch vor dasselbe sich verbindlich machen (Moser a. a. O. S. 386). Braunschweig. landschaftl. Priv. v. 1710 Art. 3 flg. Vgl. auch Falk, Schleswig-holstein. Privatrecht Bd. 2, S. 218, Note 49.

76) Posse, über das Staatseigenthum und das Staatsrepräsentationsrecht der teutschen Landstände (Rostock und Leipzig 1794), S. 157 flg. G. G. Lang, Prüfung des vermeintlichen Alters der Landstände.

77) A. B. Jacobi, Auflösung einiger Zweifel über das Alter und das Repräsentationsrecht teutscher Landstände. Hannov. 1798. (Panzer) Ueber den Ursprung und Umfang der landständischen Rechte in Bayern S. 350 flg. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 425, Anmerk. B. B. Pfeiffer, Geschichte der landständ. Verfassung in Kurhessen S. 7, und die daselbst angeführten Äußerungen von Ledderhose und Spittler in Beziehung auf die hessische und hannover'sche Verfassung. — Uebrigens darf nicht übersehen werden, daß in früherer Zeit der Repräsentativcharakter der alten Landstände zuweilen gelehrt wurde, weil man es nicht zugeben wollte, daß eine Corporation Privilegirter, von den Steuern größtentheils Fremter, Lasten auf das Land ohne dessen Zustimmung sollte legen können. Heutigen Tages sind es die Anhänger Ludwig v. Haller's, diejenigen, welche die historische Verbindung zwischen den altlandständischen und neueren sogen. Repräsentativverfassungen gern ganz abbrechen möchten, um diese so leichter als unteutsch, modern, revolutionär in allen ihren Grundzügen darzustellen, welche es darzutun versuchen oder ganz bestimmt hinstellen, daß jeder alte Landstand und ebenso die Gesamtheit derselben nur sich selbst repräsentirt habe.

Befugniß derjenigen Stände, welche die Freiheit und Waffenbefähigung bewahrt hatten, nicht etwa wo sie wollten, aber da wo sie ihr Recht nicht auf gutem Wege erhalten konnten, durch Gewalt sich dasselbe zu nehmen<sup>78)</sup>. Es erklärt sich, wie der Adel dieses Recht als ein Vorrecht besonders in Anspruch nahm, während es doch auch den Städten als freien Corporationen nicht abgesprochen werden konnte. Gegen den Mächtigen konnte aber damals der Schwächere sich nur durch Hilfe und Beistand Anderer schützen, daher neben dem Fehderechte das Recht der Einigung als Freiheitsrechte geltend gemacht wurden, und beide dienten damals dazu, die Freiheit zu bewahren. Die Einigung sicherte gegen Unterdrückung und Rechtsverletzung; sie gab die Möglichkeit, das gestörte Recht wieder herzustellen, das entzogene wieder zu erlangen. Als die Stände sich zu gemeinschaftlichem Handeln vereinigten, so verbanden sie sich namentlich auch dahin, daß sie mit gemeinen Kräften dem Landesherrn widerstehen wollten, wenn er die Rechte Einzelner, der Stände überhaupt, endlich des ganzen Landes verletzen würde. Die Landesherrn trugen kein Bedenken, dieses Widerstandsrecht auch ausdrücklich anzuerkennen<sup>79)</sup>, indem sie damit gar nichts einräumten, was nicht damals allgemein Rechtens gewesen wäre. Indem die Stände aber sich dennoch solche ausdrückliche Anerkennung zu verschaffen suchten, so bezweckten sie wohl damit, daß man nicht aus dem Vasallenverhältnisse, in welchem sie größtentheils zum Landesherrn standen, oder aus den landesherrlichen Rechten selbst, welche allerdings zu einem gewissen Gehorsam verpflichteten, der aber doch nicht als ein eigentlicher Unterthanengehorsam, den man in seiner heutigen Unbedingtheit damals überhaupt nicht kannte, zu betrachten, und endlich aus dem Gebote der verschiedenen und immer erneuten und strenger werdenden Landfrieden, welche un r e c h t e Gewalt verhindern sollten, eine Unrechtmäßigkeit ihres Handelns ableiten möchte, wenn sie ihre Rechte selbst

78) S. in diesem Werke den Art. Landfriedensbruch.

79) In der Handvorse Herzog Otto's von Bayern von 1311 heißt es: Ob ihnen an diesen sachen etwas bekränkt würde, daß sie sich des wehren sollen, als fer ob sie sich darum an einen andern Herrn halten wider uns, daß sie des nicht entgelten sollen. v. Freyberg a. a. D. Bd. 1, S. 202. Kubhart a. a. D. S. 69. In dem bei der Landestheilung im J. 1392 ausgestellten Freibriefe sagen die Fürsten: und thäten wir das Alles nicht — so mögen sie sich des wohl widersetzen, und sich deswegen mit einander versorgen und vereinen, damit die Fürsten bei Fürkenthum und Herrschaft, die Stände bei Gnade und Recht bleiben; s. v. Freyberg a. a. D. Bd. 1, S. 261. Versicherung Herzog Friedrich's von Lüneburg von 1471 bei Jacobi, Sammlung der Landtagsabschiede Bd. 1, S. 33: Wehre aver da Gott vor sy, dat Borgebreden unse Prälaten Wänne, und Stäte sämtlichen effte jemandt von ehene befündern, von uns unsen Erven effte Kathömelingen bever Recht und Stedelde thosage beschweret werden; So heben und erliven vy Gen mit Urkuntt deses Brefes dat se sct sambt effte befündern schollen und mögen upholden und gegen uns unser Erden — erwehren, so lange dat man de ebdere den tho Rechte stadete u. s. w

zu schügen veranlaßt werden sollten. In den Verträgen, welche die Landstände mit den Landesherren schlossen, in allen Versicherungs-urkunden, welche diese den Landständen und dem durch diese vertretenen Lande ausstellten, wurde daher auch damals mit aufgenommen, daß die Landstände sich selbst erforderlichen Falles mit Waffengewalt Recht sollten nehmen, ihres Huldigungseides ledig sein, befugt sein sollten, von dem wortbrüchigen Landesherren sich einem anderen zuzuwenden. So machte allerdings das Widerstandsrecht der Landstände einen wesentlichen Theil des alten landständischen Wesens bis zum 16. Jahrhundert aus; man darf aber die Sache nicht so ansehen, als sei dieses Widerstandsrecht selbst ein außergewöhnliches ertrogetes Recht der Landstände, und das Fundamentaltrecht, aus welchem sich auch alle übrigen Befugnisse der Stände entwickelt hätten, gewesen. Das Widerstandsrecht war auch nur damals eine Garantie der großentheils davon ganz unabhängigen, schon als bestehend und rechtlich begründet vorausgesetzten landständischen und Landesrechte. Aus dieser Stellung der Landstände nicht nur als Vertreter der Rechte, sei es bei dem Landesherren selbst, bei den Gerichten, sondern als Selbstschützer und Selbstwahrer ergibt sich daher auch, daß ihnen die erforderlichen Mittel dazu zu Gebote und frei gestanden haben müssen. Daher das unbezweifelhafte Recht der Landstände, wenn sie es für nothwendig erachteten, zu einer Versammlung zusammenzutreten<sup>80)</sup>, Ausschüsse zur Wahrnehmung ihrer Rechte anzuordnen, als eine selbstständige Corporation selbst sich anderweitigen Beistand, wo sie glaubten, daß ihre eigene Macht nicht ausreichen würde, zu suchen. Mit dem ewigen Landfrieden erlosch nun auch reichsconstitutionsmäßig das Recht des (bewaffneten) Widerstandes der Landstände, die Reichsgerichte sollten ihnen jetzt den Schutz ihrer Rechte gewähren.

### C. Verfall der alten Landstände.

Landeshoheit und landständische Verfassung in der Weise, wie wir sie eben kennen gelernt haben, sind mit und neben einander er-

<sup>80)</sup> Daß dieses in der älteren Zeit den Ständen freistand, liegt so sehr in dem Ursprunge und Wesen derselben, daß es selbst ohne ausdrückliche Zeugnisse nicht bezweifelt werden konnte. Bayer. Freibrief dd. München heil. 3 R. 1393 (Freihberg a. a. D. Bb. 1, S. 317): Es mögen unsere stände tag suchen und zusammenkommen in München oder anderswo, als oft ihnen das noth beschiedt, und zu ihnen aus dem Lande bitten wer dazu nuß und gut ist, damit einander rathen der Herrschaft und des Landes nothdurft. In der angef. Ausführung der Rechte der Stände des Herzogth. Oesterreich von 1619 behaupten dieselben, es habe das Erzherzogthum das alte ius und Verkommen gehabt, daß das Land für sich selbst, seine Landtag und versamblungen des Landes noturften zu berathschlagten halten kann, und jeder zeit frey und ungehindert bis anhero gehalten hat. Schon im 15. Jahrb. (1462, 1463) aber sieht man aus den Angaben (S. 34) suchten die Fürsten die eigenmächtigen Versammlungen zu hintertreiben, inßibiren, wiewohl ohne Erfolg.

wachsen. An Conflicten und Streitigkeiten zwischen Landesherren und Landständen konnte es daher auch schon in jener Zeit nicht fehlen, die um so mehr hervortraten, als die Landesherren sich ihrer Regentennacht und Würde mehr bewußt wurden, die Stände als ihre Unterthanen zu betrachten anfangen, während diese ursprünglich nur in Beziehung auf gewisse Rechte dem Landesherren unterworfen, sich zum Schutze ihrer Freiheit vereinigt hatten und in dieser Vereinigung zu einer selbstständigen, das ganze Land vertretenden Corporation erwachsen waren, die sich nunmehr im Besitze aller aus früherer Zeit stammenden und neuerworbenen Rechte zu behaupten suchte. Wenn auch schon vor Ende des 15. Jahrhunderts in einzelnen Ländern der Sieg sich mehr auf Seiten der Landesherren zu neigen schien, die Uebergriffe derselben häufiger erfolgten, der Widerstand der Stände dagegen schwächer wurde, so trat doch dagegen oftmals wieder eine Reaction ein, und im allgemeinen fand ein gewisses Gleichgewicht statt. Mit dem 16. Jahrhunderte beginnt, so weit eine strenge Abgrenzung hier überhaupt möglich, eine neue Epoche. Die Fürsten, die vom Reiche, dessen Verfassung ohne eigentliche Aenderung der Form wesentlich eine andere wurde, sich immer unabhängiger zu machen wußten, erweiterten ihre Macht immer mehr, nicht selten bis zum vollendetsten Absolutismus, während die Macht der Landstände geschwächt wurde, ihr Einfluß abnahm, ihr Ansehen sank, so daß zum Theil ihre Wirksamkeit im 18. Jahrhunderte schon völlig aufhörte, oder sie ihre bis zum Unkennlichen abgeschwächten Rechte oftmals nur noch der Form nach ausübten. In manchen Territorien, in welchen sich ein größerer Widerstand zeigte, wurden sie auch wohl gewaltsam beseitigt, während sie in anderen in einer mehr oder minder sich dem alten landständischen Wesen annähernden Weise erhalten haben. Die Gründe, aus welchen man die Abnahme der Macht der Landstände und deren Untergang abgeleitet hat, sind das Wegfallen des früher nicht selten ausdrücklich eingeräumten Rechtes des bewaffneten Widerstandes durch die Gebote des ewigen Landfriedens; — die völlige Veränderung des Kriegswesens, vermöge des stehenden Militärs und des Feuertgeschüßes; die den Landständen nicht günstige Theorie der Romanisten und Hofpublicisten von der an sich unbeschränkten Gewalt des princeps, wobei die ständischen Rechte unter den ihnen sehr nachtheiligen Gesichtspunkt landesherrlicher Privilegien subsumirt wurden. So z. B. Zachariä<sup>81)</sup>. — Eichhorn<sup>82)</sup> findet die Hauptursache darin, daß in Reichsgesetzen die Nothwendigkeit des Daseins der Landstände so wenig ausgesprochen, als ihnen eine bestimmte staatsrechtliche Bedeutung beigelegt war. Allein alle diese Gründe können nur als mitwirkende Ursache, als äußere Nebengründe,

81) Teutsches Staatsrecht Bd. 1, S. 342.

82) Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. Bd. 4, S. 384 (§. 346).



welche Verfall und Untergang der alten Landstände beförderten, angesehen werden. Es ist hier nicht der Ort zur Darlegung, wie ungenügend jene angeblichen Ursachen des Unterganges der alten Landstände sind, doch möge nur Folgendes angedeutet werden: das Recht des Widerstandes, welches mit einer geordneten Rechtsverfassung aufhören mußte, ist nicht allein kein nothwendiger, sondern nicht einmal ein zulässiger Bestandtheil einer ausgebildeten landständischen Verfassung; wo die Verfassung aber wahrhaft Wurzel im Volke geschlagen, wo dieses ein wenn auch nur dunkles Bewußtsein von dem Werthe einer Institution hat, durch welche Schutz geschafft werden soll, so weit es bei der Unvollkommenheit menschlicher Einrichtungen möglich, gegen den Zufall der Ein- und Absichten des Einzelherrschers, durch welche der Staat zu einem wahren Gemeinwesen, zu einem wahrhaft organischen Ganzen erhoben werden soll, wird es auch da, wo die Verfassung nicht unter den Schutz des bewaffneten Widerstandes, der Bajonette der Nationalgardien, gestellt ist, bei gewaltfamer Verletzung nicht an einer Reaction fehlen. Die stehenden Heere, zumal da sie aus geworbenen Söldlingen bestanden, gaben den Landesherren allerdings ein Schutz- und Gewaltsmittel, das in eben dem Maße an Umfang zunahm, als der Ritterstand sich dem Waffendienste entzog; aber es darf auch nicht unerwogen bleiben, daß zunächst das Aufkommen der Soldtruppen, die Nothwendigkeit eines größeren und kostbareren Kriegsmaterials, die Anlegung von Festungen u. s. w. vorzugsweise es waren, welche die Landesherren nöthigten, die Landstände immer und immer wieder um Steuern anzugehen, sie, während in früherer Zeit ihre Versammlungen wenig regelmäßig waren, öfter zu berufen. Das erhöhte Steuerbedürfniß gab den Landständen die Macht des Geldes, die, gut und weise gebraucht, ihnen die Macht der Waffen reichlich hätte ersetzen mögen. Mit dem Aufkommen der stehenden Heere fällt auch nicht das Sinken, sondern die Consolidation, die geregeltere Gestaltung der altlandständischen Verfassungen zusammen, und in späterer Zeit ist nur in selteneren Fällen offene Gewalt gebraucht worden, um die Macht der Stände zu brechen. — Was die Theorie der Juristen betrifft, so hat sie allerdings mächtig mitgewirkt, um den Untergang der altlandständischen Verfassungen zu befördern, durch sie sind die Fürsten oftmals in der Meinung bestärkt worden, daß sie auch vollkommen rechtlich handelten, wo sie, sei es aus persönlichem Interesse, sei es, wie es allerdings oftmals der Fall, um der Landeswohlfaht selbst willen, die hemmenden Schranken der Landstände zu umgehen, zu durchbrechen suchten, und mit bestärktem Gewissen mochten sie sich ein rücksichtsloseres Vorschreiten gestatten; die Theorie der Juristen fand auch Eingang in den Gerichtshöfen, die über streitiges Recht zwischen Landesherren und Landständen oder Unterthanen zu entscheiden hatten. Aber die Theorie würde dennoch keinen Boden, in dem sie hätte aufwachsen mögen, gefunden, ja sie würde wohl gar nicht einmal sich ausgebildet haben, wenn sie nicht einer Richtung der Zeit,

einem Bedürfnisse auf halbem Wege entgegen gekommen wäre. Auch schon vor Jahrhunderten hatten die Juristen ansggefunden, daß die Vollgewalt römischer Imperatoren auf die römisch-teutschen Kaiser übergegangen sei, ohne daß dadurch nun eine Alleinherrschaft der Kaiser in Teutschland und Italien begründet worden wäre. Das Justinianische Gesetzbuch, in einer Zeit der Willkürherrschaft, des gänzlichen Verfalles alles öffentlichen Lebens entstanden, bot allerdings Aussprüche dar, welche, bei dem Wahne, daß jene römischen Satzungen normgebend für alle unsere Lebensverhältnisse seien, sich wohl zur Rechtfertigung einer unbeschränkten Regentengewalt, der gegenüber alle ständischen Rechte als spätere Usurpationen, oder doch mindestens als Ausnahmen, als Privilegien erscheinen mußten, benutzen ließen, aber das *corpus iuris* enthielt auch eben so gut Grundsätze einer republikanischen Regierungsform, welche die Juristen ihrer Theorie hätten zu Grunde legen können. Man bedenke, welche verschiedenen Regierungsformen unter verschiedenen Verhältnissen mit der Bibel in der Hand gerechtfertigt worden sind. Auch möge man die Juristen, welche der einen wie der anderen Partei das Material aus ihren Gesetzbüchern, ihrem Aristoteles u. s. w. lieferten, nicht zu sehr belasten! Es hat unter ihnen auch früher an sogen. Hofpublicisten nicht gefehlt, aber es haben auch Viele die Rechte der Landstände und des Volkes mit einem Freimuth und in einer Form vertheidigt, wie es heutigen Tages wohl kaum gestattet und möglich sein möchte. Der Mangel einer reichsgesetzlichen Bestimmung über die Nothwendigkeit und rechtliche Bedeutung der Landstände trug freilich dazu bei, daß rechtliche Zweifel entstehen, den Landständen ungünstige Theorien Boden gewinnen konnten, und erleichterte den Fürsten ihren Kampf gegen die Landstände, aber schwerlich würde ein Reichsgesetz das Schicksal der Landstände gewendet, den Lauf der Begebenheiten, der einer nothwendigen Entwicklungsbahn folgte, geändert haben. Nicht der Mangel eines Reichsgesetzes machte die Landstände schuglos, sondern der Mangel eines gehörigen Ansehens, einer gehörigen Macht der Reichsjustiz, die ganze politische Gestaltung Teutschlands. Schwerlich würde ein Reichsgesetz einen Kurfürsten von Brandenburg zu einem anderen Verhalten bestimmt haben!

Der Grund des Verfalles und Unterganges der altständischen Verfassungen war theils die Nothwendigkeit der Consolidation einer einheitlichen Gewalt, theils die Beschaffenheit der damaligen Landstände. Aus jenen durch Stammesverwandtschaft verbundenen ackerbauenden Kriegsmännerhäufen, deren Gemeinwesen noch auf der Stufe der Familie und des Stammes stand, war im Mittelalter die in Stände, Gemeinheiten und Genossenschaften gegliederte bürgerliche Gesellschaft hervorgegangen. Allein indem jene reiche Mannigfaltigkeit der Lebenserscheinungen und Formen, bei gewissen allerdings überall sich wiederfindenden Grundzügen, in größter Fülle und Verschiedenheit bis zu den kleinsten und engsten Lebenskreisen hinaab sich entfaltete, schien alles wahrhaft

Einheitliche, das Allgemeine ganz verloren gehen zu wollen. Jeder Mächtige trachtete dahin, Herrscherrechte, wenn auch im engeren Kreise, dem Landesregenten gleich, nur höchstens mit einer gewissen persönlichen Unterordnung, zu erwerben; jede Gemeinde, jede Genossenschaft erstrebte und errichtete den Verhältnissen gemäß eine größere oder geringere staatliche Abgeschlossenheit und Selbstständigkeit. Alles streckte die Hände aus nach Rechten und Freiheiten, nach Privilegien und Monopolen. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß dieses nur den Wenigeren gelingen konnte, und der Mehrzahl daraus neue Lasten, Pflichten, Beschränkungen erwachsen mußten. Der neueren Zeit war es zur Aufgabe gestellt, die Mannigfaltigkeit des Mittelalters, die Menge der Particularitäten zur Einheit des Staates zurückzuführen, Recht und Freiheit wieder zu begründen, öffentliches Leben wieder zu erwecken, den Staat zu einem wahren Gemeinwesen und Gemeingute des Volkes zu machen, zu einer *res publica* zu erheben. Die Monarchen aber sind die Repräsentanten, die Träger der Idee der Staatseinheit. Dieser Idee haben sie dienen müssen, wo sie selbst oftmals nur von persönlichen Interessen zunächst zum Handeln bestimmt wurden<sup>83)</sup>. Während es in den übrigen Ländern Europa's den Königen gelungen war, die vom Staate gewissermaßen abgerissenen Landestheile, die in Besitz genommenen Hoheitsrechte wieder zusammenzubringen, blieb in Deutschland dem Kaiser von seiner Machtvollkommenheit nur ein kümmerlicher Rest von Reservatrechten, und das Reich wurde zu einer Föderation. Die Staatseinheit, die hier im Reiche verloren gegangen war, konnte sich nur in den Territorien verwirklichen. Es geschah dieses durch die wachsende Macht der Landesherrn. Das Wachstum dieser Macht war es, wie wir gesehen haben, welches die Stände der Territorien veranlaßte, sich zum Schutze ihrer Rechte mit einander zu verbinden. Diese Verbindung hemmte aber nicht sowohl die Entwicklung der Landeshoheit, als sie dieselbe förderte. In Gemeinschaft mit der Landschaft übten die Landesherrn Regierungsrechte, die sich nachmals als ihnen gehörig, gleichsam als ihr Patrimonium, als eine ihnen von Gott verliehene Gewalt, in Anspruch nahmen und nun als Waffe brauchten, um die Macht der Landstände zu brechen, ihre Rechte zu vernichten. Dieses würde aber wohl nicht in der Weise haben gelingen können, wenn die Organisation der Landstände mehr den veränderten staatlichen Verhältnissen entsprochen, wenn sie ihrer Zusammensetzung nach dazu geeignet und ebenso Willens gewesen wären, das zu sein, was sie sein sollten, eine Repräsentation

83) Stenzel's Geschichte des preuß. Staates Bd. 2, S. 78: Die unbeschränkte Fürstengewalt mußte sich ausbilden und den veralteten Corporationsgeist zerstoren, um allgemeine Freiheit und Gleichheit der Rechte der Staatsbewohner gegen einander zu begründen und auf diese Weise eine durchgreifende Erneuerung des Gesamtlebens zu bewirken.

des Landes, d. h. des Wohles sämmtlicher Untertanen. — Die Landschaft bestand, wie wir gesehen haben, in der Regel aus Prälaten, Ritterschaft und Städten; fast überall war der Bauernstand ausgeschlossen, in manchen Ländern gehörten auch nicht die Städte zur Landschaft, die wohl hier und da aus der Ritterschaft oder auch nur aus dem Domcapitel bestand. Je mehr der Bürgerstand im weiteren Sinne sich ausbildete, um so mehr entstand ein sich erweiternder Kreis von Untertanen, der, intellectueller Befähigung und Begüterung ungeachtet, außerhalb jeder Theilnahme an der landständischen Landesrepräsentation stand. Die Städte selbst waren nur durch ihre Bürgermeister oder wohl andere Rathsglieder vertreten, aber die Verfassungen vieler Städte, in welchen besonders seit dem 30jährigen Kriege mit Abnahme der Macht und des Reichthums auch das politische Leben erstorben war, war so verkümmert, daß der Magistrat selbst eine durch Erblichkeit der Stellen von der Bürgerschaft geschiedene Oligarchengenossenschaft geworden war<sup>84)</sup>. Wenn gleich die auf dem Landtage erscheinenden Stände eine Körperschaft ausmachten, die als solche das Land in seiner Gesamtheit vorstellte und vertrat, so trat die ganze Mangelhaftigkeit dieser alten Repräsentation hervor, wo die Interessen der Stände, wie es oft in den wichtigsten Punkten der Fall sein mußte, sich schieden, die Möglichkeit sich zeigte, ein particulares Interesse, wenn auch auf Kosten der übrigen, geltend zu machen<sup>85)</sup>. Eigennutz, welcher durch keine Verfassungen verbannt werden wird, war ja damals nicht einmal durch eine positive Verpflichtung, durch einen Stände eid gebunden. So sehen wir, wie die Landstände ihre Macht früher, als die Hoheitsrechte gleichsam noch Gegenstände des Verkehrs waren, dazu benutzten, um sich solche Rechte, z. B. die Gerichtsbarkeit, das Münzrecht und andere Regalien und sonstige Privilegien zu erwerben, nachmals um die unvermeidlich immer größer werdende Last der Besteuerung von sich abzuhalten und so viel als möglich auf die Mittstände oder die übrigen Untertanen zu wälzen. Es gelang dieses besonders dem Ritterstande, als dem in der Regel die übrigen Stände, namentlich die Städte, weit überwiegenden Theile der Landschaft, wiewohl die vermehrte Steuerlast, besonders durch die stehenden Heere, die an die

84) Pütter, hist. Entwicklung der Staatsverfassung des teutschen Reiches Bd. 2, S. 204: Wenigstens fehlte es da nicht an Klagen der Bürgerschaft, daß der Stadtrath meist aus Personen, die mit einander verwandt oder verschwägert wären, bestände; daß gemeine Stadtgüter zu Privatvortheilen verwandt würden; daß keine richtige Rechnung geschähe u. s. w.

85) In einem Rescripte des berühmten hannöv. Staatsmannes R ä n c h : h a u s e n v. d. Nov. 1789 heißt es: Wir überlassen es euren eignen Empfindungen, ob ein mehreres habe geschehen können, und ob eine Landschaft, die das Wort nicht eines einzelnen Standes, sondern der gesammten Untertanen reden sollte, u. s. w. C. Häberlin, Staatsrecht Bd. 2, S. 29.

Stelle des Ritterdienstes getreten waren, veranlaßt wurde<sup>86</sup>). So waren gewissermaßen die verschiedenen Classen der Landstände in einen Kriegszustand versetzt, welcher ihre Kraft dem Landesherren gegenüber nicht wenig schwächen mußte<sup>87</sup>). Das Land erfuhr bei der Heimlichkeit aller Verhandlungen (welche damals durchaus für alle öffentlichen Angelegenheiten unumgänglich notwendig erachtet wurde) von den Land- und Ausschustagen fast weiter nichts, als daß es wieder neue Steuern zu bezahlen gäbe, denn die Landtage waren, wie man sagte, Selbstage, daher sie auch in der Periode des Unterganges der landständischen Verfassungen viel häufiger berufen, und in der Regel in ihrem ganzen Gange mit einer solchen Gleichförmigkeit sich wiederholten, daß es fast widerwärtig wird, die Darstellung von diesen Landtagen zu lesen, welche das Institut selbst in Ländern, wo es scheinbar noch in alter Weise bestand, zu einer schlechten Komödie herabgesunken zeigen. Rudhart's Geschichte der bayer'schen Landtage gibt davon hinlängliche Kunde, sowie das Bild, welches R. F. Moser mit der ganzen Kühnheit dieses unerschrockenen Publicisten von dem gewissenlosen Verfahren der Landstände, nicht minder von der schändlichen Wirthschaft an manchen teutschen Höfen entworfen hat<sup>88</sup>). Ein Bild, welches zugleich als Maßstab ehemaliger und jetziger Redefreiheit dienen kann. Da zu dieser Heimlichkeit aller Verhandlungen auch noch kam, daß die Landstände, wo sie noch die Verwaltung der Steuern bewahrt hatten, oftmals durchaus keine Rechenschaft weder dem Landesherren, noch dem Lande gaben oder geben wollten, so machte sich zu der Entfremdung, die zwischen den Landständen und dem Lande bestand, auch wohl noch das Mißtrauen gesellen, und diese Entfremdung und dieses Mißtrauen mußte um so mehr festen Boden gewinnen, und sich selbst wohl zu Unwillen und feindseliger Gesinnung gegen die Stände ausbilden, wenn man inne wurde, wie die Landesherren es waren, die sich wohl der armen Unterthanen annahmen, eine gleichere Vertheilung der Lasten zu bewirken suchten, während die Landesbeschwerden, soweit dabei nicht die besondern Rechte der Stände selbst theilhaftig waren, nicht selten eine kräftige und beharrliche Vorsprache fanden, sondern deren Zahl durch das Benehmen der Stände noch vermehrt wurde<sup>89</sup>). Landstände — sagt einer der letzten Reichs-

<sup>86</sup>) Vgl. Pütter's hist. Entwicklung Bd. 2, S. 200. Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. S. 547.

<sup>87</sup>) S. die Erzählung in Rudhart, Geschichte der Landstände in Bayern Th. 2, S. 27.

<sup>88</sup>) Die Stelle aus dem Fürsten und Diener (1759), welche wir meinen, die auch Schloffer in seiner neueren Geschichte hat abdrucken lassen, findet sich auch in dem Staatslexikon Bd. X, S. 785.

<sup>89</sup>) Eine jesuitische Pringeninstruction, geschrieben von einem Marquis d'Irés, Erzieher und Minister Karl Theodor's (Karl Theodor's Initiation zum Kurfürsten oder Regierungsgrundsätze, wie sie zum Gebrauche desselben

publicisten<sup>90)</sup> — gehören allerdings zum Glücke eines Landes, wenn sie ihrer Pflicht eingedenk sind, und es nie vergessen, daß sie Repräsentanten des Volkes und diesem eigentlich Rechenschaft von ihren Handlungen zu geben schuldig sind. Aber wie selten ist dieß wirklich der Fall? Wie selten wagen sie es, dem Regenten über seine oder seiner Ráthe Handlungen zwar bescheidene, aber standhafte Vorstellung zu thun? Wie wenig sehen sie bei ihren Rathschlägen auf das Beste des ganzen Landes? Wie gleichgültig sind sie nicht zuweilen gegen den Druck und die Ungerechtigkeiten, welche der arme Unterthan leiden muß? Nur dann erheben sie großes Geschrei, wenn ihre eigenen Rechte auf dem Spiele sind, dann führen sie wohl Prozesse und bestreiten die Kosten aus der allgemeinen Landescaße, wozu der ohnehin gedrückte Unterthan das Seinige beisteuern muß. Ist es nicht z. B. unverantwortlich, wenn die Kosten zu den Jagdprozessen der Ritterschaft aus der Landescaße genommen werden? Ist es nicht schrecklich, daß in manchen Ländern die landschaftlichen Schulden deshalb nicht getilgt oder die Zinsen derselben deshalb nicht heruntergesetzt werden, weil die Mitglieder der Landschaft selbst die Gläubiger sind<sup>91)</sup>? Ist es nicht himmelschreiend, wenn sich die Administrationskosten auf mehrere Tausende belaufen, und von den Schulden trotz aller Auflagen kaum so viele Tausende abbezahlt werden, als hoch sich die Besoldungen und Diäten der landschaftlichen Deputirten belaufen! Aehnliche Anklagen des Verhaltens der Landstände sind im letzten Jahrhunderte nicht eben selten gewesen. Wir wollen nur noch ein Zeugniß des kräftigen und

---

1742 aufgesetzt sind, in Meiner's und Spittler's histor. Magazin Bd. 1, S. 648 fg.), welche diesem Fürsten die Mittel und Wege, zur unumschränkten Herrschaft zu gelangen, angeben sollte, hebt insbesondere das selbstsüchtige Verfahren des landsständischen Adels im Färlischen hervor, wodurch mehr als die Hälfte aller Güter im Lande steuerfrei gemacht sind, die ganze Steuerlast den Unterthanen aufgebürdet ist und seit mehr denn 100 Jahren vergebliche Beschwerden und Klagen derselben veranlaßt worden sind. — Er sagt auch (S. 676 a. a. D.), daß viele dieser (privilegirten) Landstände die Verhandlungen geflissentlich verzögerten, damit sie viele Diäten und Tagegelber ziehen könnten, weil manche unter ihnen seien, deren Einkünfte sich nicht so hoch beliefen als jene Diäten.

90) Häberlin, deutsches Staatsrecht Bd. 2, S. 74.

91) Häberlin hätte hier wohl eine Stelle Pütter's, in dessen histor. Entwicklung Bd. 2, S. 203, vor Augen: Nicht selten geschah es zugleich, daß einzelne Prälaten oder Edelleute, oder wohl die Landesherren selbst, das Geld, so die Landschaft aufnehmen mußte, auf deren Credit entweder selbst verzinslich vorschossen, oder doch in der Folge von anderen Gläubigern, welche ihre Capitalien dazu hergeliehen hatten, die darüber erhaltenen landschaftlichen Schulds- und Pfandverschreibungen einlösten. Alsdann gab es selten Mittel, Capitalien auf Zinsen so sicher anzubringen. Was hätte nun den Landesherren oder auch die Prälaten und Ritterschaft bewegen sollen, auf Abtragung solcher landschaftlicher Capitalien, auf Verminderung dieser Art von Rationalschuldbesonderlich bedacht zu sein? (!!)

ehrliehen Schldzer<sup>92)</sup> hervorheben: Die schreckliche, Landesverderbliche Desorganisation der Landstände in Hildesheim ist durch die unselige Verheimlichung entstanden. Wie viele andere große und kleine Staaten, namentlich in Deutschland, sind durch diese böse Verheimlichung bis auf den heutigen Tag unglücklich geworden. Die Völker kommen nach und nach zur Besinnung. Eine Zeit lang schob man alle Schuld des despotischen Druckes auf die Monarchen, und betete die Stände als Schutzengel der Freiheit an. Längst hat sich diese Meinung geändert: man wird den Monarchen gut, und findet, daß viele Stände aus Unkunde oder aus Bosheit oder Feigheit das Volk, ihre Committenten, constitutionsmäßig verrathen haben. Sind die Höfe Schuld daran, wie man zu ihrer, der Stände, Entschuldigung sagt? — Sie hätten sich nicht durch Hofeinfluß verderben lassen sollen; sie hätten nicht auf die Art verdorben werden können, wenn sie nicht das apokalyptische Mysterium (Apol. 17) erschlichen hätten. Wir möchten den Freunden der alten Landstände, den Gegnern der volksthümlischen sogen. Repräsentativverfassungen, diese Zeugnisse und Klagen doch gar sehr zur Erwägung empfehlen. Waren damals etwa die Menschen überhaupt so viel verderbter als in unserer des Materialismus so hart verklagten Zeit? Oder sollte es sich doch am Ende ergeben, daß die Zusammensetzung der Stände das Verderben wirkte? daß politische Formen nicht so gleichgiltig sind, sondern auch den politischen Geist bestimmen?

Auf welche Weise die Landstände ihre Wirksamkeit verloren, läßt sich, da es weder in allen Staaten gleichzeitig, noch unter denselben Umständen, noch in gleicher Weise und mit gleichem Umfange geschah, nur ganz im allgemeinen andeuten. Erst fingen die Landesherren in einzelnen Fällen an, sich über die Rechte der Landstände hinweg zu setzen, indem sie z. B. eine Steuer ausschrieben, die vorher nicht bewilligt war; es kam dann nicht selten vor, daß dieses mit Dringlichkeit der Umstände entschuldigt und wohl unter Bestätigung der Rechte und Freiheiten das Gelöbniß erteilt wurde, daß es nicht wieder geschehen solle. Schon in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts begegnen wir indeß einem Versuche, sich der Landstände durch allgemein gesetzliche Entziehung desjenigen ihrer Rechte, worauf damals fast ihre ganze Existenz beruhte — des Steuerbewilligungsrechtes nämlich — zu entledigen, welcher Versuch indeß damals scheiterte, und gewissermaßen zu Gunsten der Landstände aususchlug. In dem Reichsabschiede von 1654 war nämlich bereits den Reichsständen die Befugniß zugesprochen, von ihren Landsassen und Unterthanen einen hilflichen Beitrag zu Besetzung und Erhaltung der nöthigen Festungen zu fordern<sup>93)</sup>.

92) Schldzer, Staatsanzeigen Heft 71, S. 311.

93) R. u. A. v. 1654 S. 180, 181. Neue Sammlung der R. u. A. Bd. 3, S. 674.

Im J. 1670 vereinigte sich aber der größte Theil der Reichsstände zu einem Reichsgutachten, zufolge dessen nicht nur eine sehr weite Ausdehnung jenes Rechtes beantragt, sondern auch eine allgemeine Clausel in Beziehung auf die Verbindlichkeit der Unterthanen hinzugefügt werden sollte, welche nichts Geringeres enthielt, als daß denselben Alles, was an sie und so oft es begehrt, gehorsamlich und unweigerlich zu geben schuldig sein, dawider aber bei den Reichsgerichten irgend eine Klage nicht angenommen, und auch den Landständen, Landsassen und Unterthanen keine Privilegien, Exemptionen oder was selbige zur Zeit erlangt haben möchten, zu staten kommen sollte<sup>94</sup>). Es scheiterte dieses indes an dem Widerspruche einiger der größeren Stände, welche es für ungerecht erklärten, die Landsassen und Unterthanen, ohne sie gehört zu haben, ihrer Rechte zu berauben, und insbesondre an der Weigerung des Kaisers, dem Gutachten seine Genehmigung zu erteilen. — Die unterm 11. Febr. 1671 erteilte kaiserliche Resolution<sup>95</sup>) lautete dahin: Als Können J. kais. Majestät zwar gnädigst gern geschehen lassen, daß es nicht allein bei angeedeutetem §. 180 und den Kurfürsten und Ständen gegen ihre Unterthanen wegen der Reichskreisverfassungen, wie auch der Reichsanlagen gebührenden iure collectandi verbleibe, sondern auch jene Kurfürsten und Stände, so ein Mehreres, als in vorangezogenem §. begriffen, gegen ihre Unterthanen und Landsassen rechtmäßig hergebracht, darbei geschirmt und gehandhabt, die Landsassen aber zu allem dem zu contribuiren angewiesen werden, was das Reich pro securitate publica verwilligt, die Executionsordnung vermag, und die Landesdefension contra quemvis aggressorem dem Herkommen und heischender Nothdurft nach erfordert<sup>96</sup>). Daß aber Ihre kais. Majestät in oben angezogenem neuen Vorschlag und extendirter Prätenzion des §. 180 ohne einigen Unterschied, und zwar ihrer der Kurfürsten, Fürsten und Stände, Mediastände, Landsassen und Unterthanen haben Befehls ganz und zumalen ungehört und unvernommen, willigen, und sogar die Rechtsprozesse in dergleichen materiis cassiren, und sonderlich denenselben, wann sie über die Billigkeit beschwert zu sein erachten sollten, noviter et sine cognitione causae, an die Reichsdicasteria, entziehen sollten, darzu Können dieselben, in Erwägung der hierbei vorgefallenen hochwichtigen Bedenken, einmal nicht gehehlen, sondern werden um der dabei sich ereignenden Umstände willen, vielmehr gemüßiget, einen jeden bei dem, wessen er berechtigt, und wie es bis dato observirt worden, in alle Wege verbleiben zu lassen. — Hätte jenes Reichsgutachten die Gesetzesfunction erlangt, so wären die Landstände so gut als rechtlich

94) Neue Sammlung der Reichsabschiede Bd. 4, S. 84 flg.

95) Neue Sammlung der Reichsabschiede a. a. D.

96) Vgl. hierzu aber die Bemerkungen von Zeiß, im teutschen Staatsrechte §. 207 a. C. (1. Aufl.)



vernichtet gewesen, während jetzt das bedeutendste und wirksamste unter den ständischen Rechten sogar eine neue formelle kaiserliche Anerkennung erlangt hatte und den Schutz der Reichsgerichte dafür besonders zugesichert worden war. Den Landesherren blieb daher nichts übrig, als auf landesverfassungsmäßigem Wege die landständische Verfassung den veränderten Zeitverhältnissen gemäß, welche eine größere Staatseinheit und Gleichstellung der verschiedenen Unterthanenklassen forderte, umzugestalten, oder factisch die Wirksamkeit der Stände möglichst zu beseitigen. Der rechtmäßige Weg, die Landstände zu bestimmen, ihren Standesprivilegien und Sonderrechten freiwillig zu entsagen und die Privatberechtigung gegen eine um so wirksamere und höhere politische Stellung einzutauschen, würde wohl schwerlich und jedenfalls nur allmählig und langsam zum Ziele geführt haben<sup>97)</sup>. Auch würde das Ergebnis, wenn es zu erreichen gewesen wäre, bei den damals herrschenden Ansichten über Regentenmachtvollkommenheit, den Landesherren schwerlich genügt haben, denn nicht eine durch Gesetze, deren Bestand durch Rechtsinstitutionen gesichert und willkürlicher Aenderung und Deutung entzogen war, geregelte monarchische Gewalt war es, was die Fürsten der Zeit erstrebten. Eine völlige unbeschränkte Herrschergewalt, wie sie besonders in Frankreich — dessen Beispiel den deutschen Höfen damals vorzugsweise vorteleuchtete — üblich geworden war<sup>98)</sup>, die so wenig landständische Mitwirkung und Einsprache, als selbstständige Gemeindeverfassung duldete, die sich jeder Unterordnung unter das Reich nur unwillig fügte, war es, wornach mindestens die Mehrzahl der deutschen Landesherren seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts zu trachten angefangen hatten. Je nach der individuellen Verschiedenheit wurden sie dabei von eigennützigen Absichten, von Leidenschaften oder von Sorge und Eifer für des Landes Wohlfahrt geleitet. Auch hat es manchen namentlich größeren deutschen Staaten nicht an Fürsten gefehlt, die zugleich alle Eigenschaften besaßen, um den Kampf mit den Landständen, wo diese nicht das Feld ohne Weiteres räumten, fortwährend

97) Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. §. 596: Nur eine enge Verbindung unter den verschiedenen Classen, aus welchen die Landstände bestanden, und eine verstärkte Theilnahme des dritten Standes, besonders aber eine freiere Ansicht der politischen Verhältnisse, die nicht bloß das Interesse jeder Classe, sondern die des Ganzen ins Auge faßte, hätte den Ständen den Einfluß auf die Geschäfte sichern können, der ihnen gebührte; einer solchen Umgestaltung war aber die Politik der ermirrten Stände, die nur auf Erhaltung schlecht begründeter angeblicher Privilegien ging, eben so sehr entgegen, als das Bestreben der Räte des Landesherren.

98) So kam es beinahe dahin — sagt Pütter, Entwicklung der deutschen Staatsverfassung Bd. 2, S. 192 — wie der erhabene Verfasser des Antimachiasvelles die Beschreibung davon macht, daß kaum ein Ländchen in Deutschland übrig blieb, dessen regierender Herr sich nicht hätte etwas ähnliches von Ludwig XIV. zu sein, sein Versailles zu bauen, Rätresse und Soldaten zu halten.

Widersprüche und Beschwerden erhoben, mit Glück zu bestehen, sei es durch ein mehr diplomatisches Verfahren, sei es durch eine mehr gewaltsame Vernichtung der landständischen Rechte. Zu dem Einen wie dem Anderen glaubten selbst oft die edleren Regenten in ihren landesherrlichen Pflichten und Rechten die Befugniß zu haben. Der unparteiliche Geschichtschreiber wird aber nicht verkennen dürfen, wie zunächst (welches auch die Beweggründe sein möchten) die Fürsten es waren, welche die althistorischen Zustände vernichteten, die starren Sonderrechte untergruben, zerstörten; den Begriff des Rechtes an die Stelle der bloßen Rechte und Privilegien zu setzen bemüht waren<sup>99)</sup>. Nicht zufrieden damit, einen nur geschichtlich bestimmten, bald weiter bald enger begrenzten Inbegriff von Hoheitsrechten, also die Landeshoheit im älteren Sinne zu besitzen, unterstellten sie derselben den Begriff der Staatsgewalt<sup>100)</sup> und deducirten aus diesem nun ihre Rechte, namentlich die volle alleinige gesetzgebende Gewalt, wobei denn noch besonders das römische Recht zur Stütze dienen mußte, und das Bestreuerungsrecht, unter Berufung auf die Politik des Aristoteles<sup>101)</sup>, nach welcher die Regierung berechtigt sein sollte, die Mittel zur Bestreitung aller öffentlichen Ausgaben herbeizuschaffen. Die Fürsten waren es mithin, welche dem allgemeinen Staatsrechte practische Giltigkeit zu verschaffen suchten. Ein Mittel, um sich der diesem Streben entgegenstehenden alten Landstände zu entledigen, boten besonders auch die landschaftlichen Ausschüsse dar. Diese Ausschüsse (Berordnete, Landräthe), die seit dem 16. und 17. Jahrhunderte in den meisten Ländern aufkamen, um mit den Landesherrn über die gewöhnlichen Steuern zu handeln und zu schließen, die Aufsicht über das landschaftliche Cassenwesen zu führen, für Aufrechthaltung der Landesfreiheiten

99) Vgl. darüber die Bemerkungen von W. W. Pfeiffer, Geschichte der landst. Verfassung in Kurhessen S. 15.

100) So erklärte der Landgraf von Hessen-Darmstadt in Beziehung auf das ihm durch den Reichsdeputationsabschied von 1803 überwiesene Herzogthum Westphalen: daß die Abschließung eines neuen Grundvertrages um desswillen unnöthig sei, weil seine landesherrlichen Rechte theils aus dem Begriffe der Landeshoheit selbst, theils durch die Reichsgesetze und den Reichsdeputationshauptschluß hinlänglich bestimmt seien. Eine Aeußerung — bemerkt hierzu J. F. Kunde (über die Erhaltung der Verfassung in den Entschädigungsländern S. 46) — die in Wahrheit alle vorhandenen Staatsgrundgesetze entkräftet, da sie den Umfang der landesherrlichen Macht eines Herzogs von Westphalen lediglich aus dem Begriffe der Landeshoheit und den Reichsgesetzen bestimmt haben, und von einem dem verheerenden Mißbrauche landesherrlicher Willkür entgegengesetzten landständischen Damme so wenig wissen will, daß derselbe auch nicht einmal der Ausbesserung werth geachtet wird, deren er doch nach einem Verlaufe von 200 Jahren, besonders in dem Zeitpunkte einer neuen Landesorganisation, wohl bedürfen würde.

