Rostocker Dokumentenserver
Dieses Werk wurde Ihnen durch die Universitätsbibliothek Rostock zum Download bereitgestellt.
Für Fragen und Hinweise wenden Sie sich bitte an: digibib.ub@uni-rostock.de

Samuel Gottfried Liekefett

Praktischer Commentar über die Pandekten

Erster Theil : Welcher die Erklärung des ersten, dritten und vierten Titels des ersten Buchs der Pandekten enthält

Leipzig: bey Adam Friedrich Böhme, 1796

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861

Band (Druck) Freier Zugang



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0001
DFG

Const. is. Tomi ex auct. -- 5 rf.

K. f – 653 (1)
K. f. – 653 (1.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn1701684861/phys_0002
DFG

Praktischer

Commentar

über

die Pandekten

nach dem Lehrbuch

des Herrn GRR. Hellfeld.

Erster Theil,

welcher die Erklärung des ersten, dritten und vierten Titels des ersten Buchs der Pandekten enthält.

Leipzig,
bey Adam Friedrich Böhme.
1796.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0005
DFG

Ex libris
Ferd. Kemmerer, Dr.

Ex
Bibliotheca
Academiae
Rostochiensis

Vorrede.

Einsichtsvolle Rechtsgelehrte, welche es für ihre heiligste Pflicht halten, die neuesten juristischen Schriften zu lesen, um ihre Kenntnisse daraus von Zeit zu Zeit zu vermehren, und sich dadurch zur Erfüllung ihrer Berufspflichten immer geschickter zu machen, wissen es, daß in unsern Zeiten weit mehr teutsche als lateinische juristische Schriften herauskommen. Es läßt sich dagegen wohl nicht viel wichtiges einwenden, wenn man darauf Rücksicht nimmt, wie schwer es ist, sich in der lateinischen Sprache

richtig und allgemein verständlich über Gegenstände der Rechtsgelehrsamkeit auszudrücken, und wie groß der Schaden seyn muß, der aus falsch verstandenen Behauptungen achtungswürdiger Rechtsgelehrten entstehen kann. Beurtheilen unpartheyische Männer meine Arbeit nach diesen Gründen, so werden sie es gewiß nicht misbilligen, daß ich mich entschlossen habe, einen teutschen Commentar über die Pandekten herauszugeben.

Was die Ursachen anbetrift, wodurch ich veranlaßt worden bin, dieses Werk ans Licht treten zu lassen, so werden diejenigen achtungswürdigen Rechtsgelehrten dieses Unternehmen gewiß billigen, denen es bekannt ist, wie viel lateinische Commentare über die Pandekten wir haben, wie groß der Umfang der Rechtswahrheiten ist, die in den Pandekten enthalten sind, und wie viel Gutes durch einen gründlich ausgearbeiteten recht weitläuftigen teutschen Commentar über die Pandekten gestiftet werden könne.

Denjenigen Commentar halte ich zu Erreichung dieser Absicht am geschicktesten, worinn die Behauptungen der größten Rechtsgelehrten über alle praktische Materien zusammen getragen, und die Anwendung derselben, durch die in den Sammlungen von rechtlichen Entscheidungen erzählten Rechtsfälle recht

deutlich

deutlich gezeigt worden. Daß ein solches Werk jeden Rechtsgelehrten, über die ihm zu wissen nöthigen Verordnungen der Gesetze am besten belehren könne, läßt sich nicht bestreiten.

Zu einem solchen weitläuftigen Werke, habe ich als akademischer Lehrer, bereits über zwanzig Jahre Materialien gesammelt. Es wird übrigens diese Arbeit kein gründlicher Rechtsgelehrter, der Gelegenheit hat sich die besten juristischen Werke anzuschaffen, oder solche wenigstens gelehnt bekommen zu können, wozu es auf Universitäten, wo mehrere öffentliche und Privatbibliotheken, auch große Buchhandlungen sind, nicht an guter Gelegenheit fehlt, für nichts so ausserordentlich schweres halten. Die Hauptsache bleibt allemal diese, wie die gesammelten Materialien auf das beste verarbeitet werden müssen. Hierüber werden aber freylich diejenigen Rechtsgelehrten, deren Behauptung Aufmerksamkeit verdient, niemals ganz gleich gesinnt seyn. Einige werden viel neue Bearbeitungen und Widerlegungen zeither für richtig anerkannter Grundsätze erwarten; dagegen die mehresten Richter und Advokaten diejenige Erklärung der Pandekten am mehresten wünschen werden, worinn ihnen die Behauptungen der größten Rechtsgelehrten und die Entscheidungen der höchsten Gerichte und berühmtesten Spruchcollegien vollständig und richtig vorgetragen worden, damit

ihnen durch ein solches Werk, die Prüfung der Rechtshändel, wo ein geschickter Advokat des Klägers alles anführt, was sich nur wahrscheinliches für das Verlangen seines Clienten sagen läßt, der eben so geschickte Sachwalter des Beklagten hingegen die stärksten Widerlegungsgründe aufzustellen sucht, auf alle mögliche Weise erleichtert werde.

Nach meinem Gewissen muß ich einem solchen Werke ebenfalls den Vorzug zugestehen, da ich die Bestreitung wichtiger, zeither als richtig in den Gerichten angenommener Grundsätze für sehr gefährlich halte, und daher bey Abfassung rechtlicher Erkenntnisse blos in den Zweifelsgründen darauf Rücksicht nehme, und in meinen Vorlesungen dafür warne, weil es nichts kleines ist, auf Kosten seines Clienten etwas zu behaupten, wodurch der ganze Proceß verlohren gehen kann, wenn in der höchsten Instanz gewissenhafte Rechtsgelehrte den Ausspruch thun, daß ihnen die zeither von den mehresten größten Rechtsgelehrten gebilligte Meinung gegründeter scheine. Man würde mich sehr unbillig beurtheilen, wenn man mir Schuld geben wollte, ich mißbillige durch diese Methode alle neue und strenge Untersuchung der Wahrheit. Dieses werde ich selbst lebenslang für meine Pflicht halten; aber eben so heilig wird mir auch die Pflicht seyn, nicht eher nach einer neuen Meinung über das Eigenthum meines Nebenmen-

benmenschen zu entscheiden, als bis die mehresten größten Rechtslehrer die neue Meinung in ihren Schriften billigen.

Von dieser Seite bitte ich also diejenigen edeldenkenden Herren Recensenten, die es für Pflicht halten mein Buch dem Publikum anzuzeigen, meine Arbeit zu beurtheilen. Sehr angenehm war mir die Aeußerung des achtungswürdigen Herrn Recensenten in den Leipziger gelehrten Zeitungen, daß es nicht zu vermeiden sey, in einem solchen Werke vieles zu sagen, was bereits oft gesagt worden, da es die vollständige Erklärung der einzelnen Rechtsgrundsätze erfordert, keinen wichtigen Satz unberührt zu lassen. Solche edeldenkende Männer werden es auch für niedrige Verläumdung halten, nur von Compilation zu reden, um dadurch die gute Sache verächtlich zu machen, da jeder gründliche Gelehrte es weiß, wie leicht es ist, durch solche Vorwürfe die mehresten achtungswürdigen Schriftsteller zu beleidigen. Auch hoffe ich nicht, daß man folgendergestalt schließen wird: hier hat der Verfasser diese Materie erklärt; vergleicht man seine Arbeit mit den besten Schriften darüber, so wird man bald finden, daß lange nicht alles darüber gesagt worden, was darüber hätte gesagt werden können. — Jeder Schriftsteller hat, wie bekannt, seinen eigenen Plan, nach dem er viele Grundsätze bey einer Materie vorträgt,

die auch anderswo eben so wohl hätten vorgetragen werden können. Die Vollständigkeit oder Unvollständigkeit läßt sich erst nach Beendigung des ganzen Werks sicher beurtheilen.