101) Eichhorn, Staats- und Rechtsgefch. S. 547.

zu sorgen u. s. w.<sup>102)</sup>, sind, wie Rudhart<sup>103)</sup> sagt, der Wurm geworden, welcher in vielen Ländern die landständische Verfassung zertraß. Diese Ausschüsse ergänzten sich aber oft selbst, oder die Theilnahme daran war gar ein erbliches Recht geworden, so daß sie nicht selten eine geschlossene Genossenschaft bildeten, die nur auf Erweiterung ihrer Rechte, Begründung ihres Einflusses bedacht war; statt Committirte der Landstände, benahmen sie sich als Vormünder derselben, überschritten ihre Vollmacht, machten Bewilligungen, zu welchen es der Berufung der Landstände bedurft hätte und boten nun dem Landesherrn das Mittel, diese zu umgehen, was man um so williger ergriff, da mit einer kleinen Zahl leichter zu verhandeln war, diese besser bearbeitet, durch manche Mittel, welche den Landesherrn um so mehr zu Gebote standen, als deren Macht sich erweiterte, gewonnen werden konnten. In Bayern war in dieser Weise schon seit 1669 kein Landtag mehr berufen worden, und charakteristisch ist es, daß im 17. Jahrhundert schon die Verordneten, die früher die Rechnungsablage dem Landesherrn verweigert hatten, mit dem Vertrauen befohrt wurden, daß es mit Ablegung ihrer Rechnung nicht allzu genau genommen werden sollte; und nachmals wurde es üblich, daß wenn sie Steuern über ihre Instruction hinaus bewilligt hatten, der Landesherr ihnen einen Revers ertheilte, worin er versprach, sie wegen dieser Ueberschreitung gegen die Landstände zu vertreten<sup>104)</sup>! — Wo es sich weniger bequem zeigte, die Landstände durch diplomatische Künste geschmeidig zu machen, zu gewinnen, zu neutralisiren, zu umgehen, da suchte man ihre Wirksamkeit durch Bestreiten ihrer Rechte zu beschränken. Waren die Befugnisse, welche die Stände in Anspruch nahmen, nicht urkundlich in Freiheitsbriefen, Reversfallen u. s. w. bestätigt, so wollte man die Berufung auf Herkommen, worauf die landständischen Rechte und Freiheiten größtentheils beruhten, nicht gestatten. Die Freiheitsbriefe und Verträge suchte man aber wo möglich zu Gunsten der unbeschränkten Gewalt der Landesherrn zu deuten; auf diese Weise suchte man namentlich das Einwilligungsrecht der Landstände zu einem bloßen Beirathe herabzubringen<sup>105)</sup>; und wie es

102) Moser, von der Reichsstände Landen II. 18. §. 12, S. 800. Spittler, Gesch. von Hannover Bb. 2, S. 274.

103) Rudhart, Gesch. der Landstände in Bayern Bb. 2, S. 295.

104) Rudhart a. a. D. Bb. 2, S. 295, 305. Ueber das Verderbliche dieser Ausschüsse für die landständische Verfassung s. außer der dafür sehr belehrenden Geschichte der bayer'schen Stände von Rudhart, Spittler, Gesch. des engeren landständ. Ausschusses in Württemberg. Vgl. indeß damit Keyser, Sammlung württemb. Gesetze Bb. 1, Einl., und Ohl, württemb. Staatsrecht Bb. 1, S. 12 flg.

105) S. Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. §. 546, und die daselbst angef. Stellen aus Myler ab Ehrenbach, de principum et aliorum statuum origine c. 30. §. 9., und Thomasius, de statuum Imp. potestate legislativa §. 63.

denn auch wohl nie an Publicisten gefehlt hat, die den Wünschen der Nachthaber nur allzu willig entgegenkamen<sup>106</sup>), so lehrten manche von ihnen denn auch: Landstände sind nichts anderes als Rätthe, die der Fürst bei ein oder anderen Landesangelegenheiten zu Rathe zieht, weil sie aus vielen anderen Ursachen eine genauere Kenntniß von dem Zustande des Landes haben, als die übrigen Rätthe. Es könne ihnen nach der Natur und Verfassung, welche auf monarchischem Fuße regiert würden, nicht ein Mehreres zustehen. Man stellte dann in Beziehung auf die urkundlichen Rechtsver sicherungen, auf welche sich die Landstände wohl berufen mochten, den Grundsatz auf, daß dieselben strenge zu interpretiren seien, denn dem Regenten stehe die Hoheit allein zu und streite die Vermuthung gegen die Beschränkung derselben durch die Landstände<sup>107</sup>). Solche Versuche, die Wirksamkeit der Stände auf ein engeres Gebiet zusammen zu drängen und zu schwächen, beruhten noch immer auf einer wenn auch oft wohl scheinbaren Anerkennung und Achtung der urkundlichen Rechte derselben; als ein weiterer Schritt ist es dann aber zu betrachten, wenn die Behauptung aufgestellt wurde, der Landes herr sei überhaupt nicht an die Rechte der Landstände gebunden, wo diese mit der Landeswohl fahrt sich nicht vereinigen ließen. Man suchte dieses juristisch dadurch zu rechtfertigen, daß man, von der landesherrlichen Nachvollkommenheit als Regel ausgehend, die ständischen Rechte für Privilegien erklärte, die, selbst wo sie titulo oneroso erworben worden, um der gemeinen Wohl fahrt willen widerrufen werden könnten<sup>108</sup>), oder politisch, indem man den Grundsatz aufstellte, daß das Beste und die Erfordernisse des Staates das oberste und höchste Gesetz seien, welches allen anderen Gesetzen, Verträgen, Freiheiten, Herkommen und Verjährung derogirt<sup>109</sup>). Während Strube, wohl von Gefühlen geleitet, daß was damals als wohl erworbenes Recht der Landstände angesehen werden wollte, mit der geforderten vollkommeneren Gestalt ung des Staates in gleicherer Vertheilung der Lasten unverträglich sei, vorsichtig nur sagt: daß der Fürst sich verständige, wenn er seines Vortheiles wegen Jemandem wohl erworbene Rechte entziehe, meint dagegen Moser, daß die Richtigkeit des Grundsatzes, daß das allgemeine Beste allem Anderen vorgehe, kein ehrlicher Mann und Patriot mißkennen werde<sup>110</sup>); es frage sich nur, was das allgemeine

106) Vgl. Häberlin, deutsches Staatsrecht §. 203, Bd. 2, S. 71.

107) Ueber diese Doctrinen ist besonders J. J. Moser, von der Reichsstände Landen S. 840 u. 1180, nachzusehen.

108) S. darüber Struben, Nebenstunden Bd. 2, S. 469, und dessen Unterricht von Regierungs- und Justizsachen, Vorrede §. 4.

109) Es ist dieses besonders auch ausgeführt in der Schrift von Ickstadt, vindiciae territorialis potestatis adversus capitalationum, compactorum et literarum reversalium abusum. Monach. et Ingolst. 1789. Auch deutsch Rettung der Landeshoheit gegen Mißbrauch der Capitulationen und Reversalien, mit widerlegenden Anmerkungen. Frankfurt 1768.

110) Moser, von der Reichsstände Landen S. 1187.

Beste sei, und wer dieses bestimmen soll? Der Regent, antworte hierauf wohl ein Macchtavell, Hobbes, Jäktadt oder wer sonst denen Höfen zu Gefallen redet; htergegen habe er (Mosser) in den Anmerkungen über eine Schrift des letzteren gezeigt, daß dieses orientalische Staatsrecht nicht auf unsere europaischen und am allerwenigsten auf unsere mit Landständen versehenen teutschen Lande passen, als worinnen es ein zwischen den Regenten und dessen angebornen Rätthen, denen Landständen, gemeinsames Geschäft ist zu überlegen, zu prüfen, was nur den Namen, den Schein oder das Wesen des gemeinen Besten habe, da es die Erfahrung aller Zeiten gelehrt hat, daß auch der Regenten und ihrer Minister Verstand und Wille eben sowohl als anderer Menschen allerlei Gebrechen unterworfen ist, daß das allgemeine Beste oft nur ein Firniß ist, den man für die Affecten herziehet, und daß manche angeblich zum Besten des Staates gemachte Verfügungen sich mit dessen Entkräftung und Verderben endigen. — Es fehlte auch nicht an anderen Gründen und Vorwänden, als die Berufung auf den Widerstreit der landständischen Rechte und der Landeswohlfahrt, die landständischen Rechte überhaupt für den Landesherrn unverbindlich zu erklären; dahin gehört, daß sie einen vitiosum initium hätten, dem Landesherrn abgetrogt oder erschlichen seien, mit der Verpflichtung stritten, welche der Landesherr gegen das Reich und die Kirche übernommen, oder mit den gleichsam unveräußerlichen Souveränitätsrechten in Widerspruch ständen, daß der Nachfolger nicht an die Handlungen seines Vorgängers gebunden sei u. s. w. 111).

Es konnten nun freilich die Landstände oder die Ausschüsse derselben, wenn sie es ernstlich mit der Verfassung meinten, wegen

---

111) Struben, Nebenstunden Bd. II, S. 379, 394. Mosser, von der Reichsstände Landen S. 1138 fg. In einer energischen Weise, welche dem offenen Freimuth und dem Rechtsgeföhle der Göttinger Juristenfacultät zur Ehre gereicht, hat dieselbe in einem Gutachten in den ersten sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts sich gegen die Behauptung der Unverbindlichkeit der Landständen zugesicherten Rechte für den Regenten ausgesprochen (s. Struben, Nebenstunden Bd. 2, S. 463), daß dergleichen in vim pacis ertheilte Reversalien — sagen sie — de iure keine Verbindlichkeit wirken sollen, solches streitet wider alle Grundregeln des natürlichen der Obrigkeit sowohl, als den Unterthanen obliegenden Rechtes, bahero diejenigen Icti, welche einen solchen Satz in thesi verfechten wollen, billig als Feinde des menschlichen Geschlechts anzusehen seyn würden. Es muß ein Unterschied gemacht werden unter dem, was de iure geschehen sollte und unter dem, was in Ländern, da alle Freiheit der Landstände fast völlig unterdrückt ist, de facto zu geschehen pflegt, da denn zwar nicht zu läugnen steht, daß in solchen Ländern, wo die Unterdrückung geschehen, die Reversales eine bloße Formalität und ohne Wirkung sind — dahingegen wenn davor gefragt wird, quid fieri de iure debeat? nicht zu zweifeln, daß dergleichen Reversales denen Landständen, so lange nicht alle Treu und Glauben ab aulis principum verbannt wird, zum Beweise der vorhin gehaltenen Immunität dienen müssen u. s. w. — So durfte eine Juristenfacultät einer teutschen Universität, im hanover'schen Lande, im vorigen Jahrhunderte sprechen!

Verletzung derselben bei den Reichsgerichten Klage führen; aber so ausgedehnt und durchgreifend auch der richterliche Schutz war, den diese den Rechten der Landstände und Unterthanen angeheissen lassen konnten, und in einzelnen Fällen auch wirklich gewährt haben, so war derselbe doch unzulänglich, vorzüglich im Verhältnisse zu den größeren Landesherren, welche den Recurs an die Reichsgerichte abzuschneiden wußten oder wohl auch den Widerstand der Landstände mit Gewalt gebrochen hatten und niederhielten. So war es denn in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts dahin gekommen, daß nur noch in einigen teutschen Ländern die Landstände, wenn gleich auch hier ihre hergebrachten Rechte abgeschwächt waren, oder wohl in dem Umfange, wie sie sie in Anspruch nahmen, bestritten wurden, doch in einer ihrer früheren Stellung und Wirksamkeit sich annähernden Weise fortbestanden, wie es am meisten noch in Württemberg, den kurbraunschweig'schen Ländern, Mecklenburg und in vielen der größeren geistlichen Staaten der Fall war, während in anderen Territorien ihr Ansehen und ihr Einfluß sehr herabgekommen war, so daß Landtage oder auch wohl nur Ausschusstage nur noch selten berufen wurden, wie in den österreich'schen Erblanden, den kurbayer'schen, kursächsischen, hessischen Ländern. In manchen Territorien bestanden sie aber nur noch dem Namen nach fort, z. B. in den kurbrandenburg'schen, in den brandenburg-baireuth'schen und onolzbach'schen Landen, oder sie waren so völlig in Abgang gekommen, daß man nur aus älteren historischen Erwähnungen von dem früheren Bestehen einer Landschaft in jenen Landen Kunde hatte, so z. B. in der Oberpfalz, Baden u. s. w.<sup>112)</sup>. In vielen der kleineren teutschen Graf- und Herrschaften und Reichsprälaturen war es allerdings auch wie in den neufürstlichen Ländern aus nahe liegenden Gründen niemals zur Ausbildung einer landschaftlichen Verfassung gekommen. — Die Ländervertheilung durch den Reichsdeputationschluß von 1803 führte noch den Untergang der bis dahin bestandenen landständischen Verfassungen in manchen nun anderen Landesherren zugewiesenen Territorien herbei, indem theils nach Zerspaltung derselben auch deren Verfassungen als erloschen erklärt wurden<sup>113)</sup>, theils die Landesherren, an welche die Entschädigungslande gekommen waren, sich ungeachtet der diesen ertheilten Zusicherung der Forterhaltung ihrer politischen Verfassungen, sich dennoch berechtigt erachteten, die Landstände willkürlich zu beschränken oder aufzuheben<sup>114)</sup>; so geschah es namentlich im Her-

112) S. Moser, von der Reichsstände Landen, die beiden Abschnitte von der Landstände Ursprung S. 346 ff., und von der Landstände Schicksal S. 398 ff., bef. S. 410. Vgl. auch die Uebersicht in Heinrich's teutscher Reichsgeschichte Bb. 9, S. 268.

113) So im Bezug auf Münster im 3. Art. des Reichsdeputationshauptschlusses.

114) Den Grund dazu gab die Clausel des 60. Art. des Reichsdeputationshauptschlusses, welche die ungeförte Erhaltung der Verfassung in den zu säcu-

zogthume Westphalen, welches an Hessen=Darmstadt gekommen war und in den Resten des Erzstiftes Trier<sup>115)</sup>, welche Nassau=Weilburg erhielt. Vollends aber nach Auflösung des deutschen Reichsverbandes glaubten nun manche teutsche Fürsten durch die nunmehr erlangte Souveränität um so mehr die Befugniß erhalten zu haben, die in ihren Ländern bis dahin bestandenen landständischen Verfassungen für erloschen zu erklären<sup>116)</sup>. Der König von Württemberg ging als der erste voran, indem er die ständische Verfassung seines alten Landes als eine nicht mehr in die jezige Zeit passende Einrichtung für aufgehoben erklärte (30. Dec. 1805); worauf zunächst eine kurbadische Verordnung (v. 23. Mai 1806) die Stände im Breisgau beseitigte, weil für das Beste der Unterthanen schon hinreichend durch die Staatsbehörde gesorgt werde; in Hessen=Darmstadt wurden (1. Oct. 1806) die Rechte der Landstände als die freie Administration hemmend und den Zeitbedürfnissen nicht mehr entsprechend aus unbeschränkter Machtvollkommenheit vernichtet<sup>117)</sup>. Aehnliches geschah dann auch anderweitig, während in dem Königreiche Westphalen, Bayern, in Anhalt-Köthen Constitutionen<sup>118)</sup> nach damaligem französischen Zuschnitte angekündigt oder entworfen wurden, ohne daß sie doch zu mehr als einer Reichscomödie geworden wären<sup>119)</sup>; wogegen in einigen anderen teutschen Ländern, namentlich in Mecklenburg, dem Königreiche Sachsen und den sächsischen Herzogthümern<sup>120)</sup>, die hergebracht ständischen Verfassungen in Wirksamkeit blieben<sup>121)</sup>.

larifizirenden Ländern festsetzend, hinzufügte, daß den Landesherren freie Hand in Verbesserung und Vereinfachung der Civil- und Landesadministration gelassen werden solle.

115) S. darüber bes.: R u n d e, über die Erhaltung der öffentlichen Verfassung in den Entschädigungslanden nach dem Deputationshauptschluß vom 25. Febr. 1803, mit Anwendung auf das Herzogthum Westphalen. Göttingen 1805. 4. Eine Schrift, die dem Rechtsinne und Freimuth dieses um die teutsche Rechtswissenschaft so hochverdienten Mannes zur Ehre gereicht, der hier als Vertheidiger alteutscher Verfassungswesen gegen unbeschränkte Herrschergewalt (von welcher er meint, daß ihr langsames Fortschreiten in manchen teutschen Ländern bewirkt habe, daß das Andenken an die ursprüngliche Verfassung nach und nach verloren gegangen und der Sinn für Landesfreiheit abgestumpft worden sei) — auftretend, sich würdig an einen Strube, Moser, Pütter u. A. anschließt.

116) Win Kopp, der rhein. Bund Bd. 1, S. 135.

117) Win Kopp, der rhein. Bund l. S. 381, 138, 368. S. nähere Angaben und Nachweisungen in Klüber's öffentl. Recht des teusch. Bundes §. 282; auch Zachariä, Staatsrecht Bd. 1, S. 348.

118) Der Herzog, heißt es im Eingange zu dieser Constitut. v. 28. Dec. 1810, glaubt seinen Unterthanen keine heilbringendere Constitution geben zu können, als diejenige, welche Napoleon der Große seinen Völkern, die er als Vater liebt, gegeben hat.

119) S. Klüber a. a. D. Note e, f.

120) S. Zachariä a. a. D. S. 349.

121) S. Eichhorn, Staats- und Rechtsgef. §. 609.

### III. Die landständischen Verfassungen seit der Errichtung des teutschen Bundes.

#### A. Die Bundesgesetzgebung in Beziehung auf landständische Verfassung und die Wiederbegründung landständischer Verfassungen in den Bundesstaaten.

Man hatte die alten teutschen landständischen Verfassungen gänzlich ohne Theilnahme sinken, untergehen sehen. Ein neues Leben hat in Teutschland mit der Befreiung von der Fremdherrschaft sich zu regen begonnen. Wie die teutschen Fürsten damals über ihr Verhältniß zu dem teutschen Volke, über die Rechte des letzteren dachten, ergeben am besten ihre eigenen Erklärungen bei der Berathung über die künftige Verfassung Teutschlands auf dem Wiener Congresse in den Jahren 1814/15. In den 12 Artikeln, welche Preußen im Einverständniß mit Oesterreich und Hannover in der Conferenz vom 16. October 1814 vorlegte, um der Deliberation zur Grundlage zu dienen, war in §. 2 und 11 die Nothwendigkeit einer Zusicherung der Rechte für jede Classe der Nation überhaupt, und eines Minimums der ständischen Befugnisse ausgesprochen worden. In Beziehung auf letztere hieß es in §. 11: Der Bundesvertrag setzt die Nothwendigkeit einer (land-) ständischen Verfassung in jedem einzelnen Bundesstaate fest, und bestimmt ein Minimum der ständischen Rechte, überläßt es aber übrigens den einzelnen Staaten, ihren (Land-) Ständen nicht nur ein Mehreres einzuräumen, sondern auch ihnen eine der Landesart, dem Charakter der Einwohner und dem Herkommen angemessene Einrichtung zu geben<sup>122)</sup>. — Hannover erklärte<sup>123)</sup> insbesondere in der Sitzung am 20. Oct. 1814: Ein Repräsentativsystem sei in Teutschland von den ältesten Zeiten her rechtens gewesen. In vielen Staaten hätten dessen nähere Bestimmungen auf förmlichem Verträge zwischen dem Landesherrn und den Unterthanen beruht, und selbst in den Ländern, wo keine ständischen Verfassungen erhalten waren, hätten die Unterthanen gewisse und wichtige Rechte gehabt, welche die Reichsgesetze nicht nur bestimmte dargelegt, sondern auch geschützt hätten. Der Verfall der teutschen Reichsverfassung habe im rechtlichen Sinne nicht auch den Umsturz teutscher Territorialverfassung teutscher Staaten nach sich gezogen. Hannover müsse darauf bestehen, daß 1) ausgesprochen werde, daß die auf Gesetzen und Verträgen beruhende Territorialverfassung unter Vorbehalt der nöthig werdenden Modificationen bestehen soll; 2) daß da, wo keine ständische Verfassung gewesen, auch auf den Fall, daß Oesterreich, Preußen, Bayern, Württemberg,

122) Klüber, Acten der Wiener Congresse Bd. 1, S. 47.

123) Ebendasselbst S. 68.



entweder wegen ihrer besonderen Verhältnisse, oder auf die angeführten Tractate gestützt, sich davon ausschließen sollten, für die Stände, die sich zur Unterwerfung unter alle für Deutschland nöthigen Maßregeln verstanden haben, für die Folge als Gesetz erklärt werde, daß die Einwilligung der Stände a) zu den aufzulegenden Steuern erforderlich sei, b) daß sie ein Stimmrecht bei den neu zu verfassenden Gesetzen, c) die Mitaufsicht über die Verwendung der Steuern haben sollen, d) daß sie berechtigt seien, im Falle der Malversation die Bestrafung schuldiger Staatsdiener zu begehren<sup>124</sup>). — An demselben Tage, an welchem Hannover sich so aussprach, traten auch die vereinigten (29) Fürsten und freien Städte Deutschlands mit einer ähnlichen Erklärung hervor<sup>125</sup>), in welcher sie namentlich Vorbeugung jeder Willkür in den einzelnen Bundesstaaten durch Einführung landständischer Verfassungen und Festsetzung gewisser den Landständen überall einzuräumender Rechte — im wesentlichen ebenso wie Hannover — forderten, sowie sie auch darauf brangen, daß das Wichtigste aus dieser Erklärung der Bundesacte einverleibt würde. Bayern und Württemberg waren es insbesondere, die damals widersprachen, und deren Widerspruch dann bewirkte<sup>126</sup>) — (da die Ansichten der übrigen deutschen Staaten in dieser Beziehung während des Congresses dieselben blieben<sup>127</sup>)), — daß ein über die landständischen Verfassungen Deutschlands etwas Näheres bestimmender Artikel nicht in den Bundesvertrag aufgenommen wurde. Aber auch Bayerns und Württembergs Widerspruch war nicht sowohl gegen die Wiederbegründung landständischer Verfassungen in den Bundesstaaten gerichtet<sup>128</sup>), als sie vielmehr nur sich dem nicht fügen wollten, daß die Nothwendigkeit der Einführung einer solchen in der Bundesacte ausgesprochen und in derselben etwas über die Rechte, welche den Landständen mindestens eingeräumt werden müßten, festgesetzt würde. Sie glaubten darin eine Beschränkung und einen Eingriff von Seiten des Bundes in ihre Souveränität finden zu müssen, und erklärten, ihren Staaten eine landständische Verfassung nach freier Entschließung und eigenem Ermessen geben zu wollen. Napoleon's Rückkehr nach Frankreich drängte bekanntlich zur Abschließung eines

124) Die Gesandten Hannovers äußerten bei dieser Gelegenheit auch, es sei ein Wahn, daß landständische Verfassungen die Throne gefährden. Der König von Großbritannien sei unleugbar eben so souverän, als jeder andere Fürst in Europa; die Freiheiten seines Volkes, weit entfernt seinen Thron zu untergraben, befestigen ihn vielmehr.

125) Klüber a. a. D. S. 72.

126) Acten der Wiener Congr. Bd. 2, S. 359, 378.

127) Dieses ergeben namentlich die späteren Entwürfe von Preußen vom 10. Febr. 1815 und April und Mai 1815, sowie Oesterreichs vom Mai 1815, s. Acten der Wiener Congr. Bd. 2, S. 43 fig., 304 fig., 311, 318.

128) Klüber's Uebersicht der Verhandlungen des Wiener Congresses S. 208, und Keyser's publicistische Versuche S. 22.

Bundesvertrages, worüber sich die Verhandlungen bereits so viele Monate hingezogen hatten; es mußte ein Einverständnis, so gut es gehen wollte, erzielt werden, und so kam es denn, daß der Entwurf, welchen man den Conferenzen vom Mai und Juni 1815 zu Grunde legte, über diese nächst der Organisation Deutschlands als eines Gesamstaates oder Staatenbundes wichtigste Angelegenheit des gesammten deutschen Volkes nur die wenigen Worte enthielt: in allen teutschen Staaten soll eine landständische Verfassung bestehen<sup>129)</sup>.

Es wurde aber dieses noch zu bestimmt gefunden, und auf den Antrag Waperns erhielt der 13. Artikel der Bundesacte — der Fundamentalsatz des Staatsrechtes der Bundesstaaten und zugleich der kürzeste der ganzen Bundesacte — nun die fast wie eine prophetische Verkündigung lautende Fassung: In allen teutschen Staaten wird eine landständische Verfassung stattfinden<sup>130)</sup>. Die späteren Vorgänge und Verhandlungen zeigen, daß man auch von Seiten der Bundesglieder diesen Artikel für ungenügend hielt. Unzweifelhaft scheint es mir, daß, wie verschieden auch damals schon die Ansichten gewesen sein mögen, und wie sehr auch die eine oder andere Regierung abgeneigt gewesen sein mag, ihren factisch erlangten unbeschränkten Herrscherrechten, sei es in Beziehung auf die Gesamtheit Deutschlands, sei es im Verhältniß zu den eigenen Unterthanen (wobei das erstere damals noch hier und da mehr gefürchtet wurde als das andere), etwas zu vergeben, man damals einen bestimmten Gegensatz zwischen einer (alt-) landständischen und Repräsentativverfassung nicht gedacht hat, und etwa mit bestimmter Ausschließung der letzteren nur die erstere als eine für die teutschen Staaten allein nothwendige und zulässige Verfassungsform hat erklären wollen. In neuerer Zeit ist dieses allerdings oftmals behauptet, ja wohl ausgesprochen worden, daß die Fürsten Deutschlands selbst die Intentionen des 13. Artikels mißverstanden und sich in der Uebereilung hätten verleiten lassen, ihren Staaten sogen. Repräsentativverfassungen zu geben. Das Mißliche bei solchen Behauptungen ist insbesondre, daß noch keineswegs festgesetzt ist, was denn eigentlich unter landständischer und Repräsentativverfassung zu verstehen sei, und wie sich beide daher unterscheiden. Gewissermaßen technisch sind die Worte nur in dem Sinne geworden, daß man unter landständisch eine Verfassung versteht, vermöge welcher gewisse durch herkömmliches Recht zur Mitwirkung bei der Regierung berufene Personen nur ihre eigenen Rechte und Interessen, nicht aber die des Landes oder Volkes zu vertreten haben. In diesem Sinne hat man im vorigen Jahrhunderte darüber gestritten, ob den teutschen Landständen ein Repräsentativcharakter zukomme. Die Ge-

129) Klüber's Uebersicht S. 209 flg.

130) Klüber a. a. D. — Reyscher a. a. D. S. 32.

schichte hat nun freilich hinlänglich gelehrt, daß die älteren Landstände ihrer Zusammensetzung nach wenig geeignet waren, dem Lande einige Sicherheit dafür zu gewähren, daß sie diesem ihrem legalen Charakter auch wirklich entsprechen würden; dazu ist mindestens erforderlich, daß alle Stände des Volkes in einer geeigneten Weise vertreten sind. Nachdem der 13. Art. in manchen Bundesstaaten erfüllt worden war, besonders seit 1819, hat man nun aber oftmals eine ganze Reihe von Verschiedenheiten, durch welche landständische und Repräsentativverfassungen ihrer Grundlage und Form nach sich unterscheiden sollen, was zwar bald in weiterem, bald engerem Umfang aufstellen wollen, was im J. 1814 und 1815 wohl Niemandem in den Sinn gekommen ist. Wir haben gehört, daß der hannoversche Gesandte in Wien erklärte, daß ein Repräsentativsystem in Deutschland von den ältesten Zeiten her rechtens gewesen sei, und es kann wohl kein Zweifel darüber sein, daß man bei den Verhandlungen über den 13. Art. die Herstellung einer wahren Landesrepräsentation bezweckte, nicht aber die Absicht hatte, etwa einzelnen Personen oder Corporationen das Recht wiederzugeben, zum Zwecke der Wahrnehmung ihrer Rechte und Interessen an der Ausübung der Hoheitsrechte Theil zu nehmen. Als der Kurfürst von Hessen in Folge einer Clausel in der Accessionsurkunde v. 2. Dec. 1813 die alten Landstände am 27. Dec. 1814 zusammenberief, so wurden nicht nur alle bis dahin bestandenen Steuerfreiheiten, wie es schon jene Clausel bestimmt hatte, für erloschen erklärt, sondern auch festgesetzt, daß der Bauernstand Deputirte zum Landtage schicken sollte, da bei veränderten Zeitverhältnissen die Gründe weggefallen seien, welche in vergangenen Jahrhunderten den Stand der Bauern als Leibeigene von jedem Antheile an landschaftlichen Verhandlungen ausgeschlossen hätten, sowie der Kurfürst auch in der Eröffnungsrede verlangte, daß keine Classe der Landstände etwas begehren solle, was mit dem allgemeinen Wohl oder mit demjenigen einer anderen Classe seiner Mitstände unvereinbar sei<sup>131)</sup>. Woraus sich ergibt, wie wenig man die Idee einer Landesrepräsentation auch da, wo man möglichst die alten Zustände erhalten wollte, abweisen konnte<sup>132)</sup>. Es ergibt sich nun aber aus dem Art. 13 und den darüber gepflogenen Verhandlungen<sup>133)</sup>, daß die

131) B. W. Pfeiffer, Geschichte der landständ. Verfassung in Kurhessen S. 208.

132) Daß man bei Abfassung des 13. Artikels der Bundesacte eine solche wahre Volksvertretung, Repräsentativverfassung, wie der Verfasser es nennt, beabsichtigt habe, und daß also diese bundesgesetzlich geworden, hat besonders nachgewiesen F. A. (v. Campe) die Lehre von den Landständen (Bemg. 1841), S. 86 flg. Es ist dieses das Beste in dem Schriftchen, dessen Verf. den Repräsentativcharakter der alten Landstände (ihrer Idee nach) absprechen, und denselben aus der Lehre von der Volkssouveränität — was jetzt so viel heißt als den politischen Bann und Interdict darüber aussprechen — herleiten will.

133) Klüber, Uebersicht der Verhandlungen des Wiener Congresses S. 218.

Abficht dahin ging, es solle in allen teutschen Bundesstaaten eine landständische Verfassung bestehen und also auch in den Ländern, wo sie abgekommen war, und sich eine vollkommen absolute Regierungsgewalt gestaltet hatte, und daß ferner diesen Landständen in allen Ländern eine wirkfame Theilnahme an der Regierung zukommen sollte, es nicht mit Landständen gethan sein sollte, wie sie in der letzten Hälfte des 18. Jahrhunderts in manchen Reichsländern bestanden hatten, wo, wie *J. F. K u n d e* sagt, die landesherrliche Macht so völlig das Uebergewicht gegen alle landständische Mitwirkung in der Staatsverwaltung gewonnen hatte, daß die Landstände zu bloßen Rathgebern — zu Petitionären herabgewürdigt waren<sup>134</sup>), oder wo, wie andere Publicisten es ausdrücken, den Landständen nichts geblieben war, als honor obsequii. Daß man dergleichen die Regierungen eigentlich ganz unbeschränkt lassende Landstände nicht für genügend erachtet, geht aus dem fast allgemeinen Verlangen aller teutschen Regierungen hervor, in der Bundesacte ein Minimum von Rechten, welches denselben überall eingeräumt werden sollte, zu bestimmen, und unter diesem Minimum befand sich durchgängig das Recht der Steuerbewilligung, und in einigen Anträgen das der Mitberathung, in anderen der Einwilligung bei zu erlassenden Gesetzen.

Schon während der Verhandlungen über die Bundesacte waren in mehreren Bundesstaaten Einleitungen theils zur Wiederherstellung der Landstände, wie sie vor Auflösung des Reiches bestanden hatten, mit mehreren oder minderen Modificationen getroffen worden, wie namentlich in Hannover, Kurheffen, theils zur Errichtung neuer, womit man in Preußen schon seit dem J. 1810 beschäftigt war, sowie in Bayern, Württemberg, Nassau und Sachsen-Weimar.

Gleich bei der ersten Zusammenkunft der Bundesversammlung wurde auf den Antrag des Präsidiums unter die Gegenstände, worüber die Bundesversammlung zunächst zu berathen habe, Feststellung einer landständischen Verfassung in den Bundesstaaten, wobei die Annahme gewisser gleichförmiger Grundsätze als Ziel bezeichnet wurde, aufgenommen. Besonders ernst drang die mecklenburg'sche Gesandtschaft auf Hinwirkung des Bundes, daß der 13. Artikel der Bundesacte in allen Bundesstaaten zur Vollziehung käme, die prüfenden Vorbereitungen, welche in mehreren Bundesstaaten zur neuen Gründung oder Vervollständigung ihrer landständischen Verfassungen gemacht worden seien, durch einen baldigen Anfang verwirklicht werden möchten. Mit Mecklenburg vereinigte besonders Preußen seine Wirksamkeit zu gleichem Ziele. Die preussische Gesandtschaft erklärte die Anregung Mecklenburgs für einen nicht unwillkommenen Anlaß, sich über diese

---

134) *K u n d e*, über die Erhaltung der Verfassung in den Entschädigungsländern S. 32.

Angelegenheit näher zu äußern; sie berichtete über die in dem eigenen Lande vorgefundenen Schwierigkeiten und die zu deren Beseitigung getroffenen Vorbereitungen; schließlich sprach sie sich dahin aus: ein wahres Gedeihen ständischer Verfassung könne nur da sein, wo ein aufrichtiger und ernster Wille sei, den 13. Art. der Bundesacte zu erfüllen. In dieser Absicht werde die preussische Regierung sich angelegen sein lassen, nach Verlauf eines Jahres von dem Fortgange und der Lage ihrer ständischen Einrichtung dem Bund in Kenntniß zu setzen. Es sei sehr zu wünschen, daß auch alle übrigen Staaten, welche noch keine Stände haben, sich zu derselben Anzeige in gleicher Frist vereinigten, und seien die Gesandtschaften angewiesen, diesen Wunsch hierdurch dringend zu erkennen zu geben. — In dem hierauf erfolgten Beschlusse heißt es, habe die Bundesversammlung aus den Erklärungen der Bundesgesandtschaften mit gerechter Beruhigung die Versicherung entnommen, daß die betreffenden Regierungen den 13. Art. der Bundesacte auf eine seinem hohen Zwecke angemessene Weise in Vollziehung bringen und dabei jede nicht in der Sache gegründete Verzögerung zu vermeiden kräftigst entschlossen und beflissen sind, auch nicht unterlassen wollen, der Bundesversammlung binnen Jahresfrist die geeigneten Mittheilungen von den ferneren Einleitungen in den ständischen Einrichtungen und deren Fortgang, und wo möglich von ihrem allseitigen endlichen Resultat zu machen, welchem dieselbe sofort vertrauensvoll entgegensteht<sup>135)</sup>.

Schon vor diesem Beschlusse war das Verfassungswort in mehreren Bundesstaaten zum Abschlusse gekommen<sup>136)</sup>, oder es geschah dies in einigen bald nachher<sup>137)</sup> in den Jahren 1818 und 1819. Zu einer allgemeinen Berichterstattung, wie sie der angeführte Beschluß erforderte, ist es aber nicht gekommen, auch scheint nicht ferner darauf gedrungen worden zu sein. Mit dem J. 1819 scheint eine Veränderung in den Ansichten deutscher Regierungen über das Verfassungswesen in den Bundesstaaten zur Reife gekommen zu sein. Dem Karlsbader Congresse folgten die Ministerialconferenzen zu Wien, aus welchen die zum Bundesgrundgesetz erhobene Wiener Schlußacte vom

135) Diese Bundestagsverhandlungen über den 13. Art. in den Jahren 1817 und 1818 sind zusammengestellt in Klüber's Quellenammlung zu dem öffentlichen Rechte des deutschen Bundes (1830), S. 343 fig.

136) Nassau: Verfassungspatent, 1. und 2. Sept. 1814, und Patent, Wahl der Landstände betreffend, 3. und 4. Nov. 1815. — Lippe-Schaumburg: Verordnung v. 15. Jan. 1816. — Waldeck: Landesvertrag v. 19. April 1816. — Sachsen-Weimar: Grundgesetz v. 5. Mai 1816.

137) Hildburghausen: Gesetz und Manifest, die Landständ. Verfassung betreffend, v. 19. März 1818 (erloschen). Bayern: Verfassungsurkunde v. 26. Mai 1818. Baden: Verfassungsurk. v. 22. August 1818. Württemberg: Verfassungsurk. v. 25. Sept. 1819. Hannover: Patent v. 7. Dec. 1819.

15. Mai 1820 hervorging. Die Art. 54 bis 62 enthalten die, den 13. Art. der Bundesacte weiter ausführenden Bestimmungen, worüber die Regierungen Teutschlands der Zeit übereingekommen waren. Hierdurch wurde nun zunächst 1) die Deutung, welche man dem 13. Art. hat geben wollen, daß es in die Willkür der einzelnen Regierungen gestellt worden sei, ihren Ländern landständische Verfassungen zu geben, beseitigt, indem der Sinn jenes Art. dahin erklärt wurde, daß in allen Staaten landständische Verfassungen stattfinden sollen und die Bundesverfassung darüber zu wachen habe, daß diese Bestimmung in keinem Bundesstaate unerfüllt bleibe. Als es aber bei Gelegenheit des Besuches der Prälaten und Ritterschaft des Herzogthums Holstein um Vermittelung wegen Wiederherstellung ihrer landständischen Verfassung im J. 1823 zur Frage kam, ob die Bundesverfassung zu verlangen befugt sei, daß dem Herzogthume Holstein binnen einer bestimmten Frist eine landständische Verfassung ertheilt werde? zeigte sich hierüber eine Verschiedenheit der Ansichten und in der österreichischen Abstimmung hieß es u. A.: Seine Majestät der Kaiser würden es niemals angemessen finden, daß den souveränen Fürsten der Bundesstaaten zur Ertheilung von Verfassungen in ihren Ländern durch die Bundesversammlung Fristen gesetzt würden. Dagegen sprach sich Hannover dahin aus: daß die Competenz der Bundesversammlung in Hinsicht der Zeitbestimmung für eine einzuführende Verfassung unzweifelhaft begründet sei. Eine gesetzliche Verbindlichkeit ohne die Möglichkeit ihrer Realisation in der Zeit, — erklärte der Gesandte — würde keine sein, und in einem Grundgesetze des deutschen Bundes dürfe kein Element gefunden werden, das sein eigenes Princip auflöst. In dem hierauf erfolgten Beschlusse v. 27. Nov. 1823 wurden die Reclamanten angewiesen, der von Sr. Majestät dem König von Dänemark zu ertheilenden Verfassung mit jenem Vertrauen entgegenzusehen, welches die unumwundene Erklärung Sr. Majestät des Königs bei treuergebenen Unterthanen notwendig erwecken muß<sup>138</sup>). Im J. 1834 ist durch Verordnung v. 15. Mai die Einrichtung berathender Stände ohne Steuerbewilligungsrecht erfolgt. In einigen Bundesstaaten ist eine ständische Verfassung erst nach dieser Zeit ins Leben getreten oder muß als noch in Aussicht stehend betrachtet werden; woraus denn zu entnehmen, daß jene in dem österreichischen Votum ausgesprochene Ansicht als die von der Bundesversammlung befolgte anzusehen ist. — In der Wiener Schlußacte war nun aber 2) über die Modalität der Erfüllung des 13. Art. bestimmt worden, daß den souveränen Fürsten der Bundesstaaten überlassen bleibt, diese innere Landesangelegenheit mit Berücksichtigung sowohl der früherhin bestandenen ständischen

<sup>138</sup>) Protocolle der Bundesverf. Bd. XV, S. 303, 389, 416 fig., 429, 536, XVI. S. 8, und Rübner's Quellenammlung S. 349 fig.

Rechte, als der gegenwärtig obwaltenden Verhältnisse zu ordnen. Die Wichtigkeit dieser Bestimmung liegt nicht sowohl in dem, was sie enthält, als vielmehr in dem, was sie nicht enthält, denn darüber, daß es den Fürsten überlassen bleiben müsse, die landständischen Verfassungen ihrer Länder mit Rücksicht sowohl der früheren als gegenwärtigen Verhältnisse zu ordnen, herrschte auch schon auf dem Wiener Congresse im J. 1814/15 keine Meinungsverschiedenheit, wie dieß die zuvor mitgetheilten Entwürfe zu dem Bundesvertrage u. s. w. ergeben; allein damals wurde fast von allen Regierungen die Festsetzung eines Minimums von Rechten, welches den Landständen überall einzuräumen wäre, während es den Regierungen überlassen bleiben sollte, ein Mehreres zu gewähren oder nicht, für wünschenswerth und nothwendig erachtet. Von bestimmten Rechten, welche den Landständen in allen teutschen Bundesstaaten zukommen sollten, ist nun in der Wiener Schlussacte nicht die Rede; wiewohl erst eine solche Festsetzung herausgestellt haben würde, was denn dormalen eigentlich bundesrechtlich unter landständischer Verfassung zu verstehen und für eine Erfüllung des 13. Art. der Bundesacte zu erachten sei. Die Antwort, die man etwa hierauf geben möchte, Landstände sind ein teutsches, in dem Rechts- und Staatsbegriffe des teutschen Volkes, in der Geschichte Deutschlands begründetes Institut; eine solche auf historischer Basis ruhende Verfassung habe man nur meinen können und so habe es keiner weiteren Bestimmung bedurft, würde bei allem Wohlklange doch wenig zur Aufklärung und Förderung der Sache beitragen. Einmal ist man darüber einverstanden, daß die alten Landstände nicht wohl in alter Weise hergestellt werden können, und da kann es sehr in Frage kommen, wie viel davon weggelassen werden könnte oder hinzugefügt werden müßte; dann aber haben die Landstände in den meisten teutschen Ländern viele Lebensstadien durchlaufen, und da könnte die Frage entstehen, ob jene einflussreichen, mächtigen Landstände etwa des 16. Jahrhunderts oder die mumienhaften Reliquien derselben dem teutschen Staats- und Rechtsbegriff entsprechen sollen? Wir haben aber schon gesehen, daß bei Abfassung des 13. Artikels ein Mehreres beabsichtigt war, als Erhaltung oder Herstellung von Landständen, denen nach des alten J. J. Moser's Worten nichts geblieben war, als die gloria obsequii und das ministeriale, Werkzeuge abzugeben, dasjenige, was der Herr befiehlt, zu vollstrecken, zu repartiren, einzuziehen. Thatsächlich ist es aber, daß manchen teutschen Landständen auch jetzt noch kaum ein Mehreres zusteht<sup>139)</sup>, sowie dieselben insbesondre noch

139) Nach J. G. Bisfinger, vergleichende Darstellung der Staatsverfassungen (Wien 1818. 8.), S. 469, umfaßt die Wirkungsbefugniß der Landstände in den österreichischen teutschen Staaten die Evidenzhaltung und Repartirung der von dem Landesherrn geforderten, auf Grund und Boden gelegten Steuern, und der damit in Zusammenhang stehenden Leistungen an Geld und

mehrfach des unbezweifeltesten und wesentlichsten Rechtes der alteutschen Landstände, welches auf dem Wiener Congresse 1814/15 allgemein unter die ihnen einzuräumenden Rechte aufgenommen worden ist — des Steuerbewilligungsrechtes — ermangeln. — Nach dem von der Präsidialgesandtschaft am Bundestage bei Vorlage der Karlsbader Beschlüsse gehaltenen Vortrage<sup>140)</sup> hatten die Bundesfürsten aber Bedenken getragen, überhaupt eine allgemeine Norm für die landständische Verfassung festzusetzen, aus Achtung vor dem, jedem Bundesstaate gebührenden Rechte, seine inneren Angelegenheiten nach eigener Einsicht zu ordnen und aus Besorgniß durch streng ausgesprochene allgemeine Grundsätze einzelne Bundesstaaten in mannigfaltige Verlegenheit, vielleicht in unaufsichtliche Schwierigkeiten zu verwickeln. Wenn nun gleich diese Bedenken also auch noch bei Abfassung der Wiener Schlussacte rückständig der Bestimmung von Rechten, welche den Landständen in den Staaten, wo das Verfassungswort noch nicht vollendet war, eingeräumt werden sollten, sich wirksam erwiesen, so hatte man doch denselben in anderer Beziehung um so entschiedener entsagen zu müssen geglaubt, denn eben jener Vortrag erklärte: die Gründe, welche die Bundesversammlung früher bestimmt hätten, auf das Verfassungswesen einzelner Bundesstaaten nicht unmittelbar einzuwirken, müßten jetzt höhere Rücksichten Platz machen und es müsse daher eins der ersten und dringendsten Geschäfte der Bundesversammlung sein, zu einer gründlichen, auf alle Bundesstaaten, in welcher Lage sie sich auch gegenwärtig befinden möchten, anwendbaren, nicht von allgemeinen Theorien oder fremden Mustern, sondern von teutschen Begriffen, teutschem Rechte und teutscher Geschichte abgeleiteten, vor allem aber die Aufrechthaltung des monarchischen Princips, dem Teutschland nie ungestraft untreu werden dürfe, und der Aufrechthaltung des Bundesvereines, als der einzigen Stütze seiner Unabhängigkeit und seines Friedens, vollkommen angemessenen Auslegung und Erläuterung des 13. Art. der Bundesacte zu schreiten. Den in diesem Sinne nothwendig befundenen Erläuterungen des 13. Artikels scheint nun zunächst 3) folgender Inbegriff von Bestimmungen

---

Naturalien, das Creditwesen, die Verwaltung der ständischen Domesticalfonds, die Anstellung der ständischen Beamten, die Führung der ständischen Matriceln, die Vorschläge zu denen Stiftungsplänen, die ihnen vorbehalten sind u. s. w. Dabei haben sie das Recht, ihre gemeinsamen Wünsche für das Beste des Landes durch Organe der Landesbehörde vor den Thron bringen zu können. Das Recht der Bestreuerung selbst ist in seinem ganzen Umfange dem Landesherren vorbehalten, der die beschlossene Ausschreibung den Ständen jährlich in Form eigener Postulate bekannt macht. Deputationen an das allerhöchste Hoflager dürfen nur nach vorläufig von dem Monarchen erhaltener Genehmigung abgesendet werden.

140) Abgedruckt in Fr. v. Senk's Schriften, herausg. von Gustav Schlegler Bd. 3, S. 157 flg.



der Wiener Schlußacte seine Entstehung zu verdanken: a) Art. 57: Da der deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souveränen Fürsten besteht, so muß, dem hiernach gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staates vereinigt bleiben, und der Souverän kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden. b) Art. 58: Die im Bunde vereinten souveränen Fürsten dürfen durch keine landständische Verfassung in der Erfüllung ihrer bundesmäßigen Verpflichtungen behindert werden. c) Art. 59: Wo die Oeffentlichkeit landständischer Verhandlungen durch die Verfassungen gestattet ist, muß durch den Geschäftsgang dafür gesorgt werden, daß die gesetzlichen Grenzen der freien Aeußerung weder bei den Verhandlungen selbst, noch bei deren Bekanntmachung durch den Druck auf eine die Ruhe des einzelnen Bundesstaates oder des gesammten Deutschlands gefährdende Weise überschritten werden. 5) Die übrigen Bestimmungen beziehen sich auf die Aufrechthaltung der bestehenden Verfassungen und die Einwirkung des Bundes auf die landständischen Angelegenheiten, und in dieser Beziehung ist im 56. Art. bestimmt, a) daß die in anerkannter Wirksamkeit bestehenden Verfassungen nur auf verfassungsmäßigem Wege wieder abgeändert werden können; b) im Art. 60: daß die Bundesversammlung berechtigt sei, auf Nachsuchen eines Bundesgliedes die Garantie für die in seinem Lande eingeführte landständische Verfassung zu übernehmen und dadurch die Befugniß erhält; auf Anrufen der Betheiligten die Verfassung aufrecht zu erhalten, und die über Auslegung oder Anwendung derselben entstandenen Irrungen, sofern nicht anderweitig Mittel und Wege vorgeschrieben sind, durch gütliche Vermittelung oder compromissarische Entscheidung beizulegen. — Außer dem Falle der übernommenen besonderen Garantie einer landständischen Verfassung — heißt es im Art. 61 weiter — und der Aufrechthaltung der hier (in der Wiener Schlußacte) festgesetzten Bestimmungen ist die Bundesversammlung nicht berechtigt, in landständischen Angelegenheiten oder in Streitigkeiten zwischen den Landesherren und ihren Ständen einzuwirken, so lange diese nicht den im 26. Art. bezeichneten Charakter (d. h. einer Widersetzlichkeit der Unterthanen gegen die Regierung, eines offenen Auftrahrs oder gefährlichen Bewegung) annehmen, in welchem Falle die Bestimmungen dieses, sowie des 27. Art., betreffend die Mitwirkung oder das Einschreiten des Bundes zur Wiederherstellung der Ruhe und Ordnung, stattfinden können.

Wir werden auf diese einzelnen Bestimmungen noch gelegentlich wieder zurückkommen, doch müssen wir, bevor wir weiter gehen, die Aufmerksamkeit insbesondere auf den 57. Artikel der Wiener Schlußacte hinleiten, da in diesem eine Grundnorm für die Verfassungen aller deutschen Staaten, mit Ausnahme der freien Städte, aufgestellt ist. Aus der *Souveraineté* der deutschen Fürsten wird nämlich gefolgert:

a) daß die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staates vereinigt bleiben muß, b) und (mithin?) der Souverän nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden kann. Diese Grundnorm ist in dem angeführten Präsidialvortrage, womit die Karlsbader Beschlüsse bei dem Bundestage eingeführt wurden und in einem weiterhin noch mitzutheilenden Beschlusse der Bundesversammlung vom 16. Aug. 1824 als das monarchische Princip, welches als die unerschütterliche Grundlage für die deutschen Verfassungseinrichtungen festzuhalten ist, bezeichnet worden. Darin ist aber nach der gewöhnlichen Auffassung enthalten a) die Ausschließung der Volkssouveränität, der zufolge die Regierungsgewalt, nicht ein eigenes Recht des Monarchen, sondern nur ein ihm vom Volke delegirtes und in seinem Namen auszuübendes ist, und b) die Unzulässigkeit der Theilung der Staatsgewalt, worunter man versteht, daß nicht die aus derselben hervorgehenden Functionen oder Hoheitsrechte völlig selbstständig und unabhängig vom Regenten ausgeübt werden können, wie dieß allerdings wohl in den deutschen Ländern oftmals früher statt hatte (indem z. B. die Landstände die Steuern allein erhoben, verwalteten, ohne irgend Rechnung darüber abzulegen) und in einer noch weit durchgreifenderen Weise in neueren staatsrechtlichen Theorien vorkommt, welche die gesetzgebende Gewalt völlig von der vollziehenden unabhängig machen und in monarchisch organisirten Staaten nur jene dem Monarchen zuerkennen wollen. In dieser Weise ist dann das monarchische Princip und der 57. Art. (in welchem dasselbe implicite als Grundnorm für die Verfassungen der deutschen Staaten nicht sowohl festgesetzt, als sich von selbst verstehend vorausgesetzt worden ist) von den Staatsrechtslehrern aufgefaßt worden<sup>141)</sup>. Ob diese Erklärung aber im Sinne der Begründer der Wiener Schlußacte erschöpfend ist, dürfte schwer zu entscheiden sein, denn Souveränität, sowie monarchisches Princip, sind keine etwa durch eine legale Definition bestimmte und begrenzte Begriffe<sup>142)</sup>. Hat man ja doch Souveränität wohl selbst mit unbeschränkter Herrschergewalt für gleich-

141) S. z. B. Stahl's Rechtsphilosophie Bd. 2, S. 75 fig. Maurerbrecher, Grundsätze des Staatsrechtes S. 150, vgl. mit S. 43, 45. Höpfel, Grundsätze des Staatsrechtes S. 338, vgl. mit S. 102, 128.

142) Auffallend ist, daß im Art. 57 der Wiener Schlußacte bei dem Ausdrücke souveräne Fürsten die Souveränität auf das Verhältniß der Fürsten zu ihren Staaten bezogen wird, während die Fürsten sonst in dem Bundesvertrage, namentlich im Eingange der Bundesacte, als souveräne Fürsten wohl nur bezeichnet worden sind, um die Unabhängigkeit, die völkerrechtliche Selbstständigkeit ihrer Staaten außer Zweifel zu setzen, daher es auch heißt, der Bund besteht aus souveränen Fürsten und freien Städten. Vgl. über die Aufnahme des Wortes souverän in die Bundesacte die Acten des Wien. Congr. Bd. 2, S. 402, 484, 489, 493.

bedeutend halten wollen <sup>143</sup>). Auch die Worte: der Souverän kann nur in der Ausübung bestimmter (durch die jedesmalige Verfassung oder durch das monarchische Princip?) Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden, sind keineswegs so klar, daß daraus nicht auch solchen Folgerungen abgeleitet werden können, welche der mit den gewöhnlichen doctrinellen Hilfsmitteln ausgerüstete Erklärer wohl kaum daraus würde haben herleiten können. Wie dem aber auch sei, so liegt doch so viel vor, daß der Sinn des 57. Art. nicht dahin gedeutet werden kann, daß in allen allgemeinen und wichtigen Landesangelegenheiten immer der Wille des Regenten allein und ausschließlich entscheiden müsse und den Landständen überall nur eine beratende Mitwirkung zustehen könne. Es ergibt sich dieß schon daraus, daß die Bundesversammlung selbst, sowohl vor als nach dem Erscheinen der Wiener Schlußacte, die Garantie für mehrere Verfassungen übernommen hat, in welchen den Landständen das Recht sowohl der Steuerverwilligung, als der Zustimmung bei der Gesetzgebung aufs bestimmteste zugesichert worden ist <sup>144</sup>); daß auch mehrere der Bundesfürsten, welche an der Abfassung der Wiener Schlußacte Theil genommen haben, den Ständen ihrer Länder dieselbe Befugniß eingeräumt haben. In neuerer Zeit hat man freilich das Einwilligungsrecht der Landstände, oder der das Land und Volk repräsentirenden Versammlung, für ein charakteristisches Merkmal ausgeben wollen, durch welches sich die neueren nach fremden Vorbildern organisirten Repräsentativverfassungen — die eben deshalb auf einer Theilung der Gewalt beruhen sollen und mithin dem monarchischen Princip widerstreiten — von den auf deutschem Boden erwachsenen, aus deutschen Ansichten hervorgegangen unterscheiden <sup>145</sup>). Alle Verfassungen der Art, d. h. die Mehrzahl der jetzt be-

143) Dieß veranlaßte selbst den Fürsten v. Metternich bei den Wiener Congressverhandlungen zu der Aeußerung, daß in neueren Zeiten despotische Rechte, dergleichen man nicht begehren könne, mit den Souveränitätsrechten confundirt worden seien. Acten des Wiener Congr. Bd. 2, S. 109. Vgl. oben Note 124.

144) Namentlich die Verfassungsurk. für das Großherzogthum Sachsen-Weimar v. 30. Jan. 1816 hat die Bundesversammlung garantirt durch Beschlüsse v. 13. März 1817. Die hildburghausische Verf. v. 19. März durch Beschlüsse v. 1. Oct. 1818; die für Coburg v. 8. Aug. 1821 durch Beschlüsse v. 18. Juni 1822. Vgl. Zachariä, Staatsrecht Bd. 1, S. 139. Das letztere Gesetz bestimmt §. 64: Neue Gesetze, welche die eigentliche Landesverfassung, d. h. die Bestimmung der gegenseitigen Rechte des Regenten und der Stände betreffen, sowie Abänderungen der hierunter bestehenden, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der Stände. §. 65: Ohne Beirath und Zustimmung der Stände können Gesetze, welche die persönliche Freiheit und das Eigenthum betreffen, nicht gegeben, abgeändert, aufgehoben werden.

145) S. (Fürst v. Solms-Lich) Deutschland und die Repräsentativverfassungen (Gießen 1836), S. 16: Das Charakteristische der Repräsentativverfassungen besteht in nichts Anderem, als in der völlig unbeschränkten, nur an einen Wahcensus gebundenen Wahl der Repräsentanten, und in der Be-

stehenden, würden nach dieser Auffassung mit der durch den 57. Artikel der Schlußacte gesetzten Norm in Widerspruch stehen, so daß eigentlich nichts anderes übrig bleiben würde, als alle jene landständischen Verfassungen wiederum aufzuheben<sup>146)</sup>, oder was vielleicht einem oder dem anderen allem welschen Wesen abholden, für teutsches Recht und teutsche Rechtlichkeit begeisterten Politiker geeigneter erscheinen möchte, alle jene Landstände allmählig auf das Maß bloß beratender Versammlungen ohne Steuerbewilligung zurückzuführen<sup>147)</sup>. Es würde sich mit den jetzt bestehenden Landständen dann eigentlich nur das wiederholen, was in der letzten Hälfte des vorigen Jahrhunderts nicht mit den nach fremden Vorbildern eingerichteten, nach abstract politischen Theorien gebildeten, auf demokratischer Grundlage beruhenden, sondern mit den altlandständischen, langsam aus teutschem Boden hervorgewachsenen, ihrem ganzen Wesen nach aristokratisch formirten Landständen, wie wir gesehen haben, geschehen ist. Es ist aber ebenso geschichtlich unrichtig, den teutschen Landständen, die bei gar manchen Landesangelegenheiten ein entscheidendes Wort mitzureden hatten — die Landstände seynd überall wo dergleichen anzutreffen, mehr als bloße Ráthe, sagt der alte Moser — nur eine beratende Thätigkeit zuschreiben zu wollen, als es gegen alle herkömmliche Weise, gegen alle bisher in der Wissenschaft angenommene Bezeichnung ist, das Recht der Landstände zu allgemeinen Landgesetzen ihre Zustimmung geben oder verweigern zu können, als eine Theilung der Gewalten zu bezeichnen. In einem einstimmig gefaßten Beschlusse erklärte die erste Kammer in Hannover im J. 1821: Stände sähen mit Bedauern, daß königliches Ministerium beabsichtige, durch Omission der Worte: unter Zustimmung ihr verfassungsmäßig begründetes Recht, daß nämlich zu neuen allgemeinen

rechtigung derselben, zu allgemeinen Landesgesetzen ihre Einwilligung entweder zu ertheilen oder zu versagen. Vgl. S. 27, 34. — S. 18: Nach dem ständischen Systeme sollen die Stände den Regenten berathen und ihm auf einem ganz andern Wege als durch seine Behörde die Bedürfnisse des Volkes offenbaren; in dem Regenten vereinigt sich die gesammte Staatsgewalt. Nach dem Repräsentativsysteme dagegen haben die Repräsentanten die Bestimmung, die dem Volke an der Staatsgewalt zustehenden Rechte statt des Volkes auszuüben, und in dem Regenten vereinigt sich nicht die gesammte Staatsgewalt, weil er sie mit den Repräsentanten theilt. Vgl. bes. auch noch S. 36.

146) Auf diesen Widerstreit wird dann auch in der vorangef. Schrift S. 36 und 55 hingewiesen. S. 53 in der Anmerk. bemerkt der Verf. aber noch: das Recht der Steuerbewilligung findet in dem ständischen Systeme keine größere und keine geringere Schwierigkeit, als in dem Repräsentativsysteme in seiner Anwendung auf Bundesstaaten, für welche der Art. 57 der Wiener Schlußacte, ungeachtet der entgegenstehenden Verfassungsbestimmungen, in Kraft bleibt.

147) Was mag auch wohl die in der angef. Schrift: Teutschland und die Repräsentativverfassungen, S. 55 sich findende Phrase heißen sollen: In Teutschland — wo der 57. Art. der Wiener Schlußacte wenn auch nicht in gesetzlichen Bestimmungen, so doch in der Wirklichkeit Anerkennung verlangt?

Landesgesetzen ihre Zustimmung erforderlich sei, zu bestreiten. Dieser Grundsatz sei Hauptfundament des ständischen Ansehens und der ständischen Wirksamkeit. Er sei nicht nur in den früheren Provinzialverfassungen der meisten Provinzen begründet, sondern könne auch namentlich in Hinsicht der lüneburg'schen Landschaft durch Fälle, wo derselbe in contradictorio behauptet worden, nachgewiesen werden<sup>148)</sup> u. s. w. Ein neuerer Staatsrechtslehrer aber, der sich eben so sehr durch das strenge Auseinanderhalten von politischen Ansichten und historisch begründeten Rechtsgrundsätzen, als Ruhe und Besonnenheit des Urtheils auszeichnet, der Professor H. A. Zacharia, erklärt in seinem teutschen Staats- und Bundesrechte (1841) S. 360: daß die Einrichtung bloß beratender Landstände so wenig dem wesentlichen Charakter der älteren landständischen Verfassungen in den teutschen Territorien, als der auf dem Wiener Congresse vielfach und laut ausgesprochenen Ansicht entspricht, den teutschen Unterthanen eine Garantie gegen willkürliche Ausübung der Regierungsgewalt zu gewähren, und schon aus dem Grunde könne daher die Einrichtung von bloßen Provinzialständen — welche in Beziehung auf allgemeine Landesangelegenheiten nur beratende Stände sein können — für genügend und eine hinreichende Erfüllung des 13. Art. der Bundesacte nicht erachtet werden.

Wir kehren aber zur Geschichte des Ständewesens in Deutschland und der Bundesgesetzgebung in Beziehung auf dasselbe zurück. In dem Jahre, als die Wiener Schlußacte publicirt wurde, kam auch in einigen Bundesstaaten die Einrichtung einer landständischen Verfassung zu Stande<sup>149)</sup>. Im J. 1823 erfolgte der oben bereits mitgetheilte, für die Verfassungsgeschichte Deutschlands so wichtige Beschluß in Bezug auf die holstein'sche Verfassungsangelegenheit. Von jetzt an war es also nach Ansicht des Bundes den einzelnen Staaten überlassen, wann sie eine landständische Verfassung in ihren Ländern einzuführen für gut hielten, sowie schon in der Wiener Schlußacte durchaus nicht mehr von Bundeswegen verlangt wurde, daß den Landständen irgendwie bestimmte Rechte eingeräumt würden; dagegen waren im Art. 57 und 59 der Wiener Schlußacte gewisse Normen aufgestellt, die von keiner Seite sollten überschritten werden dürfen. Alle das landständische

148) Aus den Protocollauszügen der hannov. Ständeverhandlungen, mitgetheilt in der Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes für das Königr. Hannover, herausg. von Dahlmann, S. 206.

149) In Württemberg hatte man den Abschluß der Verhandlungen über die Verfassung dahin beschleunigen zu müssen geglaubt, daß er noch vor Publication der Wiener Schlußacte, wie es auch geschehen, erfolgen könne. S. Reyscher's Versuche S. 70. — Den 20. April 1820 wurde die nun erloschene Landschaftsordnung für Braunschweig publicirt; den 17. Dec. 1820 die Verfassungsurk. für das Großherzogthum Hessen; den 8. Aug. 1821 die Verfassungsurk. für Coburg.

Wesen überhaupt betreffende Bundesbeschlüsse sind nur auf jene Artikel begründet, und bestehen in einer Anwendung und weiteren Ausbildung derselben, besonders des einer wissenschaftlichen, wie namentlich auch authentischen Interpretation einen so weiten Raum gewährenden Art. 57. — Hierher gehört zunächst ein Beschluß v. 16. Aug. 1824, welcher §. 1 bestimmt: Es soll in allen Bundesstaaten, in welchen landständische Verfassungen bestehen, strenge darüber gewacht werden, damit in der Ausübung der den Ständen durch die landständische Verfassung zugestandenen Rechte das monarchische Princip unverletzt erhalten bleibe, und damit zur Abhaltung aller Mißbräuche, welche durch die Oeffentlichkeit in den Verhandlungen oder den Druck derselben begangen werden können, eine den angeführten Bestimmungen der Schlußacte entsprechende Geschäftsordnung eingeführt und über die genaue Beobachtung derselben streng gehalten werde. Als eine bloße Wiederholung und stricte Anwendung der Art. 57 und 59 kann dieser Beschluß nicht betrachtet werden, denn a) der Art. 57 handelt von den Befugnissen, welche den Ständen durch die Landesverfassung eingeräumt werden können — es sollten dieselben nur in der Mitwirkung bei der Ausübung bestimmter Rechte bestehen, und nur insoweit der Souverän beschränkt werden können — hier aber ist davon die Rede, daß bei der Ausübung der den Ständen zugestandenen Rechte das monarchische Princip unverletzt erhalten bleiben soll. b) Im 59. Art. hat der Bund die Oeffentlichkeit der landständischen Verhandlungen nur so weit seiner Gesetzgebung und Obhut unterworfen, als dadurch die Ruhe der einzelnen Bundesstaaten oder des gesammten Deutschlands gefährdet werden könnte; hier ist von Abhaltung aller Mißbräuche die Rede, welche durch Oeffentlichkeit der Verhandlungen u. s. w. begangen werden könnten. Was die erste Bestimmung betrifft, so könnte allerdings die Besorgniß erweckt werden, daß dadurch alle bisher begründeten und in anerkannter Wirksamkeit stehenden Verfassungen möglicherweise sehr gefährdet werden könnten, indem bei der mangelnden Begrenzung des monarchischen Princip — das ja selbst mit absoluter Regierungsgewalt identificirt wird — die Regierung möglicherweise, wo die Landstände ihre verfassungsmäßigen, urkundlichen Rechte auszuüben meinen, eine Verletzung jenes Princip erblicken, und unter Berufung auf ihre Bundespflicht jeden Widerspruch der Stände niederschlagen könnte; einen Weg, in einem solchen Falle rechtliche Abhilfe zu erlangen, wie es zur Zeit des Reiches in ähnlichen Fällen möglich gewesen wäre, gibt es nicht, denn die Bundesversammlung, die allerdings darüber zu wachen hat, daß die souveränen Fürsten in ihrer strengen Wachsamkeit, wie sie ihnen der angeführte Beschluß zur Pflicht gemacht hat, nicht nachlassen, und ihre Souveränitätsrechte oder das monarchische Princip wohl bewahren, würde nach Art. 61 der Wiener Schlußacte sich nicht für competent zur Einwirkung auf die inneren Angelegenheiten eines Bundesstaates erachten, wofern etwa die Land-

stände sich klagen oder beschwerend: daß durch die Deutung aus dem monarchischen Princip heraus ihre verfassungsmäßigen Rechte geschmälert oder vereitelt werden sollten, an dieselbe wenden möchten; es sei denn etwa, es habe der Bund selbst die Garantie einer Landesverfassung übernommen, allein das ist, außer einigen wenigen Fällen und namentlich seit dem Jahre 1822, nicht weiter geschehen.

Bekannt sind die Rückwirkungen, welche die Julirevolution auf Deutschland gehabt hat. Sie veranlaßten zunächst, daß von Seiten des Bundes durch Beschluß v. 21. Oct. 1830 gewisse Sicherheitsvorkehrungen getroffen wurden, um Unruhen und aufrührerische Auftritte, wie in manchen Bundesstaaten stattgefunden hatten, fortan leichter verhindern zu können<sup>150</sup>). Es sind die Jahre 1830 bis 1832 aber auch bedeutend für die Geschichte der landständischen Verfassung in Deutschland geworden. Mehrere Bundesstaaten, in welchen es zu einer Ausführung der Bestimmungen des 13. Art. der Bundesacte und des 54. der Wiener Schlußacte bis dahin nicht gekommen war, erhielten nun eine landständische Verfassung, wie es namentlich in Kurhessen der Fall war; in anderen Ländern wurde die bis dahin bestandene, insbesondre durch Erweiterung sowohl der Rechte der Landstände, als der unmittelbaren wie mittelbaren Theilnahme des Bürger- und Bauernstandes an der Landesrepräsentation wesentlich umgestaltet; so im Königreiche Sachsen, in Braunschweig und Hannover. Dagegen brachte wiederum das J. 1832 mehrere für die landständischen Verfassungen Deutschlands wichtige und tief eingreifende Bundesbeschlüsse, in welchen auf die Art. 57 und 59 der Wiener Schlußacte weiter fortgebaut wurde. Der Beschluß v. 18. Aug. 1824 hatte den souveränen Fürsten eine strenge Wachsamkeit, daß durch die den Landständen zugestandenen Rechte das monarchische Princip nicht verletzt werde, zur Pflicht gemacht. Es war nun aber dennoch, wie es in der Eröffnungsrede, womit die Vorschläge zu den Beschlüssen vom 28. Juni 1832 an die Bundesversammlung gebracht wurden, erzählt wird, geschehen, daß hier die rohe Gewalt aufgeregter Volkshaufen, dort eine in das verfassungsmäßige Gewand ständischer Opposition gekleidete

150) Klüber's Quellenammlung, Fortsetzung (1833) S. 13.

151) Die kurhessische Verfassungsurk. wurde publicirt den 5. Jan. 1831.

152) Verfassungsurk. für das Königreich Sachsen v. 4. Sept. 1831. Die braunschweig'sche (neue) Landschaftsordnung v. 12. Oct. 1832. — Staatsgrundgesetz für das Königl. Hannover v. 26. Sept. 1833; ist bekanntlich durch königl. Patent v. 1. Nov. 1837 für erloschen erklärt und das Landesverfassungsgesetz v. 6. August 1840 an dessen Stelle gesetzt. Hierher gehört auch die Verfassungsurk. für Hohenzollern-Sigmaringen v. 11. Juli 1833. — Die Grundgesetze für Sachsen-Meiningen vom 23. August 1829 und für Sachsen-Altenburg vom 29. April 1831 sind auch durch die Ländervertheilung in Folge des Erlöschens des herzogl. gothaischen Hauses hervorgerufen worden.

Anmaßung des demokratischen Geistes, im Bunde mit einer zügellosen Presse, die Macht der Regierung theils zu schwächen sucht, theils wirklich schon geschwächt und ihnen Zugeständnisse von Rechten abgenöthigt hat oder noch abzutrogen droht, denen sie sich, ohne Gefahr für die Erhaltung öffentlicher Ordnung und eines gesicherten gesetzlichen Zustandes, im wohlverstandenen Interesse ihrer Unterthanen nicht entäußern können. Dieser Anmaßung des demokratischen Geistes, der in den landständischen Versammlungen sich eingefunden, befestigt hatte und mächtig geworden ist, in den landständischen Versammlungen einer Nation, von deren Mehrheit in eben jener Rede anerkannt wird, daß sie durch edlen Charakter und tiefen Sinn, wie durch Achtung für gesetzliche Ordnung und Anhänglichkeit an ihre Fürsten in den entscheidendsten Momenten, der vollen Bewunderung Europa's würdig geblieben ist! — sollte nun ein Ziel gesetzt werden. Verabredung neuer Grundsätze oder neuer bundesgesetzlicher Bestimmungen (welche Stimmeneinheit erfordern) wurden dazu nicht nöthig erachtet, indem die seit 1820 zu größerer Ausbildung gekommene Bundesverfassung und Gesetzgebung die erforderlichen Mittel darbot, so daß es nur einer festen und kräftigen Anwendung derselben erforderte. Die Beschlüsse, welche demnach in Beziehung auf die Landstände gefaßt wurden, sind folgende: Artikel I. erklärte, daß jeder teutsche Souverän, als Mitglied des Bundes, zur Verwerfung jeder mit dem 57. Art. der Wiener Schlußacte in Widerspruch stehenden Petition der Stände nicht nur berechtigt sei, sondern die Verpflichtung zu dieser Verwerfung aus dem Zwecke des Bundes hervorgehe. Art. II., auf den wir noch zurückkommen wollen, lautet: da gleichfalls nach dem Geiste des Art. 57 der Schlußacte und der hieraus hervorgehenden Folgerung, welche Art. 58 ausspricht, keinem teutschen Souverän durch die Landstände die zur Führung einer den Bundespflichten und der Landesverfassung entsprechenden Regierung erforderlichen Mittel verweigert werden dürfen, so werden Fälle, in welchen ständische Versammlungen die Bewilligung der zur Führung der Regierung erforderlichen Steuern auf eine mittelbare oder unmittelbare Weise durch die Durchsetzung anderweiter Wünsche und Anträge bedingen wollten, unter diejenigen Fälle zu zählen sein, auf die Art. 25 und 26 der Schlußacte in Anwendung gebracht werden mußte. Art. III. bestimmt, daß die innere Gesetzgebung der Bundesstaaten nicht mit dem Zwecke des Bundes in Widerspruch treten, an der Erfüllung der bundesverfassungsmäßigen Verbindlichkeiten, namentlich der dahin gehörigen Leistungen auf Selbbeiträgen, nicht hindern dürfe. Art. IV. ordnet die Niedersetzung einer Bundescommission an, zur Ueberwachung der ständischen Verhandlungen, welche insbesondre die mit den Verpflichtungen gegen den Bund, oder mit den durch die Bundesverträge garantirten Regierungsrechten in Widerspruch stehenden Anträge und Beschlüsse zum Gegenstande ihrer Aufmerksamkeit machen sollte. Der Art. V. endlich verpflichtet die Bundesregierungen, zur Verhütung von



Angriffen auf den Bund in den ständischen Versammlungen und zur Steuerung derselben, jede nach Maßgabe ihrer inneren Landesverfassung, die angemessenen Anordnungen zu erlassen und zu handhaben.

So wichtig diese Beschlüsse auch nun sind, so dürfte doch insbesondere der zweite Artikel derselben unsere Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen. Der Zweck des Artikels ist, wie aus den Erläuterungen, die darüber von dem Präsidium gegeben sind, hervorgeht, zu verhindern, daß keine landständische Versammlung durch Verwerfung des Budgets neue, mit dem monarchischen Princip und der Erhaltung der öffentlichen Ordnung unvereinbare Zugeständnisse dem Landesherrn sollte abnöthigen können; deßhalb wird denn bestimmt, daß, wenn eine landständische Versammlung die Bewilligung der zur Regierung erforderlichen Steuern auf eine mittelbare oder unmittelbare Weise durch die Durchsetzung anderweiter Wünsche und Anträge bedingen wollte, dies eben so angesehen werden sollte, als wenn durch Widersetzlichkeit der Unterthanen gegen die Regierung die innere Ruhe unmittelbar gefährdet, eine Verbreitung aufrührerischer Bewegungen zu fürchten oder ein wirklicher Aufruhr zum Ausbruch gekommen sei; es sollte mithin der Landesherr, der in der bezeichneten Weise mit seinen Ständen in Streit gerathen war, den Beistand (der executiven Gewalt) des Bundes in Anspruch nehmen können, und der Bund selbst, wie die Beziehung auf den Art. 26 und 27 der Wiener Schlußacte ergibt, auch ohne eine an ihn ergangene Aufforderung einzuschreiten berechtigt sein, wenn die Bundesversammlung zu der Ueberzeugung gelangt sein würde, daß die betreffende Regierung notorisch außer Stande sei, die Landstände von der Steuerverweigerung zurückzubringen und zugleich durch die Umstände verhindert werde, die Hilfe des Bundes zu begehren. Es hat sich übrigens noch kein Fall ereignet, der es durch die Erfahrung anschaulich gemacht hätte, in welcher Weise etwa ein materielles Einschreiten durch (militärische) Bundeshilfe zur Ausführung kommen würde oder könnte, im Falle eine Ständeversammlung den Beschluß gefaßt hätte, das Budget zu verweigern, wenn etwa ihre Anträge und Wünsche auf Abstellung verfassungswidrig gehaltener Maßregeln und Handlungen keine Beachtung gefunden haben möchten. Das Unzulässigsein des Abhängigmachens der Steuerbewilligung von anderweitigen Anträgen und Wünschen, welches auch die meisten Verfassungsurkunden aussprechen, wird in jenem Bundesbeschlusse nun aber aus dem vorangeschickten Grundsatz abgeleitet, daß nach dem Geiste des 57. Art. der Wiener Schlußacte keinem deutschen Souverän durch die Landstände die zur Führung einer den Bundespflichten und der Landesverfassung entsprechenden Regierung erforderlichen Mittel verweigert werden können. Aus Art. 58 der Wiener Schlußacte läßt sich nur ableiten, daß von den Landständen die zur Erfüllung der Bundespflichten erforderlichen Steuern nicht verweigert werden dürfen, wie zur

Zeit des teutschen Reiches die Landstände nicht verweigern konnten, zu den Reichslasten das Ihrige beizutragen. Von den zur Führung der Landesregierung erforderlichen Steuern war im Art. 58 nichts enthalten, deßhalb mußte der Geist des 57. Art., welcher ausspricht, daß die gesammte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staates vereinigt bleiben soll, zu Hilfe genommen werden. Die Prämisse ist nun aber noch viel bedeutsamer, als der Satz, welcher daraus abgeleitet worden, um deßentwillen sie aufgestellt scheint. Diese Bedeutung liegt nun aber in der Deutung, die man derselben möglicher Weise geben, der weiteren Folgerungen, die man daraus ziehen könnte. Der Satz, daß die Landstände die zur Führung der Regierung erforderlichen Steuern bewilligen, also die Unterthanen alle nothwendig erachteten Steuern bezahlen müssen, widerstreitet ebenso dem älteren teutschen Staatsrechte, welches keine unbeschränkte Steuerpflicht kannte, als er der Staatsidee und dem ihr entsprechenden neueren Staatsrechte angemessen ist. Die Bundesgesetzgebung steht hier also auf dem Boden nicht des althistorischen Rechtes, sondern der modernen, freilich auch früher schon aus Aristoteles deducirten, Staatsweisheit. Seitdem aber das Princip sich nothwendig geltend gemacht, die Unterthanen müssen (natürlich so weit die Kräfte reichen) alle durch das Staatsbedürfnis geforderte Steuern zahlen, besteht das sogen. Steuerbewilligungsrecht vorzugsweise in dem Ermessen, ob ein Staatsbedürfnis vorhanden ist. Dieses Ermessen allein der Regierung anheim geben, wäre Vernichtung des Steuerbewilligungsrechtes. — Wie wenn nun aber Jemand den in Rede stehenden Artikel dahin deuten wollte: da nach Art. 57 der Wiener Schlußacte der Souverän durch die landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden kann, so muß auch ihm die Beurtheilung oder doch definitive Entschcheidung überlassen bleiben, welches die zur Führung einer den Bundespflichten und der Landesverfassung entsprechenden Regierung erforderlichen Mittel sind, und diese Mittel dürfen nicht verweigert oder auch nur unter Bedingungen bewilligt werden? Wäre dieses der Sinn, in dem jener Artikel verstanden werden muß, so wäre durch den Bund, oder was dasselbe ist, durch gegenseitige Garantie der Bundesglieder, den teutschen Souveränen das gewährt und zugesichert, was der Kaiser im J. 1671 als eine die Rechte der Unterthanen beeinträchtigende Forderung zu genehmigen und durch sein Gutheißzen zum Reichsgesetz zu erheben, verweigert hatte. Daß aber eine solche Auslegung des uns hier beschäftigenden Artikels allerdings nahe lag, ergibt sich außer mehreren anderen Umständen auch daraus, daß mehrere Regierungen bei der Publication der Beschlüsse vom 28. Juni 1832 ausdrücklich erklärten, daß dadurch weder den in ihren Ländern bestehenden Verfassungen und insbesondre dem verfassungsmäßigen Steuerbewilligungsrechte der Stände kein Eintrag hat geschehen sollen

und Können<sup>153</sup>). In besonderer Beziehung zu den Bestimmungen des hier besprochenen Artikels der Beschlüsse von 1832 steht das im J. 1834 begründete Bundesschiedsgericht. Das Schiedsgericht wurde nämlich für den Fall eingesetzt, daß in einem Bundesstaate zwischen der Regierung und den Ständen über die Auslegung der Verfassung oder über die Grenzen der bei Ausübung bestimmter Rechte des Regenten den Ständen eingeräumten Mitwirkung, namentlich durch Verweigerung der zur Führung einer den Bundespflichten und der Landesverfassung entsprechenden Regierung erforderlichen Mittel, Irrungen entstehen und alle verfassungsmäßigen und mit den Gesetzen vereinbarlichen Wege zu deren genügenden Beseitigung ohne Erfolg eingeschlagen worden sind. Für diesen Fall verpflichteten sich nämlich die Bundesglieder als solche gegeneinander, ehe sie die Dazwischenkunft des Bundes nachsuchen, die Entscheidung solcher Streitigkeiten durch Schiedsrichter in dem in dem Gesetze näher bestimmten Wege zu veranlassen. Diese neue Institution wurde von Männern, die sich als entschiedene Freunde und Anhänger landständischer Rechte und der bestehenden Verfassungen Deutschlands aussprechen, mit einer fast jubelnden Freude, mit den frohesten Hoffnungen und Erwartungen begrüßt,

---

153) Solche verwahrende Clauseln wurden der Publication der Bundesbeschlüsse im Königr. Bayern, Sachsen, Württemberg, sowie im Großherzogth. Hessen und Herzogthum Sachsen-Weiningen beigefügt. Sie sind zusammengestellt in Klüber's Fortsetzung der Quellsammlung zu dem öffentl. Rechte des deutschen Bundes S. 63 fig. Besonders ausführlich bestimmt und offen war die von einem geraden Rechtsinne zeugende Erklärung der württemberg'schen Regierung: Indem wir diese Beschlüsse — heißt es in derselben — hieby durch zur allgemeinen Kenntniß bringen, erklären wir zugleich, zu Beseitigung kundgewordener Mißverständnisse über ihre Bedeutung, in Vollmacht und Namen des Königs Majestät, daß durch diese Beschlüsse eine Gefährdung der Landesverfassung weder beabsichtigt worden sei, noch auch habe beabsichtigt werden können, da namentlich der Art. 56 der Schlußacte ausdrücklich festsetzt, daß die in anerkannter Wirksamkeit bestehenden landständischen Verfassungen nur auf verfassungsmäßigem Wege abgeändert werden können. Gleichwie daher in keiner Beziehung ein Grund vorliegt, irgend eine mit der Verfassung nicht im Einklange stehende Anwendung jener Bundesbeschlüsse zu besorgen, so wird auch die Staatsregierung wie bisher fortfahren, die Verfassung in allen ihren Bestimmungen, mögen solche das Recht der ständischen Theilnahme an der Gesetzgebung oder das Steuerbewilligungsrecht oder sonst ein den württemberg'schen Staatsbürgern zugesichertes Recht betreffen, mit gewissenhafter Treue aufrecht zu halten. Durch ein königliches Decret vom 3. August 1832 ist diese Erklärung des Ministerialrathes ausdrücklich genehmigt und bestätigt worden. — In dem Protocolle der Bundesversammlung v. 8. Nov. 1832 findet sich aber in Beziehung auf jene Verlausulirungen die Bemerkung: daß wie sich von selbst versteht, durch die von einigen Regierungen der Bekanntmachung dieser Beschlüsse beigefügten erläuternden Beisätze der allgemeinen Verbindlichkeit des Bundesbeschlusses vom 28. Juni 1832 für sämtliche Bundesstaaten in keiner Beziehung irgend ein Eintrag habe geschehen können, sowie solches ohnehin nicht in der Absicht der einzelnen Regierungen gelegen habe. Vgl. Klüber a. a. D. S. 65.

so von dem Verfasser der Schrift: das neue Schiedsgericht für die constitutionellen Staaten in Deutschland. Frankf. 1835. 8. Derselbe sah darin nicht nur eine versöhnliche und mildernde Ergänzung sowohl des früheren Beschlusses vom 28. Juni 1832, und der Art. 25 und 26 der Wiener Schlußacte, sondern auch einen Ersatz, wenn auch kein genügendes Aequivalent, für den Schutz, welchen die Reichsgerichte gegen Mißbrauch der Staatsgewalt zur Beeinträchtigung der Landesverfassung oder zur Unterdrückung der Unterthanen wenigstens da gewährten, wo die Landstände noch nicht so tief herabgesunken waren, um dieses Schutzmittel mit Erfolg benutzen zu können; er meinte, dieses Schiedsgericht würde eine rechtliche Garantie der Verfassung, worauf dem Volke und seinen Vertretern ein geschichtlich und rechtlich vollkommen begründeter Anspruch zustehet, besser gewähren, als das den Landständen eingeräumte Recht der Anklage der Minister wegen Verletzung der Verfassung, über dessen Schwierigkeit die Zeitereignisse hinlänglich belehrt haben mußten; so sieht er in dem Schiedsgerichte ein Institut, bestimmt und geeignet, die deutschen Verfassungen zur Wahrheit zu machen und die politische Einheit Deutschlands zu befestigen. Indes wurden derzeit auch Stimmen von Publicisten laut, denen man Sachkenntniß und ruhige Prüfung wohl schwerlich wird bestreiten<sup>154</sup>), welche der Ausdruck einer von dem vorigen etwas abweichenden Betrachtungsweise waren und die das Schiedsgericht, wenn es auch beiden Zwecken dienen sollte, doch als eine Einrichtung ansehen, mehr geeignet, um als ein neues Mittel zur Bewahrung des monarchischen Princips gebraucht zu werden, als den Ständen eine sichere und zuverlässige Garantie für die ihnen durch die Landesverfassung zugesicherten Rechte zu gewähren<sup>155</sup>). Man kann nicht sagen, daß die eine oder die andere Ansicht sich thatsächlich als die richtigere bewährt hat, da in den elf Jahren, welche seit der Einsetzung des Schiedsgerichtes verflossen sind, zwar regelmäßig von 3 zu 3 Jahren die Spruchmänner, aus welchen die Schiedsrichter genommen werden sollen,

154) Vgl. z. B. die umsichtig und kenntnißreich geschriebenen Bemerkungen in G. F. B u r m, kritische Versuche über die öffentlichen Verhältnisse in Deutschland seit der Mitte des J. 1832 (Leipzig 1835), S. 363 fig., bes. S. 377.

155) In einer beim Schlusse der Ministerialconferenzen zu Wien am 12. Juni 1834 angeblich von dem Fürsten Metternich gehaltenen Schlußrede soll derselbe in Bezug auf die Einsetzung des Schiedsgerichtes sich dahin geäußert haben: Während das Repräsentativsystem in seiner naturgemäßen Entwicklung zu einer souveränen Gewalt demokratischer Volksversammlungen hinstrebt und durch die unbegrenzte Verantwortlichkeit der Minister die eigentlich entscheidende Macht im Staate den Händen der Regierungen zu entwenden, ja denselben in der Person ihrer nothwendigen Organe gerade in den wichtigsten Angelegenheiten der richterlichen Gewalt eben jener republicanisirten Kammern zu unterwerfen, mithin die Natur der Dinge umzukehren strebt, führt unser Schiedsgericht auf den schlichten Pfad der natürlichen Verhältnisse zurück.

erneut worden sind, aber es zur Berufung eines Schiedsgerichtes noch niemals gekommen ist. Die Landesherren müssen also dieses Mittel zum Schutze der landesherrlichen Rechte nicht bedurft haben, in einigen Fällen aber, wo die Landstände darauf antrugen, die rechtliche Begründung behaupteter Rechte durch einen Spruch des Schiedsgerichtes feststellen zu lassen, fanden es die Regierungen nicht geeignet, diesem Wunsche der Stände nachzugeben. Zur Zeit des deutschen Reiches hing es natürlich nicht von dem Landesherrn ab, zu beurtheilen, ob eine Streitigkeit dazu geeignet sei, einem Spruche der Reichsgerichte unterworfen zu werden, und es stand wenigstens nicht rechtlich in der Macht des Landesherrn, den Ständen den Weg Rechtens zu eröffnen oder zu verschließen.

Es sind aber in den im Jahre 1834 zu Wien gehaltenen Ministerialconferenzen, aus welchen das Bundeschiedsgericht hervorgegangen ist, noch weitere Vereinbarungen der Bundesregierungen sowohl in Betreff der landständischen Verfassungen, der Handhabung der Presse, sowie der in Beziehung auf Universitäten bereits getroffenen und weiter zu treffenden Einrichtungen, zu Stande gekommen, die, mit Ausnahme der auf die Universitäten sich beziehenden Maßregeln, nicht zu Bundesbeschlüssen erhoben und veröffentlicht worden sind, mithin nur dazu bestimmt gewesen zu sein scheinen, ohne vorhergehende Publication in den einzelnen Staaten für die landesherrlich zu erlassenden Gesetze und Verordnungen und für die Behandlung der bestehenden Verfassungs- und Rechtseinrichtungen zur gemeinsamen Richtschnur zu dienen. Diese Beschlüsse der Wiener Ministerialconferenz sind in einer Schlußacte niedergelegt, von welcher sich der Art. 1—34 nach einer in Zachariá's und Weiß's Staatsrechten<sup>156)</sup> enthaltenen Angabe auf die landständischen Verfassungen bezogen, so daß Art. 3—15 die zum Bundesbeschlusse erhobenen Bestimmungen über das Schiedsgericht enthalten. Im J. 1843 ist nun eine Druckschrift erschienen unter dem Titel: Die geheimen Beschlüsse der Wiener Conferenz v. 12. Juni 1834. Ein authentisches Actenstück aus den Papieren eines jüngst verstorbenen Diplomaten. Deutschland 1843. (26 S. 8.), welche sich für den Abdruck jenes Schlußprotocolls, so weit dessen Inhalt nicht officiell zur Publicität gelangt war, ausgibt<sup>157)</sup>. Die ersten 33 auf die landständischen Verfassungen sich beziehenden Artikel entsprechen den bei Zachariá und Weiß sich findenden Inhaltsangaben; eine Erlä-

156) Zachariá's Staatsrecht Bd. 1, S. 359. Weiß, deutsches Staatsrecht (Regensburg 1843), S. 83, Note\*.

157) Sie sind dann wieder abgedruckt in Weil's constitutionellen Jahrbüchern, 1844, und in den von C. Welcker herausgegebenen wichtigen Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation u. s. w. (Mannheim 1844), S. 367, wo noch mehrere ziemlich gleichzeitige Abdrücke dieser Beschlüsse angegeben sind.

rung — wie man es hätte erwarten mögen — daß jenes angeblich authentische Actenstück ein Falsum sei, ein betrügerischer Versuch, um den Samen des Mißtrauens vorzüglich in den constitutionellen Ländern auszustreuen, ist nicht erfolgt, vielmehr haben öffentliche Blätter, man weiß nicht ob im Ernst oder Hohn, nur ihre Verwunderung darüber ausgesprochen, daß man jener Publication noch irgend eine besondere Beachtung habe zuwenden, durch deren Inhalt überrascht sein können, da ja Alles, was uns hier als geheim gehaltene Vereinbarung bekannt gemacht worden, schon längst ins Leben eingeführt, zur Staatspraxis erhoben worden sei! Bei dieser Lage der Dinge, die weder gestattet, die sogen. geheimen Beschlüsse ganz unberücksichtigt zu lassen, als deren Wahrheit und Echtheit mit Entschiedenheit zu behaupten <sup>158)</sup>, wollen wir einige Artikel aus denselben mittheilen, welche am geeignetsten sind, um einen Blick in die angeblich bereedte Staatspraxis in Beziehung auf die landständischen Verfassungen thun zu lassen. — Art. 16 bestimmt in Beziehung auf die Theilnahme der Stände an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt: Verordnungen, welche von der Regierung vermöge der Regierungsgewalt in verfassungsmäßiger Form erlassen worden sind, haben für die Unterthanen verbindliche Kraft und werden von ersterer mit Nachdruck gehandhabt. — Den etwa gegen solche Verordnungen gerichteten Kompetenzübergreifen der Gerichte werden die betreffenden Regierungen auf jede mit den Gesetzen vereinbare Weise standhaft begegnen. — Ein Nichtanerkennen solcher Verordnungen durch die Stände kann die Regierung in Handhabung derselben nicht hemmen, so lange die ständische Beschwerde nicht auf verfassungsmäßigem Wege als begründet anerkannt worden ist. — Ueberhaupt kann der Gang der Regierung durch ständische Einsprüche, in welcher Form diese nur immer vorkommen mögen, nicht gestört werden, sondern dieselben haben ihre Erledigung stets in gesetzlichem Wege zu erwarten <sup>159)</sup>. — Die Regierungen werden in den Gesegentwürfen, welche von ihrer Seite den Ständen vorgelegt werden, die eigentlich gesetzlichen Bestimmungen sorgfältig von den eigentlichen Vollzugsbestimmungen trennen. Der 17. Artikel sagt: daß die Regierungen nicht gestatten werden, daß die Stände über die Gültigkeit von Bundesbeschlüssen berathen und beschließen. Also auch nicht darüber, ob der

158) Die Echtheit nachzuweisen hat unternommen Welcker a. a. D. S. 396.