Soll ich auch darüber etwas sagen? warum ich mich nicht öffentlich zu meiner Arbeit bekenne, um den nachtheiligen Folgen vorzubeugen, wenn in kritischen Werken, oder in den Vorlesungen, ein unbekannter Mann als Verfasser mit Zuversichtlichkeit angegeben wird. Da in unsern Zeiten die mehresten Schriften von Verfassern herrühren, die keine wichtigen Aemter verwalten, und verständige Menschen nicht auf den Namen des Verfassers Rücksicht nehmen, sondern darauf, wie das Buch geschrieben ist, so kann mich gewiß keine von diesen Ursachen abhalten, noch zur Zeit meinen Namen nicht unter die Vorrede zu setzen. Es giebt aber, wie bekannt, bisweilen Verhältnisse, die einen bestimmen, etwas nicht zu thun, was jeder andere für sehr unbedeutend hält. In dieser Lage befinde auch ich mich für jetzt. Warum hat sich denn der Herr Canzler von Trützschler immer noch nicht als Verfasser der Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze entdeckt, da das Buch bereits zum drittenmal aufgelegt worden? Welcher akademische Docent weiß es nicht, daß der Herr Cammergerichtsassessor von Hymmen die Beyträge zur Litteratur in den Preussischen Staa-

Staaten herausgegeben hat? Und wie viel Anonyme Schriften aller Art haben wir nicht? — —

Wie stark das ganze Werk werden wird, kann ich freylich nicht ganz bestimmt angeben. Wer aber nur das Müllerische Promtuarium durchgeblättert hat, wird es wissen, daß in ein Paar Bänden sich nichts sagen läßt. Meine Absicht ist, alle funfzig Bücher der Pandekten zu erklären, jedoch hauptsächlich nur die praktischen Materien mit der möglichsten Vollständigkeit aus einander zu setzen. Es wird folglich dieses Werk die ausführlichste Erläuterung des ganzen Privatrechts, des Processes und des peinlichen Rechts enthalten. Wem sollte nicht ein solches Werk willkommen seyn, zumal man sich dasselbe in einigen Jahren ohne große Kosten anschaffen kann, wenn man darauf pränumerirt! Leider wird nur die Pränumeration zum großen Nachtheil der Gelehrsamkeit von einigen Personen verächtlich gemacht, die wohl nicht wissen, was sie für Schaden damit anrichten. Wie mancher würde durch den Besitz eines nützlichen Werkes seine Kenntnisse sehr vermehrt und sich dadurch glücklich gemacht haben, wenn er sich solches um den Pränumerationspreiß angeschafft hätte, welches mir mehrere Rechtsgelehrte von dem Müllerischen Promtuarium gestanden haben, die sich das theure dreyzehn Bände starke Werk nicht anschaffen konnten, da es fertig

war, und sie von der Subscription keinen Gebrauch gemacht hatten.

Möchten doch diese wohlgemeinten Gedanken von recht vielen Rechtsgelehrten beherzigt werden, und Gott meine Arbeit zum Glück vieler meiner Mitmenschen gesegnet seyn lassen!

Inhalt.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0014
DFG

Inhalt.

Lib. I. Tit. I.
de
Iustitia et Iure.

§. 1.

Ohne die wichtigsten Schriften über das römische Recht zu kennen, kann man sich keine gründliche Kenntniß desselben erwerben, S. 1. Schriftsteller über die königlichen Gesetze, 1. Schriftsteller über die Gesetze der zwölf Tafeln, 1. Schriftsteller über das beständige Edict, 2. Ausleger der Institutionen, 2. Ausleger der Pandekten, 3. Schriften, worinn blos einige Bücher oder Titel der Pandekten erklärt worden, 3. Schriftsteller, welche die Fragmente derjenigen römischen Rechtsgelehrten erläutert haben, aus deren Schriften, Stellen in den Pandekten vorkommen, 4. Ausleger des Codex, 5. Schriftsteller über einzelne Constitutionen der Kaiser, 5. Schriftsteller über die Novellen des Justinians, 5. Schriftsteller über die Authenticas, 6. Schriftsteller über die funfzig Decisionen Justinians, 6. Schriften der eleganten Civilisten des 16ten Jahrhunderts, 6. Schriften der eleganten Civilisten des 17ten Jahrhunderts, 7. Schriften der eleganten Civilisten des 18ten Jahrhunderts, 8. Schriftsteller, welche das römische Recht mit Anführung des Gerichtsgebrauchs vorgetragen, 9. Schriften, welche Urthelssprüche der höchsten Gerichte und Spruchcollegien enthalten, 10. Bemerkungen über die Ordnung, nach welcher die Pandekten abge-

abgefaßt worden, 11. Läßt sich das römische Recht nach dieser Ordnung gründlich vortragen? 12. Bemerkung über den Inhalt des ersten Titels der Pandekten, 12. Von den verschiedenen Bedeutungen des Worts ius, 13. Lassen sich vierzehen verschiedne Bedeutungen dieses Worts beweisen? 13.

§. 2.

Was versteht man unter dem Satze: Gesetze und Verbindlichkeiten, Rechte und Verbindlichkeiten, sind correlata? 17. Können Rechte und Verbindlichkeiten bey einer und ebenderselben Person als correlata betrachtet werden? 18. Bemerkung über die richtige Bestimmung des Begriffs der Verbindlichkeiten, 18. Was für ein Begriff kommt im römischen Rechte von der Verbindlichkeit vor? 19. Wie muß dieser Begriff heutzutage bestimmt werden? 19. Zu jeder Verbindlichkeit werden zwey Subjekte erfordert, 20. Bey welchen Handlungen findet eine Verbindlichkeit statt? 20. Prüfung einiger von andern Rechtslehrern gebilligten Begriffe der Verbindlichkeit, 21. Die Verbindlichkeiten sind entweder mittelbare oder unmittelbare, 23. Hat diese Eintheilung ein richtiges Fundament? 23. Die Handlungen, welche mittelbare Verbindlichkeiten bewürken, werden in den Lehrbüchern gewöhnlich in zwey Hauptklassen eingetheilt, 24. Ist diese Meinung zu beweisen? 24. Was ist in Gesetzen von der Entstehung mittelbarer Verbindlichkeiten enthalten? 25. Welche Stellen sind für die Hauptstellen zu halten, aus denen sich die Vorstellungsart der römischen Rechtsgelehrten von den verschiednen Quellen der persönlichen Verbindlichkeiten beweisen läßt? 25. Die Theorie der römischen Rechtsgelehrten von diesen Quellen hat wesentliche Fehler, 25. Warum nahmen die römischen Rechtsgelehrten nur auf die Quellen solcher Verbindlichkeiten hauptsächlich Rücksicht, welche eine Klage begründeten? 26. Wie sind die Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex maleficio entstanden? 26. Worinn liegt die Ursache, daß in den Lehrbüchern eine große Verschiedenheit der Meinungen über die Anzahl dieser Verbindlichkeiten anzutreffen ist? 27. In Gesetzen kommen nur fünf Fälle von Verbindlich-

keiten

keiten quasi ex contractu, und nur vier Fälle von Verbindlichkeiten quasi ex delicto vor, 27. Welcher Begriff von den Verbindlichkeiten quasi ex contractu ist für richtig zu halten? 27. Wie läßt sichs erweisen, daß der Begriff von den Verbindlichkeiten quasi ex delicto in den Lehrbüchern falsch vorgetragen werde? 27. Was für Handlungen setzt die obligatio quasi ex delicto nach der Theorie des römischen Rechts voraus? 29. Welches scheint die wahre Theorie der römischen Rechtsgelehrten von den Quellen der persönlichen Verbindlichkeiten gewesen zu seyn? 29. Welche Verbindlichkeiten sind zu den obligationibus ex variis causarum figuris zu rechnen? 30. Wie müssen die Fragmente des Gajus von den Entstehungsquellen der Verbindlichkeiten erklärt werden? 31. Der ganze Umweg, da, wo kein Vertrag oder wirkliches Verbrechen vorhanden ist, dennoch die Verbindlichkeit mit einem quasi ex contractu, quasi ex delicto zu stempeln, dient im Grunde zu nichts, als die Sache zu verwirren, 33. Am richtigsten trägt man diese Lehre vor, wenn man den wahren Entstehungsgrund der Verbindlichkeiten quasi ex contractu, quasi ex delicto gerade zu angiebt, und sagt, daß sie bald aus Gesetzen unmittelbar, bald aus einseitigen Handlungen hergeleitet werden müssen, 33. Läßt sich die Vorstellungsart, wie sie in den Institutionen vorkommt, rechtfertigen? 33. Was wollen die Worte: re contrahitur obligatio sagen? 34. Man kann heutzutage nicht blos die Quellen solcher Verbindlichkeiten festsetzen, woraus eine Klage entspringt, 35. Es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, heutzutage die Verbindlichkeiten aus Quasicontrakten und Quasidelikten herzuleiten, 35. Welches ist die richtigere Theorie von der Entstehungsart aller Verbindlichkeiten? 36. Alle Rechte und Verbindlichkeiten gründen sich zuletzt auf die Gesetze, 36. Die Natur der Sache führt auf die Eintheilung der Verbindlichkeiten in unmittelbare und mittelbare, 37. Wenn ist eine unmittelbare Verbindlichkeit vorhanden? 38. Von der Entstehungsart mittelbarer Verbindlichkeiten, 39.

§. 3.

§. 3.

Bemerkung über die Eintheilung der Verbindlichkeiten in die gegen Gott, gegen uns selbst, und gegen andere Menschen, 41. Von der Eintheilung der Verbindlichkeiten in vollkommene und unvollkommene, 41. Diese Eintheilung findet man in den Gesetzen deutlich angeführt, 41. Ist diese Eintheilung an sich gegründet? 42. Was sind Zwangsmittel? 42. Wo uns die Vernunft zu einem Zwangsmittel berechtigt, kann der Zwang unmöglich in einer Verletzung äußerer vollkommener Pflichten bestehen, 43. Ist die Eintheilung des Rechts in vollkommnes und unvollkommnes richtig? 43. Woher kommt es, daß bey einigen Verbindlichkeiten äußerer Zwang statt findet, bey andern aber nicht? 44. Giebt es Fälle, wo die Zwangspflicht in Ansehung fremden Eigenthums von einer bloßen Gewissenspflicht überwogen wird? 45. Kann gegen den getrennten Vortrag der Grundsätze von den vollkommnen und unvollkommnen Verbindlichkeiten in zwey verschiedenen Systemen, der Moral und dem Naturrechte, manches erinnert werden? 46. Was nennt man eine vollkommne Verbindlichkeit? 46. Von den Zwangsmitteln die Verbindlichkeiten zu erfüllen in bürgerlichen Staaten, 46. Sollte in einem Gesetze keine empfehlende Erklärung über den erlaubten Zwang enthalten seyn, so muß der Richter annehmen, daß ein Gesetz ein Zwangsrecht vorschreibt, 48. Worauf hat der Richter beständig Rücksicht zu nehmen bey Anwendung der Gesetze, welche unvollkommne Verbindlichkeiten zu vollkommnen gemacht haben? 48.

§. 4.

Was versteht man unter einem Gesetze? 49. Allgemeine Wahrheiten, die in dem Begriff eines Gesetzes enthalten sind, 49. Sind alle so genannten Leges im Corpus Iuris für wirkliche Gesetze zu halten? 50. Was nennen die Rechtslehrer suasiones legis? 50. Beyspiele empfehlender Verordnungen im Corpus iuris, 51. Von Empfehlungen der Gesetze, 51. Bemerkungen über die im Corpus Iuris vorkommenden Lehrgrundsätze, 52. Von propositionibus enunciatiuis und assertivis

vis in Gesetzen, 52. Wie sind Verträge und Gesetze unterschieden? 53.

§. 5.

Wie können die Rechtsgrundsätze von den Eigenschaften der Gesetze am deutlichsten vorgetragen werden? 53. Warum werden Gesetze gegeben? 53. Welches sind die besten Mittel, die Unterthanen zur Befolgung der Gesetze zu bewegen? 54. Ist die Zusicherung gewisser Belohnungen ein schickliches Mittel, die Unterthanen zur Befolgung der Gesetze zu bewegen? 54. Die Nichtigkeit der Handlung ist ein sicheres Mittel die Befolgung der Gesetze zu veranstalten, 55. Bisweilen muß der Verlust eines gewissen Rechts als Mittel gebraucht werden, daß dieses oder jenes Gesetz befolgt wird, 55. Ist die Androhung gewisser Uebel für ein schickliches Zwangsmittel zu halten, die Befolgung der Gesetze zu bewirken? 56. Die wichtigsten Zwangsmittel, die Befolgung der Gesetze zu bewirken, bestehen in Androhung gewisser Strafen, 56. Worinn besteht der Zweck der Strafen? 56.

§. 6. 7. 8.

Was für Eigenschaften müssen gute bürgerliche Gesetze haben? 57. Kein bürgerliches Gesetz darf der gesunden Vernunft oder der Wohlfahrt des Staats entgegen seyn, 57. Die wenigsten Menschen haben die Fähigkeit richtig zu entscheiden, wie ein Gesetz die Wohlfahrt des Staats befördern könne, 57. Ueber welche menschliche Handlungen können bürgerliche Gesetze gegeben werden? 58. Die menschlichen Handlungen sind entweder äußerliche oder innerliche, 58. Warum können über innerliche menschliche Handlungen keine bürgerlichen Gesetze gegeben werden? 59. Die äußerlichen menschlichen Handlungen sind theils freye, theils nicht freye, 59. Was versteht man unter willkührlichen Handlungen? 59. Welche menschliche Handlungen nennt man erzwungene, und welche werden physisch nothwendige genennt? 60. Worauf ist bey der Beurtheilung einer freyen menschlichen Handlung Rücksicht zu nehmen? 60. Nur über äußer-

äußerliche und im strengsten Verstande freye menschliche Handlungen können bürgerliche Gesetze abgefaßt werden? 61.

§. 9.

Die freyen äußerlichen menschlichen Handlungen sind entweder heilige oder profane Handlungen, 61. Welche Handlungen werden heilige Handlungen genennt? 61. Von heiligen kirchlichen Handlungen, 62. Religion an sich ist kein Gegenstand menschlicher Gesetze, 62. Bey Kirchenhandlungen muß ein doppelter Unterschied gemacht werden, 62. Von geistlichen Kirchenhandlungen, 63. Vom Recht des Regenten über wesentliche Religionshandlungen, 63. Welche geistliche Kirchenhandlungen verstatten eine gesetzliche Festsetzung in Ansehung derselben? 62. Von äußerlichen willkührlichen Religionshandlungen, 64. Kann der Regent für sich etwas darüber festsetzen? 64. Von gemischten Religionshandlungen, 64.

§. 10. 11. 12. 13.

Von der Eintheilung der Gesetze in natürliche und positive, 65. Welche Gesetze werden natürliche genennt? 65. Was versteht man unter einem positiven Gesetz? 65. Bemerkungen über die Begriffe, welche die römischen Rechtsgelehrten mit dem Worte Naturrecht verknüpften, 66. Was nennten die Römer allgemeines Menschenrecht? 66. Wie werden die natürlichen Gesetze eingetheilt? 67. Was versteht man unter dem gesellschaftlichen Naturrechte? 67. Begriff des allgemeinen bürgerlichen Rechts, 67. Welche Gesetze machen das einheimische allgemeine bürgerliche Recht aus? 67. Was nennt man Staatsrecht? 68. Giebt es ein allgemeines Privatrecht? 68. Das positive Recht besteht aus göttlichen und aus menschlichen positiven Gesetzen, 68. Begriff des positiven menschlichen bürgerlichen Rechts, 68.

§. 14.