159) Gibt es denn wohl, da ein den ehemaligen Reichsgerichten entsprechendes Institut nicht vorhanden ist, einen verfassungsmäßigen, gesetzlichen Weg, den die Landstände in allen Bundesstaaten mit dem Vertrauen betreten können, daß ihre Beschwerde, es habe die Regierung durch Verordnungen Verhältnisse bestimmt, zu der es eines unter ihrer Mitwirkung erlassenen Gesetzes bedurft hätte — eine juristisch unparteiische Prüfung und Erledigung finden wird?

Bundesbeschluß mit der bis dahin in Wirksamkeit stehenden Landesverfassung verträglich. Rücksichtlich des Steuerbewilligungsrechtes erklärt der Art. 20: das Recht der Steuerbewilligung ist nicht gleichbedeutend mit dem Rechte, das Staatsausgabenbudget zu regeln. Die Regierungen werden diesen Unterschied bei den Verhandlungen über das Budget, genau im Auge behalten und die durch die einzelnen Landesverfassungen gezogenen Grenzen mit gehöriger Sorgfalt für die erforderlichen Dispositions- und Reservefonds streng beobachten lassen. — Aus diesem Unterschiede folgt: daß Ständen das Recht, einzelne innerhalb des Betrages der im allgemeinen bestimmten Etatssummen vorkommenden Ausgabeposten festzusetzen oder zu streichen, nicht zusteht, insofern ihre Zustimmung dazu nicht ausdrücklich durch Verfassungen oder Gesetze vorbehalten ist. — Werden bereits erfolgte Ausgaben (worunter in jenen Staaten, deren Stände in zwei Kammern getheilt sind, immer beide Kammern verstanden werden) nicht anerkannt oder gestrichen, so können letztere zwar eine Verwahrung für künftige Fälle einlegen oder nach Umständen einen anderen nach der Verfassung des Landes zulässigen Weg einschlagen; es können aber dergleichen als wirklich verausgabt nachgewiesene Summen nicht als effective Cassenvorräthe von den Ständen in Anschlag gebracht werden. — Die Frage über die Rechtmäßigkeit einer erweislich erfolgten Ausgabe wird auf verfassungsmäßigem Wege entschieden, und wenn diese Entscheidung verneinend ausfällt, so steht nur der competenten landesherrlichen Behörde und nicht den Ständen der Ausspruch über die Ersagverbindlichkeit zu. Die Folgen, welche sich aus der Anwendung dieser Bestimmungen in Verbindung mit dem in dem Beschlusse vom 28. Juni 1832 ausgesprochenen Grundsatz, daß die Landstände die zur Führung der Regierung erforderlichen Mittel nicht verweigern dürfen, herausstellen würden, ergeben sich auch ohne besondere Erörterung. Es soll nur noch angeführt werden, daß im Art. 23 gesagt ist: Man wird den Grundsatz festhalten, daß Staatsbeamte zu ihrem Eintritte in die kändischen Kammern der Genehmigung des Landesherrn bedürfen, und Art. 24: die Regierungen werden einer Beeidigung des Militärs auf die Verfassung nirgends und zu keiner Zeit statt geben. — Seit dem Jahre 1834 sind keine auf die landständischen Verfassungen überhaupt sich beziehenden Bundesbeschlüsse oder Entscheidungen und Antworten auf Beschwerden u. dgl. von einer allgemeineren Bedeutung bekannt geworden, außer die Beschlüsse in der hannoverschen Sache<sup>160)</sup>, namentlich v. 6. Sept. 1838, wodurch die über die widerrechtliche Beseitigung des Staatsgrundgesetzes v. J. 1833 beschwerdeführenden Corporationen als nicht legitimirt erklärt wurden und der Beschluß vom 5. Sept. 1839: daß den Anträgen (von Seiten mehrerer Bundesregierungen, namentlich

160) Zacharia, teutsch. Staats- und Bundesrecht Bd. 1, S. 365.

Bayern und Baden) auf ein Einschreiten des Bundes in der hannoverschen Verfassungsfrage nicht Folge gegeben werden könne. Dieser letztere stützt sich auf die damaligen factischen Zustände in Hannover, auf die obwaltende Sachlage, bei welcher eine bundesgesetzliche Veranlassung zur Einwirkung in diese innere Landesangelegenheit nicht bestehe.

## B. Gegenwärtige Gestaltung der landständischen Verfassung in den teutschen Bundesstaaten.

### 1) Allgemeine Uebersicht.

Nachdem wir bisher die landständischen Verfassungen Deutschlands nach ihrer geschichtlichen Bedeutung und Entwicklung, sowie die Wirksamkeit des teutschen Bundes für Erhaltung, Wiederherstellung landständischer Verfassungen in allen Bundesstaaten, dann aber insbesondere auch zur Confirmation der Landstände innerhalb gewisser aus dem monarchischen Princip und den Grundsätzen der Bundesverfassung gefolgerten rechtlichen Schranken kennen gelernt haben, bleibt es uns noch übrig, mit der gegenwärtigen Gestaltung der landständischen Verfassung, so weit sich aus den Landesverfassungsgesetzen, mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung der Landstände in Teutschland, gewisse übereinstimmende Grundsätze entnehmen lassen, bekannt zu machen<sup>161)</sup>. Es findet indeß in dieser Beziehung noch eine sehr große Verschiedenheit zwischen den einzelnen Bundesstaaten statt. 1) In einigen wenigen derselben, z. B. Oldenburg, bestehen noch gar keine Landstände, auch mit einer nur formalen Wirksamkeit. 2) In anderen sind bisher nur Provinzialstände vorhanden. Dieses ist namentlich in den beiden größten Bundesstaaten Oesterreich und Preußen der Fall<sup>162)</sup>. In dem größten Theile der zum teutschen Bunde gehörigen Provinzen der österreichischen Monarchie bestehen noch Landstände aus alter Zeit, deren Wirkungsbefugniß aber nach einem oben bereits mitgetheilten Berichte von Bisfinger<sup>163)</sup> so beschränkt ist, daß sie kaum als ein Schatten der altösterreichischen Stände betrachtet werden können, und kaum eines jener Rechte besitzen, deren Inbegriff auf dem Wiener

161) Eine Uebersicht der ständischen Verfassungsverhältnisse in den einzelnen Bundesstaaten, der zur Erfüllung des 13. Art. der Bundesacte erlassenen Gesetze und getroffenen Einrichtungen findet sich in allen neueren Lehr- und Handbüchern des teutschen Staatsrechtes, namentlich bei Klüber a. a. D. §. 286—288. Zachariä a. a. D. Bd. 1, S. 360—378. Weiß a. a. D. §. 291.

162) Holstein, welches 1834 eine ständische Verfassung nach dem Vorbilde der preussischen Provinzialstände erhielt, kann eigentlich nicht hierher gerechnet werden, da Holstein keine Provinz von Dänemark, sondern ein selbstständiger Bundesstaat ist. S. übrigens in diesem Werke Bd. V, S. 343 fig., den Art. Holstein. Gewissermaßen kann das Herzogthum Coburg-Gotha hierher gezogen werden, da für Coburg das Grundgesetz v. 1821 gilt, in Gotha die altlandständische Verfassung besteht.

163) S. oben Note 139.



Congresse im J. 1814 als das Minimum der den Landständen einzuräumenden Befugnisse betrachtet worden ist. In Preußen sind, wie bekannt, im J. 1823 Provinzialstände für die einzelnen Provinzen der Monarchie nach ihrer jetzigen Eintheilung, aus welchen seiner Zeit die allgemeinen Landstände oder Reichsstände hervorgehen sollten<sup>164</sup>). In Beziehung auf alle Länder, in welchen bisher nur Provinziallandstände bestehen, darf man nicht außer Augen verlieren, wenn man sich hier etwa auf das geschichtlich-herkömmliche berufen will, wie früher, wo man es wohl zulässig fand, daß einzelne Provinzen ihre besondere Verfassung, Steuern und andere Einrichtungen haben mochten, Provinzialstände ganz die Befugnisse alter Landstände ausüben konnten, während jetzt, wo kein Regent eine solche Zersplitterung der so mühsam begründeten Einheit des Staates dulden könnte, die Wirksamkeit solcher Stände nur eine im Verhältnisse untergeordnete sein, und höchstens nur auf ein Recht der Berathung bei allgemeinen Landesgesetzen und Steuern, wie es in Preußen der Fall ist, beschränkt sein kann. 3) In der Mehrzahl der Bundesstaaten bestehen nun aber allgemeine Landstände, welche sich entweder aus früherer Zeit forterhalten haben, wie in Mecklenburg, in den anhaltinischen, russischen Ländern (die sämmtlich, während sie unter verschiedenen Landesherren stehen, gemeinschaftliche Landstände haben), oder neu begründet worden sind, wie in den meisten teutschen Ländern. Es haben diese Staaten mithin eine landständische Verfassung. Neben den allgemeinen Landständen kommen indeß wohl auch noch Provinzialstände vor, wie namentlich die Landräthe in Bayern, und in manchen Staaten finden auch noch Repräsentativversammlungen kleinerer Bezirke, Kreisstände statt, welche entweder die Provinzialstände ersetzen sollen, oder auch neben denselben bestehen. Die Wirksamkeit solcher Provinzialstände kann sich, wo allgemeine Landstände vorhanden sind, um so mehr nur auf die besonderen Provinzial- und Kreisangelegenheiten erstrecken, und wird immer einen administrativen Charakter tragen müssen. Die politische Bedeutung solcher Provinzial- und namentlich der Kreisstände ist, daß durch sie die Stände oder Volksclassen eine mannigfachere Mitwirkung auch bei der Staatsverwaltung erhalten.

Was die Beschaffenheit der landständischen Verfassungen betrifft, so weichen diese sowohl rücksichtlich der Zusammensetzung, der Organisation und insbesondere der den Landständen zustehenden Rechte so von einander ab, daß man die Landstände des einen Bundesstaates in ihrer dormaligen Beschaffenheit und die eines anderen kaum für Institute derselben Art möchte halten können. Man hat deshalb zwei ganz verschiedene Arten von Landständen unterscheiden wollen, welche man mit

---

<sup>164</sup>) Ueber die ständische Verfassung in Preußen s. jetzt besonders *H. Simon*, preussisches Staatsrecht Bd. 2, S. 117—187.

den Namen Repräsentativverfassungen und landständische Verfassungen im eigentlichen Sinne bezeichnet. Es ist in dem positiven Staatsrechte von dieser Eintheilung kein Gebrauch zu machen<sup>165)</sup>, da zwischen den Landständen derjenigen Staaten, welche eine sogen. landständische oder altlandständische Verfassung hergebracht haben, z. B. zwischen den österreichischen und mecklenburgischen in ihrer dormaligen Beschaffenheit ein Unterschied stattfindet, der leicht bedeutender sein möchte, als zwischen manchem Staate mit einer Verfassung, die man vielleicht als eine repräsentative bezeichnen würde, und einer nicht durchaus verkümmerten landständischen, da man ja keineswegs darüber einig ist, welches die charakteristischen Unterscheidungsmerkmale der landständischen und Repräsentativverfassung sind. Nur so viel läßt sich wohl mit Gewißheit in dieser Hinsicht behaupten, 1) daß weder der Beruf, das Land, die Gesamtheit, nicht die Sonderinteressen der Landtagsmitglieder zu vertreten, als das angesehen werden kann, was den neueren sogen. Repräsentativverfassungen vor den älteren oder sogen. landständischen eigen ist, noch daß die Volkssouveränität als die notwendige Grundlage jeder neueren Verfassung, welche sich von den älteren sogen. landständischen wesentlich unterscheidet, betrachtet werden darf<sup>166)</sup>; 2) daß wir uns unter Repräsentativverfassung aber eine solche denken, welche a) den Landständen wirkliche Rechte in der Weise einräumt, daß dieselben bei wichtigen das Landeswohl betreffenden Angelegenheiten, namentlich bei der Gesetzgebung, der Besteuerung, ihre Zustimmung erforderlich ist, so wie sie überhaupt dem Regenten gegenüber, oder wo dieser (oder auch sein verfassungsmäßig berufener Vertreter, Nachfolger u. s. w.) zu handeln verhindert ist, als Organ des Landes erscheinen, b) welche bei der Landesvertretung dem Geburtsadel und dem größeren Grundbesitz nicht ein entschiedenes Uebergewicht bei der Landesrepräsentation zusichert, sondern ihm nur einen Antheil gewährt, wie es den gesellschaftlichen Verhältnissen gemäß ist, in welchem der kleinere freie Grundbesitz und insbesondere das bewegliche Vermögen, die Intelligenz, Mächte geworden sind, auf welche das Dasein des Staates sich gründet, aus welchen er — als Staatsmacht — seine Kräfte zieht, ohne welche der angesehenste und mächtigste Herrscher nur ein von seinen Vasallen abhängiger Ober-

165) Auch haben weder Klüber, Zacharia, noch Weiß in ihren Systemen zwei solcher Classen angenommen, wie es allerdings Maurer = brecher thut, der a. a. D. S. 151 flg. alte und neue oder repräsentative Landstände streng von einander sondert, aber zwischen beiden ein Mittelglied annimmt, alte Landstände mit neueren Modifikationen, wohin er die preussischen zählt, die er für wahre Repräsentativstände erklärt.

166) Es war von dem Repräsentativcharakter der deutschen Landstände und der obigen Unterscheidung schon wiederholt in diesem Artikel die Rede. S. besonders Note 69—77 und den Text daselbst, Note 130 flg. und den Text daselbst, ebenso Note 145—147.

Lehensherr sein würde. Eine Eintheilung der teutschen Verfassungen in repräsentative und landständische läßt sich aber auch um deßhalb nicht durchführen, weil selbst in denen, welche man gewöhnlich als repräsentative zu bezeichnen pflegt, der Umfang der landständischen Rechte durchaus nicht derselbe, bei der Zusammensetzung dem Adel und Grundeigenthume ein mehr oder minder größerer Vorzug eingeräumt ist, und die Formen ebenso in ungleicher Mischung bald mehr der Vorzeit, dem altlandständischen Wesen entlehnt, bald mehr den englischen und französischen constitutionellen Formen nachgebildet sind. Eine Zerlegung sämtlicher Verfassungen in zwei Classen würde daher ebenso zu falschen Consequenzen veranlassen, als sie nothwendig zu vielen Wiederholungen führen müßte. Es sollen hier daher ohne eine solche Scheidung die landständischen Verfassungen zunächst in Beziehung auf ihre Zusammensetzung, d. h. die Art ihrer Mitglieder, den Grund der Berechtigung derselben, ihre Vertheilung in gewisse Classen (Curien oder Kammern), betrachtet, dann der Umfang der Rechte, welche der landständischen Versammlung als solcher zustehen, auseinandergelegt, die weitere Organisation zum Zwecke der Verhandlung und übrigen Geschäftsführung, sowie des dabei stattfindenden Verfahrens beschrieben werden.

## 2) Zusammensetzung des landständischen Corpus und Organisation desselben.

### a) Classen der Landstände. Berechtigungsgrund der Theilnahme an der landständischen Versammlung.

Die alten Landstände bestanden, wie wir bereits oben gesehen haben, in der Regel aus Geistlichkeit, Adel und Städte.

1) Wir erwähnen des Adels zuerst, weil er meist, außer etwa in manchen geistlichen Territorien, den Hauptbestandtheil der Landschaft ausmachte. Das Recht des Adels war aber nicht bloß mehr ein persönliches oder Geburtsrecht. Wie die Reichsstandschaft ein auf gewisse Territorien haftendes Recht geworden war, so war die Landschaft mit gewissen Landgütern verbunden worden, welche allodial oder Lehengüter sein konnten. Doch wurden früher in der Regel nur die altadeligen Besizer eines landtagsfähigen Gutes zur Ausübung der Landschaft zugelassen, während in anderen Territorien nur Adelsqualität überhaupt erfordert wurde oder auch wohl gar nicht auf den adligen Stand, sondern lediglich auf die Qualität des Gutes gesehen wurde, so daß auch die bürgerlichen Besizer ritterschaftlicher Güter als solche zur Landschaft berechtigt waren<sup>166a</sup>). Da man sich immer mehr

<sup>166a</sup>) *Se eger, de coniunctione loci et suffragii in comitiis provincialibus cum dominio praediorum nobilium. Lips. 1769*

gewöhnt hatte, die Landstandschafft als ein Realrecht zu betrachten, die Zahl der bürgerlichen Rittergutsbesitzer sich sehr vermehrt hatte, so wurde die Landstandschafft der letzteren als Regel, die Abweichung davon als Ausnahme betrachtet<sup>167</sup>). In manchen Territorien unterschied man aber Ritter und Herren. Die letzteren waren die Häupter der Familien vom Herrenstande, welche nicht zur vollen Reichsunmittelbarkeit gelangt oder in solcher-sich nicht hatten behaupten können, die, wenn sie auch selbst Landeshoheit und Reichstandschafft besaßen, doch in dem Territorium eines ihrer Mitstände landsässige Rittergüter besaßen, oder es waren auch solche Familien, denen in einem Lande die Rechte des Herrenstandes besonders waren beigelegt worden. Nur wo ein solcher Herrenstand zahlreicher war, bildete er eine von der Ritterschafft gesonderte Classe der Landstände.

2) Die Geistlichkeit machte dem Range nach den ersten Stand aus. Es waren hier die Vorsteher der landsässigen geistlichen Corporationen, der Bischümer, Dom- und Collegiatstifter, Abteien, Propsteien, Klöster, Comthureien des teutschen und Johanniterordens, welche das Recht der Landstandschafft, das auch hier seiner Grundlage nach als ein an dem freien Grundbesitze jener Corporationen haftendes Recht anzusehen ist, ausübten. Statt der Prälaten wurden auch wohl Deputirte gesendet oder es vertrat der Vogt die geistliche Stiftung. Dieß war namentlich bei den Frauenstiftern und Klöstern der Fall. In einigen geistlichen Staaten hatte das Domcapitel in der Weise das Recht der Landstandschafft, daß alle seine Mitglieder dieselbe auszuüben berechtigt waren, und eine besondere Curie neben der der Prälaten bildeten<sup>168</sup>). Auch die Universitäten wurden wohl hier und da durch ihren Rector, Canzler oder einen gewählten Deputirten auf dem Landtage vertreten<sup>169</sup>).

3) Die dritte Classe machen die Städte aus. Es heißt dieses aber nicht etwa alle Städte des Landes, sowie jedes Rittergut eine Stimme auf dem Landtage hatte, sondern nur diejenigen Städte, welche das Recht der Landstandschafft von Alters hergebracht hatten oder denen dasselbe insbesondre bei der Ertheilung des Stadtrechtes verliehen worden<sup>170</sup>). Es fehlte daher die Landschafft mehreren oder weniger der

167) Vgl. Reiff, Staatsrecht (1. Ausg.) §. 44. Häberlin, Staatsrecht §. 199.

168) In Kur-Mainz bildete das Domcapitel sogar allein den Landtag. In Hilbesheim bestand der Landtag aus dem Domcapitel, den 7 Stiftern, den Rittersn und Städten. Moser, von der Reichsstände Lande S. 489.

169) Ch. J. Wiedeburg, de origine iuris praelaturae academiis germ. competentis. Jenae 1780. 4. G. R. Hausen, vom Prälatenrechte der Universitäten (Frankf. a. d. D. 1788), in Kopp's niederächs. Archiv für Jurisprudenz Bd. 1, Nr. 6. J. D. Mellmann, Comment. de politia academiarum olim hierarchica atque earum caractere ecclesiastico. Hamb. 1790. 4.

170) Moser, von der Reichsstände Landen S. 483. Häberlin a. a. D. S. 62.

befonders in neuerer Zeit emporgekommenen, sowie dann aber auch den amtsfähigen und Patrimonialstädten. Die Ausübung dieses Rechtes stand aber (ähnlich wie den Prälaten bei den geistlichen Corporationen) dem Magistrate zu. Es wurden die Städte daher von den Bürgermeistern oder anderen ein für allemal bestimmten oder vom Magistrate gewählten Mitgliedern desselben vertreten. Wie die Magistrate bald oligarchische Corporationen geworden oder in völlige Abhängigkeit von dem Landesherrn gekommen waren, ist bereits zuvor erwähnt. Leiß bemerkt, es spielten die Städte auf den Landtagen eine minder bedeutende Rolle<sup>171)</sup>. In manchen Ländern waren sie ganz vom Landtage verschwunden.

Die Bauern hatten, wie wir bereits gesehen haben, nur in einigen wenigen Territorien Theil an der Landstandschaft<sup>172)</sup>. Nach der Reformation und der Secularisation der geistlichen Güter bestand die Landstandschaft großentheils entweder nur aus der Ritterschaft<sup>173)</sup> oder aus der Ritterschaft und Städten. So ist es denn auch noch in mehreren Bundesstaaten geblieben, welche ihre alte Landesverfassung beibehalten und wiederhergestellt haben<sup>174)</sup>. Wo dieses aber nur mit Modificationen geschehen ist oder wo man neuere Verfassungen, jedoch unter engerer Anschließung an ältere Vorbilder, und mit Beibehaltung von Einrichtungen, in welchen man den Ausdruck grundsätzlicher Verschiedenheiten zwischen den teutschen Landständen und den modernen Repräsentativverfassungen zu finden geglaubt, errichtet hat, da bestehen die Abweichungen zunächst darin: a) daß auch der Bauernstand zur Theilnahme an der Landstandschaft zugelassen; b) daß allen Städten eine solche ertheilt worden ist, jedoch mit der Verschiedenheit, daß die Vertretung der Stadt bald als ein Recht des Magistrates wie früher geblieben<sup>175)</sup>, bald der Bürgerschaft das Recht gegeben ist, sich durch Deputirte vertreten zu lassen, z. B. in den preussischen Provinzen; c) daß die Ritterschaft (der Inbegriff der adeligen und bürgerlichen Rittergutsbesitzer) nicht virilim auf dem Landtage erscheint, sondern ebenfalls nur berechtigt ist, eine bestimmte Zahl von Abgeordneten aus ihrer Mitte zu senden, wie es freilich ausnahmsweise auch früher schon vorkam. Die Abgeordneten der Ritterschaft, der Städte, der Bauern (d. h. der Besitzer bäuerlicher Grundstücke), welche, wo eine Verfassung der bezeichneten Art stattfindet, den wesentlichen Bestandtheil des Landtages bilden, sollen das Volk (worunter aber überall, auch

171) Leiß, teutsches Staatsrecht §. 44.

172) Moser a. a. D. S. 484.

173) So in Holstein. S. Falck, Schlesw.-holst. Privatrecht Bd. 2, S. 216 flg.

174) Maurenbrecher, Staatsrecht §. 152, Note i.

175) So in Waldeck nach dem Landesvertrage v. 1816 §. 12. In Sippeschaumburg ist es nach Verordn. v. 15. Jan. 1816 den Magistraten nachgelassen, den Deputirten aus ihrer Mitte oder der Bürgerschaft zu bestellen.

in sogen. constitutionellen Ländern, die active Staatsbürgerschaft zu verstehen ist) nach seiner natürlichen Gliederung in Stände<sup>176)</sup> und den daraus sich ergebenden Verschiedenheiten der Interessen darstellen. In dieser Weise glaubte man das angeblich teutsche Grundprincip der Vertretung der Sonder- oder Standesinteressen mit der Landesrepräsentation der Landstände in wahrer Weise versöhnt zu haben. Allein aus einer Nebeneinanderstellung von Sonderinteressen geht nur ein Kampf, nie eine Einheit als auf Kosten der Ueberwundenen hervor; höchstens sind in dieser Weise nur beratende Stände möglich. Die Interessen bannen sich auch heutigen Tages nicht mehr in die ihnen entsprechen sollenden Standesclassen von Adel, Bürger und Bauer, selbst wenn man auch die Geistlichkeit noch hinzunimmt. Es kommt hinzu, daß Bürger als Standesbezeichnung im Gegensatz gegen Adel und Bauer im Laufe der Zeit einen weiteren Umfang erhalten hat. In früherer Zeit war Bürger und Mitglied einer Stadtgemeinde gleichbedeutend, jetzt müssen zum Bürgerstande namentlich auch gerechnet werden: die Inhaber sogen. bürgerlicher Nahrungen, wozu jetzt insbesondre die Fabriken gezählt werden müssen, wie es meist zulässig ist, sie außerhalb den Städten zu betreiben, die protestantischen Geistlichen, Lehrer, Beamten und viele andere, welche sich einem Berufe gewidmet haben, der in dieser Weise und mit seiner jetzigen Bedeutung gar nicht vorhanden war oder eine andere Stellung im Ständeorganismus fand, während durch Beibehaltung des mittelalterlichen Schematismus ihm jede Theilnahme an der Landesvertretung oder wenn man will jede Vertretung seiner Interessen entzogen ist. Es ist dieses aber in noch höherem Maße der Fall, wo jede Theilnahme des sogen. Bürgerstandes noch von der zweifachen Vorbedingung eines städtischen Grundbesitzes und der Betreibung eines Gewerbes abhängig gemacht worden ist. — Den Verfassungen der bezeichneten Art schließen sich in angedeuteter Beziehung auch manche andere, welche man gewöhnlich zu den repräsentativen oder constitutionellen zu rechnen pflegt, ziemlich eng an; es ist dieses z. B. mit der weimar'schen (v. 5. Mai 1816)<sup>177)</sup>, der altenburgischen (v. 29. April 1831) und annäherungsweise auch mit denen von Hannover, Braunschweig und Kurhessen der Fall. Es ergibt sich daraus, daß die Vertretung nach Ständen keineswegs in Beziehung auf unsere teutschen Verhältnisse als ein unterscheidendes Merkmal einer sogen. landständischen Verfassung gegen eine repräsentative

176) Allg. Gesetz wegen Anordnung der Provinzialstände in Preußen vom 5. Juni 1823: Die Provinzialstände sind das gesetzmäßige Organ der verschiedenen Stände Unserer getreuen Unterthanen jeder Provinz.

177) 1. Abschnitt, §. 2: Drei Stände sind als Landstände anerkannt: der Stand der Rittergutsbesitzer, der Stand der Bürger, der Stand der Bauern. §. 3: Diese drei Landstände, und in ihnen sämmtliche Staatsbürger, werden durch Männer vertreten, welche aus ihrer Mitte, durch freie Wahl, als landständische Abgeordnete hervorgehen.

angesehen werden kann<sup>178</sup>). Dagegen unterscheiden sich manche der neueren Verfassungen von den den älteren strenger nachgebildeten besonders dadurch: a) daß sie dem Grundadel eine weniger überwiegende Vertretung gewähren. Während derselbe zu den preussischen Provinzialständen gewöhnlich wenigstens eben so viele Abgeordnete sendet, als Bürger und Bauern zusammen, so beträgt die Masse seiner Abgeordneten in Sachsen  $\frac{2}{5}$ , in Weimar, Coburg, Meiningen, Altenburg, Rudolstadt  $\frac{1}{3}$ , in Kurhessen ungefähr  $\frac{1}{4}$  der ganzen Versammlung, indeß die ritterschaftlichen Abgeordneten in Württemberg, in Bayern, Hessen-Darmstadt und Baden nur  $\frac{1}{8}$  derselben ausmachen. b) Bürger- und Bauernstand sind in Beziehung auf die Landesrepräsentation in diesen neueren Verfassungen weniger streng von einander getrennt, indem die kleineren Städte mit den Landgemeinden vereinigt Landtagsdeputirte zu wählen haben. So haben in Baden 14 Städte, in Württemberg sieben, in Bayern nur drei das Recht, eigene Abgeordnete auf den Landtag zu senden. Die Landtagsmitglieder sind daher auch größtentheils nicht Abgeordnete einzelner Gemeinden, sondern nur einer gewissen innerhalb eines gewissen Landesbezirktes angehörenden Zahl zum Zwecke des Wahlrechtes vereinigt Staatsbürger. Allein letzteres findet auch in denjenigen Verfassungen statt, welche das sogen. landständische Princip strenger zu bewahren gesucht haben, indem z. B. auch in Preußen je mehrere der kleineren Städte zusammen nur einen Abgeordneten zu senden haben, und die Abgeordneten des Bauernstandes von gewissen zu diesem Zwecke gebildeten Wahlbezirken gewählt werden. — Eine Eigenthümlichkeit der neu eingerichteten Verfassungen und zwar insbesondre derer, welche man vorzugsweise als constitutionelle zu bezeichnen pflegt, ist, daß sie neben der Vertretung der (protestantischen) Stifter und Klöster, wie sie sich hier und da auch noch erhalten hat, und die mit einer Vertretung der Geistlichkeit oder der Kirche an sich nichts gemein hat, dieser letzteren wieder eine freilich auf einem andern Fundamente beruhende Theilnahme an der Landständenschaft gewährt haben<sup>179</sup>), und zwar in der Weise, daß entweder gewisse höhere protestantische und katholische Geistliche als solche oder vermöge einer besonderen Ernennung durch den Landesherrn an den Landtagen Theil nehmen, oder den Consistorien, wohl auch der gesammten Geistlichkeit das Recht beigelegt ist, Abgeordnete aus ihrer Mitte zu erwählen. Es kommen auch diese verschiedenen Vertretungsweisen der Kirche neben einander vor<sup>180</sup>). In den Verfassungsurkunden von Kurhessen, Weimar,

178) S. darüber (Zarte): die ständischen Verfassungen und die Constitutionen S. 81: Die Idee der ständischen Verfassung hat auf alle deutschen Constitutionen noch einen augenscheinlichen und entschiedenen Einfluß gehabt.

179) Namentlich in Hannover, Kurhessen, Sachsen. S. Zacharia, Staatsrecht Bd. 1, S. 297.

180) So z. B. in Bayern (Verfassungsurk. VI. §. 2, 7, 9) haben in der ersten Kammer Sitz und Stimme: die beiden Erzbischöfe, ein vom König er-

Coburg, Altenburg, Schaumburg-Lippe, Waldeck, welche sonst das Princip einer Vertretung des Landes durch Stände mehr oder minder streng durchgeführt haben, ist keiner solchen Vertretung der Kirche erwähnt, sowie sich auch in den preussischen Provinzialständen nichts davon findet.

In ähnlicher Weise wie der Kirche ist in den neueren Verfassungen auch den Universitäten die Landstandschafft beigelegt worden, und zwar in der Weise, daß sie entweder durch ihren Kanzler vertreten werden, wie in Württemberg und Hessen-Darmstadt<sup>181)</sup>, oder den ordentlichen Professoren (und auch wohl zugleich den außerordentlichen, wie in Bayern) das Recht gegeben ist, einen Abgeordneten aus ihrer Mitte oder auch einen anderweitig qualificirt erscheinenden zu wählen<sup>182)</sup>. Es hat bei dieser Verleihung der Landstandschafft an Kirche und Universitäten die noch nicht zur gehörigen Klarheit gekommene Vorstellung gewaltet, daß durch die Geistlichen die Interessen des Glaubens und der Kirche, durch die Abgeordneten der Universitäten die Interessen der Wissenschaft und Intelligenz vertreten werden sollen<sup>183)</sup>. In Sachsen hat man aber noch, wiewohl hier die Städte in zwiefacher Weise: durch Magistratspersonen in der ersten Kammer<sup>184)</sup>, durch (25) Abgeordnete in der zweiten vertreten sind, noch eine besondere Vertretung des Handels- und Fabrikwesens — dessen Interesse man also noch durch jene Bürgerchaftsdeputirte für nicht hinlänglich gewahrt hielt — für nothwendig erachtet<sup>185)</sup>, und in Braunschweig besteht die Landes-

---

nannter Bischof, der jedesmalige Präsident des protestantischen Generalconsistoriums, und  $\frac{1}{a}$  der zweiten Kammer besteht aus Geistlichen, von den kathol. und protest. Pfarrern aus ihrer Mitte erwählt. — In Württemberg haben das Recht der Landstandschafft (Verfassungsurk. §. 133) die 6 protest. Generalsuperintendenten, der kathol. Landesbischof, ein vom Domcapitel aus seiner Mitte gewähltes Mitglied und der der Amtszeit nach älteste Decan katholischer Confession. Sie haben ihren Sitz in der zweiten Kammer. — In Sachsen (Verfassungsurk. §. 63): der evangel. Oberhofprediger, der Decan des (kathol.) Domstiftes St. Petri zu Budissin, der Superintendent zu Leipzig u. s. w.

181) Württemb. Verfassungsurk. §. 133. Hessen-darmstadt. Verfassungsurk. §. 52.

182) Eine Wahl aus ihrer Mitte fordert die sächs. Verf. §. 63, Nr. 5. Kurh. Wahlgesetz v. 16. Febr. 1831 III., nicht so die bayer. Verfassungsurk. IV. §. 7, 9, und die badische §. 27.

183) In Nassau (Patent v. 1. n. 2. Sept. 1814 §. 1 u. 6) wählen sowohl die Inspectoren der evangelisch-lutherischen und der reformirten Geistlichkeit, die Landbedienten der katholischen Geistlichkeit, sowie die Vorsteher der höheren Lehranstalten, je einen Deputirten.

184) Hier haben nämlich — vgl. Verfassungsurk. §. 63, Nr. 15, 16 — die erste Magistratsperson von Leipzig und Dresden und von 6 vom Könige unter möglichster Berücksichtigung aller Theile des Landes, nach Gefallen bestimmten Städten Sitz und Stimme.

185) Die zweite Kammer besteht aus 20 Abgeordneten der Rittergutsbesitzer, 25 der Städte, 25 des Bauernstandes und 5 des Handels und Fabrikwesens. — Die nassauische Verfassung kennt gar keine besondere Vertretung der



versammlung aus 10 Abgeordneten der Ritterschaft, 12 der Städte, 10 der Fleckenbewohner, Freisassen und Bauern, sowie aus 16 Abgeordneten, welche ohne Rücksicht auf Standesverschiedenheit unter den Männern von höherer Geistesbildung — worunter auch zwei Mitglieder der höheren Geistlichkeit sein müssen — von den drei Standesclassen gewählt werden<sup>186</sup>).

In der älteren Zeit war das Recht, an den landständischen Verhandlungen und Geschäften Theil zu nehmen, durchgängig oder doch sehr überwiegend ein persönliches, d. h. erbliches oder doch der Regel nach lebenslängliches. Es bestand der Landtag fast ganz aus geborenen Mitgliedern oder solchen, die vermöge eines anderweitig dauernden Amtes auf dem Landtage erschienen. Wie die Mitglieder vom Herrenstande erschienen früher die Rittergutsbesitzer persönlich auf dem Landtage und übertrugen die Landschaft auf den Erben ihrer Güter; die geistlichen Corporationen wurden durch den Prälaten, die städtischen durch Bürgermeister oder andere Magistratsmitglieder repräsentirt. Eine Verschiedenheit fand allerdings insofern statt, als die einen auch nur für sich selbst, die anderen Namens einer Corporation erschienen. Es war dieser Unterschied aber von geringer Wirksamkeit, da die Vertreter der Corporation ja ein selbstständig dauerndes Recht hatten, an den landständischen Verhandlungen Theil zu nehmen. In allen neuer eingerichteten Verfassungen, auch denen, welche das Prädicat landständisch vorzugsweise in Anspruch nehmen, bildet die persönliche Berechtigung mehr die Ausnahme. — Es ist ein solches persönliches, erbliches Recht bundesgesetzmäßig zugesichert den Häuptionen der sogen. mediatisirten fürstlichen und gräflichen Häuser, insofern sie im Besitze einer Standesherrschaft sind<sup>187</sup>). Den Mitgliedern des ehemaligen reichsunmittelbaren Adels hatte die Bundesacte (Art. 14) überhaupt nur, sofern sie begütert sind, ein Recht auf Landschaft, aber kein unmittelbares oder persönliches zuerkannt<sup>188</sup>). Ein solches persönliches Recht haben aber in manchen Staaten einzelne Familien, welche einen vorzüglichen Antheil an der Landständenschaft hergebracht hatten, bewahrt, z. B. die Freiherren v. Kiedeser im Kur- und Großherzogthume Hessen, die Grafen v. Stolberg = Stolberg und Stolberg = Wernigrode wegen der Grafschaft Hohnstein in Hannover u. s. w., die schlesischen Standes-

---

Städte, sondern sie unterscheidet in der Versammlung der Landesdeputirten, neben welchen noch eine Herrenbank besteht, Deputirte der Geistlichen, des höheren Lehrstandes, der Gewerbebesitzer und der Landeigentümer.

186) S. braunsch. Landschaftsordn. v. 12. Oct. 1832 §. 60, vgl. mit §. 79.

187) Die Bundesacte enthält diese Bedingung nicht ausdrücklich, doch ist sie in den Landesverfassungsgesetzen meist aufgestellt worden: Zachariä, Staatsrecht Bb. 1, S. 289, 377.

188) Sie haben daher oft auch nur ein Recht, Abgeordnete zu wählen, wie die landstäffige Ritterschaft. S. Zachariä a. a. O. S. 378.

herren. In den neuen Verfassungsurkunden sind insbesondere auch die volljährigen Prinzen des regierenden Hauses für geborene Landstände erklärt<sup>189</sup>). Auch ist die Landstandtschaft oftmals mit gewissen höheren weltlichen und geistlichen Aemtern verbunden<sup>190</sup>), und dann ist insbesondere dem Landesherrn das Recht ertheilt, persönliche Landstandtschaft erblich oder zuweilen auch lebenslänglich zu verleihen. Eine solche erbliche Verleihung darf aber in der Regel nur an Majoratsherrn, deren Grundvermögen einen bestimmten Werth hat, geschehen, auch ist die Zahl gewöhnlich gesetzlich bestimmt<sup>191</sup>). Die Ernennung von Landtagsmitgliedern durch den Landesherrn widerspricht dem Wesen der älteren landständischen Verfassungen, da die Landstände eine Corporation bildeten, welcher als solcher Mitglieder wider ihren Willen nicht aufgedrungen werden konnten, wiewohl es der Idee der Landstandtschaft widersprach, diejenigen von der Theilnahme auszuschließen, welche die Qualification dazu erworben hatten; die Verleihung dieser (z. B. Ertheilung der Privilegien eines Rittergutes, Verleihung des Stadtrechtes u. s. w.) hing aber in der Regel von dem Landesherrn ab. Es ließen sich aber eben um dessentwillen die Landstände auch die Versicherung ertheilen, daß ohne ihre Einwilligung Niemandem das Recht der Landstandtschaft ertheilt werden soll<sup>192</sup>), in ähnlicher Weise, wie es im jüngsten Reichsabschiede bestimmt war, daß ohne der Kurfürsten und der Stände Vorwissen und Consens keiner zu Session und Stimme

189) Bayer. Verfassungsurk. Tit. 6, §. 2.

190) In Bayern: die Kronbeamten des Reiches, die beiden Erzbischöfe, der Präsident des protestant. Generalconsistoriums. In Württemberg, wie schon erwähnt, die 6 protest. Generalsuperintendenten, der kathol. Landesbischof, der Kanzler der Landesuniversität. In Sachsen gehören hierher namentlich die Bürgermeister der Städte Dresden und Leipzig; in Hannover die Schatzräthe.

191) So bestimmt namentlich die württemb. Verfassungsurk. Cap. 9, §. 190: daß der König zu erblichen Mitgliedern der ersten Kammer nur solche Grundbesitzer aus dem standesherrlichen oder ritterschaftlichen Adel ernennen wird, welche von einem mit Fideicommiss belegten, nach dem Rechte der Erstgeburt sich vererbenden Grundvermögen im Königreiche, nach Abzug der Zinsen und der darauf haftenden Schulden, eine jährliche Rente von 6000 fl. beziehen. (§. 131) Die lebenslänglichen Mitglieder sollen aber von dem Könige ohne Rücksicht auf Geburt und Vermögen aus den würdigsten Staatsbürgern ernannt werden. (§. 132) Die Zahl sämmtlicher von dem Könige erblich oder auf lebenslang ernannten Mitglieder soll den dritten Theil der übrigen Mitglieder der ersten Kammer nicht übersteigen können. Aehnlich sind die Bestimmungen in der bayer. Verfassungsurk. Tit. 6, §. 34, über die Ernennung der erblichen und lebenslänglichen Reichsräthe. Ueber die Zahl ist nur bestimmt, daß die der letzteren den dritten Theil der ersteren nicht übersteigen kann. Vgl. auch sächsische Verfassungsurk. §. 27, Art. 6, §. 32. Großh. hess. Verfassungsurk. §. 52, Art. 7. Sächsl. Verfassungsurk. §. 63, Art. 14, §. 65. Hannover. Grundges. §. 94, Art. 11, 13, §. 95. Landverfassungsges. §. 84, Art. 11, 16, §. 85, 86.

192) Zacharia, Staatsrecht Bd. 1, S. 385.

im Fürstenrathe zugelassen werden sollte<sup>193</sup>). Bei der in den neueren Verfassungen dem Regenten ertheilten Berechtigung, erbliche Landtagsmitglieder insonderheit aus den größeren Grundbesitzern zu ernennen, hat man die Pairschaften besonders in England vor Augen gehabt<sup>194</sup>). Der Gesichtspunkt ist dabei aber nicht allein, das aristokratische Element in der Ständeversammlung zu stärken, sondern auch der Regierung einen Einfluß und Stimmengewicht zu sichern; zu diesem Zwecke dienen insbesondere auch die lebenslänglichen oder zeitweiligen Verleihungen der Landstandtschaft<sup>195</sup>), oftmals auch die Verbindung derselben mit gewissen Aemtern.

#### b) Von der Wahl der Landtagsmitglieder.

Die meisten Landtagsmitglieder nehmen an den Verhandlungen und Geschäften nicht vermöge eines eigenen Rechtes, sondern als Abgeordnete, Vertreter entweder gewisser Corporationen oder einer bestimmten Zahl von Personen, die zu einer Unterthanenklasse gehören, Theil. Selten ist diese Abgeordnetenqualität eine stetige oder mit einem Amte als solchem verbundene, vielmehr beruht sie in der Regel auf einer durch Wahl für eine verfassungsmäßig bestimmte Zeit übertragenen Befugniß. Die Theilnahme an den ständischen Verfassungen — das Recht der Landstandtschaft — ist daher nur eine mittelbare: Mitbetheiligung bei der Wahl landständischer Abgeordneten, oder eine unmittelbare: Ausübung der Rechte eines Landtagsmitgliedes selbst. Einen wesentlichen Theil unserer Verfassungsgesetze machen daher die Bestimmungen über Theilnahme an den Wahlen (die active Wahlfähigkeit) und über die zur Erwählung erforderlichen Eigenschaften (die passive Wahlfähigkeit), sowie über die Art, wie die Wahl vor sich gehen soll, aus. Mehreren der neueren Verfassungsurkunden sind daher auch noch besondere Wahlordnungen, Wahlgesetze beigelegt<sup>196</sup>). — Die Wahlregeln sind nun aber verschieden für die verschiedenen Classen von Landtagsabgeordneten: der Ritterschaft sowie der Geistlichkeit und der Universitäten, wo diese durch gewählte Abgeordnete vertreten werden, der Städte und des platten Landes, wo und so weit deren Abgeordnete als Vertreter besonderer Standesclassen angesehen

193) Das Recht der reichständ. Collegien ging aber eigentlich nur dahin, zu untersuchen, ob der, welcher eine Stimme beim Reichstage in Anspruch nahm, wirklich im Besitze der erforderlichen Qualification sei. S. Wilda, der reichsgräfl. Bentinck'sche Erbfolgestreit, in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 3, S. 244.

194) S. Jö pfl, constitut. Staatsrecht §. 118.

195) In Baden (Verfassungsurk. §. 26, Nr. 6, §. 32) ernennt der Landesherr zu jeder Ständeversammlung acht Mitglieder der ersten Kammer, ohne Rücksicht auf Stand und Geburt.

196) So der bayer'schen (Beil. 10), der großh. hessischen (Wahlges. v. 22. März 1820), kurhessischen (Wahlges. v. 16. Febr. 1831), altenburgischen (v. 29. April 1831), königl. sächsischen (v. 24. Sept. 1831) und hannover'schen (v. 6. Nov. 1840).

werden. Für diese letzteren ist in den neueren Verfassungen sehr oft eine Doppelwahl angeordnet, in der Weise, daß die Wahlberechtigten zunächst nur Wahlmänner und diese erst den Deputirten wählen<sup>197</sup>). Diese Anordnung ist dadurch hervorgerufen, daß man die Versammlung der Urwähler nicht für eine geeignete Wahl befähigt hielt, und diese daher einem Ausschusse der Besseren überlassen wollte. Dieser Wahlmodus ist aber vielfach und wohl nicht mit Unrecht sehr getadelt worden<sup>198</sup>). Eine geeignete Gemeinbeordnung ist wohl die einzig sichere Grundlage einer guten Wahlordnung.