Von der Eintheilung der Gesetze in Permissivgesetze und Zwangsgesetze, 69. Kann man diese Eintheilung als richtig beweisen?

weisen? 70. Das Zwangsrecht besteht aus gebietenden und verbietenden Gesetzen, 70. Bey den verbietenden Gesetzen zeigt sich ein großer Unterschied derselben, 70. Von verbietenden natürlichen Gesetzen, 70. Von positiven verbietenden Gesetzen, 71. Was nennt man ius prohibitiuum positiuum obiectiue tale? 71. Welche Gesetze werden zum ius prohibitiuum positiuum subiectiue tale gerechnet? 71. Bey diesen Gesetzen findet ein doppelter Unterschied statt, 71. Es giebt schlechterdings verbietende Gesetze, und solche, die etwas unter gewissen Umständen verbieten, 72. Ist jede Handlung, die wider ein verbietendes Gesetz unternommen worden, für null und nichtig zu halten? 72. Wodurch äußerte sich bey den Römern der Unterschied zwischen einer Lex perfecta, imperfecta, minus quam perfecta? 72. Kann bey Beurtheilung der Frage, ob Handlungen, die wider verbietende Gesetze unternommen worden, für null und nichtig zu halten, auf den Unterschied zwischen prohibere und irritum facere Rücksicht genommen werden? 73. Wie muß der Satz, daß Handlungen, die wider ein verbietendes Gesetz unternommen worden, für nichtig gehalten werden müssen, richtig angewendet werden? 74. Sehr oft darf nicht die ganze wider das verbietende Gesetz unternommene Handlung als nichtig betrachtet werden? 75. Wenn über 500 Ducaten ohne die gerichtliche Bestätigung verschenkt worden, so ist nicht die ganze Schenkung nichtig, 76. Ist es erlaubt auf ein verbietendes Gesetz zu renunciren? 76. Muß bey Beantwortung dieser Frage ein Unterschied zwischen legibus prohibitiuis qualificatis et simplicibus gemacht werden? 77. Wenn der Grund, warum ein Gesetz etwas verbietet, vorzüglich in der Wohlfahrt des Staats liegt, so ist keine Entsagung erlaubt, 77. Wenn Gesetzen, welche blos um des Besten einer Privatperson willen etwas verbieten, gültig entsagt werden soll, so kommt es darauf an, ob eine dritte Person dabey interessirt ist oder nicht, 78.

§. 15.

Was versteht man unter Permissivgesetzen? 79. Einige Permissivgesetze machen das ius absolute permissiuum aus,

und andere das ius secundum quid permissiuum, 79. Welche Handlungen nennt man actus facultatis? 80. Welche Handlungen heißen actus merae facultatis? 80. Die mehresten Rechtslehrer erklären alle Handlungen die durch kein Gesetz weder verboten noch geboten sind, für actus merae facultatis, 81. Actus non merae facultatis sollen diejenigen Handlungen seyn, die sich auf ein Privilegium gründen, oder nach einem Vertrage geschehen oder nicht geschehen dürfen, 81. Rühren die actus merae facultatis aus einer dreyfachen Quelle her? 81. Sind diejenigen menschlichen Handlungen, die der Mensch, vermöge seiner angebornen Freyheit, unternehmen darf, und welche durch bürgerliche Gesetze nicht eingeschränkt sind, als actus merae facultatis zu betrachten? 81. Es können diese Handlungen aus den positiven Gesetzen selbst herrühren, wenn sie nämlich gewisse Rechte eingeführt und solche für unverjährbar erklärt haben, 81. Eine Handlung kann auch durch Verträge zu einer res merae facultatis gemacht werden, 82. Haben die römischen Rechtsgelehrten diese Benennung gebraucht? 82.

§. 16. 17.

Welche Gesetze gehören zum natürlichen Zwangsrechte? 82. Vom natürlichen Permissivrechte, 82. Wie unterscheiden sich die zum natürlichen Zwangsrechte gehörenden Gesetze? 83. Was nennt man absolutes natürliches Recht? 83. Welche Gesetze heißen hypothetische natürliche Gesetze? 83. Bemerkung über die Ausübung der vollkommnen Rechte und Verbindlichkeiten, 83. Sind alle vollkommene Rechte zugleich auch wirkliche Befugnisse? 83. Vom Unterschiede zwischen einem innerlichen und einem äußerlichen Rechte, 83. Ist das Naturrecht für Bürger eines Staats verbindlich? 84. Der Mensch wird Bürger eines Staats ohne die Eigenschaften des Menschen abzulegen, 84. Worinn besteht die wahre bürgerliche Freyheit? 85. Kein menschliches Gesetzbuch ist so vollständig, daß die Gerichte eine hinreichende Anleitung zur Rechtspflege darinn finden könnten, 85. Die tägliche Erfahrung beweißt es, daß in vielen Fällen

Fällen die richtigen Entscheidungsgründe blos aus dem Naturrechte genommen werden können, 85. Die Vorschriften des natürlichen Zwangsrechts sind wenig Zweifeln unterworfen, 86. Menschen bleiben alle Richter, sie mögen das Naturrecht oder positive Gesetze anwenden, 86. Es ist fehlerhaft, Rechtssätze aus dem positiven Rechte beweisen zu wollen, die sich nicht daraus beweisen lassen, aber im Naturrechte völlig gegründet sind, 87. Gewiß würden bessere Richter und Advokaten gezogen werden, wenn Naturrecht und positive Gesetze beständig beym Vortrage verknüpft würden, 88. Die römischen Gesetze verweisen den Richter oft auf diese Quelle, 88.

§. 18.

Kann das Naturrecht durch menschliche positive Gesetze abgeändert werden? 89. Was in diesem oder jenem Falle natürlichen Rechtens sey, kann nur allein aus Vernunftgründen durch unsern Verstand seine Bestimmung erhalten, 89. Alle Quellen des positiven Rechts stehen als menschliche Anstalten unter dem Gesetz der gesunden Vernunft, 89. In welchem Verstande läßt sich keine Aenderung des Naturrechts gedenken? 90. Wenn der Zweck der bürgerlichen Gesellschaft bald diese bald jene Einschränkung der natürlichen Freyheit nothwendig macht, so giebt auch selbst das auf den Staat angewendete Vernunftrecht, dem bürgerlichen Gesetzgeber die Befugniß, dieses oder jenes anzuordnen, was außer dem Staate unrecht seyn würde, 90. Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, ist eine Aenderung des Naturrechts erlaubt, 90. Worüber verdient die bisherige Behandlung des positiven Rechts einen gegründeten Tadel? 91. Die allgemeine Kritik des positiven Rechts wird in unsern Zeiten als ein wahres Bedürfniß betrachtet, 92. Worauf gründet sich die Rechtmäßigkeit aller positiven Gesetzgebung? 92. Nur Beleidigungen und die freye Einwilligung kann uns ein Zwangsrecht über unsern Nebenmenschen geben, 93. Was für Rechte kann der Regent nicht erwerben? 94. Was ist von solchen Gesetzen zu halten, welche der vereinte Wille der Staatsbürger nicht beschließen konnte? 94. Zu den ungültigen Gesetzen gehören alle

diejenigen, wodurch solche Rechte genommen werden, deren sich die Staatsbürger nicht begeben können, 94. Alle Einschränkungen der natürlichen Freyheit sind nur in so fern zu billigen, als sie vermöge des Zwecks der bürgerlichen Gesellschaft nöthig sind, 95. In so fern die Ausübung der unveräußerlichen Rechte des Menschen, oder die Art und Weise der Erfüllung gewisser Verbindlichkeiten nicht alle Willkühr der Menschen ausschließt, in so fern ist der Gesetzgeber allerdings berechtigt, um die Ordnung im Staate aufrecht zu erhalten, die Art der Ausübung durch seine Vorschrift zu bestimmen, auch in dieser Hinsicht manche Einschränkungen zu machen, 95. Alle Rechte, welche dem Menschen als Menschen zwar zustehen, deren er sich aber begeben kann, sind auch der Disposition des Regenten dergestalt unterworfen, daß dieser sie zum gemeinen Besten gänzlich aufheben, und die Unterthanen davon ausschließen darf, 96.

§. 19. 20.

Was nennt man die Bekanntmachung eines positiven Gesetzes? 98. Wie kann solche durch Handlungen geschehen? 98. Warum ist solche schlechterdings nöthig? 99. Bemerkung über die Bekanntmachung der Gesetze überhaupt, 99. Sie muß an einem dazu schicklichen Orte geschehen, 99. Zu welcher Zeit und in welcher Sprache muß solche vorgenommen werden? 100. Es ist nicht ungerecht, wenn Jemand nach solchen Gesetzen gerichtet wird, von denen er aus eigener Schuld nicht die gehörige Wissenschaft erlangt hat, 100. Von den Würkungen der geschehenen Bekanntmachung eines Gesetzes, 101. Ein Gesetz verbindet gleich nach der Bekanntmachung, 101. Wenn ist es rathsam die Verbindlichkeit eines publicirten Gesetzes einige Zeit zu suspendiren? 101. Die Gültigkeit eines publicirten Gesetzes wird so lange vermuthet, bis die Aufhebung deutlich gezeigt werden kann, 102. Kann die Entschuldigung angenommen werden, man habe von diesem oder jenem Gesetz nichts gewußt? 102. Muß derjenige, der sich auf ein Gesetz beruft, die Bekanntmachung desselben beweisen? 103. Was wird bey dem Beweise der geschehenen Bekanntmachung eines Gesetzes nicht erfordert? 104.

Was

Was für Folgen hat die Unwissenheit, daß ein Gesetz vorhanden sey? 105.

§. 21.

Der Regel nach gehen neue Gesetze nur auf zukünftige Handlungen, 105. Es würde der Regel nach ungerecht seyn, neue Gesetze auf vergangene Handlungen anzuwenden, 106. Woher entstehen die Schwierigkeiten bey Anwendung der Regel, daß neue Gesetze nur auf zukünftige Handlungen angewendet werden können? 106. Vergangene Handlungen werden diejenigen genannt, die ihre Vollkommenheit vor dem neuen Gesetz erlangt hatten, 107. Was will der Satz sagen: ein neues Gesetz darf der Regel nach nicht auf vergangene Handlungen angewendet werden? 107. Was ist Rechtens, wenn die Erfüllung eines vor der Publication des neuen Gesetzes zur Vollkommenheit gediehenen Geschäfts aus mehrern Handlungen besteht? 108. Wenn dürfen die höhern Zinsen, als nach dem neuen Gesetz versprochen werden können, nicht weiter genommen werden? 108. Ist es gar nicht mehr möglich, eine Handlung nach dem neuen Gesetz vorzunehmen, so kann ihre Gültigkeit nicht gehindert werden, 108. Die Regel, daß neue Gesetze nicht auf vergangene Handlungen angewendet werden dürfen, hat mehrere Ausnahmen, 109. Wenn es die Wohlfahrt des Staats nicht schlechterdings erfordert, darf kein neues Gesetz auf vergangene Handlungen ausgedehnt werden, 109.

§. 22.

Für den christlichen Rechtsgelehrten ist die Untersuchung der Frage von der Verbindlichkeit des göttlichen positiven Rechts die wichtigste Sache in der ganzen Privatrechtsgelehrsamkeit, 111. Was nennt man göttliche positive Gesetze? 112. Alle ältern Theologen und Rechtsgelehrten behaupten die Existenz eines allgemeinen göttlichen positiven Rechts, 112. Wenn blos neuere Rechtsgelehrte diese Wahrheit bestritten hätten, so verdiente die Sache keine Aufmerksamkeit, weil sie die Sache nicht entscheiden können, 112. Ist diese Frage für den guten Men-

schen von der größten Wichtigkeit? 113. 119. 122. Es verdient kaum bemerkt zu werden, daß unter den Vertheidigern eines allgemeinen göttlichen positiven Rechts ein Streit über die Anzahl dieser Gesetze ist, 114. Was für Eigenschaften legen die Gegner diesem göttlichen Rechte bey? 115. Die Gegner behaupten, man könne nicht einsehen, wie solche Gesetze bekannt gemacht worden, 115. Nach der Behauptung der Gegner muß Gott einen Grund gehabt haben, daß er solche Gesetze gegeben, 116. Wie suchen die Gegner die von Einigen als solche Gesetze angenommene zu erklären? 117. Wie erklärt man das göttliche Gesetz von der Bestrafung des Mörders? 119. Was behaupten die Gegner von den Ehegesetzen Mosis? 120. Wie sucht man den Ausdruck Greuel zu erklären? 121. Das Argument von der fehlenden allgemeinen Bekanntmachung der allgemeinen positiven göttlichen Gesetze widerspricht der richtigen Erklärung des Begriffs von der Bekanntmachung der Gesetze überhaupt, 123. Es ist ungereimt, von dem Umstande, daß sichs nicht beweisen lasse, alle Menschen, die jemals gelebt haben, oder gegenwärtig leben, haben die Bibel gelesen, den Schluß zu machen, also brauchen sich auch die Christen, die doch wohl Gelegenheit haben, die Bibel zu lesen, nach den positiven Gesetzen nicht zu richten, die eine Anwendung erfordern, 123. Es ist ein sicheres Merkmal von der Schwäche der gegenseitigen Argumente, daß man die wichtigsten allgemeinen göttlichen Positivgesetze für Naturgesetze ausgeben muß, 124. Beweißt es denn die Geschichte der Menschheit, wie leicht alle Menschen zur richtigen Kenntniß der wichtigsten Naturgesetze gelangen? 124. Warum verdienen die Einwürfe von der richtigen Erklärung des Gebots den Mörder am Leben zu strafen, von der Schicklichkeit der göttlichen Gesetze für alle Nationen, keine Aufmerksamkeit? 124.

§. 23.

Welche göttliche positive Gesetze machen das besondere göttliche Positivrecht aus? 125. Auch bey der Beurtheilung dieser Gesetze haben viele Theologen und Rechtsgelehrte zu erkennen

kennen gegeben, mit welcher Hochachtung sie von Angelegenheiten der Religion reden, 126. Von der Verbindlichkeit dieser göttlichen Gesetze unter den heutigen Juden, 127. Es muß bey der Anwendung derselben ein Unterschied gemacht werden zwischen Verordnungen über Religions- und Ceremonialsachen und bürgerliche Angelegenheiten der Juden, 127. Die Rechtslehrer sind über diese Sätze nicht einerley Meinung, 127.

§. 24.

Von der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt in Rücksicht auf das teutsche Reich, und die einzelnen Staaten desselben, 128. Was versteht man unter teutschen Reichsgesetzen und unter teutschen Landesgesetzen? 128. Jeder teutsche Reichsstand hat die gesetzgebende Gewalt in seinem Territorium, 129. Kann dieselbe mit oder ohne Einwilligung seiner Landstände ausgeübt werden? 129. Bey Streitigkeiten zwischen dem Landesfürsten und den Ständen über die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt ist keine allgemeine Vermuthung weder für den Regenten noch für die Stände anzunehmen, 130. Haben die Reichsstände das Recht, durch ihre Landesgesetze die Reichsgesetze abzuschaffen? 130. Es muß hier ein Unterschied gemacht werden zwischen teutschen Reichsgrundgesetzen und Reichsprivatgesetzen, 130. Wenn können sogar Reichsgrundsätze von den Reichsständen abgeändert werden? 131. Bey der Frage, ob die Abänderung der teutschen allgemeinen Reichsprivatgesetze durch einen Reichsstand erlaubt sey, kommt es vor allen Dingen darauf an, ob die Salvatorische Clausel in den Reichsprivatgesetzen steht, oder nicht, 131. Worauf ist Rücksicht zu nehmen, wenn diese Clausel nicht darinn steht? 137. Wenn ist ein teutsches allgemeines Privatgesetz für eine lex Imperii absolute praeceptiua aut prohibitiua zu halten? 131. Ein schlechterdings gebietendes oder verbietendes Gesetz kann nicht durch einzelne Landesgesetze abgeändert werden, 131. Die sogenannten hypothetischen Reichsprivatgesetze kann ein teutscher Reichsstand abschaffen oder abändern, 132. Recipirte Gesetze können ohne weniger Bedenken abgeändert werden, 132.

§. 25.