So verschieden auch die Bedingungen für die active Wahlfähigkeit wie für die passive (als Wahlmann oder Abgeordneter) sind, so lassen sich doch gewisse allgemeine Grundsätze für alle Classen und in allen Staaten hervorheben. Wahlfähig überhaupt sind nur die Staatsbürger oder diejenigen dem Staate bleibend angehörenden Unterthanen, welche auch politische Rechte auszuüben befugt sind<sup>199</sup>); dazu wird aber in den meisten unserer Staaten christliche Religion, sowie dann aber insbesondre männliches Geschlecht und Volljährigkeit erfordert. Zuweilen ist aber die Ausübung des Wahlrechtes, gleichsam als eines höheren politischen Rechtes, noch wohl durch ein höheres Alter als das der Volljährigkeit bedingt. Wo die Theilnahme an der Landstandschafft als Annerum eines bestimmten Grundbesizes erscheint, wie es bei den Rittergütern der Fall ist, ist es indes zuweilen wohl den Weibern oder Minorennen gestattet, durch ihre Ehemänner, Bevollmächtigte, Vormünder das Wahlrecht zu üben<sup>200</sup>). Ein Theil der neueren Verfassungen machen die Ausübung des Wahlrechtes durchaus vom Grundbesize abhängig, und zwar sowohl bei den Wahlen der Städte als der Rittergutsbesitzer und der Landbewohner<sup>201</sup>), wobei jedoch oft festgesetzt ist, daß derselbe einen bestimmten Ertrag liefern oder davon ein bestimmtes Steuerquantum gezahlt werden müsse<sup>202</sup>); andere machen den Grundbesiz nur zur Regel, indem sie, wie z. B. in Bayern, die Ansfähigkeit mit einem Gewerbe in den Städten dem Grundbesize

197) In Hessen = Darmstadt findet sogar (s. Verfassungsurk. §. 57) bei den Städten und Wahlbistricten eine dreifache Wahl statt. Die Wahlberechtigten wählen Bevollmächtigte, diese Wahlmänner.

198) B. Arctin, constitutionelles Staatsrecht Bd. 3, S. 189.

199) Maurerbrecher, Staatsrecht §. 130. S. Zacharia, Staatsrecht Bd. 1, S. 224.

200) Z. B. weimar'sches Grundgef. §. 16, 20, wo dieses auch bei städtischem und anderweitigem ländlichen Grundbesize stattfindet. Nur für Rittergüter: Coburg. Verfassungsurk. (v. 8. Aug. 1821) §. 39. Meining. Grundgef. (v. 29. Aug. 1829) Art. 67. — Hessen = Darmstadt §. 61: minderjährige Standesherrn.

201) So z. B. Schaumburg, Lippe = Detmold, Schwarzburg = Rudolstadt, Waldeck, die preuß. Provinzialstände, Holstein.

202) Z. B. Bayern, Sachsen, Hannover, Weimar, Coburg, Braunschweig, Nassau.

gleichsetzen<sup>203</sup>), oder gewisse Personen auch ohne Grundbesitz zur Wahl zulassen, wie z. B. die Geistlichen und Staatsdiener auf dem Lande in Coburg<sup>204</sup>); mehrere fordern nur überhaupt ein gewisses Vermögen, welches nach dem zu entrichtenden Steuerquantum angeschlagen wird, z. B. Württemberg; einige endlich lassen alle Steuerzahlende, alle in der Gemeinde wohnende Staatsbürger, alle Staatsbürger überhaupt zu<sup>205</sup>). — Wo aber diese positiven Erfordernisse vorhanden sind, kann indeß das Recht nicht geübt werden 1) von demjenigen; der zu einer Criminalstrafe verurtheilt worden ist oder sich auch nur wegen eines Verbrechens (oder Vergehens) in Specialuntersuchung befunden hat<sup>206</sup>), ohne völlig freigesprochen zu sein<sup>207</sup>); 2) sowie auch unfähig sind, die unter Curatel stehen oder hinsichtlich ihres Vermögens einem Concurse der Gläubiger unterlegen haben, ohne daß diese ihre volle Befriedigung erhalten haben. Manche Verfassungen sind noch strenger oder stellen noch eigenthümlichere Erfordernisse auf. — Die passive Wahlfähigkeit hängt von denselben Eigenschaften ab. Da aber die Theilnahme an den landständischen Geschäften selbst als ein höheres politisches Recht betrachtet wird, so müssen jene Eigenschaften oftmals noch in höherem Maße vorhanden sein. So genügt z. B. meistens, um Abgeordneter zu sein, nicht Volljährigkeit, sondern es wird das 30. Jahr erfordert; sowie oftmals ein größeres Grundeigenthum, die Zahlung eines höheren Steuerfuges verlangt wird. Es hat sich aber auch wohl ein anderer politischer Gesichtspunkt geltend gemacht, demzufolge die Garantie für möglichst zweckmäßige Wahlen in der Beschränkung des Wahlrechtes, der Sichtung des Wahlcollegiums zu suchen ist, dann aber die Wählbarkeit möglichst wenig beschränkt werden, namentlich nicht die Fähigkeit, Abgeordneter zu sein, von Grundbesitz oder insbesondere von größerem Vermögen abhängig gemacht werden soll<sup>208</sup>). Diesem Grundsätze ist namentlich das württembergische Verfassungsgesetz gefolgt, welches für die Abgeordneten der Städte und Oberamts-

203) Bayer. Edict über die Ständeversammlung §. 7, d.

204) Coburger Verfassungsurk. §. 41.

205) Meining'sche Verfassungsurk. §. 68. Hessen-darmst. Wahlgef. v. 22. März 1820 Art. 6. Altenburg. Verfassungsurk. §. 169.

206) Ueber die Nothwendigkeit einer näheren Bestimmung darüber, welche Verbrechen als entehrend, welche Strafen als peinlich anzusehen sind, *Charitiä*, Staatsrecht Bd. 1, S. 388.

207) Ueber die Verwerflichkeit der *absolutio ab instantia* in dieser Anwendung derselbe a. a. O. und im Archive des Criminalrechtes, 1840, S. 371 flg., 390 flg. — Es kommt hier auch die Frage in Betracht, ob durch landesherrliche (völlige) Begnadigung die Wahlfähigkeit wieder erlangt wird. *Manf. Mayer*, über das staatsbürgerl. Wahlrecht der Verurtheilten und Begnadigten, 2. Aufl. Tübingen 1833. 8.

208) *S. Aretin*, constit. Staatsrecht Bd. 3, S. 163. *Dahlmann's* Politit §. 158 vgl. mit 154—157.

bezirke weder Grundvermögen, noch einen bestimmten Censur erfordert<sup>209)</sup>.

Eine wichtige Verschiedenheit der teutschen Verfassungen besteht aber darin, daß manche derselben verlangen, daß das zu wählende Ständemitglied aus der Mitte der Wähler selbst genommen werde, aus dem Wahlbezirke oder der Wahlcorporation<sup>210)</sup>; es folgt daraus, daß wo diese nach den verschiedenen Ständen gegliedert sind, der zu Wählende auch immer demselben Stande angehören müsse. Bei den ritterschaftlichen Wahlen findet dieses in allen teutschen Verfassungen statt. Bei den übrigen haben aber manche eine vollkommen freie Wahl nicht nur in Beziehung auf das Vermögen, sondern auch auf die Standeseigenschaft, die Ansässigkeit innerhalb einer gewissen Gemeinde, eines Landesbezirktes entweder für alle Abgeordnete<sup>211)</sup> oder doch — da mehrere Verfassungen einen Mittelweg zu gehen suchten — für einen Theil derselben gestattet<sup>212)</sup>. Einige haben sogar die Wahl aus der Mitte der Wähler, der Gemeinde für gewisse Abgeordnete verboten<sup>213)</sup>. Die

209) Württemb. Verfassungsurk. §. 146. — Die Wahlen, d. h. der Wahlmänner, geschehen durch die besteuerten Bürger der Gemeinden. Die Zahl jener zu diesen verhält sich wie 1 : 7, so daß z. B. auf 140 Bürger 20 Wahlmänner kommen. Von diesen bestehen  $\frac{2}{3}$  aus denjenigen Bürgern, welche die höchste ordentliche directe Steuer zu entrichten haben; das übrige Drittheil wird aus den besteuerten Bürgern erwählt. — Das königl. sächs. Wahlgesetz v. 24. Sept. 1831 §. 60 machte eine solche Ausnahme hinsichtlich der Mitglieder der Stadträthe, Stadtgerichte und der Stadtverordneten.

210) Die bay. Verfassungsurk. I. IV, §. 12, fordert, daß der Abgeordnete, ohne Rücksicht auf Standes- und Dienstverhältnisse, ein selbstständiger Staatsbürger sei, welcher das 30. Jahr zurückgelegt und den freien Genuß eines solchen im betreffenden Bezirke oder Orte gelegenen Vermögens besitzt, welches seinen unabhängigen Unterhalt sichert und durch die im (Wahl-) Gebiete festgesetzte Größe der jährlichen Besteuerung bestimmt wird. — A. sächs. Wahlges. §. 56, 57, 95. Weimar. Grundges. §. 24—28. Coburg. Verfassungsurk. §. 43: Bei der Theilnahme an der Ständeverammlung gilt durchgängig die Regel, daß die Wähler und Wahlmänner die Abzuordnenden aus ihrer Wahlklasse wählen und daß ein Wähler oder Wahlmann nur einmal seine Stimme geben, und hierin niemals in doppelter oder mehrfacher Eigenschaft handeln kann (wie es mehrere Verfassungen gestatten). — Nassau, Patent §. 6. Schaumburg, Verordn. v. 15. Jan. 1816 §. 6, 7. Waldeck, Verfassungsurk. §. 12, 15.

211) Württemb. Verfassungsurk. §. 147. Badische Verfassungsurk. §. 37. Darmst. Verfassungsurk. §. 55.

212) Das hannov. Landesverfassungsges. v. 1840 §. 90, fordert nur bei den bäuerlichen Deputirten, daß sie Grundbesitzer in der Provinz seien, aus welcher sie gewählt werden. Das Meining'sche Grundges. §. 66 verlangt nur, daß die Hälfte der Deputirten der Bürger und Landleute aus der Classe der Wähler seien. Aehnlich Kurhess. Verfassungsurk. §. 64—66. Die braunschw. Landtschaftsordn. §. 79 hat die Wahl von 16 Abgeordneten, ohne Rücksicht auf Standesklasse (und Vermögen) unter den Männern von höherer Geistesbildung, welche überhaupt wählbar sind, angenommen.

213) Württemb. Verfassungsurk. §. 146: Staatsdiener können nicht innerhalb des Bezirktes ihrer Amtsverwaltung, und Kirchenbiener nicht innerhalb des

Freiheit der Wahlen in dem Sinne, daß das Vertrauen der Wähler hauptsächlich zu entscheiden habe, dieselben aber nicht auf ihren Wahlbezirk, ihre Wahlklasse beschränkt seien, wird als ein Hauptgrundsatz der neueren Verfassungspolitik betrachtet<sup>214</sup>). Von anderer Seite will man aber gerade diese Freiheit als das wesentlichste und wichtige Merkmal der Repräsentativverfassungen im Gegensatz zu den landständischen betrachten<sup>215</sup>), wiewohl eine theilweise oder gänzliche Beschränkung auf den Wahlbezirk oder die Wahlklasse auch in sogen. constitutionellen Ländern sich findet<sup>216</sup>). Die Nothwendigkeit, die Abgeordneten aus dem Kreise der Wähler selbst zu nehmen, würde dann aber eine ganz andere Bedeutung bekommen, wenn die Abgeordneten sich lediglich als Bevollmächtigte ihrer Wählerschaft zu betrachten hätten und daher berufen wären, nur deren Rechte und Interessen zu vertheidigen, zu fördern, wie es nach Einiger Ansicht früher gewesen sein soll und noch sein müßte, wenn man nicht in unglückliche Consequenzen des modernen Repräsentativsystems gerathen will<sup>217</sup>). Alle

Oberamtsbezirk, in welchem sie wohnen, gewählt werden. — Weiter geht noch bad. Verfassungsurk. §. 37 a. E.

214) Dahlmann's Politik §. 159: Die Wahl der Städte darf nie auf die Wählbaren desselben Wahlbezirk beschränkt werden; und auch für die Landwahlen muß die Regel gelten, daß dem Vertrauen keine Schranken zu setzen. Nur unter besonderen Verhältnissen hält der Verf. Ausnahmen für zulässig. Vgl. auch Kretin, im const. Staatsrechte Bd. 3, S. 184 (§. 9 a. E.), der insbesondre eine Sonderung der Wahlcollegien nach Ständen oder vielmehr nach den verschiedenen Interessen verlangt.

215) (Solms-Lich) Deutschland und die Repräsentativverfassungen S. 16: Das Charakteristische der Repräsentativverfassungen besteht in nichts Anderem, als in der völlig unbeschränkten, nur an einen Wahlcensus gebundenen Wahl der Repräsentanten und in der Berechtigung derselben, zu allgemeinen Landesgesetzen ihre Einwilligung zu ertheilen oder zu versagen. (S. 19) Das Eigenthümliche dieser Wahlen (nach dem Repräsentativsysteme) besteht nicht in der allgemeinen Wahlberechtigung, sondern darin, daß die Wahl, mit Ausnahme des Wahlcensus und der Eigenschaften, welche das Staatsbürgerrecht verleihen, völlig unbeschränkt und nur an ein gewisses Zahlenverhältniß zur Gesamtbevölkerung, nicht aber an einen Stand, eine Wahlklasse oder einen Wahlbezirk gebunden ist u. s. w.

216) J. B. in Bayern, Sachsen-Weimar und Nassau. S. oben Note 210. Die ersten beiden, meint der Fürst von Solms-Lich a. a. O. S. 22, gehörten nicht hierher, weil die Wahl an ein Besizthum, nicht aber an das Domicil im betreffenden Bezirke oder Orte gebunden ist; allein man ist dabei wohl davon ausgegangen, daß der Regel nach man da, wo man mit Grundbesiz angelesen ist, auch sein Domicil zu haben pflegt.

217) So behauptet namentlich (T a r k e): die ständischen Verfassungen und die teutschen Constitutionen (S. 78 vgl. mit 6, 42), daß nach der ständischen Verfassung den Bevollmächtigten kein anderes Geschäft oblag, als die besondern Rechte und Interessen der Corporationen, von denen sie abgeordnet waren, auf dem Landtage und vor der Landesherrschaft zu vertreten. Das Uebrige der Haller'schen Theorie in dieser ihrer Anwendung hat auch Stahl, Rechtsphilosophie Bd. 3, S. 150, erkannt und nachgewiesen. — Wenn die älteren Landstände bei ihrer Wirksamkeit immer nur die Sonderrechte und Interessen einzel-

unsere neueren Verfassungen aber haben den Grundsatz angenommen, daß jedes Landtagsmitglied (mag es ein erbliches, vom Landesherren verliehenes oder durch Wahl übertragenes Recht zur Landständenschaft haben) keinen besonderen Regierungsbezirk, keinen ausgeschiedenen Stand oder Classe, sondern alle Unterthanen des Reiches zu vertreten habe. Alle Abgeordnete, heißt es in der braunschweig'schen Landschaftsordnung §. 96, sind in ihren landschaftlichen Rechten und Pflichten einander gleich. Keiner ist als der besondere Vertreter seiner Standesclasse zu betrachten. Es haben diesen Grundsatz aber nicht nur die Verfassungen unserer sogen. konstitutionellen Staaten angenommen<sup>218)</sup>, sondern auch ebenso liegt er dem Ständewesen derjenigen Staaten zu Grunde, welche die strenge Gliederung des Volkes in Stände möglichst zu bewahren, und von der sogen. modernen idealistischen Theorie sich fern zu halten gesucht haben<sup>219)</sup>. Es spricht sich dieses namentlich in dem ganz allgemeinen Verbote der Ertheilung und Annahme von Instructionen an die Abgeordneten aus<sup>220)</sup>, welches auch die Verordnun-

ner Corporationen und Stände vor Augen hatten, so war dieses theils eine Folge des ganzen damaligen öffentlichen Zustandes, in welchem Landesherrschaft, wie Ständschaft mehr einen privatrechtlichen Charakter trug, theils eine Folge der Zusammensetzung der Landstände, bei welchen oft ganze Volksclassen, wie die Bauern, gar nicht, andere nur mangelhaft vertreten waren. Nicht der Gedanke der Privatberechtigung und was damit zusammenhängt — sagt Stahl — ist das Wahre an der älteren Einrichtung und es ist nicht das der Irrthum der neueren Lehre, daß sie die Volksvertretung zu einem Ganzen macht und zu einer öffentlichen Sache, das ist gerade die Wahrheit und der Fortschritt.

218) S. insbes. bayer. Edict über die Ständeversammlung §. 56, vgl. mit Verfassungsurk. VI. §. 25. Sachsen-weimar. Grundgef. §. 67. Württemberg. Verfassungsurk. §. 155. Meining. Grundgef. §. 79. Aitenb. Grundgef. §. 199.

219) Wenn Jarke, a. a. D. S. 82, meint, daß die Verfassungsurk. von Schaumburg-Lippe und Waldeck, die kein Verbot der Instructionen enthalten, sowie sie in anderen Punkten auf der alten ständischen Grundlage ruhen, auch hier eine Ausnahme machen, so ist dagegen an den Eid zu erinnern, welchen die Ständemitglieder in Waldeck (Verfassungsurk. §. 26) zu leisten haben, dahin lautend: Ich gelobe und verspreche als Landstand in allen meinen Handlungen und Rathschlägen die allgemeine Wohlfahrt des Landes vor Augen zu haben, die Unserm gnädigsten Fürsten und Herrn schulbige Treue und Ehrerbietung stets zu beobachten, in nichts zu willigen, was des Herrn oder Landesrechten oder Vortheilen zuwider wäre, insonderheit die Gerechtigkeits der Landstände getreulich zu bewahren und mit allem Fleiß darauf zu achten und zu halten, daß dieselben unter keinerlei Vorwand verletzt oder vernachlässigt werden. Sogar die lichtenstein'sche Verfassung (v. 9. Nov. 1818) bestimmt §. 13: Nur das allgemeine Beste des Landes darf das Augenmerk der Stände sein, jede Parteilichkeit oder Begünstigung einzelner Personen oder Classen ist zu vermeiden.

220) Bayer. Edict über die Ständeverf. §. 56. R. sächf. Verfassungsurk. §. 81. Württemb. Verfassungsurk. §. 155. Hannov. Grundgef. §. 107. Landesverfassungsgef. §. 98. Kurhess. Verfassungsurk. §. 73. Großherz. hess. Verfassungsurk. §. 68, 88. Badische Verfassungsurk. §. 48.



gen für die preussischen Provinzialstände enthalten<sup>221</sup>). Es kann mit diesem Verbote, mit dem Grundsätze, aus welchem es hervorgegangen, daß jedes Landtagsmitglied sich nicht als Vertreter irgend eines Standes, Landestheiles u. s. w. zu betrachten habe, nicht gemeint sein, daß nicht jedes Recht, jedes Interesse seinen Vertreter finden soll, der es möglichst mit Kenntniß und Wärme darzulegen befähigt ist, denn dieses sucht man auch in den sogen. constitutionellen Verfassungen zu erzielen, indem bei der Berathung kein wichtiges Moment unerörtert bleiben soll, und oftmals die Erwägung der Sonderinteressen notwendig sein wird, um sich ein Urtheil über das Gesamtinteresse zu bilden; der Sinn ist vielmehr: daß kein Ständemitglied in der Rolle eines Advocaten einseitig beharren, sondern sich nach vollendeter Berathung, mit Nachsagung seines individuellen, wie seiner Committenten Interesse, wie es die Ausübung eines öffentlichen Berufes erfordert, zur Unparteilichkeit eines Urtheilssprechers erheben soll. Soll ja doch auch der Landesherr sein persönliches, sein Familieninteresse dem Wohle des Landes nachsetzen, und nur durch die Rücksicht auf letzteres dürfen sich die Landstände bei ihrer Mitwirkung in Ausübung der Hoheitsrechte leiten lassen, gleichviel ob sie nur eine beratende oder entscheidende Stimme haben. Daß diese Forderung, das Sonderinteresse dem Allgemeinen unterzuordnen, oft unerfüllt bleiben wird — und welche sittliche Anforderung im Staate bliebe dieß nicht? — kann kein Grund sein, das Gegentheil zum Princip der Verfassung machen zu wollen.

Wir kehren aber nach dieser Digression zur Wahl der Abgeordneten zurück und da ist dann zunächst zu bemerken, daß nach mehreren Verfassungsgesetzen nicht Vater und Sohn zugleich (oder auch nicht Brüder) zu derselben Ständeversammlung oder Kammer gewählt werden können<sup>222</sup>), und daß in der Regel Personen ausgeschlossen sind, welche im wirklichen Dienste eines anderen Staates stehen<sup>223</sup>). Diener desselben Staates sind indeß (mit Ausnahme der landesfürstlichen Minister in einigen Staaten)<sup>224</sup>) wahlfähig, bedürfen indeß zur Annahme der Wahl oder zum Eintritte in die Ständeversammlung der Erlaubniß der Regierung, die indeß, wie es sich von selbst versteht,

Braunschw. Landschaftsordn. §. 133. Coburg. §. 37. Meining. Grundgef. §. 79. Altenburg. Grundgef. §. 199, 240.

221) Alenthalben, wo dieses (Verbot) erlassen ist — sagt Jarke a. a. D. S. 82 — ist ein Hauptgrundsatz des repräsentativen Staatsrechtes anerkannt.

222) Württemb. Verfassungsurk. §. 148. Weimar. Grundgef. §. 29. Altenburg. Grundgef. §. 178. Braunschw. Landschaftsordn. §. 74.

223) In Coburg (§. 47) kann dieß indeß mit Bewilligung des Landesherrn geschehen. Zwischen Hannover und Braunschweig besteht eine reciproke Ausnahme.

224) J. B. Altenburg. Grundgef. §. 182. Braunschw. Landschaftsordn. §. 72. — Einer anderen Beschränkung, wornach in einigen Ländern die Beamten nicht in dem Wahlbezirke, worin sie ihre amtlichen Functionen ausüben, gewählt werden dürfen, ist schon oben Note 213 erwähnt worden.

nicht willkürlich, sondern im begründeten Interesse des Staatsdienstes verweigert werden darf<sup>225</sup>). Es sind dadurch schon mehrmals heftige Streitigkeiten veranlaßt worden. In manchen Staaten werden selbst Advocaten, Aerzte, Gemeindebeamte in dieser Hinsicht zu den Staatsdienern gerechnet<sup>226</sup>). Wie in Frankreich die Oppositionspartei die Staatsdiener aus den Kammern zu verdrängen bemüht ist<sup>227</sup>), um den Einfluß der Regierung zu schwächen, so wird von Vielen in Deutschland die mögliche Theilnahme der Staatsdiener an den ständischen Verhandlungen, als freigewählte Abgeordnete, als eine Art Lebensfrage angesehen<sup>228</sup>), weil politische Intelligenz in Deutschland noch zu wenig verbreitet ist, die Staatsdiener aber nicht selten mit dieser Erfahrung Geschäfts- und Geseßkenntniß verbinden, und bei ihrer dormaligen noch größeren gesetzlichen Unabhängigkeit, als sie bei dem bürokratischen Systeme Frankreichs stattfindet, auch eine freiere, selbstständigere Wirksamkeit entwickeln konnten.

Nach mehreren Verfassungen wird neben dem Deputirten sogleich auch noch ein Ersakmann oder Stellvertreter gewählt<sup>229</sup>), oder diejenigen, welche nach dem Gewählten die meisten Stimmen erhalten haben, treten der Reihe nach als Ersakmänner ein<sup>230</sup>).

Die Wahl der Abgeordneten (und also auch der Ersakmänner) geschieht in der Regel für eine bestimmte Zeit, welche aber sehr verschieden bestimmt ist. Am häufigsten auf 6 Jahre<sup>231</sup>), doch in ande-

225) Die königl. sächs. Verfassungsurk. §. 75 sagt ausdrücklich: Die Genehmigung kann ohne erhebliche, in dem Wesen des Amtes beruhenden und den Ständen zur Nachricht mitzutheilende, Gründe nicht verweigert werden. S. auch Kurhess. Verfassungsurk. §. 71. Braunsch. Landschaftsordn. §. 73. Altenburg. Grundgef. §. 182. — In den Wiener Beschlüssen von 1834 Art. 23 haben sich die Regierungen dahin vereinigt, den Grundsatz festzuhalten, daß Staatsbeamte zu ihrem Eintritte in die Ständeversammlungen der landesherrlichen Genehmigung bedürfen.

226) Meiningen, Grundgef. §. 72: Oeffentliche Angestellte, das ist Staats- und Hofdiener, Militärpersonen, Geistliche, Aerzte, Advocaten, bedürfen zur Annahme einer Deputirtenstelle den Urlaub ihrer vorgesetzten Behörde.

227) In der Absicht, die Unabhängigkeit der landständischen Versammlung zu sichern, verordnet der Landesvertrag von Waldeck §. 14: Staatsbeamte oder sonst zu uns in Dienstpflicht stehende Personen können an der Landesrepräsentation keinen Antheil haben, es wäre denn daß die Landstände die Aufnahme eines solchen in Vorschlag brächten.

228) Vgl. darüber überhaupt: 3 ö pfl., constitutionell = monarch. Staatsrecht §. 100.

229) Sächs. Verfassungsurk. §. 69. Hannov. Wahlgef. v. 1840 §. 10. Kurhessische Verfassungsurk. §. 68. Braunsch. Landschaftsordn. §. 80, 81. Meining. Verfassungsurk. §. 65. Altenburg. Grundgef. §. 168.

230) Bayer. Verfassungsurk. IV. §. 11. Württemberg. §. 153 (der Nächstfolgende muß wenigstens  $\frac{1}{3}$  der Stimmen erhalten haben). Coburg. Verfassungsurk. §. 57.

231) Bayer. Verfassungsurk. Tit. VI, §. 11, 13. Württemberg.

ren Staaten auf 12<sup>232)</sup>, 8<sup>233)</sup>, 7<sup>234)</sup>, 3 Jahre<sup>235)</sup>. In den meisten Staaten erlischt das Mandat aller Abgeordneten zu gleicher Zeit, so daß, nachdem die letzte regelmäßige Diät des Landtages, für welchen sie erwählt sind, beendigt ist, durchgängig neue Wahlen stattfinden müssen; in anderen Staaten aber tritt nur zu bestimmten Zeiten ein Theil der Deputirten aus, so daß dann die Versammlung durch neue Wahlen ergänzt werden muß<sup>236)</sup>.

Die Wahlversammlungen können in der Regel nicht ohne landesherrliche Aufforderung oder Genehmigung zusammentreten und werden gewöhnlich von einem landesherrlichen Commissarius geleitet oder von der Ortsobrigkeit, oder sie finden nach den statutarischen Vorschriften der wählenden Corporation statt. — Jeder Wahlberechtigte ist zugleich auch verpflichtet, an den Wahlen Theil zu nehmen, und in einigen Ländern sind auch denen, welche ohne hinreichende Entschuldigung nicht zur Wahl erscheinen und ihre Stimme abgeben, gewisse Präjudize und Strafen angedroht<sup>237)</sup>. Eine gültige Wahlhandlung erfordert, daß alle Wähler geladen worden sind; manche Verfassungen schreiben auch noch ausdrücklich vor, daß ein bestimmter Theil (die Hälfte oder zwei Drittheile u. s. w.) der Wähler erschienen sein und seine Stimme abgegeben haben muß<sup>238)</sup>.

#### c) Rechtliche Stellung der Landtagsmitglieder.

Das Amt eines Abgeordneten ist ein Ehrenamt, welchen Charakter es auch nicht verliert, wo die gewählten Mitglieder der Ständeversammlungen, wie es nach den meisten neuen Verfassungen der Fall ist, für die Dauer der Sitzung Diäten, und wenn sie nicht am Orte der Versammlung wohnen, auch Reisekosten erhalten<sup>239)</sup>. Wiewohl

Verfassungsurk. §. 157. Hannover. Grundgef. §. 116. Landesverfassungsges. §. 105. Hessen-Darmstadt. Verfassungsurk. §. 59. Braunschweig. Landschaftsordn. §. 83. Coburg. Verfassungsurk. §. 36. Meining. Grundgef. §. 77.

232) Altenburg. Grundgef. §. 174.

233) Baden. Verfassungsurk. §. 38. Dieser §., der nebst dem 46. durch Gesetz vom 14. April 1825 aufgehoben war, ist durch Gesetz vom Mai 1831 wiederhergestellt.

234) Cassau. Patent v. 1814 §. 6.

235) Kurhessische Verfassungsurk. §. 78. — Bloss in Waldeck werden die Deputirten des Bauernstandes (eine andere Wahl findet dort eigentlich nicht statt) lebenslänglich erwählt.

236) Vgl. sächsische Verfassungsurk. §. 71. Badische Verfassungsurk. §. 38. Altenburg. Grundgef. §. 174. Braunschweig. Landschaftsordn. §. 83.

237) Weimar. Grundgesetz §. 44. Coburg. Verfassungsurk. §. 51. Braunschweig. Wahlgesetz §. 28 und hannov. Wahlgesetz §. 4.

238) S. die besonderen Nachweisungen darüber in Zachariá's Staatsrecht Bd. 1, S. 410, 411.

239) Bayer'sches Edict wegen der Ständeversf. §. 49. Sächs. Verfassungsurk. §. 120 (mit Ausnahme der Mitglieder der ersten Kammer, welche Kraft

die Landständenschaft in älterer Zeit mehr als die Ausübung einer besonderen Berechtigung, denn als ein öffentliches Amt erschien, so genossen die Landtagsmitglieder doch auch hier und da gewisse Emolumente: sie wurden bei Hofe gespeist, erhielten Futtergeld für die Her- und Hinreise<sup>240)</sup>, und die Mitglieder der Ausschüsse erhielten auch Diäten<sup>241)</sup> oder bekamen eine gewisse Besoldung. — Meistentheils hängt es von dem freien Willen des Gewählten ab, ob er die Vollmacht annehmen will oder nicht<sup>242)</sup>; einige Verfassungen gestatten indeß die Ablehnung nur aus gesetzlichen Gründen<sup>243)</sup>. — Die Mitglieder der Ständeversammlung überhaupt haben das Recht und die Pflicht, in den ständischen Versammlungen zu erscheinen; sie haben ferner das Recht, theils Anträge zu machen, theils über die Propositionen der Regierung und die Anträge anderer Ständemitglieder ihre Stimme abzugeben. Sowohl die persönlich berechtigten als die gewählten Landstände müssen diese Rechte aber persönlich ausüben. Gar keine Ausnahme hiervon findet in Bayern und Baden statt<sup>244)</sup>, während in Hannover mehreren Mitgliedern der ersten Kammer gestattet ist, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen<sup>245)</sup>. In mehreren Ländern ist dieß aber nur ein Vorrecht der Prinzen des regierenden Hauses und der Standesherrn<sup>246)</sup>, das aber wiederum in anderen beschränkt ist, indem sie nur gestatten, daß in gewissen Fällen die Standesherrn durch ihren nächsten Agnaten, nicht durch einen beliebig ernannten Bevollmächtigten vertreten werden<sup>247)</sup>. In Württemberg ist die Uebertragung der Stimme an ein anderes Mitglied der ersten Kammer den erblichen Mitgliedern derselben gestattet<sup>248)</sup>, während andere Verfassungen durchaus nicht zulassen, daß Jemand zwei oder gar mehrere Stimmen (was auch in Württemberg unzulässig) führe. Jedes Mitglied ist verpflichtet, bei seiner ständischen Wirklichkeit nur von der

erblichen Rechtes oder als Abgeordnete der Capitel u. s. w. erscheinen). Kurhess. Verfassungsurk. §. 88. Ausnahmen: die Prinzen des Kurhauses und die Standesherrn.

240) S. Zachariä a. a. D. S. 417.

241) S. oben Note 89.

242) Weimar. Grundgef. §. 33. Meining. Grundgef. §. 74: Nach jeder Wahl darf der Gewählte das ihm angetragene Amt ausschlagen, weil man voraussetzen muß, daß Niemand ohne die allerwichtigsten Gründe sich einem so ehrenvollen Amte entziehen wird. Die meisten Verfassungen sprechen dieses nicht so direct aus, sondern setzen die Freiheit der Annahme oder Verweigerung nur voraus.

243) Das angef. bayer. Edict §. 44. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 59. Coburg. Verfassungsurk. §. 58. Braunsch. Landschaftsordn. §. 58.

244) Bayer. Verfassungsurk. §. 17. Sächsische Verfassungsurk. §. 47.

245) Hannov. Grundgesetz §. 108. Landesverfassungsges. §. 99.

246) Kurhessische Verfassungsurk. §. 63, Nr. 2. Nassau. Patent v. 1814 §. 4.

247) Sächs. Verfassungsurk. §. 64. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 61.

248) Württemb. Verfassungsurk. §. 156.

Rücksicht auf das allgemeine Wohl sich leiten zu lassen<sup>249</sup>), wie dieses in dem von den Ständemitgliedern zu leistenden Eide ausgesprochen ist, und ist daher auch berechtigt, dabei nur seiner eigenen freien Ueberzeugung zu folgen<sup>250</sup>). Daher, wie schon erwähnt, das Verbot aller Instruktionen. Aus diesem Grunde kann den Deputirten und Bevollmächtigten auch das erhaltene Mandat nicht vor Ablauf der gesetzlichen Zeit, für welche es als übertragen gilt, gekündigt werden. — In Bezug auf ihre ständische Wirksamkeit genießen die Mitglieder der Ständeversammlung das Recht, ihre Meinung frei und unbeschränkt, wie ihnen dieses schon in älterer Zeit ausdrücklich zugesichert worden<sup>251</sup>), auszusprechen, und können wegen Mißbrauches dieser Befugniß nur durch die Ständeversammlung selbst zur Verantwortung gezogen werden, wofern sie sich durch ihre Worte eines Vergehens gegen Staat oder Privatpersonen schuldig machen<sup>252</sup>). — Kein Mitglied der Ständeversammlung kann während der Dauer des Landtages<sup>253</sup>) ohne Zustimmung der Ständeversammlung (oder der betreffenden Kammer) zur Haft gebracht werden, ausgenommen wenn es bei begangenen Verbrechen auf freischer That ergriffen wird<sup>254</sup>), und — wie Einige noch bestimmen — wenn Wechselarrest gegen dasselbe erkannt wird<sup>255</sup>).

249) Braunschw. Landschaftsordn. §. 94: Die Landstände haben die heilige Pflicht, in ihrem Wirkungskreise, der Verfassung gemäß, die Wohlfahrt des Vaterlandes, frei von anderen Rücksichten, gewissenhaft zu fördern.

250) Dieser Eid lautet in Bayern (Verfassungsurk. VI. §. 28): Ich schwöre Treue dem König, Gehorsam dem Gesetze, Beobachtung und Aufrechthaltung der Staatsverfassung und in der Ständeversammlung nur des Landes allgemeine Wohl und Beste nach meiner inneren Ueberzeugung zu berathen. So badiſche Verfassungsurk. §. 69. Großherz. hessische §. 88. — In Württemberg (Verfassungsurk. §. 163): das unzertrennliche Wohl des Königs und Vaterlandes ohne alle Nebenrücksichten zu berathen. Aehnlich sächs. Verfassungsurk. §. 82. Kurhess. Verfassungsurk. §. 74.

251) Im Gandersheim. Landtagsabschied v. 1601 §. 47 wird den Ständen die Versicherung ertheilt: daß diejenigen, so auf gemeinen Landtagen ihre Nothdurft reden, mit keinen verbrießlichen Worten, viel weniger mit Ungenad belegt werden, jedoch sie wiederum guter Bescheidenheit sich zu gebrauchen schuldig sein sollen.

252) Bayer. Verfassungsurk. §. 27. Württemb. Verfassungsurk. §. 183. Sächs. Verfassungsurk. §. 83, besonders ausführlich. Kurhess. Verfassungsurk. §. 87. Großherz. hess. Verfassungsurk. §. 83 u. f. w. — Vgl. *Sacharia*, im Archive für civil. Praxis Bd. XVII, S. 173 flg.

253) Kurhess. Verfassungsurk. §. 87, auch noch sechs Wochen vor und nach demselben.

254) Bayer. Verfassungsurk. §. 26. Württemberg. Verfassungsurk. §. 184. Badiſche Verfassungsurk. §. 49. Großherz. hess. Art. 84. Weimar. Grundgef. §. 69.

255) Sächs. Verfassungsurk. §. 84. Meining. Grundgesetz §. 100, das überhaupt in der Fassung von den übrigen abweicht. Braunschw. Landschaftsordn. §. 135. — Vgl. überhaupt *Moser*, von der landſchaftlichen Personen Sicherheit in den Abhandlungen verschied. Rechtsmaterien St. V, S. 3. *Artz*, a. a. D. S. 118, findet in dieser persönlichen Unverletzlichkeit eine Quasiſouveränität.

Das Recht der Landtagsmitglieder, mit Ausnahme derer, deren Recht ein erbliches, lebenslängliches, mit einem bestimmten Amte verbundenes ist, erlischt: a) mit Ablauf der Zeit, für welche sie erwählt sind, oder durch das sie treffende Loos, wo dieses über den Austritt eines Theiles der Mitglieder entscheidet, sowie auch durch die Auflösung der Ständeversammlung, welche alle Vollmachten erlöschen macht<sup>256</sup>). b) Durch Verlust der Eigenschaften, welche erforderlich sind, um entweder als Abgeordneter wählbar zu sein oder in anderer Qualität das Recht der Landstandtschaft zu üben, z. B. Verlust des qualifizirten Grundbesizes, wo dieser ein persönliches Landstandschaftsrecht verleiht<sup>257</sup>). c) Durch freiwilligen Austritt<sup>258</sup>), welcher aber unbedingt nur da stattfindet, wo die Annahme der Wahl von der Willkür abhängt, sonst nur vermöge der gesetzlichen Entschuldigungsgründe geschehen kann. In manchen Ländern wird die Annahme eines Hof- und Staatsamtes als eine stillschweigende Entfagung auf die bisherige Qualität als Abgeordneten angesehen, so daß sich derselbe einer neuen Wahl unterwerfen muß<sup>259</sup>). d) Durch vom Gerichte ausgesprochene oder von der Ständeversammlung auf Grund der Geschäftsordnung beschlossene Ausschließung eines Mitgliedes<sup>260</sup>).

#### d) Abtheilung der Ständeversammlung.

Den älteren Verfassungen zufolge zerfielen die Ständeversammlungen nach den verschiedenen Classen der Mitglieder in Curien, deren meistens drei waren: Geistliche, Adel, Städte, deren oft aber auch mehrere sein konnten, indem entweder die Bauern noch hinzukamen oder die Geistlichen in eine Prälatenbank und Domcapitel zerfielen, der Adel aber eine Herren- und Ritterbank begriff, oder auch weniger, indem Geistliche oder Städte fehlten. So ist es noch, wo die älteren Formen sich erhalten haben oder nachgebildet sind. Nur in einigen

256) Nach der braunschw. Landschaftsordn. §. 86 erfolgt die Erlöschung erst mit Beendigung der neuen Wahlen.

257) Bayer. Verfassungsurk. VI. §. 14. Würtemberg. Verfassungsurk. §. 158. — Großherz. hess. Verfassungsurk. §. 59 a. C. Veränderungen in der Steuerquote oder dem Dienstverhältnisse während der Dauer eines Landtages machen für diesen Landtag nicht unfähig; den Fall der Entsetzung vom Dienste oder der Suspension vom Dienste und Gehalte, oder des Verlustes oder der Suspension des Staatsbürgerrechtes ausgenommen.

258) Die hannov. Geschäftsordn. v. 1840 §. 23 nimmt dafür schon einen siebentägigen nicht entschuldigten Nichtbesuch der Versammlung.

259) Sächs. Verfassungsurk. §. 71. Kurhess. Verfassungsurk. §. 70. Braunschw. Landschaftsordn. §. 86.

260) Sächs. Verfassungsurk. §. 83. Coburg. Verfassungsurk. §. 91. Meining. §. 99. — Alle Gründe sind zusammengestellt besonders in der braunschweig. Landschaftsordn. §. 86; vgl. auch sächs. Verfassungsurk. §. 66, 71, 83. — Auch schon in älterer Zeit konnte keine Ausschließung eines Ständemitgliedes einseitig durch die Regierung und überhaupt nicht willkürlich geschehen. C. Zachariä, Staatsrecht Bd. 1, S. 414, und die Nachweisungen daselbst.

Ländern, wie z. B. in Württemberg, waren diese Abtheilungen in gemeinschaftlichen Sitzungen vereinigt, in der Regel hielt jede Curie für sich ihre Berathungen. Absolute Stimmenmehrheit entschied. Es konnte dann aber wieder nach Verschiedenheit der Landesverfassung entweder die Mehrzahl der Curiatstimmen entscheiden oder es fand eine Durchzählung der Stimmen statt; in beiden Fällen gab bei Stimmgleichheit oftmals der Landesherr den Ausschlag<sup>261)</sup>. In allen erst in der neueren Zeit errichteten landständischen Verfassungen sind entweder die gesammten Landstände in einer Versammlung vereinigt und handeln als ein unzertrennliches Ganze, was nicht hindert, daß eine Sitz- und Stimmordnung nach Curien, Ständen, Bänken u. s. w. stattfindet, oder sie zerfallen in zwei mehr oder minder nach dem Vorbilde der englischen und französischen Stände organisirte Abtheilungen, Kammern. Geschichtlich gegebene Verhältnisse kamen bei dieser Nachbildung den politischen Gründen entgegen<sup>262)</sup>. Ein solches Zweikammersystem findet statt: in Bayern (Kammer der Reichsräthe und der Abgeordneten), Württemberg, Sachsen, Hannover, Baden, Hessen-Darmstadt und Nassau (Herrenbank und Versammlung der Landesdeputirten daselbst genannt). — In der ersten Kammer haben in der Regel ihren Sitz diejenigen Mitglieder, welche ein persönliches, erbliches<sup>263)</sup> oder ein mit einem höheren Staats- oder Kirchenamte verbundenes Landstandschaftsrecht haben, sowie die von dem Landesherrn, der Verfassung gemäß, für die Dauer des Landtages oder wohl lebenslanglich ernannten Landstände. Die hauptsächlichste Verschiedenheit findet aber in Beziehung auf die Abgeordneten der Ritterschaft statt. In Hannover, Baden und Nassau haben sie ihren Sitz in der ersten Kammer<sup>264)</sup>; in Bayern (soweit sie der König daselbst nicht zu lebenslanglichen Reichsräthen ernannt hat), in Württemberg und Hessen-Darmstadt in der zweiten<sup>265)</sup>; in Sachsen werden aber zur ersten

261) S. Häberlin, Staatsrecht Bd. 2, S. 66.

262) S. über die Gründe, welche ein solches Zweikammersystem überhaupt in den teutschen Staaten insbesondre hervorgerufen haben, die sich für und gegen dasselbe anführen lassen: Brendel, Geschichte, das Wesen und der Werth der Nationalrepräsentation (Bamberg 1817), S. 297 flg. v. Arétin, constitutionelles Staatsrecht Bd. 3, S. 197. Zachariä, 40 Bücher vom Staat Th. 3, S. 248. Dahlmann, Politik I. S. 123. Stahl's Philosophie des Rechtes Bd. 3, S. 196. Böpfel, Staatsrecht der constitutionellen Monarchie §. 101, und die bei Klüber, öffentl. Recht §. 290, Note d, angeführten Schriften.

263) Insbesondre die Prinzen des landesfürstlichen Hauses, die Standes- und fogen. Majoratsherren.

264) Hannov. Grundgef. §. 133. Landesverfassungsgef. §. 84. Badische Verfassungsurth. §. 27, Nr. 4, §. 29. Nassauisches Patent, die Bildung der Herrenbank betr. v. 3/4. Nov. 1815.

265) Bayer. Verfassungsurth. VI. §. 7 a. Württemb. Verfassungsurth. §. 133, Nr. 1. Hessen-darmst. Verfassungsurth. §. 53, Nr. 1.

Kammer 10 Rittergutsbesitzer vom Könige auf Lebenszeit berufen und 12 Abgeordnete (deren Gut mindestens 2000 Thlr. reinen Ertrag geben muß) von den Rittergutsbesitzern selbst aus ihrer Mitte gewählt<sup>266</sup>); die letzteren senden aber auch 20 Abgeordnete (deren Gut mindestens einen reinen Ertrag von 600 Thlr. ergeben muß) in die zweite Kammer. Ferner kommen noch folgende Abweichungen vor: in Württemberg haben die 6 Generalsuperintendenten und 3 Mitglieder der höheren katholischen Geistlichkeit ihren Sitz in der zweiten Kammer<sup>267</sup>), während die kirchlichen Würdenträger und Prälaten sonst überall zur ersten Kammer gehören. Die Deputirten der Stifter und Domcapitel, welche nur in zwei von den Staaten, die das Zweikammersystem angenommen haben, nämlich in Sachsen und Hannover, als besondere Landstände vorkommen, gehören in dem ersten Staate zur ersten, in dem anderen zur zweiten Kammer. Die Vertreter der Universitäten (nämlich der Kanzler in Württemberg und im Großherzogthum Hessen, sonst aber überall gewählte Abgeordnete) sind in die erste Kammer versetzt in Sachsen, Baden, Hessen-Darmstadt, in die zweite dagegen in Hannover und Württemberg. Eigenthümlich ist aber der sächsischen Verfassung die Berufung in die erste Kammer der ersten Magistratsperson der Städte Dresden und Leipzig, sowie von sechs vom Könige, unter möglichster Berücksichtigung aller Theile des Landes, nach Gefallen zu bestimmenden Städten<sup>268</sup>).