Von der Eintheilung der Verbindlichkeiten in natürliche, bürgerliche und vermischte, 133. Beyspiele von blos natürlichen Verbindlichkeiten, 133. Beyspiele von blos bürgerlichen Verbindlichkeiten, 133. Beyspiele von gemischten Verbindlichkeiten, 133. Warum ist es nöthig, viele natürliche Verbindlichkeiten durch bürgerliche Gesetze zu wiederhohlen? 133. Es könnte sehr nachtheilig werden, wenn der Regent es blos der Einsicht und dem Willen der Richter überlassen wollte, was sie für natürliche Rechte und Verbindlichkeiten halten wollten oder nicht, 134. Der größte Vorzug eines Gesetzbuchs besteht in der vollständigsten Anführung richtiger Naturgesetze, 134. Einige wichtige Bemerkungen über die Natur der vermischten Verbindlichkeiten, 134.

§. 26.

Jemehr man die vortreflichen Grundsätze kennt, welche das Naturrecht enthält, desto größer ist die unangenehme Empfindung, die dadurch erzeugt wird, wenn man Fehler bey der Anwendung desselben in den Gerichten bemerkt, 135. Es ist nöthig, das gewöhnliche Lehrsystem von der Würksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten in bürgerlichen Gerichten zu berichtigen, und solches auf wahre allgemeine Grundsätze zurück zu führen, 135. Wie haben die Rechtslehrer über das Verhältniß natürlicher Verbindlichkeiten, ihre Fortdauer und Einschränkung im bürgerlichen Zustande geurtheilt? 136. Um zu bestimmen, wie eine nicht bestätigte natürliche Verbindlichkeit anzusehen sey, soll nach der gewöhnlichen Theorie blos darauf Rücksicht genommen werden: ob die bürgerlichen Gesetze gestatten, daß die geschehene Zahlung wieder zurück gefordert werden dürfe? 137. Der berühmte Westenberg wirft die Liebespflichten sehr unschicklich mit der Verbindlichkeit eines Verschwenders und der Frauenzimmer, die sich verbürgt haben, in eine Classe, 137. Der erste Fehler der gewöhnlichen Theorie von der Würksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten in den bürgerlichen Gerichten zeigt sich durch den Mißbrauch

Mißbrauch der Eintheilung in vermischte und blos natürliche Verbindlichkeiten, 138. Es wird ohne hinlängliche Gründe behauptet, daß der völlige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit nur sodann statt finde, wenn sie in den bürgerlichen Gesetzen wiederhohlt vorgeschrieben und bestätigt worden, 138. Der Grundsatz: wenn eine Klage in den Gerichten angenommen werden soll, so muß das positive Recht dem Gläubiger dieses Recht wirklich ertheilt haben, ist vernunftwidrig, 139. Man muß die Regel annehmen, daß die der gerichtlichen Würkung nach eingeschränkte natürliche Verbindlichkeit nur als Ausnahme von der Regel, lediglich auf die einzelnen Fälle zu reduciren sey, wo die Gesetze dergleichen ausdrücklich verordnet haben, 140. Kann man positive Gesetze anführen, welche die Verordnung enthalten, daß blos natürliche Rechte und Verbindlichkeiten nur so viel Kraft und Würkung haben sollen, als ihnen durch bürgerliche Gesetze beygelegt worden? 140. Bey Stellen im Corpus iuris, wo die römischen Rechtsgelehrten sich so zu erklären scheinen, wie es mit der gewöhnlichen Theorie übereinzukommen scheint, hätte man vor allen Dingen sorgfältig prüfen sollen, ob diese Gesetze allgemeine Regeln enthalten, oder blos von einzelnen damaligen Verbindlichkeiten handeln, und in welchem Verstande die Worte naturalis obligatio gebraucht werden, 140. Beyspiele von solchen Gesetzen, 140. Daß die römischen Rechtsgelehrten manche Klagen, die sich auf natürliche Zwangsrechte gründen, nicht anerkennen wollten, rührte sehr oft daher, weil die Gesetze deutlich dagegen waren, 141. Anstatt daß nach der gemeinen Meinung, die durch bürgerliche Gesetze nicht bestätigte natürliche Billigkeit ihre völlige gerichtliche Würkung nicht haben soll, sieht man das offenbare Gegentheil aus Gesetzen, worinnen der Richter überall auf das Naturrecht und die natürliche Billigkeit verwiesen wird, 142. Auch die zweyte Eintheilung der natürlichen Verbindlichkeiten in solche, die das bürgerliche Recht durchaus verwirft, und solche, die zwar nicht bestätigt, aber doch auch nicht gemißbilligt sind, scheint in den Lehrbüchern noch manche Berichtigung nöthig zu haben, 143. Die Unwürksamkeit gewisser natürlicher Verbindlichkeiten in Gerichten ist blos die Folge des

veränderten Verhältnisses, worinn diese oder jene sonst natürliche verbindliche Handlung nach dem Willen der positiven Gesetze zu betrachten ist, 143. Die gemeine Theorie, welche nur von der Würksamkeit der blos natürlichen Verbindlichkeiten in Gerichten ausgeht, kann hierüber keine hinlängliche Erläuterung geben; denn Verbindlichkeit an sich und gerichtliche Würkung derselben, sind zweyerley, 144. Verschiedene Rechtslehrer haben die fehlerhafte Theorie noch reichhaltiger zu machen gesucht, indem sie sogar die an sich schon nicht erzwingbaren Pflichten oder officia humanitatis mit denen in eine Classe setzen, denen das bürgerliche Recht die gerichtliche Würkung entzogen hat, 145. Von natürlichen Verbindlichkeiten, welche in Ansehung der gerichtlichen Würkung durch bürgerliche Gesetze nur eingeschränkt sind, 147. Die Einschränkung besteht darinn, daß aus solchen Verbindlichkeiten zwar nicht geklagt werden kann, aber alle andern Würkungen haben sie, 147. Es ist nicht hinreichend zu sagen, eine natürliche Verbindlichkeit, deren gerichtliche Würkung nur zum Theil eingeschränkt worden, ist diejenige, woraus die Gesetze zwar keine Klage gestatten, wohl aber die übrigen Würkungen, 148. Was für Würkungen bringt jedes Zwangsgesetz hervor? 149. So verschieden die Fälle sind, wo bald die eine bald die andere Würkung durch bürgerliche Gesetze entweder ganz oder nur zum Theil weggenommen worden, so mancherley Einschränkungen können bey vollkommnen Verbindlichkeiten statt finden, 149. Es ist ferner nicht zu billigen, daß in verschiednen Rechtsmaterien, welche unstreitig hieher gehören, die natürliche Verbindlichkeit und ihr Verhältniß in den Gerichten gar nicht untersucht wird, 151. Bey einer richtigern Auseinandersetzung dieser Materie ist vor allen Dingen zu bemerken, daß die natürliche Verbindlichkeit in einer dreyfachen Rücksicht betrachtet werden kann, 152. Die bürgerliche Gesellschaft unterscheidet sich von andern durch ihren Hauptzweck, der in der Sicherheit und der möglichst erleichterten Ausübung aller vollkommnen Rechte besteht, 159. Wenn diese oder jene nach dem absoluten Naturrecht erlaubte Handlung von dem bürgerlichen Gesetzgeber schlechterdings verboten worden, so fällt auch alle natürliche Befugniß und Verbindlichkeit im Staate weg,

154.