Beide Kammern berathen und beschließen von einander getrennt mit gleicher Befugniß; sie bilden aber doch wiederum eine Einheit insofern, als ein Beschluß der Ständeverammlung in der Regel die Zustimmung beider Kammern erfordert. Daher kann auch die Ablehnung einer Proposition durch die eine Kammer die Vorlage und Verhandlung derselben in der anderen nicht überflüssig machen, obwohl nach gefasstem Beschlusse das Veto der einen Kammer genügt. Jedoch sind in den Verfassungen auch einige Fälle bestimmt, in welchen jede Kammer für sich einen Beschluß fassen und zur Ausübung bringen kann, ohne der Beistimmung der anderen zu bedürfen, z. B. in Beziehung auf streitige Wahlen ihrer eigenen Mitglieder<sup>269</sup>), über an sie gelangte Petitionen und Beschwerden<sup>270</sup>), sowie zuweilen auch bei einem Dissens beider Kammern eine Vereinigung derselben durch Zählung der Stimmen eintritt<sup>271</sup>).

266) Sächs. Verfassungsurk. §. 63, Nr. 13, 14, §. 65, 68, Nr. 1, §. 70.

267) Württemberg. Verfassungsurk. §. 133, Nr. 2, 3.

268) Sächsische Verfassungsurk. §. 63, Nr. 15, 16.

269) Babilische Verfassungsurk. §. 41. Hessen-Darmstadt. Verfassungsurk. §. 87.

270) Bayer. Verfassungsurk. Lit. VII, §. 21. Hessen-Darmstadt. §. 82. Mehrere Nachweisungen bei Zachariá, Staatsrecht Bd. 1, S. 383.

271) S. darüber Zachariá, Staatsrecht a. a. D.



### 3) Von den Rechten der Landstände als Gesamtheit.

#### a) Von den Rechten der Landstände überhaupt.

Nur als Gesamtheit sind die Landstände ein Organ der öffentlichen oder Staatsgewalt. Dieses hindert nicht, daß sie auch, so weit dies verfassungsmäßig zulässig, sich durch andere Personen, besonders durch Ausschüsse vertreten, ihre Gerechtsame wahrnehmen lassen. Der Umfang der ständischen Rechte ist ein sehr verschiedener, ähnlich wie dieses auch vor Auflösung des deutschen Reiches der Fall war. In den beiden Hauptstaaten des deutschen Bundes bestehen, wie wir gesehen haben, nur Provinzialstände, deren Wirksamkeit im heutigen Staatsorganismus nur eine beschränkte sein kann; in Oesterreich vollends agiren die ehemals einflußreichen Stände nur auf sogen. Postulatenlandtagen. In manchen der übrigen Staaten ist ihnen auch nicht dasjenige eingeräumt oder wieder erstattet worden, was bei den Wiener Congressverhandlungen im J. 1815 als das Minimum der Rechte, welches den Landständen in Deutschland gewahrt werden mußte, bezeichnet und anerkannt worden ist. In anderen Staaten freilich sind sie im Besitze althergebrachter, erneuerter oder wohl neugewährter Berechtigungen. Alle neueren Verfassungen beruhen aber auf dem Begriffe der Souveränität, wie er sich im Laufe der Zeit im Kampfe mit den alten Landständen, wie wir ihn oben beschrieben haben, herausgebildet hat. Sie stellen daher den Hauptsatz an die Spitze: der König (Großherzog u. s. w.) ist das (souveräne, wie Einige hinzusetzen) Oberhaupt des Staates, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt, und übt sie unter den durch die Verfassung festgesetzten Bestimmungen<sup>272</sup>). Daraus geht denn hervor, daß den Landständen nur eine Mitwirkung bei Ausübung der Hoheitsrechte, und zwar wiederum eine durch die Verfassung ihrem Gegenstande, Art und Umfange nach bestimmte Mitwirkung zusteht. Daher heißt es denn auch in den Verfassungsurkunden, daß die Ständeversammlungen sich nur mit den ihnen durch die Landesverfassung zugewiesenen Angelegenheiten oder den von dem Landesherrn besonders an sie gebrachten Gegenständen beschäftigen können<sup>273</sup>). Aber zu den den Landständen überall zuge-

272) Bayer. Verfassungsurk. II. §. 1. Württemb. Verfassungsurk. §. 4. Sächf. Verfassungsurk. §. 4. Kurhessische Verfassungsurk. §. 10. Babilische Verfassungsurk. §. 5. Hessen-darmstadt. Verfassungsurk. §. 4 u. s. w.

273) Sächsisch. Verfassungsurk. §. 79: Die Angelegenheiten, welche vor die Ständeversammlung gehören, sind in dieser Verfassungsurkunde bestimmt vorgezeichnet. — Dergleichen Angelegenheiten können in keinem Falle zur Erledigung an ständische Ausschüsse, an die Kreisstände oder einzelne ständische Corporationen gebracht werden. — Die Ständeversammlung darf auch ihrerseits sich nur mit diesen ihr zugewiesenen Angelegenheiten oder den vom König besonders an sie gebrachten Gegenständen beschäftigen. Bayer. Ver-

wiesenen Gegenständen gehört auch, wie wir weiterhin sehen werden, insbesondere das Recht der Beschwerden und Petitionen, und es sind die Landstände auch, wie es aus dem Begriffe derselben folgt, anerkannt als das gesetzmäßige Organ der Gesamtheit der Staatsbürger und der Unterthanen, und als solches insbesondere berufen, die verfassungsmäßigen Rechte des Landes nicht nur, sondern desgleichen das unzertrennliche Wohl des Landesherrn und des Landes mit treuer Anhänglichkeit an die Grundsätze der Verfassung möglichst geltend zu machen<sup>274)</sup>. Man könnte daher auch sagen, daß kein Gegenstand des öffentlichen Wohles der Wirksamkeit der Landstände durchaus fremd sei, wie dieses schon früher der Fall war<sup>275)</sup> und auch von teutschen Fürsten selbst aufs bestimmteste anerkannt worden ist. So erklärte Kaiser Ferdinand<sup>276)</sup> den österreichischen Ständen: daß man in allen hohen und wichtigen Sachen der Lande Regierung und Wohlfahrt betreffend der getreuen Landschafft Rath und Gutachtens sich gebrauchen solle, das haltet man vor ganz löblich und billig, und daß es die löblichen Landes-Fürsten bis anhero überflüssig in Acht genommen und gethan haben<sup>277)</sup>, und in den braunschweigischen Landesrecessen war es von den Fürsten anerkannt, daß die Landstände als *perpetui patriae consiliarii in negotiis quam belli tam pacis in consilium* gezogen werden sollen<sup>278)</sup>. Mit Recht bemerkt auch Zacharia<sup>279)</sup>, daß die verfassungsmäßigen Beschränkungen der Stände und das Verbot der Verhandlung über alle ihnen nicht zugewiesenen Gegenstände nur beim regelmäßigen Fortgange des Staatsorganismus zur Anwendung kommen, nicht aber auf außerordentliche das Wohl des Landes bedrohende

fassungsurk. VII. §. 1. Württemb. Verfassungsurk. §. 124, 125. Hesse-  
barmst. Verfassungsurk. §. 66.

274) Es ist dieses besonders in der sächsischen Verfassungsurk. §. 78, und in der kurhessischen §. 69 ausgesprochen. Am ausführlichsten über Beruf der Landstände, den Zweck der landständischen Institutionen erklärt sich das meining'sche Grundgef. §. 49.

275) S. oben Note 69 und Text daselbst.

276) Khevenhiller, Annales Ferdinand. T. 10. p. 361.

277) D. G. Struben, de statu prov. origine et praecipuis iuribus §. 4., der diese Stelle mittheilt, bemerkt dazu: *At recentiori aetate — insignis contigit mutatio et non paucis in provinciis hodie rarius rogatur sententia ordinum de rebus imperii, vel saltem parum curatur illorum dissensus.*

278) Braunschweig-wolfenbüttel. Landesprivil. v. 1710 §. 10.

279) Staatsrecht Bd. 1, S. 398. So lehrte aber auch der alte Moser, von der Reichsstände Lande S. 844: In Kriegszeiten endlich heißt es oft: *Necessitas non habet legem* und wann der Regent sein Land nicht beschützen kann, oder es selbst, vorsehlich oder unvorsichtiger Weise in Gefahr oder wirklichen Schaden gesetzt hat, und nicht helfen kann oder will; so dürfen und müssen die Landstände seine Stelle mit versehen und das Land retten, so gut man kann. Der Herr mag befehlen was er will, z. B. man solle dem Feind keine Contribution zahlen, sondern lieber sengen und brennen lassen.

Ereignisse, z. B. den Fall einer feindlichen Occupation, bezogen werden können.

b) Die Theilnahme an der Gesetzgebung oder an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt.

Unter dieser versteht man im weiteren Sinne die Befugniß, den ganzen Staatsorganismus zu gestalten, im engeren insbesondere dauernde, allgemein geltende Normen, welche die Rechte und Pflichten der Untertanen im Verhältnisse zur Allgemeinheit und gegen einander bestimmen, aufzustellen. — In der Landeshoheit war die gesetzgebende Gewalt, wie schon zuvor bemerkt worden, ursprünglich, als die landständischen Verfassungen sich bildeten, nicht enthalten<sup>280)</sup>, aber im Zusammenwirken mit den Ständen des Landes, als den politischen Mächten, welche in ihrer Einigung das Land selbst darstellten<sup>281)</sup>, war es dem Landesherrn factisch wie rechtlich möglich, Acte der gesetzgebenden Gewalt auszuüben; sicher konnte es in keiner Weise gegen den Willen der Stände geschehen. Allmählig, besonders seit dem Bekanntwerden des römischen Rechtes, fing man aber an, die Gesetzgebung als ein begriffsmäßig in der Landeshoheit enthaltenes Recht zu betrachten; die Landesherrn rechneten sie gewissermaßen zu den vom Kaiser erworbenen Regalien. Die Nothwendigkeit vielfacher gesetzlicher Anordnungen trat häufiger und fühlbarer hervor; sie gingen von dem Landesherrn aus, oftmals wohl ohne vorherige Zuziehung der Stände. Diese ließen es geschehen, weil sie in den Gesetzen selbst keinen Grund zum Widerspruch fanden und darin keine Gefahr für ihre Stellung und Bedeutung ahnten, oder weil sie es in einzelnen Fällen nicht mehr zu hindern, ihrer Beschwerde nicht den gehörigen Nachdruck zu geben vermochten oder sich beschwichtigen ließen. Da ein Organisiren von Oben herab, das Ordnen aller Verhältnisse, welches früher der Autonomie der Corporationen und Gemeinden überlassen war, etwas Neues war; da die alten Landesrecesses und Verträge gerade in Beziehung auf die Theilnahme der Stände an der Gesetzgebung überhaupt nur selten genügende Bestimmungen enthielten, indem sie dagegen oftmals sehr bestimmt und ausdrücklich festsetzten, daß der Landesherr keine Münze schlagen, keine Verträge eingehen sollte<sup>282)</sup>, ohne ihr Vorwissen u. dgl. m., so wurde die Mitwirkung der Stände gerade bei diesem wesentlichsten Bestandtheile der Staatsgewalt, am meisten schwankend, unsicher, bestritten. Zwar wurde dieselbe im zweifelhaften Falle den Ständen selbst von den Reichsgerichten zugesprochen, zwar bewahrten sie in manchen Ländern ein umfassenderes, auch wohl neu verbrieftes Recht, daß kein neues Landesgesetz ohne ihre Einwilli-

280) S. oben Note 47—52.

281) S. oben Note 70—77.

282) S. oben Note 63, 66.

gung erlassen werden könne<sup>283</sup>), aber auch wollte man, als das Streben nach unbeschränkter Macht sich in teutschen Staaten entwickelte, den Landständen oftmals einen Widerspruch nur gestatten, so weit ihre (der Stände eigene) wohlverordneten Rechte in Betracht kämen, sonst sollte der Landesherr nur gehalten sein, ihren Rath und ihr Gutachten zu vernehmen<sup>284</sup>). Großentheils war im vorigen Jahrhunderte von einer Einwilligung der Landstände zu neuen Gesetzen nicht mehr die Rede, man forderte nur ihr Gutachten, welches man befolgte, wenn man es für angemessen hielt, welches man auch wohl zu fordern unterließ, was dann am Ende gar zur Regel wurde. — Wie sehr nun auch das ständische Leben seit dem J. 1815 neu belebt worden ist und eine andere Gestalt angenommen hat, so ist doch die Mitwirkung der Stände bei der Gesetzgebung ihrem Umfange nach auch jetzt noch eine sehr verschiedene.

1) Mehrere neuere Verfassungsgesetze bestimmen ganz allgemein, daß kein Gesetz ohne Zustimmung der Stände erlassen, abgeändert oder authentisch interpretirt werden soll<sup>285</sup>), und machen nur zum Theil gewisse Ausnahmen von dieser Regel<sup>286</sup>). In literarischen Schriften, wie selbst in diplomatischen Verhandlungen ist diese Bestimmung als eine den neueren Staatstheorien entnommene, der Volkssouveränität entsprungene oder doch zu ihr oder mindestens zu einer unzulässigen Theilung der Gewalten führende bezeichnet und mit dem Stempel einer ausländischen, französischen, gebrandmarkt worden. Die Nothwendigkeit der Zustimmung der Stände zu den Gesetzen ist aber für uns eine fremde, moderne Institution, in ähnlicher Weise, wie es jetzt die Mündlichkeit und Deffentlichkeit der Rechtspflege ist, nur mit dem Unterschiede, daß sie nicht so fast gänzlich wie diese in Deutschland untergegangen war, indem jenes Zustimmungrecht selbst noch in Landesverträgen des vorigen Jahrhunderts ausdrücklich anerkannt war, und noch entschiedener von den ausgezeichnetsten Reichspublizisten den teutschen Landständen vindicirt wurde<sup>287</sup>).

283) S. die näheren Nachweisungen bei Zacharia, Staatsrecht Bd. 2, S. 101, und die S. 98 angeführten Schriften.

284) Ueber das Mißliche dieser im 18. Jahrh. ausgebildeten Theorie, die auch insbesondre in dem mecklenburgischen Landesvergleiche v. 1755 sanctionirt worden ist, s. (Stüve) Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes für Hannover S. 201 ff.

285) Württemberg. Verfassungsurk. §. 88, 124. Sächs. Verfassungsurk. §. 86. Hannov. Staatsgrundgef. v. 1833 §. 85. Kurhessische Verfassungsurk. §. 95. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 72: kein Gesetz, auch in Bezug auf das Landespolizeiwesen, heißt es daselbst ausdrücklich.

286) Besonders in Beziehung auf die das Militärwesen betreffende Anordnungen. S. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 74.

287) Wenn Leibst, Staatsrecht §. 109, lehrt: daß nach den Grundsätzen mehrerer monarchischen Staaten Deutschlands die Landstände als Theilnehmer der gesetzgebenden Gewalt betrachtet werden müssen, bergestalt, daß in der

2) In manchen Ländern hat man aber die Gesetze zu classificiren gesucht, so daß nur zu gewissen Arten derselben die Zustimmung der Stände erforderlich ist, während sie zu anderen nur ihr Gutachten zu geben haben oder sie ihrer Mitwirkung gänzlich entzogen sind.

a) Namentlich wird die Zustimmung der Stände, selbst wo die Wirksamkeit derselben sonst wohl beschränkt ist, erforderlich erklärt zu allen sich auf die Landesverfassung beziehenden Gesetzen<sup>288</sup>), welche oft auch nur unter erschwerenden Formen erlassen werden können<sup>289</sup>).

b) Großentheils beschränken die neueren Verfassungsurkunden die Nothwendigkeit der Einwilligung auf diejenigen Gesetze, welche die Freiheit der Personen oder das Eigenthum betreffen<sup>290</sup>). Der Fürst von Solms-Lich bemerkt<sup>291</sup>), daß diese Bestimmung keine Restriction des ständischen Einwilligungsrechtes enthalte, weil alle Gesetze unter diesen Begriff zu subsumiren sind, und auch nicht als eine restrictive Bestimmung betrachtet wird. Daß aber damit eine Beschränkung der Theilnahme der Stände beabsichtigt war, kann wohl keinem Zweifel unterliegen, und zeigt sich namentlich darin, daß diesen Gesetzen andere theils ausdrücklich hinzugefügt<sup>292</sup>), theils entgegengesetzt werden, bei welchen die ständische Zustimmung nicht erforderlich sein soll, so daß entweder eine ständische Mitwirkung dabei gar nicht statt-

Regel ohne ihre vorgängige Einwilligung von dem Landesherren keine den öffentlichen oder privatrechtlichen Zustand der Unterthanen betreffende fort-dauernde Gesetze erlassen werden können, so zeigt dieses wenigstens, daß die neueren Staatsgrundgesetze nicht etwas in Deutschland bis dahin ganz Fremdes eingeführt haben. — Vgl. die bei Leifl. Note 8 angef. Schriftsteller. — Pütter aber lehrte allgemeiner (Inst. iur. publ. §. 223. und auch Rechtsfälle Bb. II, Th. 2, S. 1043), daß wo Landstände seien, ordinarie, wenigstens bei Gesetzen, die das ganze Land betreffen, ihre Einwilligung erforderlich sei. Vgl. Hübnerlin, Handb. z. Pütter a. a. D. Bd. 2, S. 50, 168 flg.

288) So z. B. nicht nur in Baden (Verfassungsurk. §. 641), Weimar (Grundgef. §. 123), Coburg (Verfassungsurk. §. 64), Meiningen (Grundgef. §. 109), Altenburg (Verfassungsurk. §. 266), Braunschweig (Landchaftsordn. v. 1832 §. 98), Nassau (Verfassungspatent v. 1814 §. 2), sondern auch in Schaumburg nach dem Edicte v. 15. Jan. 1816 §. 2, und Waldeck, Landesvertr. v. 19. April 1816 §. 43.

289) Württemb. Verfassungsurk. §. 176. Sächs. Verfassungsurk. §. 152. Hannov. Grundgef. v. 1833 Schluß, Landesverfassungsges. v. 1840. Kurhessische Verfassungsurk. §. 153. Großherz. heff. Verfassungsurk. §. 110. Badische Verfassungsurk. §. 64.

290) Bayer. Verfassungsurk. Tit. 7, §. 2. Badische Verfassungsurk. §. 65. Weimar. Grundgef. §. 5, Nr. 6. Coburg. Grundgesetz §. 65.

291) Deutschland und die Repräsentativverfassungen S. 28.

292) Altenburg. Grundgef. §. 201: allgemeine neue Gesetze, welche die Freiheit der Personen oder das Eigenthum aller Staatsangehörigen, ingleichen die Grundverfassung und die Militäraushebung betreffen. — Meining. Grundgef. §. 83: Gesetze, wodurch das Eigenthum und Freiheit der Unterthanen getroffen oder eine Veränderung der Abgaben und Rechte herbeigeführt wird.

findet <sup>293</sup>) oder die Stände nur ihren Rath zu ertheilen haben <sup>294</sup>); es ergibt sich ferner daraus, daß mehrere Verfassungen auch erklären (ohne dadurch freilich Zweifel und Unsicherheit zu beseitigen), was unter Gesetzen, die das Eigenthum und die persönliche Freiheit betreffen, zu verstehen sei. Es sollen dieß nämlich Gesetze sein, welche das Privat- und peinliche Recht betreffen <sup>295</sup>), wobei dann das gerichtliche Verfahren meist gar nicht erwähnt, bald aber als dazu gehörend ausdrücklich genannt wird <sup>296</sup>). Die neue braunschweigische Landschaftsordnung (§. 97) setzt sogar diese letzten Ausdrücke statt der gewöhnlicheren Gesetze, welche die Freiheit der Person und das Eigenthum betreffen, indem sie die Einwilligung der Stände erfordert, wenn das Landesgrundgesetz oder die mit demselben erlassenen Gesetze ergänzt, erläutert oder abgeändert werden, ferner wenn neue organische Einrichtungen getroffen oder die bestehenden verändert, endlich wenn Landesgesetze gegeben werden, die des Landes Finanz- und Steuerwesen, die Militärpflichtigkeit und die Aushebung der Mannschaften, das bürgerliche oder Strafrecht, den bürgerlichen oder Strafprozeß betreffen; bei allen übrigen, namentlich den das Landespolizeiwesen betreffenden Gesetzen müssen die Stände erst mit ihrem Gutachten gehört werden. Wo dergleichen genauere Bestimmungen nicht vorhanden sind, kann es an Zweifeln und Streitigkeiten über den Umfang der ständischen Mitwirkung nicht fehlen <sup>297</sup>). Eine solche größere Bestimmtheit über den

<sup>293</sup>) Meining. Grundgef. a. a. D.: Verordnungen und Gesetze, durch welche die organische Einrichtung der Behörden und die Geschäftsführung bestimmt wird.

<sup>294</sup>) Im Altenburg. Grundgef. §. 201 wird bestimmt, daß Gesetze, welche nicht die Freiheit und das Eigenthum aller Unterthanen betreffen (und nicht die Militäraushebung, vgl. §. 201, 212), den Ständen zur Begutachtung mitgetheilt werden; dasselbe ist auch bei Kirchen- und Schulanangelegenheiten der Fall, §. 213 vgl. mit §. 137 a. G. Dagegen heißt es dann noch §. 211: polizeiliche Anordnungen (insofern sie nicht Freiheit der Person oder das Eigenthum aller Unterthanen berühren, oder die Grundverfassung ändern), ferner Vorschriften zur Sicherung des Staates bedürfen der ständischen Begutachtung nicht.

<sup>295</sup>) Meining. Grundgesetz a. a. D.

<sup>296</sup>) Sondershaus. Verfassungsurk. §. 151.

<sup>297</sup>) Bei Jarke, die ständischen Verfassungen S. 132, findet sich der beachtenswerthe Passus: In vielen Fällen wird es bei dieser allgemeinen Fassung der entscheidenden Norm allerdings bestritten werden: ob ein Gesetz die Freiheit der Unterthanen betreffe oder nicht, und ob es mithin nur der Zustimmung der Stände oder kraft einseitigen landesherrlichen Befehls erlassen werden dürfe. Allein gemildert und in ihren Folgen unschädlich gemacht wird diese Unbestimmtheit durch den Umstand, daß die Regierung es ist, welche die Gesetze vorlegt und mithin im Voraus ohne Zugiehung der Stände über die obwaltende oder nicht obwaltende Nothwendigkeit, sie den Ständen zur Einwilligung vorzulegen, allein zu entscheiden hat!! Man kann aus dieser Aeußerung als einem Beispiele lernen, wie Landesverträge und namentlich die vererblichen teutschen Constitutionen durch eine genaue und

Umfang des Zustimmungrechtes der Stände, wodurch dieses auf noch engere Grenzen zurückgebracht wird, findet sich auch in dem waldeck'schen Landesvertrage (§. 25), welcher dieselbe aber nur eintreten läßt bei Gesetzen, wodurch über das Eigenthum der Unterthanen zum Gebrauche der Landesherrschaft oder des Landes verfügt, die persönliche Freiheit der Unterthanen gegen bestehende Gesetze beschränkt oder dadurch wohlervorbene Rechte Einzelner oder ganzer Classen derselben aufgehoben oder beschränkt werden soll. Offenbar waltet der privatrechtliche Gesichtspunkt, daß Einwilligung nur erforderlich ist, wo ein Opfer gebracht werden soll<sup>298</sup>); indeß entscheidet doch die Stimmenmehrheit, und nur die Rücksicht auf die allgemeine Wohlfahrt des Landes (§. 26) soll dabei leiten.

c) Mehrere neuere Verfassungen haben allgemein die Mitwirkung der Stände bei der Gesetzgebung auf den bloßen Beirath oder das zu vernehmende (rathsame) Gutachten der Stände beschränkt, worauf sie großentheils schon im vorigen Jahrhunderte zurückgeführt war. Dieses ist namentlich in Schaumburg<sup>299</sup>), Holstein<sup>300</sup>), Luxemburg<sup>301</sup>) der Fall; sowie auch den preussischen Provinzialständen, so lange keine allgemeinen ständischen Versammlungen stattfinden, solche allgemeine Gesetze, welche Veränderungen in Personen- und Eigenthumsrechten und in den Steuern zum Gegenstande haben, so weit sie die Provinz betreffen, sowie aber auch Gesetzentwürfe, welche die Provinz allein angehen, zur Berathung vorgelegt werden sollen<sup>302</sup>).

d) Endlich gibt es auch einige Staaten, in welchen Stände ohne alle Theilnahme bei der Gesetzgebung bestehen. Von den neueren Verfassungen ist es allein die lichtensteinische, welche den Ständen selbst Vorschläge im bürgerlichen, politischen und peinlichen Fache zu machen ausdrücklich abgesprochen hat<sup>303</sup>); dann ist es aber auch bei den noch aus alter Zeit bestehenden Ständen, wie in Oesterreich, Anhalt u. s. w. der Fall, deren Mitwirkung bei der Gesetzgebung schon früher aufgehört hatte.

---

scharfe Interpretation, ohne einen Wort- und Treubruch durch Verletzung derselben zu begehen, unschädlich zu machen sind, wie es von genanntem Autor a. a. O. S. 151 angerathen wird.

298) Es erklärt sich daraus auch, weshalb dieses Verfassungsgesetz nächst den in Mecklenburg geltenden Bestimmungen vor den Augen Jarke's S. 130 am meisten Gnade findet.

299) Verordnung v. 15. Jan. 1816 §. 2: wenn die Gesetze aber einen wesentlichen Einfluß auf die Landesverfassung haben, ist die Einwilligung der Stände erforderlich.

300) Verordnung v. 15. Mai 1834.

301) Verfassungsurk. v. 12. Oct. 1841: bei Criminal- und Steuergesetzen ist die Zustimmung der Stände erforderlich.

302) Allg. Gesetz wegen Anordnung der Provinzialstände v. 5. Juni 1823 III.

303) Verfassung des Fürstenthums Lichtenstein §. 16.

In allen Staaten, in welchen den Ständen eine gewisse Mitwirkung bei der Gesetzgebung, insbesondere ein Recht der Zustimmung beigelegt ist, werden Gesetze und Verordnungen, welche Worte sonst promiscue gebraucht wurden, von einander unterschieden.

Unter Verordnungen werden dann die von der Staatsgewalt ohne verfassungsmäßige Concurrenz der Stände ausgehenden Bestimmungen verstanden. Es können dieses, wo die Mitwirkung der Stände bei der Gesetzgebung auf gewisse Arten von Gesetzen beschränkt ist, dem Inhalte nach wahre Gesetze sein, während man unter Verordnungen sonst mehr Acte, welche die Vollziehung, Handhabung der bestehenden Gesetze bezwecken, versteht<sup>304</sup>). So heißt es z. B. in der Verfassungsurkunde für Sachsen (§. 87): Der König erläßt und promulgirt die Gesetze mit Bezug auf die erfolgte Zustimmung der Stände, und ertheilt die zur Vollziehung und Handhabung erforderlichen, sowie aus dem Aufsichts- und Verwaltungsrechte fließenden Verfügungen und Verordnungen. Damit stimmen im wesentlichen die meisten Verfassungsurkunden überein<sup>305</sup>). Durch Verordnungen wird namentlich die Organisation und das Verfahren der Verwaltungsbehörden bestimmt, während aber überall, wo den Ständen eine Mitwirkung bei den Gesetzen, welche die persönliche Freiheit und das Eigenthum betreffen, zusteht, die Organisation und das Verfahren der Justizbehörden, auch wo es nicht ausdrücklich ausgesprochen ist<sup>306</sup>), nur durch ein ebenfalls unter verfassungsmäßiger Theilnahme der Stände erlassenes Gesetz geändert werden kann<sup>307</sup>). Wenn das Wohl oder die Sicherheit des Staates bringende Eile gebietet oder der vorübergehende Zweck einer Anordnung durch Verzögerung vereitelt würde, so kann der Landesherr mit vorläufiger Umgehung der Stände die erforderlichen gesetzlichen Verfügungen erlassen<sup>308</sup>), so jedoch, daß, wie es auch zuweilen noch ausdrücklich hinzugefügt ist, diese mit Umgehung der Stände erlassenen Gesetze bald thunlichst denselben zur Genehmigung vorgelegt werden

304) Ueber den Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung und den Umfang des Rechtes des Landesherrn und der Landesbehörden Verordnungen zu erlassen, vgl. Stahl's Rechtsphilosophie Bd. 2, Abth. 2, S. 44. Jöppfl, Staatsrecht S. 128. Zachariá, Staatsrecht Bd. 2, S. 117 fig. (S. 131).

305) Württemberg. Verfassungsurk. §. 84. Badische Verfassungsurk. §. 66. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 73. Kurhess. §. 95. Coburg. Grundgef. §. 66. Meining. Grundgef. §. 85. Altenburg. Grundgef. §. 211. Braunschw. Landchaftsordn. §. 101. Hannov. Grundgef. §. 87. Landesverfassungsges. §. 121.

306) S. Note 296.

307) Ueber diesen zur Streitfrage gehörigen Punkt s. Feuerbach, Kleine Schriften (1833) 1. Abth., S. 178. Linde, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. VII, S. 47 fig. Zachariá, Staatsrecht Bd. II, S. 119.

308) Die in der Note 305 angef. Verfassungsgesetze in den daselbst angegebenen oder darauf folgenden §§.



müssen und außer Wirksamkeit treten, wenn diese versagt wird<sup>309</sup>). Bundesbeschlüsse erlangen Gesetzeskraft auch in den Ländern, wo die Zustimmung oder das Gutachten der Stände zu allen Gesetzen erfordert wird, durch die bloße Publication der Landesregierungen. Mehrere Verfassungsurkunden enthalten darüber ausdrückliche Bestimmungen<sup>310</sup>). Es kann wohl keinem Zweifel unterworfen sein, daß man damit aber nicht hat festsetzen wollen, daß jede Verfassung, jedes verfassungsmäßige Recht deutscher Unterthanen durch einen Bundesbeschluß könne außer Wirksamkeit gesetzt werden; und daß es den deutschen Regenten solle freistehen können, zu Gesetzen, die sie nicht ohne Mitwirkung der Stände in ihrem Lande hätten erlassen können, ihre Zustimmung zu geben und zur Vollziehung derselben ihre Hand zu bieten<sup>311</sup>), sondern nur daß die Regenten in den durch den Bundesvertrag übernommenen Leistungen und Pflichten durch die landständische Verfassung nicht sollen gehindert werden können<sup>312</sup>). Eine Ansicht, welche aber die Mehrzahl der deutschen Verfassungen als durch Gewalt ertrugt oder durch List erschlichen ansieht<sup>313</sup>) (wie Gleiches im vorigen Jahrhunderte

309) So die sächsische Verfassungsurk. §. 88, die kurhessische §. 95, und die braunschw. Landschaftsordn. §. 120.

310) Württemb. Verfassungsurk. §. 3: Das Königreich Württemberg ist ein Theil des deutschen Bundes, daher haben alle organischen Beschlüsse der Bundesversammlung, welche die verfassungsmäßigen Verhältnisse Deutschlands oder die allgemeinen Verhältnisse deutscher Staatsbürger betreffen, nachdem sie von dem Könige verkündet sind, auch für Württemberg verbindende Kraft. Jedoch tritt in Ansehung der Mittel zur Erfüllung der hierdurch begründeten Verbindlichkeiten die verfassungsmäßige Mitwirkung der Stände ein. Aehnlich, doch ohne den letzten Satz: badische Verfassungsurk. §. 2; mit demselben hessen=barmsf. Verfassungsurk. §. 2, doch fehlt vor Beschlüsse organische. Coburg. Verfassungsurk. §. 2. Altenburg. Verfassungsurk. §. 12: Beschlüsse der Bundesversammlung, welche die Verhältnisse des deutschen Bundes, der Bundesglieder und der deutschen Staatsbürger im allgemeinen betreffen u. s. w. Braunschw. Landschaftsordn. §. 12 sagt nur: Allgemeine Anordnungen und Beschlüsse des deutschen Bundes erhalten dadurch Gesetzeskraft für das Herzogthum, daß sie von dem Landesfürsten verkündet werden. R. sächs. Verfassungsurk. §. 89: In Ausführung der von dem Bundestage gefaßten Beschlüsse kann die Regierung durch die ermangelnde Zustimmung der Stände nicht gehindert werden. Sie treten sofort mit der vom Könige verfügten Publication in Kraft. Es müssen daher auch die zur Ausführung derselben erweislich erforderlichen Mittel aufgebracht werden; wobei jedoch die Mitwirkung der Stände in Ansehung der Art und Weise der Aufbringung dieser Mittel, insoweit dieselbe verfassungsmäßig begründet ist, nicht ausgeschlossen wird.

311) Vgl. oben Note 153.

312) Aufklärend hierüber und von besonderem Interesse sind die Verhandlungen der verfassungsgebenden Ständeversammlung v. J. 1819 über die Verfassung des angef. §. 3 der Verfassungsurk. Vgl. darüber Meyser, publicistische Versuche S. 120.

313) (Zarke) die ständische Verfassung u. s. w. S. 147: Gefährlicher noch als diese (eigentlichen Aufstände) ist das Umsichfressen des revolutionären Giftes auf scheinbar gesetzlichem, ruhigem

auch von den damaligen landständischen Verfassungen behauptet worden ist), und darauf hinweist, wie die Bundesform und insbesondere der einer so reichen Deutung und Erweiterung fähige Satz, daß Erhaltung der inneren Sicherheit Deutschlands der Zweck des Bundes sei, das erwünschte Mittel bietet, ohne offenes Aussprechen der behaupteten Wichtigkeit der Verfassungen, dasselbe Ziel im wesentlichen zu erreichen, liegt außerhalb des Gebietes einer Darstellung des bestehenden, urkundlichen Rechtes, womit wir es hier allein zu thun haben.

Die Initiative bei der Gesetzgebung steht überall den Regierungen insofern zu, als von ihnen allein Gesetzentwürfe bei der Ständeversammlung eingebracht und zur Berathung vorgelegt werden können<sup>314</sup>). Die Stände können nur Vorschläge zur Erlassung eines Gesetzes, Anträge auf Aenderung oder Ergänzung eines bestehenden Gesetzes an die Regierung bringen. Einen jeden von der Regierung eingebrachten Gesetzesvorschlag können die Stände annehmen, unbedingt ablehnen oder Aenderungen und Zusätze zu demselben beschließen. Im letzteren Falle kann die Regierung denselben aber wieder ganz zurücknehmen<sup>315</sup>). Manche Gesetze bestimmen, daß eine unbedingte Ablehnung oder Annahme jedoch mit Veränderungen nur unter Mittheilung der Beweggründe an die Regierung geschehen, und diese dann den Gesetzentwurf von neuen Gründen unterstützt oder in veränderter Weise wieder einbringen kann<sup>316</sup>), worauf dann nur eine unbedingte Annahme oder Ablehnung erfolgen darf<sup>317</sup>). — Wo zwei ständische Kammern sind, ist die Einwilligung beider erforderlich, wenn ein Gesetz nur mit Zustimmung der Stände erlassen werden kann. Im Falle eines widerstreitenden Beschlusses treten dann hier die in manchen Verfassungen für solche Fälle vorgeschriebenen Mittel ein, um die Differenz zu beseitigen. Abfassung und Erlassung des Gesetzes erfolgt dann aber im

---

Wege, das Unterminiren der bestehenden Staatsgewalten durch Gesetze und Verträge, die entweder die Anmaßung der revolutionären Faction zu ertragen gewußt oder die Sorglosigkeit und Uebereilung der Träger der Regierung der schleichenden List ihrer Feinde auch ohne äußeren Zwang verwilligt hat.

314) Württemb. Verfassungsurk. §. 172. Sächs. Verfassungsurk. §. 88, und so fast alle Verfassungsurkunden, vgl. Zacharia, Staatsrecht Bd. 2, S. 114. Nach dem meiningen'schen Grundges. §. 86 steht es den Ständen auch frei, Gesetzentwürfe einzureichen, welche stets mit Sorgfalt erwogen und nicht ohne triftige Gründe abgelehnt werden sollen. Aehnlich Grundges. für Hannover v. J. 1833 §. 88. Die lichtenstein'sche Verf. §. 16 gestattet den Ständen auch nicht Vorschläge zu machen.

315) Sächsische Verfassungsurk. §. 90, 94. Hannov. Landesverfassungsges. §. 118. Sondershaus. Verfassungsurk. §. 153.

316) Sächs. Verfassungsurk. §. 93. Altenburg. Grundges. §. 209. Sondershaus. Verfassungsurk. §. 152.

317) Sächs. Verfassungsurk. §. 94, 95. Hannov. Landesverfassungsges. §. 115. Sondershaus. Verfassungsurk. §. 153.

Namen des Landesherrn als alleinigen Inhabers der gesetzgebenden Gewalt, doch ist nach der ausdrücklichen Vorschrift mehrerer Verfassungen in dem Gesetze die erfolgte Zustimmung oder das angehörte Gutachten der Stände ausdrücklich zu erwähnen<sup>318)</sup>.

c) Mitwirkung der Stände beim Staatshaushalte.

Die Grundlage der hierher gehörigen Befugnisse der Stände bildet das Steuerbewilligungsrecht. Wie wir gesehen haben, ist dieß das eigentliche Recht der Stände, welches ihnen am wenigsten bestritten werden konnte, so sehr es auch verkümmert und selbst gebrochen worden ist<sup>319)</sup>. Daher beschränkt sich das Recht der Stände in manchen Ländern, in denen noch ständische Versammlungen stattfinden, darauf, für die Aufbringung, Repartirung der geforderten Steuern zu sorgen<sup>320)</sup>, oder sie haben die ihnen vorgelegten Steuergesetze (d. h. also wodurch die bisherigen Steuern erhöht, verändert werden sollen) zu begutachten<sup>321)</sup>. In den meisten Staaten aber und selbst in denen, welche sonst in der Zusammensetzung der Ständeversammlung, der Form der Verhandlung u. s. w. sich den älteren Vorbildern am meisten angeschlossen haben, und nach welchen die Theilnahme an der Gesetzgebung wohl nur in einer Begutachtung besteht, ist den Ständen doch das Recht der Steuerbewilligung nach Maßgabe des geschichtlich begründeten Rechtes in einer dem veränderten Staatswesen angemessenen Weise wiedergegeben worden. So heißt es in der Verordnung für Lippe-Schaumburg v. 15. Jan. 1816 (§. 2): Die Landstände haben das Recht, die zur Staatsverwaltung nothwendigen Ausgaben nach den ihnen vorzulegenden Berechnungen zu prüfen, mit uns (dem Fürsten) über das Maß und die Art der Besteuerung sich zu vereinigen und die darnach erforderlichen Steuern zu verwilligen. So ist in dem waldeck'schen Landesvergleiche (§. 25) den Ständen das Recht der Verwilligung und Regulirung sämmtlicher sowohl ständiger als unständiger, zur Staatsverwaltung nothwendiger Steuern zuerkannt, und alles, was auf Abänderung bestehender, Einführung neuer Steuern und auf Steuerverfassung überhaupt Bezug hat, soll nur unter ihrer Zustimmung geschehen. In den meisten Verfassungsurkunden ist

318) Sächf. Verfassungsurk. §. 87. Hannov. Staatsgrundgef. §. 85. Landesverfassungsgef. §. 113. Kurhess. Verfassungsurk. §. 95. Braunschw. Landschaftsordn. §. 100. Sondershausen. Verfassungsurk. §. 151.

319) Oben Note 53, 93—96, 124, 153, und der vorhergehende Text daselbst.

320) So in Oesterreich. Vgl. die erneute Verfassung von Tyrol v. 24. März 1816 §. 6 (Pölich, europ. Verfassungen Bb. 1, S. 52). Verfassung für Eichenstein §. 11: so haben unsere getreuen Stände sich nur über die Einbringlichkeit der postulirten Summen zu berathschlagen und dafür zu sorgen.

321) So in Preußen, nach dem Gesetze v. 5. Juni 1823 III. 2., und in Holstein.

aber festgesetzt, daß ohne Bewilligung der Stände weder directe noch indirecte Steuern ausgeschrieben werden können<sup>322)</sup>, und es vers ordnen einige daher auch noch, daß jedesmal in dem Ausschreiben die ständische Bewilligung erwähnt werden soll<sup>323)</sup>. Das Steuerbewilligungsrecht wird aber nicht mehr als ein rein facultatives wie früher angesehen, wo es von den Ständen abhing, ob sie sich über gewisse Reichs-, Noth- und herkömmliche Steuern hinaus noch zu etwas weiterem verstehen wollten, und wenn sie das thaten, dieses als eine freiwillige, gleichsam dem Fürsten persönlich, wenn auch zum Zwecke der Regierung geleistete Beihilfe betrachtet wurde, die sie auch an anderweitige (nicht auf das Wesen und die Verwendung der Steuern selbst sich beziehende) Bedingungen, deren Verbindung mit der Steuerbewilligung jetzt oft ausdrücklich verboten ist<sup>324)</sup>, knüpfen konnten. Jetzt waltet hier der rein staatsrechtliche Gesichtspunkt. Als Staatsoberhaupt hat der Landesherr das Recht, die zu den Staatsbedürfnissen erforderlichen Steuern zu fordern, als Staatsangehörige haben die Unterthanen sie aufzubringen, und die Landstände sind sie zu bewilligen verpflichtet<sup>325)</sup>. Die Stände — sagt die sächsische Verfassungsurk. (§. 97) — haben die Verpflichtung, für die Aufbringung des ordentlichen und außerordentlichen Staatsbedarfes durch Aussetzung der hierzu erforderlichen Deckungsmittel zu sorgen. Das Staatsbedürfniß gibt aber den Maßstab dafür, wie weit jene Pflicht der Unterthanen geht; die Staatsbedürfnisse sind aber meist keine absolute oder aus einem bloßen Nothstande hervorgehende, sondern solche, die so weit ausgebehnt werden dürfen, als es das öffentliche Wohl erheischt, und befriedigt werden müssen, als dieses, ohne dem Staate einen empfindlicheren Nachtheil zuzufügen, die Kräfte zu verzehren, geschehen kann. Das Steuerbewilligungsrecht besteht daher in Ermessung des Bedürfnisses und in der Auffindung der Mittel zur Befriedigung desselben. In diesem Sinne fährt daher das sächsische Staatsgrundgesetz, nachdem es die Verpflichtung der Stände, für die Befriedigung des Staatsbedarfes zu sorgen, ausgesprochen hat, auch fort: Sie haben dagegen die Befugniß, hierbei die Nothwendigkeit, Zweckmäßigkeit und Höhe der Ansätze

322) Bayer. Verfassungsurk. VII. §. 3. Württemberg. §. 109. Sächs. §. 96. Kurheff. §. 143. Hessen-darmstadt. §. 67. Bad. §. 53. Weimar. Grundgef. §. 5, Nr. 2. Coburg. §. 72, 114. Nassau. Patent §. 2, Nr. 3. Braunsch. Landschaftsordn. §. 173.

323) Sächsische Verfassungsurk. §. 104. Kurheff. Verfassungsurk. §. 146. Braunsch. Landschaftsordn. §. 176.

324) Bayer. Verfassungsurk. VII. §. 9. Württemb. §. 113. Bad. §. 56. Sächs. §. 102. Hessen-darmst. §. 68. Coburg. Grundgef. §. 72. Altenburg. §. 204.

325) Vgl. auch altenburg. Grundgef. §. 201: Die Landschaft ist verbunden, die zu anständiger Aufbringung (Dotirung) der erforderlichen und deshalb vor dem Einnahmeetat festzusetzenden Ausgabezüge nöthigen Mittel zu bewilligen.

zu prüfen und deshalb Erinnerungen zu machen, auch sich wohl wegen der Annahme der angelegten Summen, als über die Art der Deckung, die Grundsätze und Verhältnisse, nach welchen die Abgaben und Leistungen auf Personen und Gegenstände zu legen und zu vertheilen sind, sowie über die Dauer und die Erhebungsweise zu entschließen<sup>326</sup>). Ungeachtet aber die Bewilligung der nothwendigen Steuern als eine feststehende und allgemein anerkannte Pflicht gilt, so haben doch Steuern, wenn auch der Staatshaushalt jetzt vorzüglich auf dieselbe begründet ist, ihre subsidiäre Natur nicht verloren<sup>327</sup>); es können Steuern von der Regierung nur so weit gefordert werden, als anderweitige Mittel, namentlich Kammergüter, so weit sie zur Tragung der Staatslasten bestimmt sind, ferner außerordentliche<sup>328</sup>) Ersparnisse oder Cassenbestände<sup>329</sup>) nicht vorhanden sind. Es ergibt sich aber daraus, daß die Steuerbewilligung eine Prüfung der Staatsbedürfnisse, zu deren Befriedigung die Steuern gefordert werden, und der zu deren Deckung bereits vorhandenen Mittel voraussetzt. Daher wird den Ständen, wie es auch mehrere der Staatsgrundgesetze vorschreiben, der Nachweis über die Verwendungs der Staatseinnahmen, eine Uebersicht des Staatsbedürfnisses, sowie ein Voranschlag der (für die nächste Steuerperiode) zu erwartenden Staatseinnahmen vorgelegt<sup>330</sup>). Nach Prüfung derselben haben dann die Stände zu beschließen, d. h. die erforderlich gefundenen Steuern der Größe und der Art nach zu bewilligen<sup>330a</sup>). Der Bundesbeschluß v. 28. Juni 1832, welcher bestimmt, daß den Souveränen durch die Landstände die zur Führung einer den Bundespflichten und der Landesverfassung entsprechenden Regierung erforderlichen Mittel nicht verweigert werden dürfen, kann nicht den Sinn haben,

326) Coburg. Verfassungsurk. §. 113: Die Ständeversammlung berathet über die Ausführung (der Etats) hinsichtlich der Nothwendigkeit der darin ausgeführten Bedürfnisse und hinsichtlich der Ausführbarkeit der zu machenden Bewilligungen.

327) Württemb. Verfassungsurk. §. 109: So weit der Ertrag des Kammergutes nicht hinreicht. Kurhess. Verfassungsurk. §. 143: So weit die übrigen Hilfsmittel nicht hinreichen. Braunschw. Landschaftsordn. §. 173.

328) Es müssen hiervon nämlich die ordentlichen Reservefonds unterschieden werden, z. B. bayer. Verfassungsurk. Tit. VII, §. 5, sächs. Verfassungsurk. §. 106, verordnen die Bildung eines solchen Reservefonds und die dazu erforderliche Bewilligung.

329) Die coburg. Verfassungsurk. §. 71 bestimmt, daß die Ueberschüsse zunächst nach Abzug der Zinsen zu dem Schulbentilgungsfonds, sowie auch zur Erhöhung des Fonds der Dienerpensionen verwendet werden sollen.

330) Bayer. Verfassungsurk. Tit. VII, §. 4, 10. Sächs. Verfassungsurk. §. 98. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 67. Weimar. Grundgef. §. 5, Nr. 3. Meining. Grundgef. §. 80 a. Altenburg. Grundgef. §. 207. Nassau. Patent §. 2, Nr. 3.

330a) Sächs. Verfassungsurk. §. 98, 100. Kurhess. §. 145, 146. Weimar. Grundgef. §. 5, Nr. 1. Coburg. Grundgef. §. 113. Braunschw. Landschaftsordn. §. 185.

wie bereits oben bemerkt worden<sup>331</sup>), daß es den Souveränen allein überlassen bleiben muß, den Staatsbedarf festzusetzen und zu ermessen, wie weit die vorhandenen Mittel zur Deckung hinreichen, denn dieses käme unter den jetzigen Verhältnissen einer gänzlichen Beseitigung des Steuerbewilligungsrechtes gleich. Der Sinn kann vielmehr nur sein, daß die Stände die Steuern überhaupt, wie sie es früher (mit Ausnahme der Reichs- und herkömmlichen) würden haben thun können, nicht ohne Rücksicht auf das Staatsbedürfnis, verweigern dürfen. Es ist damit die staatsrechtliche Betrachtungsweise des Steuerbewilligungsrechtes, wie sie zuvor im Gegensatz zu den älteren, mehr privatrechtlichen, bezeichnet worden ist, gleichsam sanctionirt worden. Eine Prüfung des Staatsbedürfnisses läßt sich aber nicht anders, als durch Prüfung der einzelnen Ausgabenposten denken, indem die Stände diese überhaupt oder ihrem Belaufe nach entweder für nothwendig, zweckmäßig erkennen oder nicht<sup>332</sup>). Wenn das letztere der Fall ist, so sollen, ehe ein ständischer Beschluß erfolgt, nach manchen Verfassungen erst Verhandlungen zwischen den Ständen und der Regierung eintreten<sup>333</sup>). Ist ein Einverständnis nicht zu erlangen, so kann die Regierung die ihr verfassungsmäßig zustehenden Mittel, z. B. Auflösung der Ständeversammlung, in Anwendung bringen; allgemein gehört zu diesen Mitteln auch die Provocation auf ein Bundeschiedsgericht. Daß dieses Gericht, welches nur von der Regierung berufen werden kann, nur erforderlichen Falles den Rechten der Regierung, nicht aber, wie ehemals die Reichsgerichte in gleichem Maße, auch den Rechten der Stände zum Schutze dient, ist bereits oben bemerkt worden<sup>334</sup>). Höchst

331) S. oben Note 153.

332) S. die in Note 330 gegebenen Nachweisungen. Einige Verfassungsgesetze haben hier eine in das Detail eingehende Prüfung und Theilnahme der Stände an der Regulirung des Staatshaushaltes auszuschließen gesucht; so bestimmt die braunsch. Landschaftsordn. §. 185: Den Ständen steht das Recht zu, gemeinschaftlich mit der Landesregierung den Staatshaushaltsetat nach den einzelnen Abtheilungen festzustellen. Die Verwendung und Vertheilung der für jede einzelne Abtheilung im Ganzen bewilligten Summen bleibt jedoch der Bestimmung der Landesregierung überlassen u. s. w. Ähnliches ist in den geh. Wiener Beschlüssen v. 1834 ausgesprochen. Art. 20 heißt es: Das Recht der Steuerbewilligung ist nicht gleichbedeutend mit dem Rechte, das Staatsausgabenbudget zu regeln. (Auch jetzt, wo die Steuerbewilligung überhaupt eine nothwendige ist? Was bleibt dann?) Aus diesem Unterschiede folgt: daß Ständen das Recht, einzelne, innerhalb des Betrages der im allgemeinen bestimmten Etatssummen vorkommende Ausgabenposten festzusetzen oder zu streichen, nicht zusteht, insofern ihre Zustimmung dazu nicht ausdrücklich durch Verfassungen und Gesetze vorbehalten ist. Eine zu große Verallgemeinerung der Etats- oder Ausgabenposten würde es den Ständen unmöglich machen, den Staatsbedarf wahrhaft kennen und beurtheilen zu lernen, und ihnen so das Fundament der Steuerbewilligung entziehen. Diese würde dann, wie früher, mehr von der Willkür abhängig oder bloß illusorisch werden.

333) S. B. sächsische Verfassungsurth. §. 100, 103.

334) S. oben Note 154, 155.

gefährlich dem ständischen Steuerbewilligungsrechte könnte daher die Anwendung des Grundsatzes der angeblichen Wiener Beschlüsse v. J. 1834 werden, daß wenn Ausgaben, welche von den Ständen nicht anerkannt oder gestrichen worden, dennoch gemacht worden sind, die Stände zwar eine Verwahrung für künftige Fälle einlegen, niemals aber dergleichen als wirklich verausgabt nachgewiesene Summen als effective Cassenbestände in Anschlag bringen können. —

1) Die Steuerbewilligung und die damit zusammenhängende oder ihr zu Grunde liegende Regulirung des Staatshaushaltes durch Regierung und Stände (die Bewilligung des Budgets) erfolgt in der Regel für gewisse Jahre, und zwar nach den meisten Verfassungs-urkunden auf 3 Jahre<sup>335</sup>). — Wo mehrere Kammern bestehen, sollen zufolge mehrerer Constitutionen die Abgabengesetze zuerst an die zweite Kammer gebracht werden, die erste kann dann deren Beschlüsse nur im Ganzen annehmen oder verwerfen, aber keine Aenderungen machen; im Falle der Verwerfung werden aber die bejahenden und verneinenden Stimmen zusammengezählt, um so eine allgemeine Stimmenmehrheit zu bilden<sup>336</sup>). — In gewissen Fällen ist es der Regierung verfassungsmäßig gestattet, die bewilligten Steuern 6 Monate oder auch 1 Jahr über die bestimmte Finanzperiode hinaus, ehe eine neue Steuerbewilligung erfolgt ist, zu erheben, und zwar tritt dieses ein, wenn Uneinigkeit zwischen der Regierung und den Ständen eingetreten ist, die Ständeversammlung in Folge davon aufgelöst worden ist, und eine neue noch nicht hat zusammenkommen können, sowie auch wenn der Landesherr durch außerordentliche äußere Verhältnisse verhindert worden ist, die Stände zusammenzuberufen<sup>337</sup>). Die Stände können auch nicht diejenigen Steuern verweigern, welche zur Erfüllung der Bundespflichten erforderlich sind<sup>338</sup>), doch ist, was die Aufbringung der durch

335) Württemb. Verfassungsurk. §. 112. Sächs. Verfassungsurk. §. 115. Kurhessische Verfassungsurk. §. 144. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 67. Braunschw. Landschaftsordn. §. 177. — Auf 6 Jahre in Bayern (Verfassungsurk. VII. §. 5, 6), Coburg (Grundgef. §. 80, 112) und Nassau (Patent §. 2, Nr. 3). Auf 4 Jahre in Altenburg (Grundgef. §. 203). Auf 2 Jahre in Baden (Verfassungsurk. §. 54).

336) Württemb. Verfassungsurk. §. 181. Babilische Verfassungsurk. §. 60, 61. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 67. — In Sachsen tritt ein anderes Vermittelungsverfahren ein. Verfassungsurk. §. 101 vgl. mit §. 131. S. auch bayer. Verfassungsurk. Tit. 6, §. 17. — In Nassau werden gleich anfangs die Stimmen beider Abtheilungen zusammengezählt. Patent §. 2, Nr. 3.

337) Bayer. Verfassungsurk. VII. §. 7. Württemb. Verfassungsurk. §. 114 (nur 4 Monate). Babilische Verfassungsurk. §. 62. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 69. Kurhess. Verfassungsurk. §. 147. — Auf 1 Jahr: Sächs. Verfassungsurk. §. 103. Coburg. Grundgef. §. 73. Altenburg. §. 205.

338) Dieser Grundsatz des Art. 58 der Wiener Schlußacte v. 1820 ist noch in mehrere Verfassungsurkunden theils speciell in Beziehung auf die Steuerbewilligung (braunschw. §. 180, coburg. Grundgef. §. 74, meining. §. 84 a. G.), theils implicite durch die Bestimmungen über die Wirksamkeit der Bundesbeschlüsse (oben Note 310) noch besonders bestätigt.

das Bundesverhältniß erwachsenden Lasten betrifft, die Mitwirkung derselben nicht ausgeschlossen.

2) Ohne Bewilligung der Stände können auch die Staatsschulden nicht erhöht werden<sup>339)</sup>, wovon nur in Fällen drohender außerordentlicher Gefahr, wenn die Berufung der Stände unmöglich ist, eine Ausnahme stattfinden kann. Die Staatsschuld ist daher in mehreren Staaten unter die Garantie der Stände gestellt. Ohne ihre Zustimmung soll zufolge der württembergischen Verfassung der Staatsschuldentilgungsplan nicht verändert werden.

3) Die Zustimmung der Stände ist auch zur Veräußerung von Staatsgütern, Domänen oder Kammergütern, so weit die Einkünfte derselben zur Bestreitung der Staatsbedürfnisse verwendet werden müssen, und so weit eine solche Veräußerung überhaupt zulässig ist, erforderlich<sup>340)</sup>. Auch Stiftungen sollen ohne Bewilligung der Stände nicht veräußert oder zu einem anderen als deren ursprünglichen Zweck bestimmt werden können<sup>341)</sup>.

4) In manchen Staaten steht die Staatsschuldencasse<sup>342)</sup>, in anderen aber auch noch die Casse, in welche die Steuern fließen (die Landescaße), entweder unter ausschließlicher Verwaltung der Stände, wobei indes zuweilen eine besondere Obergewalt der Landesregierung stattfindet, oder es wird die Verwaltung in Gemeinschaft von der Regierung und den Ständen geführt<sup>343)</sup>. Hierher gehört auch das nach dem Umsturze der hannover'schen Verfassung von 1833 wiederhergestellte Schatzcollegium.

#### d) Das Recht der Petition.

Aus der Pflicht der Landstände, das Wohl des Landes in seiner Gesamtheit, wie aller Einzelnen (das unzertrennliche Wohl des Fürsten und Volkes) nach bestem Gewissen und Kräften zu befördern, ergibt sich das Recht der Petition, d. h. die Befugniß, sowie die Pflicht, die Aufmerksamkeit des Landesherrn auf Mängel und Mißstände in der Gesetzgebung und der Verwaltung des Staates hinzuleiten,

339) Bayer. Verfassungsurk. Tit. VII, §. 11—16. Württemb. Verfassungsurk. §. 119. Sächs. Verfassungsurk. §. 108. Badische Verfassungsurk. §. 57, 63. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 71, und mehrere. Bekanntlich ist auch in Preußen bereits durch das Gesetz v. 17. Jan. 1820 bestimmt, daß ohne Zustimmung der künftig zu berufenden Reichsstände die Staatsschuld nicht erhöht werden soll.

340) Bayer'sche Verfassungsurk. Tit. VII, §. 16, vgl. mit Tit. III, §. 2—4. Württemb. Verfassungsurk. §. 107. Sächs. Verfassungsurk. §. 18, 20, 108. Badische Verfassungsurk. §. 58. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 7.

341) Bayer. Verfassungsurk. Tit. VII, §. 17, und IV. §. 10. Sächsische Verfassungsurk. §. 60.

342) Württemb. Verfassungsurk. §. 120. Sächs. Verfassungsurk. §. 107.

343) Coburg. Verfassungsurk. §. 68—71, 112 fig. Meining. Grundgef. §. 47—83. Waldeck. Landesvertrag §. 25.



auf die Mittel zu deren Abhilfe hinzuweisen und darauf sich beziehende Anträge und Wünsche an denselben gelangen zu lassen. Es können dieselben namentlich in der Bitte um Vorlage eines Gesetzesentwurfes sich äußern, wo die Gesetze von den Ständen begutachtet werden müssen oder deren Zustimmung erfordern, ohne daß sie berechtigt sind, selbst Gesetzesentwürfe einzubringen. Die Begrenzung der Theilnahme an der Gesetzgebung oder die Ausschließung von der Mitwirkung bei der Ausübung anderer Hoheitsrechte kann nicht als Beschränkung des Petitionsrechtes betrachtet werden. Die bayer'sche und sächsische Verfassung haben freilich dem Petitionsrechte gewisse, aber wohl in der Anwendung schwer zu bestimmende Grenzen zu setzen gesucht. Da sie den Ständen das Recht zusprechen: in Bezug auf alle zu ihrem Wirkungskreise gehörige Gegenstände dem Könige ihre gemeinsamen Wünsche und Anträge in der geeigneten Form vorzulegen<sup>344</sup>), wozu in Sachsen auch ausdrücklich noch Anträge auf Abstellung wahrgenommener Gebrechen in der Landesverwaltung oder der Rechtspflege gerechnet werden<sup>345</sup>). Andere Verfassungen erwähnen nur des Rechtes der Bitten und Beschwerden ganz allgemein<sup>346</sup>), während es in einigen ausdrücklich heißt: daß sie das Recht haben, dem Landesherrn Alles vorzutragen, was sie vermöge eines verfassungsmäßigen Beschlusses für geeignet halten, um als Wunsch und Beschwerde an ihn (den Landesherrn) gebracht zu werden<sup>347</sup>). Am bestimmtesten fast hat sich der waldeck'sche Landesvertrag (§. 25) über dieses Recht der Petition, indem er dasselbe mehr noch unter dem Gesichtspunkte einer Pflicht auffaßt, ausgesprochen: Die Stände dürfen nach demselben Vorschläge zur Abänderung bestehender oder zur Einführung neuer Gesetze einreichen, sowie sie überhaupt (durch den Landesherrn) verpflichtet sind, ihre Aufmerksamkeit auf alles dasjenige zu richten, was das Wohl der Unterthanen erfordert, und diejenigen Mittel in Antrag zu bringen, welche dasselbe befördern oder die ihm entgegenstehenden Hindernisse aus dem Wege räumen können<sup>348</sup>).

344) Bayer'sche Verfassungsurth. Tit. VII, §. 19. Sächsische Verfassungsurth. §. 109.

345) Sächsische Verfassungsurth. a. a. D.

346) Württemb. Verfassungsurth. §. 124, 179. Badische Verfassungsurth. §. 67. Kurhess. Verfassungsurth. §. 99.

347) Hessen-darmst. Verfassungsurth. §. 79. Coburg. Verfassungsurth. §. 77. Letztere setzt hinzu: Dergleichen Anträge werden jederzeit eine willige Aufnahme finden, und nach vorgängiger Erwägung und Befinden die erforderliche Verfügung zur Erfüllung solcher Bitten oder zur Abhilfe der Beschwerden getroffen werden.

348) Auch in dem Altenburger Grundgef. §. 214, 215, wird es den Ständen zugleich zur Pflicht gemacht, Mängel in der Gesetzgebung anzuzeigen, und unter genauer Angabe der Gründe um Erlaß, Abänderung, Aufhebung eines Gesetzes zu bitten, sowie Regelwidrigkeiten in einzelnen Zweigen der Verwaltung zur Kenntniß des Landesherrn zu bringen, dessen Wunsch es ist, von

Aber auch den preussischen Provinzialständen ist durch das Gesetz von 1823 ganz allgemein und unbeschränkt das Recht gegeben, Bitten und Beschwerden, welche auf das specielle Wohl und Interesse der ganzen Provinz oder eines Theiles derselben Beziehung haben, dem Landesherrn vorzulegen. — Anträge und Wünsche der Art können von einzelnen Ständemitgliedern ausgehen<sup>349)</sup>, aber nur durch einen sich dafür erklärenden Beschluß der Ständeversammlung, und zwar in den Staaten, in welchen zwei Kammern bestehen, beider Kammern, gelangen sie an den Landesherrn<sup>350)</sup>. Nach mehreren Verfassungen ist es den Staatsangehörigen nicht gestattet, durch Eingaben an die Ständeversammlung Vorschläge zu dergleichen Anträgen und Wünschen an den Landesherrn zu machen, indem Einzelne und Corporationen sich nur wegen Verletzung ihrer Rechte und Interessen beschwerend an die Ständeversammlung sollen wenden können. Eine Ausnahme hiervon macht insbesondere in sehr bestimmter Weise das weimar'sche Grundgesetz<sup>351)</sup>.

#### e) Recht der Beschwerden.

Als *custodes legum et iurium patriae*, wie Moser die teutschen Landstände bezeichnet, haben sie auch den von neueren Verfassungs-urkunden ausdrücklich bestätigten Beruf: die Rechte der Staatsangehörigen (nicht etwa bloß ihre eigenen) zu vertreten, zu beschützen, über die Erhaltung der Verfassung, wovon die besonderen ständischen Rechte nur einen Theil ausmachen, zu wachen. Die Mittel und Wege, welche ihnen dazu heutigen Tages offen stehen, sind Beschwerden und erforderlichen Falles Anklagen gegen höhere Staatsbeamte. Man betrachtet diese beide denn auch jetzt als zwei besondere ständische Rechte. Das Recht der Beschwerden wird größtentheils von dem Petitionsrechte nicht bestimmt unterschieden, indem man zu jenem

---

jeder ungeeigneten Vorkommenheit in der unter seiner obersten Leitung stehenden Staatsverwaltung Kunde zu erhalten.

349) Bayer. Verfassungsurk. Tit. VII, §. 20: Jeder einzelne Abgeordnete hat das Recht, in dieser Beziehung seine Wünsche und Anträge in seiner Kammer vorzubringen, welche darüber, ob dieselben in nähere Ueberlegung gezogen werden sollen, erkennt und sie im bejahenden Falle an den betreffenden Ausschuß zur Prüfung und Würdigung bringt. Aehnlich sächs. Verfassungsurk. §. 109.

350) Eine Ausnahme findet hiervon in Württemberg statt (Verfassungsurk. §. 179): Nur zur Ausübung des Rechtes der Petitionen und Beschwerden, sowie zu einer Anklage wegen verletzter Verfassung ist jede Kammer auch einzeln berechtigt. Eine verwandte Bestimmung: Hesses-darmst. Verfassungsurk. §. 82.

351) Wenn irgend ein Staatsbürger — heißt es in demselben §. 110 — welcher zwar durch den Landtag mit vertreten wird, aber nicht selbst Volksvertreter ist, ein Gebrechen, dessen Abstellung das allgemeine Wohl zu erfordern scheint, bemerkt, oder einen nach seiner Ansicht zum Besten des Landes gereichenden Vorschlag aufgefaßt hat, so bleibt es ihm unbenommen, davon den Landtag oder den Vorstand desselben in Kenntniß zu setzen.

auch die Befugniß rechnet, Mißstände und Mißbräuche in der Verfassung dem Landesherrn zur Anzeige zu bringen und um Abhilfe und Abstellung zu bitten. Die Beschwerde setzt aber eigentlich die Verletzung eines Rechtes voraus, und ist daher auch immer gegen bestimmte Personen gerichtet, was bei einer Bitte um Abstellung von Mißbräuchen durchaus nicht der Fall zu sein braucht. Der Ständeversammlung steht nun die Befugniß zu, Beschwerden von Einzelnen oder Corporationen, die sich in ihren Rechten für verletzt erachten, insofern sie eine Abhilfe auch von den höheren Behörden nicht haben erlangen können, anzunehmen, sie den höheren Behörden zur Berücksichtigung zu empfehlen oder nach vorgängiger Prüfung, wenn sie die Beschwerde begründet findet, sich an den Landesherrn mit der Bitte um Abhilfe zu wenden<sup>352</sup>). Es kann dieses (auch geschehen, wenn keine Klage Dritter wegen des verfassungs- und rechtswidrigen Verfahrens von Staatsdienern erfolgt ist. Die Bitte kann zugleich mit dem Gesuche einer Bestrafung des Schuldigen verbunden sein.

1) Recht zur Anklage wegen Verfassungsverletzungen.

Verschieden von dieser im älteren wie neueren Staatsrechte begründeten Befugniß, von dem Landesherrn die Bestrafung von Beamten, welche ihre Pflichten verletzten, die Rechte des Landes brechen, zu erbitten, ist das Recht der Stände, selbst Anklage zu erheben. Es unterscheidet sich besonders dadurch, daß es dabei nicht wie bei der Beschwerde dem Willen des Landesherrn überlassen bleibt, ob er dem Antrage der Stände Folge geben will, sondern daß die Untersuchung der Sache erfolgen muß. Es ist auch dieses keineswegs dem älteren teutschen Staatsrechte durchaus fremd gewesen<sup>353</sup>). Das Institut der Ministerialverantwortlichkeit und des damit in Verbindung stehenden Rechtes der Stände, Anklage vorzugsweise gegen die Minister als erste Ráthe des Königs und Departementalchefs insbesondere wegen Verletzung der Verfassung zu erheben<sup>354</sup>), ist als ein nothwendiger Bestandtheil des neueren Staatsrechtes erst nach dem Vorbilde in England in den neueren Verfassungsurkunden aufgenommen worden. Um dieses Institut, welches von Manchen als die Spitze des angeblich aus der Volkssouveränität hervorgewachsenen Repräsentativsystems dargestellt wird<sup>355</sup>), gehörig zu würdigen, darf man nicht außer Acht lassen,

352) Bayer. Verfassungsurk. Tit. VII, §. 21.

353) S. Zachariá, Staatsrecht Bd. 1, S. 134 flg.

354) (Hübner), die Ministerialverantwortlichkeit in constitutionellen Monarchien. Leipzig 1833. 8. Besonders R. Mohl, die Verantwortlichkeit der Minister in Einheitsstaaten mit Volksvertretung u. s. w. Tübingen 1837. 8.

355) (Farké), die ständischen Verfassungen u. s. w. S. 195 flg. Vgl. damit aber Dahlmann's Politik S. 97 flg. Auch Mohl's Rechtsphilosophie Bd. 2, Abth. 2, S. 129 flg.

daß in früherer Zeit — welcher die Idee der Unverletzlichkeit des Monarchen in der Weise, wie sie jetzt die Grundlage unseres Verfassungsrechtes ausmacht, fremd war — die Landesherren selbst vor die Reichsgerichte belangt, ja selbst im äußersten Falle der Regierung entsetzt werden konnten. Um die Verfassung, die Rechte des Landes gegen willkürliche Eingriffe sicher zu stellen, um zugleich die Grundlagen der monarchischen Gewalt nicht anzugreifen, hat man daher den Grundsatz aufgestellt, daß die ersten Räte und Diener des Königs die Verantwortlichkeit für alle Staatshandlungen zu übernehmen haben und jeder Befehl des Landesherrn von einem solchen ersten Rathe oder Minister oder mehreren mitunterzeichnet sein muß<sup>356</sup>). Wer einen Befehl, der eine strafwürdige Verletzung der Verfassung enthält, unterzeichnet, macht sich dadurch selbst zum Autor desselben. Die Hauptverschiedenheit in den teutschen Verfassungsgesetzen, welche Bestimmungen über dieses Recht der Stände enthalten, besteht darin, daß die entscheidende Behörde entweder die höchste Justizstelle des Landes (das Oberappellationsgericht) oder ein besonders organisirter Staatsgerichtshof ist<sup>357</sup>), nirgends aber wie in England und Frankreich die erste Kammer; daß die Stände, wie es meist der Fall ist, unmittelbar bei diesem die Anklage erheben oder sich nur an den Monarchen wenden können, der die Untersuchung der Sache aber dann in der verfassungsmäßigen Weise zu veranlassen hat<sup>358</sup>), diese also so wenig verhindern als hemmen oder die Folgen derselben vernichten kann. Es ist daher überhaupt Regel und oftmals ausdrücklich vorgeschrieben, daß bei solcher Anklage der Regent weder die Sache aboliren noch den Verurtheilten begnadigen kann<sup>359</sup>). In Teutschland ist, wo zwei Kammern

356) In diesem Sinne verordnen die Contrassignatur: Württemb. Verfassungsurth. §. 51. Hannov. Staatsgrundgef. v. 1833 §. 151. Sächsische Verfassungsurth. §. 42, 43, 110. Kurhess. Verfassungsurth. §. 108. Weimar. Grundgef. §. 111. Meining. Grundgef. §. 102. Altenburg. §. 36. Braunschw. Landschaftsordn. §. 152, 155.

357) Besonders in Württemberg und Sachsen. Württemb. Verfassungsurth. §. 195—198. Schenklen, der Staatsgerichtshof im Königreiche Württemberg, mit Hinweisung auf die analogen Einrichtungen in anderen Bundesstaaten. Tübing. 1835. Sächsische Verfassungsurth. §. 142—149.

358) Bayer. Verfassungsurth. Tit. X, §. 6. Finden die Stände sich durch ihre Pflicht aufgefordert, gegen einen höheren Staatsbeamten wegen vorsätzlicher Verletzung der Staatsverfassung eine förmliche Anklage anzustellen, so sind die Anklagepunkte bestimmt zu bezeichnen, und in jeder Kammer durch einen besonderen Ausschuss zu prüfen. Vereinigen sich beide Kammern hierauf in ihren Beschlüssen über die Anklage, so bringen sie dieselbe mit ihren Belegen in vorgeschriebener Form an den König. Dieser wird sie sodann der obersten Justizstelle zur Entscheidung übergeben, und die Stände von dem gefällten Urtheile in Kenntniß setzen. Die sächs. Verfassungsurth. §. 140 läßt ein ähnliches Verfahren auf erhobene Beschwerden der Stände eintreten, unterscheidet davon aber die eigentliche selbstständig von den Ständen beim Staatsgerichtshof erhobene Anklage, §. 141.

359) Württemb. Verfassungsurth. §. 205: Der König wird nicht nur die

bestehen, die Uebereinstimmung beider zu einer solchen Anklage erforderlichlich, außer in Württemberg. Dftmals ist das Anklagerecht der Stände nicht nur auf Verfassungsverletzungen durch Minister und solche höhere Staatsbeamte beschränkt, welche nicht erst von einer höheren Behörde Befehle und Weisungen zu empfangen haben, sondern findet gegen diese auch wegen gewisser anderer Vergehungen statt, z. B. Erpressung, Veruntreuung öffentlicher Gelder, sowie auch gegen andere Staatsbeamte, wenn sie sich einer Verfassungsverletzung durch Vollziehung einer nicht in gehöriger Form erlassenen Verfügung schuldig gemacht haben<sup>360</sup>). Im einzelnen herrscht in den Vorschriften über das Anklagerecht der Stände noch eine große Verschiedenheit und eine gewisse Unsicherheit, und es muß denen, welche die neueren Verfassungsurkunden als papierene zu bezeichnen pflegen, eingeräumt werden, daß wohl schwerlich unter den jetzigen Verhältnissen in den deutschen Staaten das Anklagerecht der Stände sehr gefürchtet werden, und als ein moralisches Sicherungsmittel, als ein wirksamer Ersatz für den Mangel eines anderweitigen Rechtsschutzes der Verfassungen sich bewähren möchte.

#### g) Zustimmungrecht zu Landesveräußerungen.

Mehrere der neueren Verfassungsurkunden bestimmen, daß ohne Zustimmung der Stände kein Theil des Landes veräußert werden soll<sup>361</sup>), während andere das Staatsgebiet für untheilbar und unveräußerlich erklären<sup>362</sup>). Im vorigen Jahrhunderte, als alle ständischen

Untersuchung niemals hemmen, sondern auch das ihm zustehende Begnadigungsrecht nie dahin ausdehnen, daß ein von diesem Gerichte in die Entfernung vom Amte verurtheilter Staatsdiener in seiner bisherigen Stellung gelassen, oder daß derselbe in einem anderen Justiz- und Staatsverwaltungsamte angestellt würde, es wäre denn, daß in Rücksicht auf die Wiederanstellung das gerichtliche Erkenntniß einen ausdrücklichen Vorbehalt zu Gunsten des Beklagten enthielte. Ebenso sächsische Verfassungsurk. §. 150. Aehnliche Bestimmungen wegen Abolition und Begnadigung bei Anklage der Stände gegen einen Staatsbeamten: Kurhess. Verfassungsurk. §. 126, 127. Meiningen'sches Grundgef. §. 106.

360) Vgl. bayer. Verfassungsurk. a. a. D. Württemb. Verfassungsurk. §. 199 flg. Sächsische Verfassungsurk. §. 141—151. Hannov. Staatsgrundgesetz §. 152. Kurhessische Verfassungsurk. §. 100, 101, vgl. mit §. 61. Badische Verfassungsurk. §. 67, und dazu Gesetz v. 5. Oct. 1820. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 109, und Gesetz über Verantwortlichkeit der Minister und obersten Staatsbehörden v. 15. Juli und 8. Jan. 1824. Weimar. Grundgef. §. 111—116. Coburg. Verfassungsurk. §. 78. Meining. Grundgef. §. 88, 102—104. Altenburg. Grundgef. §. 37. Nassauisches Patent v. 1814 §. 2, Nr. 2. Braunsch. Landschaftsordn. §. 108—112.

361) Sächsische Verfassungsurk. §. 2. Hannover. Grundgef. §. 1. Landesverfassungsges. §. 1. Braunsch. Landschaftsordn. §. 1.

362) Bayer. Verfassungsurk. §. 1. Württemb. Verfassungsurk. §. 1. Badische Verfassungsurk. §. 3. Meining. Grundgef. §. 1, 2. Altenburg. Grundgef. §. 2. Auch hessen-darmst. Verfassungsurk., wie sich aus §. 9, vgl.

Rechte ins Schwanken gekommen waren, führte man einen lebhaften Streit darüber, ob die Einwilligung in Landesveräußerungen zu den den teutschen Landständen im Zweifel zuzusprechenden Rechten gehöre<sup>363</sup>). Auf der einen Seite lag die ganze rechtliche und politische Stellung der teutschen Landstände, wie sie sich im 16. und 17. Jahrhunderte ausgebildet hatte, ferner die in vielen Landesverträgen den Landständen ertheilte Zusicherung, daß ohne ihr Vobwort kein Landestheil veräußert werden sollte, sowie einzelne jenes Recht bestätigende Vorgänge, indem die Landstände ihre Zustimmung bei Landesveräußerung entweder ertheilt hatten oder dieselbe wohl an ihrem Widerspruche gescheitert war. Auf der andern Seite wurde geltend gemacht die Theorie von der Vereinigung der vollen Staatsgewalt in allen ihren Beziehungen in der Hand des Landesherrn, die jede Theilnahme der Stände nur als eine regelwidrige Ausnahme gelten lassen wollte; ferner der Mangel urkundlicher Versicherung jenes Rechtes in manchen Ländern, und in Folge davon geschehene Landesveräußerung ohne irgend eine Mitwirkung der Stände. Beispiele der Art können aber um so weniger befremden, als oftmals ja auch die entschiedensten Rechte der Landstände, z. B. die Steuerbewilligung, unbeachtet blieben, und selbst die Thätigkeit der Stände in manchen Ländern ganz aufgehört hatte. Was von der Veräußerung gilt, ist auch auf Erbverbrüderungen u. s. w. anwendbar.

h) Recht der Landstände bei eintretender Regentenschaft und beim Thronwechsel.

Mehrere Landesverfassungsgesetze erfordern die Zustimmung der Landstände, wenn in dem Falle, daß der Landesherr oder der zunächst zur Regierung Berufene unfähig sein sollte, die Regierungsgewalt auszuüben, und eine Vorsorge deßhalb nicht von dem Landesherrn zuvor getroffen worden ist, eine Regentenschaft eintreten soll<sup>364</sup>). Daß die

---

mit §. 7, ergibt. Kurheffische Verfassungsurk. verbietet Veräußerung ohne vollen Erfaß, fordert aber auch zu einem solchen Lauche Zustimmung der Stände. — Als Ausnahmen von dieser Unveräußerlichkeit oder der Beschränkung durch erforderliche Zustimmung der Stände werden besonders Grenzberichtigungen und Gebietsabtretungen bei Friedensschlüssen (unfreiwillige Abtretungen) betrachtet.

363) S. bef. Moser, von der Reichsstände Landen S. 214 flg. und S. 287 flg., wo selbst auch die ältere Literatur verzeichnet ist. Besonders dann Poffe, über das Einwilligungrecht teutscher Unterthanen in Landesveräußerungen. Jena 1785. H. A. Schmalz, de iure alienandi territoria absque consensu statuum provincialium principibus Germaniae competentibus. Rintel. 1786. In neuerer Zeit Maurerbrecher, die teutschen regierenden Fürsten und die Souveränität S. 119. S. aber auch Klüber, öffentl. Recht §. 33. Zacharia, Staatsrecht Bd. 1, S. 323 flg.

364) Bayer. Verfassungsurk. Tit. II, §. 11. Württemb. Verfassungsurk. §. 13. Sächsishe Verfassungsurk. §. 11. Hannov. Grundgef. §. 18. Landesverfassungsges. §. 20. Kurheffische Verfassungsurk. §. 7.

Wirksamkeit der Landstände in Beziehung auf die vormundtschaftliche oder regentschaftliche Regierung des Landes in früherer Zeit noch viel weiter ging, ist oben bemerkt worden <sup>365</sup>).

Bei einem eigentlichen Thronwechsel steht den Ständen jetzt weiter kein Recht zu, als daß nach der Vorschrift mehrerer Verfassungen der neue Landesherr, wenn er es nicht schon zuvor gethan, die Bestätigung der Landesverfassung und namentlich der ständischen Rechte in ihre Hände niederlegen muß <sup>366</sup>), welches nach der ausdrücklichen Bestimmung einiger Verfassungen der Huldigung vorhergehen muß <sup>367</sup>). Auch soll nach mehreren Verfassungsurkunden beim Antritte eines neuen Landesherrn die Einwilligung für die ganze Regierungszeit bestimmt werden <sup>368</sup>). —

Im übrigen gilt jetzt weit allgemeiner und bestimmter als früher die Regel, daß den Ständen kein Antheil an der vollziehenden Gewalt, keine Mitwirkung bei der Verwaltung zusteht, indes findet eine Ausnahme davon besonders insofern statt, als in manchen Staaten die Verwaltung der Staatsschuldencasse <sup>369</sup>) oder der Steuer- (Landes-) casse den Ständen allein, oder in Concurrnz mit der Regierung überlassen ist <sup>370</sup>), und daß ihnen das Wahl- oder Präsentationsrecht zum Zwecke der Besetzung gewisser Stellen zukommt. — Der Landesherr übt jetzt auch in den sogen. constitutionellen Staaten die sogen. äußeren Hoheitsrechte, und ordnet daher das Verhältniß zu anderen Staaten ohne Concurrnz der Stände. Es war dieses früher keineswegs in

365) S. oben Note 43—45.

366) Sächsische Verfassungsurk. §. 138: Der Thronfolger hat beim Antritte der Regierung, in Gegenwart des Gesamtministeriums und der beiden Präsidenten der letzten Ständeversammlung, bei seinem fürstlichen Worte zu versprechen, daß er die Verfassung des Landes, wie sie zwischen dem Könige und den Ständen verabshiedet worden ist, in allen ihren Bestimmungen während seiner Regierung beobachten, aufrecht erhalten, beschützen zu wollen. Die hierüber zu ertheilende Urkunde ist den beiden Präsidenten der Kammern auszuhändigen, welche sie der nächsten Ständeversammlung zu übergeben und inmittelst im ständischen Archive niederzulegen haben. Vgl. hannov. Landesverfassungsges. §. 13. Hesses-darmst. Verfassungsurk. §. 106. In Bayern (Verfassungsurk. I. §. 1) leistet der König einen Eid.

367) Württemb. Verfassungsurk. §. 10: Der Huldigungseid wird dem Thronfolger erst dann abgelegt, wenn er in einer den Ständen des Königreichs auszustellenden feierlichen Urkunde die unverbrüchliche Festhaltung der Landesverfassung bei seinem königlichen Worte zugesichert hat. Vgl. hannov. Grundges. §. 13. Kurhess. Verfassungsurk. §. 6. Coburg. Verfassungsurk. §. 104. Meining. Grundges. §. 107. Braunsch. Landschaftsordn. §. 4. — In Bismar (Grundges. §. 126, 127) soll dazu ein außerordentlicher Landtag berufen werden.

368) Württemberg. Grundges. §. 104. Badische Verfassungsurk. §. 89. Hesses-darmst. Verfassungsurk. §. 70.

369) Württemberg. Verfassungsurk. §. 120. Sächs. Verfassungsurk. §. 107.

370) S. oben Note 343.

diesem Umfange der Fall<sup>371)</sup>, und es versteht sich von selbst, daß dadurch die anderweitigen Rechte der Stände und der Unterthanen nicht gekränkt werden dürfen. Die württemberg'sche Verfassungsurkunde (§. 85) bestimmt daher in diesem Sinne: Der König vertritt den Staat in allen seinen Verhältnissen gegen auswärtige Staaten. Es kann jedoch ohne Einwilligung der Stände durch Verträge mit Auswärtigen kein Theil des Staatsgebietes und Staatseigenthums veräußert, keine neue Last auf das Königreich und dessen Angehörige übernommen und kein Landesgesetz abgeändert und aufgehoben, keine Verpflichtung, welche den Rechten der Staatsbürger Eintrag thun würde, eingegangen, namentlich auch kein Handelsvertrag, welcher eine neue gesetzliche Einrichtung zur Folge hätte, und kein Subsidienvvertrag zur Verwendung der königlichen Truppen in einem Deutschland nicht betreffenden Kriege geschlossen werden (§. 86). Der König wird von den Tractaten und Bündnissen, welche von ihm mit auswärtigen Mächten angeknüpft werden, die Stände in Kenntniß setzen, sobald es die Umstände erlauben. Damit stimmt im wesentlichen auch die braunschweig'sche Landschaftsordnung überein<sup>372)</sup>, und eine Bestätigung dieses Princips liegt auch in dem Zusage, welchen mehrere Verfassungen der Bestimmung über die Verbindlichkeit der Bundesbeschlüsse in den einzelnen teutschen Staaten hinzufügen, daß es zur Aufbringung der dazu erforderlichen Mittel der Zustimmung der Stände bedarf.

#### 4) Innere Organisation der Ständeversammlungen.

##### a) Berufung der ordentlichen und außerordentlichen Landtage.

Die Landstände übten früher ihre Rechte theils in allgemeinen Versammlungen, theils in Zusammenkünften der Ausschüsse, sowie auch die einzelnen Stände zuweilen besondere Convente hatten. Letzteres findet jetzt um so seltener noch statt, als in allen neu organisirten Verfassungen nicht ständeweise berathen oder gestimmt, und noch weniger von Seiten des Landesherren mit den einzelnen Ständen verhandelt wird<sup>373)</sup>. Von den ständischen Ausschüssen kann erst die Rede

371) S. oben Note 66, 67.

372) Braunschw. Landschaftsordn. §. 7: Der Landesfürst vertritt den Staat in allen Verhältnissen zu dem teutschen Bunde und zu anderen Staaten. Er ordnet die Gesandtschaften und Missionen an, schließt Staatsverträge und erwirbt dadurch Rechte für das Herzogthum, sowie er dasselbe zur Erfüllung der vertragmäßigen Verbindlichkeiten verpflichtet. §. 8: Die Ständeversammlung wird, sobald es die Umstände zulassen, von solchen Verträgen in Kenntniß gesetzt. Die zur Ausführung derselben erforderlichen Mittel bedürfen der ständischen Bewilligung, und sollen in deren Folge neue Landesgesetze erlassen oder die bestehenden aufgehoben oder abgeändert werden, so ist hierzu die verfassungsmäßige ständische Mitwirkung erforderlich.

373) Doch auch schon Moser, von der Reichsstände Landen S. 1518:



sein, nachdem wir die Art, wie die Landstände als Gesamtheit ihre Wirksamkeit üben, kennen gelernt haben. Das Recht der Landstände — die ursprünglich eine selbstständige Corporation bildeten, welche erst im Laufe der Zeit ein Bestandtheil der Landesorganisation wurde — sich willkürlich oder auch ohne landesherrliche Bewilligung zu versammeln, wurde seit dem 16. Jahrhunderte mehr und mehr beschränkt. Es wurde viel darüber gestritten, ob den Landständen überhaupt (wo es nicht ausdrücklich verboten) das Recht zugesprochen werden müsse, sich ohne Bewilligung des Landesherrn zu versammeln<sup>374</sup>), oder ob dergleichen Zusammenkünfte überhaupt selbst als Privatconvente<sup>375</sup>) unzulässig seien. Doch haben sich noch im 18. Jahrhunderte manche Landstände im Besitze dieses wohl auch urkundlich anerkannten Rechtes (nicht nur Privatconvente zu veranstalten, sondern auch Landtage) erhalten<sup>376</sup>). Jetzt gilt aber allgemein die Regel, daß die Landstände sich nur auf landesherrliche Berufung versammeln dürfen, und andere landständische Zusammenkünfte sind in den neueren Verfassungsgesetzen für nichtig und selbst strafbar erklärt<sup>377</sup>). Eine beschränkte Ausnahme davon findet nur in Braunschweig und Kurhessen statt<sup>378</sup>). Das

Die Materien, so auf dergleichen besonderen Conventen vorkommen, betreffen entweder nur das besondere Interesse oder die particularen Angelegenheiten solcher Classen oder ihrer Mitglieder, oder es wird auch darauf resp. vollziehungs- oder vorbereitungsweise von Punkten gehandelt, welche bereits auf Land- oder Ausschustagen abgehandelt worden seynb oder erst künftig verhandelt werden sollen. Es wird bahero bei solchen Zusammenkünften ordentlicher Weise keine Communication zwischen dem Landesherrn und dem Convent oder dieser Classe und den übrigen Landständen gepflogen. Daraus nun folget der natürliche Schluß von selbstn, daß also auch dasjenige, was auf dergleichen Versammlungen beschloffen worden ist, nur diejenigen verbindet, welche es unter sich beliebt haben, keinesweges aber den Landesherrn oder auch die übrigen Landstände.

374) Moser, zweite Sammlung einiger neuen Abhandlungen von Staatssachen (von den Landesconventen ohne landesherrliche Bewilligung) S. 105 flg. Derselbe, von der Reichsstände Landen.

375) Nur als solche hält sie für zulässig Leif, Staatsrecht §. 45 (1. Aufl.).

376) S. auch Zacharia, Staatsrecht Bd. 1, S. 402 flg.

377) Bayer'sche Verfassungsurk. Tit. VII, §. 31. Sächs. Verfassungsurk. §. 218. Hannov. Landesverfassungsges. §. 109. Babilische Verfassungsurk. §. 52. Hessen-darmst. Verfassungsurk. §. 63. Weimar. Grundges. §. 56 (dies schließt jedoch nicht aus, daß in den einzelnen Kreisen die Ritterschaft oder die Städte oder die Dorfschaften [Städte und Dorfschaften durch ihre Ortsvorsteher] mit Vorwissen und Genehmigung der Regierung zusammenkommen dürfen zur Berathung über gemeinsame Angelegenheiten). Coburg. Verfassungsurk. §. 81. Meining. Grundges. §. 51. Altenburg. Grundges. §. 165. Nassau. Patent §. 3. Braunschw. Landschaftsordn. §. 129.

378) Braunschw. Landschaftsordn. §. 113. Es sind 5 Fälle, in welchen sich Kraft althergebrachten Rechtes die Ständeversammlung ohne landesherrliche Berufung versammeln darf. Dahin gehört besonders plötzliche allgemeine Landesgefahr und Verletzung des Landesgrundgesetzes. Kurhessische Verfassungsurk. §. 82: Der einzige Fall ist ein Regierungswechsel; am vierzehnten Tage

ausschließliche Recht des Landesherrn, die Landtage zu berufen, ist nicht, wie man es wohl hat verstehen wollen, dahin zu deuten: daß es von seiner Willkür abhängt, ob und wann er von diesem Rechte Gebrauch machen wolle<sup>379</sup>); denn wenn es auch unbestritten war, daß kein Landtag ohne oder gar gegen Wissen und Willen des Landesherrn ausgeschrieben und gehalten werden dürfe — wie es früher nicht selten geschah<sup>380</sup>) — da war es doch anerkannt, daß der Landesherr die Zusammenberufung der Stände nicht etwa ganz unterlassen könne, vielmehr war er verbunden, auf geziemendes Ansuchen einzelner Stände einen Landtag zu berufen und konnte dazu von den Reichsgerichten angehalten werden<sup>381</sup>); in Mecklenburg wurde 1720 ein Landtag vom Kaiser ausgeschrieben. In manchen Territorien wurden auch zu bestimmten Zeiten, z. B. jährlich oder gar zweimal im Jahre, ohne daß es dazu einer Berufung bedurfte<sup>382</sup>), Landtage gehalten. Nach den Bestimmungen aller neueren Verfassungen muß aber eine Ständeversammlung zu gewissen Zeiten von dem Landesherrn berufen werden<sup>383</sup>), und zwar in den meisten Ländern wenigstens alle drei Jahre<sup>384</sup>), jedoch in einigen Staaten auch jährlich<sup>385</sup>), aber auch nur alle vier<sup>386</sup>) oder sechs Jahre<sup>387</sup>). Es fällt diese Wiederkehr der Landtage meist mit den Steuerepochen zusammen<sup>388</sup>); doch auch wo den Ständen ein Steuerbewilligungsrecht nicht zusteht, findet eine solche verfassungsmäßige

nach der Regierungsveränderung sollen die Stände auch ohne besondere Berufung zusammenkommen.

379) *Leist*, Staatsrecht §. 45 (1. Aufl.).