154. Die Hazardspiele, der Zinswucher sind Beyspiele hiervon, 154. Alles, was eine Uebertretung der bürgerlichen Gesetze ausmacht, ist auch eben dadurch wahre Uebertretung des Naturrechts und der heiligen Schrift, 155. In der engern Bedeutung sind natürliche Verbindlichkeiten nur solche, die dem Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft wirklich obliegen, 156. Ist die Eintheilung der Verbindlichkeiten in natürliche und bürgerliche nöthig? 157. Wodurch zeigt sich der Unterschied zwischen natürlichen und bürgerlichen Verbindlichkeiten am deutlichsten? 157. Wenn bürgerliche Gesetze einer natürlich verbindlichen Handlung gewisse Feyerlichkeiten vorschreiben, wie sie gültig geschehen soll, so läßt sich nicht von allen Fällen, wo diese Feyerlichkeiten nicht beobachtet worden, deswegen behaupten, es sey mit dieser Handlung auch gar keine natürliche Verbindlichkeit verbunden, 158. Ganz anders verhält es sich mit bürgerlichen Instituten, 158. Von der dritten Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit im strengsten Verstande des Civilrechts, 159. Es giebt verschiedne Fälle, wo der Gesetzgeber es für nützlich gehalten hat, die Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit mehr den innern Gefühlen von Recht und Unrecht zu überlassen, als einen äußern Zwang deswegen zu gestatten, 159. Was hat die Einführung der Verjährung nöthig gemacht, 159. Um Unvorsichtigkeit, Uebereilung und Leichtsinn so viel als möglich von rechtlichen Handlungen zu entfernen, mußte in einigen Fällen die Gültigkeit einer Handlung von einer gewissen Form abhängig gemacht werden, 160. Was verstehen die römischen Rechtsgelehrten unter einer natürlichen Verbindlichkeit im strengsten Verstande? 161. Die Worte naturalis, naturaliter werden in Gesetzen auf verschiedne Weise gebraucht, 161. Unter welchen Benennungen kommt die natürliche Verbindlichkeit in Gesetzen vor? 162. Welche Grundsätze von der gerichtlichen Würkung einer natürlichen Verbindlichkeit halten neuere Rechtslehrer für richtiger als die von ältern vorgetragenen? 162. Was an sich nur Liebespflicht ist, hat in Gerichten nicht mehr Kraft als ihr die Gesetze wirklich ertheilt haben; die natürliche Zwangspflicht hingegen hat alle gerichtliche Würkung, die ihr nicht ausdrücklich genommen ist, 163. In welcher Ordnung lassen

lassen sich die Ausnahmen von der Regel, daß die natürliche Verbindlichkeit, die jeder Mensch im außergesellschaftlichen Zustande zu erfüllen hat, nicht nur in der bürgerlichen Gesellschaft fortdaure, sondern auch den völligen gerichtlichen Effect hervorbringe, am deutlichsten betrachten? 163. Erstlich sind die Fälle zu erörtern, wo die bürgerlichen Gesetze eine nach dem Naturrechte, an sich erlaubte und verbindliche Handlung verbieten, und durchaus ungültig erklären, 164. Was heissen verbotene Handlungen? 165. Ein Rechtsgelehrter muß sich bey Beantwortung der Frage, welche nach dem Naturrecht erlaubte Handlung ist in bürgerlichen Gesetzen verboten? blos von den Gesetzen und nicht von den Meinungen der Ausleger leiten lassen, 165. Die Gültigkeit oder Ungültigkeit rechtlicher Geschäfte ist blos nach den Gesetzen des Orts zu bestimmen, wo die Handlung vorgenommen worden, 166. Ein Vertrag, den die Gesetze des Orts, wo er eingegangen ist, verbieten, kann auch an andern Orten, wo er sonst erlaubt und verbindlich ist, nicht als gültig und klagbar angesehen werden, 166. Wenn kann diesem Satze gemäß eine Spielschuld eingeklagt werden? 167. Alle Verträge, welche da, wo sie geschlossen werden, erlaubt und gültig sind, haben überall den völligen gerichtlichen Effect, und der Beklagte kann sich nicht damit schützen, daß das Versprechen da, wo geklagt wird, verboten und ungültig sey, 167. Diese Regel hat mehrere Ausnahmen, 167. Es giebt verschiedne Arten verbotener Handlungen, 168. Gewisse nach dem Naturrecht erlaubte Handlungen sind durch bürgerliche Gesetze ganz und gar verboten, 169. Zu der zweyten Classe verbotener Handlungen gehören die Fälle, wo gewissen Personen die Freyheit rechtliche Handlungen vorzunehmen zu ihrem eigenen Besten bald ganz, bald nur in Rücksicht auf einige Arten der Rechtsgeschäfte genommen worden, 169. Zur dritten Classe gehören diejenigen Fälle, wo das bürgerliche Verbot zwar auch nur gewisse Personen betrift, jedoch nicht um des eigenen Besten derselben, auch nicht weil die Gesetze bey ihnen einen Mangel der natürlichen Freyheit zum Contrahiren vermuthen, oder eine vorzügliche Gefahr der Verletzung befürchten, sondern weil es sonst die gemeine Wohlfahrt erfordert, sie von dieser oder jener recht-

rechtlichen Handlung gänzlich zu entfernen, 169. Findet nach dem Naturrechte, zur Erfüllung solcher Verträge, die den Vorschriften desselben entgegen sind, eine Verbindlichkeit statt? 170. Mehrere Rechtslehrer behaupten mit Recht, daß die öffentlichen Huren bey den Römern nicht berechtigt gewesen, den versprochenen Hurenlohn einzuklagen, 171. Muß die Beantwortung der Frage: ob aus natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Handlungen eine Verbindlichkeit entstehe, durch eine Distinction entschieden werden? 172. Als Regel muß überhaupt der Satz gelten: daß keine natürliche Verbindlichkeit statt finde, ein Versprechen zu erfüllen, welches die bürgerlichen Gesetze verbieten, 174. Bey Fällen der zweyten Classe in bürgerlichen Gesetzen verbotener Handlungen, kann es in Rücksicht auf die einzelnen Subjecte, welche die Handlung vorgenommen haben, und nach individuellen Umständen gar wohl seyn, daß eine natürliche Verbindlichkeit durch einen bürgerlich verbotenen Vertrag gewürkt werde, 175. Der bürgerliche Gesetzgeber kann nur auf das Ganze sein Augenmerk richten, er kann die Personen und Sachen nur so nehmen, wie sie gemeiniglich sind, und der Richter muß hiernach bey der Erklärung und Anwendung der Gesetze verfahren, 176. Es ist irrig den Glücksspielen, da sie bürgerlich unerlaubt sind, eine natürliche Verbindlichkeit beyzulegen, 177. Sind die Bürgschaften der Frauenzimmer selbst nach dem Naturrechte für unverbindlich zu halten? 178. Sind Frauenspersonen, die an dem Orte, wo sie einen Curator haben müssen, ohne solchen ein Rechtsgeschäfte geschlossen, dadurch verbindlich geworden? 179. Wenn die Gesetze eine Handlung verbieten, oder als durchaus nothwendig vorschreiben, so wird eben dadurch den Staatsbürgern die moralische Befugniß versagt, gegen die Verordnung der Gesetze zu handeln, folglich ist alles nichtig, was gegen diese Gesetze unternommen worden, 180. Gegen verbietende oder schlechterdings gebietende Vorschriften der Gesetze findet keine Entsagung statt, 180. Grotius hält dafür, daß eine verbotene Handlung nur sodann für nichtig gehalten werden müsse, wenn das Gesetz dieses ausdrücklich verordnet hat, 181. Die Strafe, welche von der Unternehmung des verbotenen Handels noch mehr zurückhalten

halten soll, kann kein Mittel werden, sich die zur Gültigkeit des Geschäfts erforderliche moralische Befugniß beyzulegen, 182. Wie muß die bekannte Regel: vtile per inutile non vitiatur, angewendet werden? 182. Grundsätze von verbindlichen Handlungen, welche zwar die bürgerlichen Gesetze nicht verbieten, die aber dennoch in den Gerichten nicht völlig wirksam sind, 184. Die hierher gehörenden Fälle lassen sich im Allgemeinen auf drey Classen bringen, 184. Steht es den Partheyen frey, in ihren Privatangelegenheiten Rechte und Verbindlichkeiten anders zu bestimmen, als sie nach der Vorschrift der positiven Gesetze vorhanden sind? 185. Warum müssen bürgerliche Gesetze die Rechte und Verbindlichkeiten, die mit Verträgen und andern verbindlichen Handlungen verbunden sind, deutlich bestimmen? 186. Die Entscheidung dessen, was die Partheyen selbst unbestimmt gelassen haben, lediglich dem Ermessen des Richters anheim stellen, würde eben so viel seyn, als eine gleiche und sichere Justizpflege von einem bloßen Ungefehr erwarten wollen, 187. Welches sind die einzelnen Fälle solcher natürlichen Verbindlichkeiten, welche mit den bürgerlichen Bestimmungen der Privatgeschäfte nicht übereinkommen, und eben deswegen den völligen gerichtlichen Effect nicht haben? 189. Grundsätze von den Vorschriften des Civilrechts, wodurch der bisherige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit in der Folge ganz oder zum Theil wieder aufgehoben wird, 190. Aus welchen Gründen kann eine wirklich vorhandene und bisher völlig klagbare Verbindlichkeit ihre Würkung in der Folge wiederum verliehren? 191. Was ist von der natürlichen Verbindlichkeit eines Beklagten zu halten, welcher durch ungerechten richterlichen Ausspruch absolviret worden? 192. Was ist Rechtens, wenn positive Gesetze verordnen, daß der Gläubiger mit seiner Klage künftig nicht weiter gehört werden soll? 193. Wenn die Gesetze das ganze zeitherige Recht einer Person nehmen, so hört beym Schuldner seine natürliche Zwangspflicht auf, 193. Wenn Jemand mit dem Verlust seiner habenden Klage gestraft worden, so dauert die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners, die Klage abgerechnet, noch fort, 195. Von unvollkommnen Verbindlichkeiten, welche durch