380) *Struben*, Nebenstunden Bd. 2, S. 473 flg.

381) Das kaiserliche Decret v. 1. Oct. 1688 in Betreff der Zusammenberufung der ostfriesischen Landstände in *Roser*, von der Reichsstände Landen S. 1417. Reichshofrathserkenntniß v. 10. Jan. 1736 in Betreff des Stiftes Basel: Wofern aber ihnen (den Landständen) solches dennoch gegen bessere Zuversicht verweigert würde, und die Landstände gleichwohl zu Haltung eines Landtages vernünftige Ursache zu haben vermeinten, so soll ihnen solches bei Thro kaiserl. Majestät zu Fassung schleuniger kaiserlicher Verordnung, klagbar anzubringen unbenommen sein. *Roser's* alte und neue Reichshofrathschconcluse P. I. p. 10., auch in der Reichsstände Landen S. 1442, und *Struben* a. a. D. S. 478.

382) *Roser* a. a. D. S. 1462.

383) *Vgl. Zachariä*, Staatsrecht Bd. 1, S. 402.

384) Bayer. Verfassungsurk. VII. §. 22. Württemb. Verfassungsurk. §. 127. Sächs. Verfassungsurk. §. 115. Hannov. Landesverfassungsges. §. 105. Kurhess. §. 80. Großherzogl. hess. Verfassungsurk. §. 64. Meining. Grundgef. §. 51. Braunschw. Landschaftsordn. §. 128. Weimar. Grundgef. §. 54. Auch Baden nach Gef. v. 14. April 1825, vgl. mit Verfassungsurk. §. 46.

385) Nassau. Patent v. 1814 §. 2, Nr. 3, §. 3. So auch Hannover. Staatsgrundgef. v. 1833.

386) Altenburg. Grundgef. §. 165.

387) Coburg. Verfassungsurk. §. 80.

388) In Bayern werden die Steuern auf 6 Jahre bewilligt, während alle 3 Jahre eine Ständeversammlung berufen wird.

nothwendige Berufung der Stände statt, z. B. in Preußen. Außer diesen regelmäßigen oder ordentlichen Landtagen kann der Landesherr aber außerordentlicher Weise die Stände berufen, so oft er es für nothwendig hält; in gewissen verfassungsmäßig bestimmten Fällen muß aber ein außerordentlicher Landtag gehalten werden, namentlich im Falle eines Regierungswechsels oder wenn die Anordnung einer Regentschaft nothwendig wird<sup>389</sup>). Außerordentliche Landtage dürfen sich in manchen Staaten aber nur mit den Gegenständen beschäftigen, welche die Berufung veranlaßt haben. Zu den außerordentlichen Landtagen kann man daher auch diejenigen rechnen, welche im Falle einer Auflösung der Ständeversammlung innerhalb eines kurzen Zeitraumes (6 Monate) verfassungsmäßig berufen werden müssen.

Die Versammlung der Stände findet, wie es schon früher größtentheils der Fall war, nach einem fast allgemeinen Gebrauche und Herkommen in der Haupt- und Residenzstadt des Landes statt. Die meisten neueren Verfassungsurkunden schweigen darüber, nur die sächsische (§. 115) sagt, daß der Ort des Königreiches, wo der Landtag gehalten werden soll, von der jedesmaligen Bestimmung des Königs abhängt<sup>390</sup>). Es ist dieses älteren Reccessen gemäß, welche das Recht des Landesherrn, den Ort zu bestimmen, voraussetzen<sup>391</sup>), indem sie verfügen, daß die Stände nicht in Festungen und nicht in die Residenzen berufen werden dürfen. Zuweilen war ein anderer Versammlungsort auch verfassungsmäßig bestimmt, wie jetzt noch die mecklenburgischen Landtage constitutionsmäßig abwechselnd in Malchin und Sternberg gehalten werden. — Die Berufung geschieht durch öffentliche Bekanntmachung, nachdem zuvor oder gleichzeitig Wahlen, wenn solche nöthig sind, angeordnet werden. Früher geschah es besonders durch an die einzelnen Mitglieder erlassene Einberufungsschreiben, die indeß noch in manchen neueren Verfassungen neben jenen Bekanntmachungen vorkommen<sup>392</sup>). Der Gegenstand der Verhandlungen wird aber, außer bei außerordentlichen Landtagen, um diese gleichsam zu rechtfertigen, in den Convocatorien nicht angegeben, wie es früher, wo die Abgeordneten der Instructionen bedurften, zwar noch nothwendig, aber dennoch nicht allgemein üblich war<sup>393</sup>).

389) Sächsische Verfassungsurk. §. 11. Kurhessische Verfassungsurk. §. 6, 8, 82. Großherz. hess. §. 107. Weimar. Grundgef. §. 127. Meining. Grundgef. §. 107. Coburg. Verfassungsurk. §. 120.

390) Auch Coburg. Verfassungsurk. §. 83: Nach Beendigung der Wahlen erfolgt die Zusammenberufung der Stände von dem Regenten durch ein Rescript an die Landesregierung mit Bestimmung des Ortes und der Zeit.

391) Daß dieses im Zweifel dem Landesherrn zustehe, sagt auch Moser, von der Reichsstände Landen S. 1500.

392) Sächs. Verfassungsurk. §. 115. Coburg. Verfassungsurk. §. 83. Altenburg. Grundgef. §. 219.

393) Erkenntniß des Reichshofrathes in Sachen der Landstände gegen den

## b) Eröffnung der Ständeversammlung.

Die berufene Ständeversammlung kann ihre Thätigkeit erst beginnen, wenn eine zur Beschlussfassung erforderliche Zahl von (vorläufig als legitimirt befundenen) Mitgliedern beisammen ist. Wie groß diese Zahl sein müsse, ist in den meisten neueren Verfassungen bestimmt<sup>394</sup>). Die Eröffnung geschieht dann in solenner Weise, entweder von dem Landesherrn selbst oder durch einen Stellvertreter desselben<sup>395</sup>). Da die Eröffnung der Landstände durch den Landesherrn selbst, wie es scheint, jetzt oftmals vermieden wird, so möge hier bemerkt werden, was Moser von der Art und Weise, wie solche Eröffnungen früher geschahen, berichtet<sup>396</sup>): Meistens wohnen forderist die Herrschaft und Landstände gemeinschaftlich dem Gottesdienste bei; nach dessen Verrichtung man sich in das zu dergleichen Handlungen bestimmte Zimmer begiebt. Allda läßt der Landesherr in seiner Gegenwart einen seiner Herrn Ministers einen Vortrag thun, welcher aber nur in der Generalität verbleibt; sodann pflegt der Landesherr selbst eine kurze Rede zu halten; darauf werden die herrschaftlichen Anstimmungen denen Ständen schriftlich übergeben, diese aber antworten darauf, daß sie solches einsehen, überlegen und sofort sich darauf erklären wollten. Daß die Landesherrn sich bedanken, daß die Landstände auf ihr Erfordern erschienen seien, ist etwas Gewöhnliches und wird von Manchen selbst für eine Schuldigkeit gehalten. Es werden dann gemeinlich die vornehmern Landstände selbigen Mittag zur herrschaftlichen Tafel gezogen, die übrigen aber sonst bei Hofe bewirthet.

Bei der Eröffnung werden die landesherrlichen Propositionen übergeben oder es wird jetzt oft in der Eröffnungsrede nur allgemeiner oder specieller angedeutet, mit welchen Gegenständen die Landstände sich vorzugsweise beschäftigen sollen. Die Mitglieder legen dann den verfassungsmäßig vorgeschriebenen Stände eid<sup>397</sup>) ab. Das Nächste,

---

Bischof von Basel v. 10. Jan. 1736: Was aber die Landesdeliberanda anbelanget, so soll es in des Fürsten Willkür lediglich bestehen, ob er selbige gleich anfangs denen an die Landstände ergehenden fürstlichen Circular-Schreiben beifügen u. s. w. S. Moser, von der Reichsstände Landen S. 1443.

394) Bald  $\frac{2}{3}$  oder auch wohl die Hälfte der Mitglieder der Versammlung oder der verschiedenen Kammern (wie in Bayern, Verfassungsurk. Tit. VI, S. 5, 15; Sachsen, Verfassungsurk. S. 127, 128; Württemberg, Verfassungsurk. S. 160; Kurhessen, Verfassungsurk. S. 75; Coburg, Verfassungsurk. S. 86; Braunschweig, Landschaftsordn. S. 139), bald eine festbestimmte Zahl, z. B. in Baden 10 Mitglieder wenigstens der ersten und 35 der zweiten Kammer. S. großherz. hess. Verfassungsurk. S. 85, 86. Meining. Grundges. S. 91. Weimar. Grundges. S. 80. Hannover. Geschäftsordn. v. 1840.

395) Bayer. Verfassungsurk. Tit. VII, S. 22. Sächf. Verfassungsurk. S. 117. Württemberg. Verfassungsurk. S. 160. Badische Verfassungsurk. S. 68 u. a.

396) Moser, von der Reichsstände Landen S. 1503. Vgl. S. 1392, 1399 daselbst. Derselbe, Rechtsmaterien Stück 4, S. 481.

397) S. oben Note 219, 250.

womit die Ständeversammlung, ehe sie zu ihren eigentlichen Geschäften übergeht, zu beschäftigen hat, ist zunächst die Prüfung der den Abgeordneten von ihren Committenten erteilten Vollmachten<sup>398</sup>), indem die Landstände in der Regel selbst über die streitigen Wahlen und die fernere Zulassung derjenigen Mitglieder, deren Wahl bestritten worden ist, zu entscheiden haben<sup>399</sup>), und ferner die Wahl des landständischen Vorstandes, sowie der übrigen Beamten, wo dieses nicht ständige Ämter sind. In einigen Staaten erfolgt erst, wenn dieses geschehen, die eigentliche Eröffnung der Ständeversammlungen<sup>400</sup>). Es ist dieses Alles sowie die Form der Verhandlung und Geschäftsführung der Ständeversammlungen in den Geschäftsordnungen, welche zuweilen in den Verfassungsurkunden, wenn auch nur den Grundzügen nach, mit aufgenommen sind, näher bestimmt.

c) Der zur Geschäftsleitung bestimmte Vorstand und die übrigen landständischen Beamten.

Die Handhabung und Aufrechthaltung der Geschäftsordnung liegt dem landständischen Vorstande ob. Er führt den besonders in früherer Zeit üblichen Titel *Landtagsmarschall*, *Landchaftsdirector*, *Präsident*, welche letztere Benennung jetzt die häufigere ist. Früher war dieses Amt oftmals ein erbliches, wie es z. B. auch jetzt noch in Mecklenburg der Fall ist. Jetzt wird der Vorsitzende aber in der Regel für die Dauer eines Landtages (der, wie wir gesehen haben, aus mehreren Diäten bestehen kann) von der Ständeversammlung gewählt oder von der Regierung ernannt<sup>401</sup>). Aber auch wo den Landständen selbst ein Wahlrecht zugesprochen ist, muß noch die Bestätigung der Regierung hinzukommen, und zwar müssen ihr zu diesem Zwecke in der Regel drei erwählte Candidaten präsentirt werden<sup>402</sup>). Wo zwei Kammern bestehen, ernennt in der Regel die Regierung den Präsidenten der ersten Kammer, während die zweite den ihrigen in der angegebenen Weise

398) Es ist dazu zuweilen eine besondere Einweisungscommission angeordnet, wie in Bayern. C. Edict über die Geschäftsordn. v. 28. Febr. 1828 S. 6—11.

399) Württemberg. Verfassungsurk. §. 159, 160. Bayer. Verfassungsurk. Tit. IV, §. 14. Sächs. Wahlges. v. 1831 §. 10. Babilische Verfassungsurk. §. 41. Kurhess. Verfassungsurk. §. 68. — In Coburg (Verfassungsurk. §. 59—62) und in Hannover nach der Geschäftsordnung 1840 §. 18 steht der Regierung die Entscheidung zu.

400) Bayer. C. Edict über die Geschäftsordn. v. 28. Febr. 1825 §. 20. Coburg. Verfassungsurk. §. 90, vgl. mit §. 87.

401) Letzteres im altenburg. Grundges. §. 224, und in Preußen in Beziehung auf die Provinzialstände. C. z. B. das Gesetz wegen Anordnung der Provinzialstände für die Mark Brandenburg v. 1. Juli 1823 §. 29.

402) Braunschw. Landschaftsordn. §. 136. Weimar. Grundgesetz §. 54. Coburg. Verfassungsurk. §. 87—89. Meining. Grundges. §. 54. — In Waldeck wählen die Stände allein, Verfassungsurk. §. 27.

wählt<sup>403</sup>). Zugleich wird auch ein Stellvertreter des Vorsitzenden (Vizepräsident) ernannt oder erwählt. In manchen Staaten erwählt die Ständeversammlung auch noch ihre Secretarien aus ihrer Mitte. In älterer Zeit, wo die Landstände mehr eine bleibende, geschlossene Corporation ausmachten, Steuer- und Staatsschuldencassen selbst verwalteten, hatten dieselben noch häufiger, als es jetzt der Fall ist, mehrere in ihren Diensten stehende Beamte. Man hat dieses auch zum Theil in den neueren Verfassungen beibehalten; so kommen insbesondere noch Landschaftssyndici, Landschaftscassirer vor<sup>404</sup>). Der Landschaftssyndicus, dessen Functionen und Wahlart aber verschieden bestimmt sind, hat meist auch die Protocolle zu führen<sup>405</sup>), so daß also, wo ein solcher vorhanden ist, keine Secretäre zu diesem Zwecke erwählt zu werden pflegen.

#### d) Weise und Ordnung der Verhandlungen.

Es ist schon bemerkt worden, daß wenigstens in allen neuorganisirten Verfassungen, wo nicht das Zweikammersystem angenommen ist, die verschiedenen Classen der Landstände in gemeinschaftlichen Sitzungen verhandeln, nicht aber wie früher jede Classe als eine besondere Curie.

Gegenstände der Behandlung bilden 1) die landesherrlichen Propositionen, 2) die selbstständigen Anträge der einzelnen ständischen Mitglieder, 3) die Beschwerden, Vorstellungen und Bittschriften einzelner Corporationen und Individuen, insofern sie in gesetzlicher Weise eingegangen sind. Die landesherrlichen Propositionen müssen aber nach allen Verfassungen zuerst zum Vortrage und zur Berathung kommen. Wo die Ständeversammlung durch eine vom Landesherren oder in seinem Namen gehaltene Rede eröffnet wird, da pflegt dann wohl ständischer Seite eine Antwort darauf, eine Adresse zu erfolgen, und die Berathung über dieselbe geht dann der Beschäftigung mit den einzelnen Gegenständen voraus.

Außer bei unbedeutenden Anträgen geht der Abstimmung erst eine Debatte vorher, und oftmals ist noch erst eine Vorbereitung zur Erörterung erforderlich. Es werden zu diesem Zwecke in der Regel Commissionen oder Ausschüsse ernannt, welche, bevor es zur Verhandlung kommt, über die Sache Bericht zu erstatten haben. Ob eine solche Vorbereitung erforderlich, hängt von dem Beschlusse der Kammer ab, doch ist es für gewisse Fälle vorgeschrieben<sup>406a</sup>). Die Debatte ist eine

403) Württemb. Verfassungsurk. §. 164. Sächsische Verfassungsurk. §. 67, 72. Badische Verfassungsurk. §. 45. Hessensdarmst. Verf. §. 85, 86.

404) Weimar. Grundgef. §. 122. Meining. Grundg. §. 61. Coburg. Verfassungsurk. §. 108.

405) So z. B. Kurheff. Verfassungsurk. §. 103. Braunschw. Geschäftsordn. v. 1832 §. 16—20. Weimar. Grundgef. §. 71 u. s. w. Vgl. Zachariae, Staatsrecht Bd. 1, S. 424.

406a) Z. B. württemb. Verfassungsurk. §. 173: Königliche Anträge sind, ehe sie zur Berathung an die Ständeversammlung kommen können, an Com-

durchaus freie; von den Garantien der Redefreiheit war bereits oben die Rede <sup>406</sup>). Es ist die Pflicht des Präsidiums, darüber zu wachen, daß von diesem Rechte kein Mißbrauch gemacht werde; es kann zu diesem Zwecke zur Ordnung rufen, das Wort entziehen, selbst die Sitzung auf der Stelle schließen. Glaubt der zur Ordnung Berufene, daß dazu keine genügende Veranlassung, so hat darüber die Kammer zu entscheiden. Königliche Commissarien, sowie die Minister können, wie es schon in älterer Zeit zuweilen der Fall war <sup>407</sup>), nach den ausdrücklichen Bestimmungen der meisten neueren Verfassungen den Sitzungen beiwohnen und an den Verhandlungen Theil nehmen; nur wenn es zur eigentlichen Abstimmung kommt, müssen sie sich in mehreren Staaten entfernen <sup>408</sup>). Das Präsidium stellt auch, wenn die Sache hinlänglich erörtert, die Verhandlung geschlossen ist, die Fragen, über welche mit Ja oder Nein abzustimmen ist. Ein Abstimmen durch Bevollmächtigte ist nicht gestattet <sup>409</sup>). Die Abstimmung ist entweder eine offene, durch laute Erklärung oder wohl durch bloßes Aufstehen und Sitzenbleiben, oder geheime durch weiße und schwarze Kugeln. Statt solcher Verhandlung und Abstimmung gab früher oftmals jeder sein motivirtes oder einfaches Votum zu Protocoll. Nach der Entscheidung der absoluten Majorität wird dann der Beschluß gefaßt. Wo zwei Kammern bestehen und daher in der Regel die Uebereinstimmung beider erforderlich ist, ehe der Beschluß an die Regierung gelangen kann, muß dann erst, wofern die andere Kammer nicht den Gegenstand vorher schon erledigt hat, die Mittheilung des Beschlusses in der gesetzmäßigen Weise erfolgen. Der Bescheid der Regierung wird entweder, wie es in England und Frankreich üblich ist, auf jeden landständischen Beschluß sofort ertheilt, oder auf alle zusammen nach älterer Weise in einem Landtagsabschiede <sup>410</sup>). Doch ist auch in manchen Verfassungen, welche vorschreiben, daß die Entschließung der Regierung

---

missionen zu verweisen, welche über deren Inhalt Vortrag zu erstatten haben. Sächsische Verfassungsurk. §. 123.

406) S. oben Note 251—254.

407) Moser, von der Reichsstände Landen S. 1502.

408) Bayer. Verfassungsurk. §. 24, und Geschäftsordn. v. 28. Febr. 1825 §. 51, 52. Württemb. Verfassungsurk. §. 169. Sächsische Verfassungsurk. §. 134. Hannov. Grundges. §. 114. Geschäftsordn. von 1840 §. 28. Babilische Verfassungsurk. §. 76. Pessen = darmstadt. Verfassungsurk. §. 62. Kurhess. Verfassungsurk. §. 92 u. f. w. Den Verhandlungen der preussischen Provinzialstände wohnt der königliche Commissarius nicht bei, er ist nur Mittelperson bei den Verhandlungen zwischen den Ständen und der Regierung. S. Gesetz für die Mark Brandenburg v. 1. Juli 1823 §. 35.

409) Damit ist nicht zu verwechseln, daß gewisse Personen das Recht haben, sich überhaupt beim Landtage vertreten zu lassen. S. oben.

410) Bayer. Verfassungsurk. §. 29: Die königliche Entschließung auf die Anträge der Reichsstände erfolgt nicht einzeln, sondern auf alle verhandelten Gegenstände zugleich bei dem Schlusse der Versammlung.

den Ständen bald thunlichst, und wenn deren Anträge abgelehnt werden, unter Angabe der Gründe mitgetheilt werden sollen, zugleich bestimmt, daß die Resultate des Landtages in einem Landtagsabschiede, d. h. einer förmlichen, vom Landesherrn vollzogenen Urkunde, zusammengefaßt werden sollen<sup>411)</sup>.

e) Beendigung der Landtage.

In den neueren Verfassungen ist gewöhnlich auch eine Zeit für die Dauer der jedesmaligen regelmäßigen Versammlung der Landstände, meist zwei oder drei Monate, bestimmt, in welcher Zeit also die Geschäfte beendet werden sollen. Es kann von der Regierung aber auch die Zeit verlängert werden<sup>412)</sup>. Ist die Zeit aber abgelaufen oder sind, wo eine solche nicht vorgeschrieben ist, die vorliegenden Geschäfte erledigt, so wird der Landtag geschlossen. Es geschieht dieses gewöhnlich von dem Landesherrn in Person oder durch einen Commissar desselben<sup>413)</sup>. In der älteren Zeit bestand dieser Schluß besonders in der Mittheilung und Verkündung des Landtagsabschiedes an die Stände<sup>414)</sup>, der den Charakter eines vertragmäßigen Abkommens zwischen ihnen und der Regierung trug, dessen Concept daher die Stände vorher gebilligt haben mußten<sup>415)</sup>. — Wie die Regierung allein das Recht hat, den Landtag zu schließen, so kann auch nur mit ihrer Zustimmung oder nach ihrer Entschliesung und Willen eine Vertagung, d. h. eine Unterbrechung der Thätigkeit der versammelten Landstände vor der eigentlichen Beendigung des Landtages erfolgen<sup>416)</sup>. Nur auf wenige Tage ist es wohl den Ständen gestattet, ohne landesherrliche Genehmigung ihre Zusammenkünfte oder Geschäftsverhandlungen auszusetzen. Die Ständerversammlung muß aber, sobald der Regent es gebietet, mag

411) Sächsische Verfassungsurk. §. 113, vgl. mit §. 119. Kurhessische Verfassungsurk. §. 106. Braunsch. Landschaftsordn. §. 143, 148. — S. auch hessen = darmst. Verfassungsurk. §. 101. Weimar. Grundgef. §. 94, 95. Coburg. Verfassungsurk. §. 83, 100.

412) Bayer. Verfassungsurk. VII. §. 23: Dem König steht jederzeit das Recht zu, die Sitzung zu verlängern, sie zu vertagen oder die ganze Versammlung aufzulösen. Sächs. Verfassungsurk. §. 116. Württemb. Verfassungsurk. §. 186.

413) Bayer. Verfassungsurk. VII. §. 22: Der König eröffnet und schließt die Versammlung entweder in eigner Person oder durch einen besonders hiezu Bevollmächtigten. Württemb. Verfassungsurk. §. 186. Sächsische Verfassungsurk. §. 117. Kurhessische Verfassungsurk. §. 84. Hessen = darmst. Verfassungsurk. §. 101.

414) Kechnlich auch noch in neueren Verfassungen, z. B. sachsen = weimar. Verfassungsurk. §. 95: Die Verhandlungen schließt ein Landtagsabschied, mit welchem die Versammlung von dem Fürsten entlassen wird.

415) Moser, von der Reichsstände Landen S. 1511.

416) Sächsische Verfassungsurk. §. 116: Die Vertagung darf nicht über 6 Monate dauern. Nicht über 3 Monate nach der kurhessischen Verfassungsurk. §. 83. Braunsch. Landschaftsordn. §. 147.



dieses nun in der Form einer Vertagung oder eines Schlusses oder Auflösung derselben geschehen, auf der Stelle auseinandergehen<sup>417</sup>), insofern nicht ihnen in solchem Falle noch die Vornahme irgend einer bestimmten Handlung, z. B. die Wahl eines Ausschusses, gestattet ist<sup>418</sup>). — Von der bloßen Vertagung und dem Schlusse des Landtages unterscheiden die neueren Verfassungen die Auflösung derselben. Das Eigenthümliche derselben ist, daß neue Wahlen oder Ernennungen aller Ständemitglieder, die nicht ein persönliches Recht der Landstandschaft haben, stattfinden müssen<sup>419</sup>). Die bisherigen Mitglieder verlieren daher durch die Auflösung gemeinhin ihre ständische Eigenschaft<sup>420</sup>), und zwar auch dann, wenn die Zeit, für welche sie gewählt oder ernannt sind, noch nicht abgelaufen ist. Die neueren Verfassungen geben der Regierung das Recht, zu jeder Zeit die Ständeverammlung in der beschriebenen Weise aufzulösen<sup>421</sup>); nur bestimmen sie, daß dann sogleich<sup>422</sup>) oder innerhalb einer bestimmten Frist<sup>423</sup>) neue Wahlen angeordnet und die Landstände zu einer neuen Versammlung berufen werden müssen<sup>424</sup>). Einige Verfassungen enthalten auch noch besondere Bestimmungen, wodurch es den Regierungen unmöglich gemacht oder doch erschwert werden soll, durch eine solche Auflösung die landständische Mitwirkung bei Ausübung der Regierungsrechte für längere Zeit zu beseitigen<sup>425</sup>). Die Auflösung ist ihrem Wesen nach

417) Meining. Grundgesetz §. 101: Der Landtag wird durch landesherrliche Erklärung geschlossen, und geht sofort, ohne weitere Verhandlungen vornehmen zu können, auseinander. Altenburg. Grundgef. §. 248.

418) Wie z. B. in Württemberg, Verfassungsurth. §. 192, und Kurheffen, Verfassungsurth. §. 102.

419) Württemb. Verfassungsurth. §. 186: Im Falle der Auflösung wird spätestens binnen 6 Monaten eine neue Versammlung einberufen werden; es ist hiezu eine neue Wahl der Abgeordneten nöthig, bei welcher jedoch die vorigen Mitglieder wieder gewählt werden können. Hesse = darmst. Verfassungsurth. §. 65.

420) Babilche Verfassungsurth. §. 43: Die Auflösung der Stände bewirkt, daß alle durch Wahl ernannte Mitglieder der ersten und zweiten Kammer, die Abgeordneten der Grundherren, der Universitäten und Aemter ihre Eigenschaft verlieren. In Sachsen trifft die Auflösung nur die zweite Kammer, nach Verfassungsurth. §. 116.

421) S. oben Note 412.

422) Württemberg. Verfassungsurth. §. 83. Meining. Grundgesetz §. 52. Braunsch. Landtschaftsordn. §. 147.

423) Bayer. Verfassungsurth. §. 23: (Im Falle der Auflösung) muß wenigstens binnen drei Monaten eine neue Wahl der Kammern der Abgeordneten vorgenommen werden. So babilche Verfassungsurth. §. 44.

424) Sächs. Verfassungsurth. §. 116: Im Falle der Auflösung der zweiten Kammer soll die Wahl neuer Abgeordneter zu selbiger und die Einberufung der Stände ebenfalls innerhalb der nächsten 6 Monate erfolgen. — Kurheff. Verfassungsurth. §. 84. Hesse = darmst. Verfassungsurth. §. 64. Braunsch. Landtschaftsordn. §. 47.

425) So weimar. Grundgef. §. 96: Erfolgt die Anordnung (neuer Wah-

ein Mittel für die Regierung, um sich bei einem Conflict mit den Landständen zu überzeugen, ob der Widerstand, den sie leisten, nur Ergebniß subjectiver Willkür oder Ansicht, oder die Stimme des Landes ist, was sich in den erneuten Wahlen und der dadurch erfolgenden neuen Zusammensetzung kund gibt, indem entweder dieselben Mitglieder der Mehrzahl nach wieder gewählt werden, oder die neuen eben so stimmen, wie die vorigen. Den älteren Verfassungen war freilich eine solche geordnete Auflösung fremd, da die Landstände nicht vorzugsweise aus gewählten Abgeordneten bestanden, dagegen erfolgte zuweilen eine Zerreiſung des Landtages. Die Zerreiſung eines Landtages — sagt Moser<sup>425a)</sup> — geschieht, wann Herr und Land über denen vorgetragenen Materien nicht einig werden können, sondern unverrichteter Dinge auseinandergehen, oder auch gar die Herrschaft oder deren Commissarien, oder die Landstände, im Unwillen, oder ihre Person in Sicherheit zu setzen, oder im Truz, ohne vorherige Anzeige resp. Erlaubniß, sich hinweg begeben. Man sieht aus dieser Angabe, daß eine solche Zerreiſung eine anarchische Auflösung der Ständeversammlung war, die entweder zur Folge haben mußte, daß die Regierung ohne die Hilfe blieb, die sie von den Landständen in Anspruch nahm oder daß die Regierung ihre Begehren gewaltsam gegen den Willen der Landstände durchzusetzen suchte.

#### h) Ausschüsse.

Es soll hier nicht von den Ausschüssen oder Commissionen die Rede sein, welche während der Versammlung der Landstände von diesen zur Bearbeitung gewisser Gegenstände, zur Vorbereitung derselben für die Berathung ernannt werden, sondern von denjenigen Ausschüssen, welche die Rechte der Landstände, selbst während diese nicht versammelt sind, wahrzunehmen, die Gesammtheit der Landstände zu vertreten haben. Nur diese Ausschüsse sind als ein eigenthümliches Verfassungsinstitut zu betrachten. In den meisten Territorien mit landständischen Verfassungen bestanden früher dergleichen Ausschüsse, wie ein solcher auch noch in Mecklenburg fortbesteht, und sie sind, indem sie sich die Ausübung der den Landständen zustehenden Rechte aneigneten, den landständischen Verfassungen um so verderblicher geworden, als nach damals gewöhnlicher Weise sie sich selbst ergänzten, und nicht selten durch ihnen gewährte Vortheile oder in anderer Weise sich von den Regierungen hatten gewinnen lassen; so daß die Regierungen in der Zuversicht, von dem Ausschusse zu erreichen, was der versammelte Landtag schwerlich gewährt haben würde, die Zusammenberufung der Landstände gänzlich unterließen<sup>426)</sup>. Diese Erfahrungen hatten das Institut der

len) binnen dreimonatlicher Frist nicht, so ist die vorige Vereinigung von selbst wiederhergestellt.

425a) Moser, von der Reichsstände Landen S. 1511.

426) Vgl. oben Note 102—104.

Ausschüsse in Mißcredit gebracht, und man konnte bei den neuorganisirten Verfassungen sie um so eher für entbehrlich halten, als die Landstände jetzt seltener zugleich einen Antheil an der Verwaltung, insbesondere der Finanzverwaltung haben, welche früher besonders solche fortbestehende Ausschüsse beschäftigten, und sie nothwendig erscheinen ließen. Richtiger hat man aber wohl die Sache da aufgefaßt, wo man davon ausging, daß die Art und Weise der Organisation der älteren Ausschüsse (in welchen die Mängel des ganzen landständischen Wesens nur, möchte man sagen, concentrirter hervortrat), daß das leidige Erstreben eigenen Vortheiles, der gänzliche Mangel an Gemein- und National Sinn, den man aber keineswegs den Ausschüssen allein zurechnen darf, nicht das Bestehen der Ausschüsse an sich, den landständischen Verfassungen verderblich geworden ist; wo man erkannte, wie wichtig und bedeutend es ist, daß auch während die Landstände nicht versammelt sind, ein verfassungsmäßiges Organ zur Wahrnehmung und Vertretung der landständischen Rechte vorhanden sei. Es ist dieses aber um so wichtiger, seitdem es allgemein anerkannter und geltender Grundsatz geworden ist, daß die Landstände sich nicht ohne Berufung oder Bewilligung des Landesherrn versammeln dürfen, und auf dessen Befehl sogleich ihre Thätigkeit einstellen müssen. Die Geschichte der Vernichtung des hannoverschen Staatsgrundgesetzes hat dieses insofern insbesondere anschaulicher gemacht, als einem ständischen Ausschusse nicht von der teutschen Bundesversammlung hätte entgegengesetzt werden können: daß er zur Beschwerdeführung nicht legitimirt sei<sup>427)</sup>; ob freilich das Ergebniß des Verfassungskampfes dann ein anderes gewesen wäre, die Bundesversammlung in entschiedener, offener Weise, im Interesse des Grundgesetzes in denselben würde eingegriffen haben, muß dahin gestellt bleiben. Diese oder ähnliche Gründe, zuweilen auch wohl das Streben, ältere Einrichtungen möglichst zu erhalten, haben es dann veranlaßt, daß man in manchen Ländern bei der Begründung neuer Verfassungen auch das Institut der Ausschüsse oder ständischen Deputationen, wie sie auch genannt werden, wenn auch in modificirter Gestalt, wiederhergestellt hat. So namentlich in Württemberg, Kurhessen, Baden, Braunschweig, Weimar, Coburg, Altenburg, Waldeck<sup>428)</sup>. Im allgemeinen ist schon die Stellung dieser Ausschüsse eine andere als früher, da alle neueren Verfassungen die Zusammenberufung der Landstände zu gewissen Zeiten vorschreiben, die Ausschüsse also niemals an die Stelle derselben treten können<sup>429)</sup>. Ihrer früheren Entartung ist

427) S. oben Note 160.

428) Württemb. Verfassungsurf. §. 187—192. Kurhess. Verfassungsurf. §. 102. Bad. Verfassungsurf. §. 51, 57, 63. Braunschw. Landschaftsordn. §. 59, 87—93, 118—127, 149—151. Weimar. Grundgef. §. 57—63, 103—108. Coburg. Verfassungsurf. §. 104—106. Altenburg. Grundgef. §. 249—265. Waldeck. Landesvertrag §. 21—23.

429) Nur nach dem waldeck'schen Landesvertrage ist dieß anders, indem

auch dadurch vorgebaut, daß die Mitglieder nicht lebenslänglich in ihrem Amte bleiben, daß die Theilnahme an den Ausschüssen ein Vorrecht gewisser Ständeclassen ist und sie sich selbst ergänzen; in allen neueren Verfassungen werden vielmehr die Mitglieder der Ausschüsse zu gewissen Zeiten aus der Gesammtheit der Landstände von diesen erwählt; doch ist dieses, sowie die Zusammensetzung der Ausschüsse, verschieden bestimmt<sup>430</sup>). Ferner ist es ein allgemein angenommener Grundsatz, daß die Ausschüsse niemals die von den Landständen auf den Landtagen auszuübenden Rechte sich aneignen, die Regierungen mit ihnen statt mit den gesammten Landständen verhandeln können; wo dieses nicht ausdrücklich ausgesprochen ist<sup>431</sup>), ergibt es sich aus der in allen Verfassungen bestimmten und begrenzten Competenz der Ausschüsse. — Der Beruf der Ausschüsse ist insbesondere zur Zeit, wo die Landstände nicht versammelt sind, über die Erhaltung der Verfassung, vorzüglich der landständischen Rechte, namentlich auch über die Vollziehung dessen, was mit dem letzten Landtage verabschiedet worden ist, zu wachen, und die dazu erforderlichen Mittel in Anwendung zu bringen, z. B. Vorstellungen an den Landesherren zu richten, auf Berufung einer Ständeversammlung zu dringen. Es ist die Zuziehung der Ausschüsse erforderlich, wo der Regent einstweilen Handlungen vornehmen kann (z. B. Gesetze erlassen, Steuern ausschreiben, Gelder anleihen), wozu ordentlicher Weise die Mitwirkung der Stände erforderlich ist. Besonders sind die Ausschüsse bestimmt zur Vorberathung mit der Regierung, zur Vorbereitung von Gegenständen, worüber der Landtag verhandeln soll. Es können dem Ausschusse aber von den Landständen auch noch anderweitige Geschäfte übertragen werden, sowie denselben dergleichen auch noch mancher Art in einzelnen Landesverfassungen zugewiesen

jedes Jahr nur Zusammenkünfte der Deputation stattfinden (§. 23), dagegen allgemeine Landesversammlungen nur in besonders wichtigen Fällen (§. 24), doch sind die gesammten Landstände allein zur eigentlichen Ausübung der ständischen Rechte, Bewilligung und Regulirung der Steuern, Berathung und Einwilligen zu Gesetzen, befugt.

430) In Württemberg besteht z. B. der Ausschuss (Verfassungsurk. §. 190) aus den Präsidenten der beiden Kammern, zwei Mitgliedern der ersten und acht aus der zweiten Kammer, welche von den vereinigten Kammern von einem Landtage zum anderen (alle 3 Jahre) gewählt werden. Ähnlich in Baden, wo aber drei Mitglieder aus der ersten, 6 aus der zweiten Kammer gewählt werden (Verfassungsurk. §. 31). — In Kurhessen besteht der Ausschuss nur aus drei bis fünf von den Ständen gewählten Mitgliedern, deren Mehrzahl mit aus Staats- oder wirklichen Hofdienern bestehen darf und welche andere ständische Mitglieder zu Rathe ziehen können (Verfassungsurk. §. 102). In Weimar bildet der landständische Vorstand, d. i. der Landtagsmarschall, mit seinen beiden Gehilfen auch den ständigen Ausschuss (Grundgef. §. 57, 62).

431) Z. B. württemb. Verfassungsurk. §. 189: Dagegen kann sich der Ausschuss auf solche Gegenstände, welche verfassungsmäßig eine Verabschiedung mit den Ständen fordern, namentlich auf Gesetzgebungsanträge, Steuerbewilligungen, nicht anders als auf eine vorbereitende Weise einlassen.

sind<sup>432)</sup>. Der Hauptzweck der landständischen Ausschüsse wird aber da verfehlt, wo mit der Auflösung der Ständeversammlung auch der Ausschuß als aufgelöst betrachtet wird, wie namentlich in Baden und Altenburg<sup>433)</sup>, indem dann gerade in den kritischsten Momenten es dem Lande an einem Organe der landständischen Rechte fehlt, insofern nicht andere sichernde Einrichtungen getroffen sind<sup>434)</sup>. Daher bestimmen auch mehrere Verfassungsurkunden, daß der Landtag vor seinem Auseinandergehen sowohl bei einer Auflösung als Schließung noch erst einen Ausschuß erwählt und den Ständen die dazu erforderliche Sitzung noch verstatet werden muß<sup>435)</sup>. — Von diesen Ausschüssen unterscheidet sich das in Hannover in Folge des Landesverfassungsgesetzes v. 1840 wiederhergestellte Schatzcollegium mehr durch seine Zusammensetzung (da es aus lebenslänglichen, von den Provinzialständen erwählten, besoldeten Mitgliedern besteht), als durch seinen Wirkungskreis, während die seit dem J. 1841 errichteten Ausschüsse der Provinzialstände zum Zwecke der Zuratheziehung bei allgemeinen Landesangelegenheiten mehr als eine Art dormaliges Surrogat einer reichsständischen Versammlung zu betrachten sein möchten.

#### g) Oeffentlichkeit der landständischen Verhandlungen.

Der Oeffentlichkeit der ständischen Verhandlungen konnte nicht, wie es gewöhnlich geschieht, nur als eines Bestandtheiles der Geschäftsordnung gedacht werden. Sie hat eine andere Bedeutung; sie gehört nicht bloß der landständischen Versammlung, sondern vielmehr noch dem Lande an. Land und Landstände werden durch sie zu einem einzigen, von einem Leben durchdrungenen Ganzen verbunden; sie ist es, welche den lebendigen Umlauf des Blutes zum und vom Herzen des Landes bewirkt. Der Mangel aller Oeffentlichkeit, der sich bis zur geflüsterten Verheimlichung gesteigert hatte, ist einer der Hauptgründe des Verderbens, welches die alten Landstände ergriffen hatte<sup>436)</sup>.

<sup>432)</sup> Am ausführlichsten ist der Wirkungskreis der Ausschüsse angegeben in dem weimar'schen Grundgesetz §. 62, womit aber §. 104, 107 zu vergleichen; in der coburger Verfassungsurk. §. 105, dem altenburger Grundgesetz §. 249, 251—257, und in der braunschweiger Landschaftsordnung §. 118—123. Damit ist aber auch noch zu vergleichen württembergischer Verfassungsurk. §. 188, 189, und kurhess. Grundgesetz §. 102.

<sup>433)</sup> Badische Verfassungsurk. §. 51. Altenburg. Grundgesetz §. 264.

<sup>434)</sup> Wie z. B. in Weimar, wo freilich auch durch Auflösung der Stände der Ausschuß aufgehoben zu sein scheint, zufolge §. 57, vgl. mit §. 96, 105, wo aber bestimmt ist (§. 96), daß wenn binnen drei Monaten die Anordnung neuer Wahlen nicht erfolgt, die vorige Vereinigung von selbst wiederhergestellt ist.

<sup>435)</sup> Württemb. Verfassungsurk. §. 192. Kurhess. Verfassungsurk. §. 102. Braunschweig'sche Landschaftsordn. §. 91.

<sup>436)</sup> S. oben Note 88 und 92.

Auch die Segner des Staatslebens, wie es die neuere Zeit entwickelt hat, einer den Verhältnissen und Forderungen der Zeit angemessenen landständischen Verfassung, haben diese Bedeutung der Oeffentlichkeit nicht verkannt, wie sich aus ihrer Schilderung der Gefahren derselben und der Hinweisung auf die möglichste Beschränkung, wo und sofern sie nicht mehr ganz auszuschließen ist, ergibt<sup>437)</sup>. Unter Oeffentlichkeit verstehen wir aber theils die Oeffentlichkeit der Verhandlungen selbst, theils die Veröffentlichung der Verhandlungen durch den Druck. Um so größer der Kreis ist, für welche die letztere stattfindet, um so wichtiger, könnte man sagen, ist sie als die erste. Aber wo die Oeffentlichkeit stattfindet, da versteht und findet sich die Veröffentlichung in der Regel auch von selbst, aber nicht umgekehrt. Die erste ist auch Garantie und Controlle für die andere.

Oeffentlichkeit der Verhandlungen findet in allen den größeren Bundesstaaten statt, welche eine land-, nicht bloß provincialständische Verfassung haben: in Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Kurhessen, Hessen-Darmstadt<sup>438)</sup>, auch in Hannover war es der Fall, so lange das Grundgesetz von 1833 in Wirksamkeit war. Die Sitzungen beider Kammern sind nur in Sachsen, Baden, Darmstadt öffentlich, in den übrigen Staaten nur die der zweiten Kammer. Während die übrigen Verfassungsurkunden die Oeffentlichkeit als Bestandtheil der Verfassung festsetzen, gibt es die großherzogl. hessische den Landständen anheim, eine bestimmte Zahl Zuhörer bei den Verhandlungen zuzulassen<sup>439)</sup>. Ueberall finden aber gewisse Vorschriften für die Zulassung von Zuhörern und deren Verhalten statt. Die Oeffentlichkeit der Sitzungen bildet, wo sie stattfindet, auch nur die Regel, indem auch geheime oder vertrauliche Berathungen daselbst vorkommen. Es können die öffentlichen Verhandlungen nämlich in geheime verwandelt werden, — in welchem Falle dann die etwa bereits anwesenden Zuhörer abtreten müssen — entweder auf Begehren des Ministers oder Regierungskommissars, insofern er den Ständen vertrauliche Eröffnungen zu machen hat, oder auf Antrag einer bestimmten Zahl von Ständemitgliedern, insofern sich ein Theil der Kammer oder auch wohl die Mehrheit diesem Antrage anschließt. Die Veröffentlichung der Verhandlungen ist in den Verfassungen, nach welchen auch Oeffentlichkeit der Verhandlungen stattfindet, entweder zugelassen oder vorgeschrieben, findet aber auch wohl in Staaten statt, in welchen keine Zuhörer zu den Sitzungen

437) (Zarte) die ständische Verfassung S. 214—232. Er findet den Nachtheil besonders in der fieberhaften Aufregung, welche dadurch, daß was jeder Einzelne in einer Landesversammlung spricht und thut, nicht bloß zur Kunde des Landes, sondern des gesammten lesenden Deutschland kommt.

438) Bayer. Geschäftsordn. v. J. 1825 §. 48. Württemb. Verfassungsurk. §. 167, 168. Sächsische §. 135. Badische §. 78. Kurhessische §. 77. Hessen = darmst. §. 100.

439) So auch hannover'sches Grundgesetz von 1833 §. 114.

zugelassen werden. Sie wird bewirkt durch Zulassung von Schnell-schreibern und Aufnahme der Verhandlungen in den Zeitungen oder durch besonderen Druck der Protocolle. Jedoch findet keineswegs in allen Staaten eine unbeschränkte Veröffentlichung der Verhandlungen und eine Aufnahme derselben in den Zeitungen statt. Bald müssen bei der Bekanntmachung der Verhandlungen die Namen der einzelnen Antragsteller und Redner verschwiegen werden<sup>440)</sup>, bald wird nur eine Uebersicht der Verhandlungen oder ein Auszug aus denselben<sup>441)</sup> oder es wird auch wohl nur der Landtagsabschied veröffentlicht<sup>442)</sup>. Des 59. Art. der Wiener Schlußacte — welcher bestimmt: daß wo die Oeffentlichkeit landständischer Verhandlungen gestattet ist, durch die Geschäftsordnung dafür gesorgt werden müsse, daß die gesetzlichen Grenzen der freien Aeußerung weder bei den Verhandlungen selbst, noch bei der Bekanntmachung durch den Druck, auf eine die Ruhe des einzelnen Bundesstaates oder des gesammten Deutschlands gefährdende Weise überschritten werden — ist bereits zuvor erwähnt worden, sowie der sich darauf beziehenden Beschlüsse vom 16. August 1824 und 5. Juni 1832 Art. 5.

Wiba.

---

440) So verfügt die braunschweig'sche landschaftliche Geschäftsordnung v. 1832, §. 52, die unverzügliche Bekanntmachung der ständischen Protocolle durch den Druck, jedoch ohne Nennung der Namen. — Auch bei der Bekanntmachung der Verhandlungen der preussischen Provinzialstände dürfen die Namen nicht genannt werden.

441) In Holstein ist durch die Verordn. v. 15. Mai 1834 §. 79 festgesetzt, daß nur der wesentliche Inhalt der Verhandlungen in einer dafür bestimmten Zeitung fortwährend bekannt zu machen sei. — Das altenburger Grundgesetz §. 247 gestattet nur Veröffentlichung einer Uebersicht der Verhandlungen u. s. w. Vgl. Klüber, öffentliches Recht §. 300, Note i. Zacharia, Staatsrecht Bd. 1, S. 423.

442) So in Coburg nach Verfassungsurth. §. 83.







LAW LIBRARY  
University of Michigan



3 5112 104 560 323