durch positive Gesetze die Würkung einer Zwangspflicht erhalten haben, 199. Ulpian führt die ganze Summe aller gesetzlichen Vorschriften auf folgende Hauptregeln zurück: honeste viuere, neminem laedere, suum cuique tribuere, 200. Der Satz honeste viuere soll so viel anzeigen, daß ein Theil der Civilgesetze in den Regeln des Anständigen gegründet sey, 200. Man kann es nicht leugnen, daß es sehr zu wünschen wäre, wenn manche Dinge, die an sich freylich unvollkommne Verbindlichkeiten sind, durch positive Vorschriften, durch versicherte Belohnungen, oder angedrohte Nachtheile mehr eingeschärft, und ein stärkerer Antrieb zur Erfüllung solcher auf das gemeine Wohl den wichtigsten Einfluß habenden Pflichten gegeben würde, 201. Beyspiele von Fällen, wo die Liebespflicht als klagbare Schuldigkeit vorgeschrieben worden, 202. Bisweilen bringen die Gesetze eine Liebespflicht nur als solche in Anregung, 203. Grundsätze für den Richter bey Beurtheilung der Liebespflichten, 203. Bey Anwendung positiver Gesetze über die Liebespflichten muß der Richter allemal auf die Verhältnisse, welche der Gesetzgeber im Allgemeinen dabey voraus setzt, insbesondere auf die Art der Würkung, die den Liebespflichten, welche zu Zwangspflichten gemacht worden sind, ausdrücklich beygelegt ist, Rücksicht nehmen, 204. Zu den Irrthümern in dieser Materie gehört auch ein Mißbrauch der Lehren des Christenthums, 205. Dieser Mißbrauch hat zu Einführung der implorationis iudicis eccleſiaſtici Gelegenheit gegeben, 205. Es ist unrichtig, bloße Pflichten der Menschenliebe ohne weitere besondere Vorschrift der positiven Gesetze vor die Gerichte zu ziehen, 206. Es ist ein Fehler bey der Auslegung des römischen Rechts, wenn man die in dem Titel de regulis iuris vorkommenden Rechtsprincipien nach Maaßgabe des Wortverstandes als allgemeine gesetzliche Vorschriften anwendet, 207. Wie ist der Satz zu verstehen: quod tibi non nocet, alteri vero prodeſt, ad id poteris compelli? 207.

§. 27. 28.

§. 27. 28.

Begrif der Rechtsgelehrsamkeit, 209. Was versteht man darunter, wenn das Wort objectivisch gebraucht wird? 209. Was ist subjectivische Rechtsgelehrsamkeit? 209. Was versteht man unter der Theorie der Rechtsgelehrsamkeit? 210. Zur Theorie der Rechtsgelehrsamkeit gehört das Vermögen, den richtigen Verstand der Gesetze, nach seinem ganzen Umfange angeben zu können, 210. Ein theoretischer Rechtsgelehrter muß eine genaue Kenntniß von allen demjenigen Handlungen besitzen, welche rechtliche Handlungen genennt werden, 210. Zur Theorie der Rechtsgelehrsamkeit gehört ferner die genaueste Bekanntschaft mit den Folgen der rechtlichen Handlungen, 210. Worin besteht die Praxis der Rechtsgelehrsamkeit? 210. Sie enthält die Grundsätze, wie die Gesetze auf die vorkommenden Fälle dem Willen des Gesetzgebers gemäß angewendet werden sollen, 210. Es gehören ferner die Grundsätze von der bestmöglichsten Einrichtung rechtlicher Geschäfte dazu, 211. Derjenige, der eine wissenschaftliche Kenntniß von der Theorie und Praxis der ganzen Rechtsgelehrsamkeit besitzt, heißt ein Rechtsgelehrter im weitläuftigsten Verstande, 212. Wie ist ein Gesetzverständiger von einem Rechtsgelehrten unterschieden? 212. Wer ist ein Rechtsverständiger? 212. Wie sind Rechtslehrer, Rechtskluge und Rechtsconsulenten unterschieden? 212. Was versteht man unter einem Richter und einem Advocaten? 213. Wie ist ein empiricus, leguleius und rabula unterschieden? 213. Was wird vorausgesetzt, wenn ein Rechtsgelehrter die Gesetze richtig anwenden will? 213.

§. 29. 30.

Was nennt man die juristische Auslegungskunst, die juristische Hermenevtik? 214. Der gelehrteste Humanist ist nicht vermögend, durch bloße wörtliche Erklärung eines Gesetzes diejenigen Wahrheiten herauszubringen, die ein einsichtsvoller Rechtsgelehrter entdecken und beweisen kann, 215. Auf die Festsetzung des Sprachgebrauchs kommt bey Erklärung der Ge-

Gesetze das meiste an, 215. Wenn muß von dem Sprachgebrauche bey der Erklärung eines Gesetzes abgegangen werden? 216. Was nennt man die Seele des Gesetzes? 216. Der Grund des Gesetzes und die Gelegenheit zu Abfassung desselben muß genau unterschieden werden, 217. Ein Gesetz, das völlig deutlich ist, muß der Richter nach seinem ganzen Inhalte anwenden, wenn es auch gleich hart und zu strenge scheinen sollte, 217. Darf der Richter wegen einer überwiegenden Billigkeit, der Strenge des Gesetzes ausweichen? 218. Ein deutliches Gesetz nach der Billigkeit erklären wollen, ist eine Abänderung des Gesetzes, welche zwar der Gesetzgeber vornehmen darf, aber nicht der Richter, 219. Wie sind die römischen Gesetze zu erklären, welche dem Richter die Billigkeit empfehlen? 219. Was für Vorschriften hat der Richter zu befolgen, wenn er nicht wider die Billigkeit handeln will? 220. Der Richter kann und soll auf die besondern Eigenschaften und Verhältnisse der Personen Rücksicht nehmen, 220. Es ist der Billigkeit gemäß, daß der Richter in zweifelhaften Fällen, wo die ausdehnende und einschränkende Erklärung gleich starke Gründe für sich hat, die gelindere Meinung wählt, 221. Es muß eher auf die Gültigkeit, als auf die Nichtigkeit einer rechtlichen Handlung gesprochen werden, 221. Was versteht man unter der Billigkeit im Gegensatze des strengen Rechts? 221. Bisweilen heißt Billigkeit alles, was der Sinn des Gesetzes mit sich bringt, 222.

§. 31. 32. 33.

Was versteht man unter der legalen Gesetzerklärung? 222. Begrif der authentischen und der Usualinterpretation, 223. Grundsätze von der Beschaffenheit der authentischen Auslegung der Gesetze, 223. Wenn die authentische Auslegung des Gesetzes dem richtigen Wortverstande entgegen ist, so hat der Gesetzgeber in der That ein neues Gesetz gegeben, 223. Grundsätze von der Beschaffenheit der Usualerklärung, 224. Muß solche den Regeln der Auslegungskunst gemäß seyn? 224. Sind sowohl die authentische Gesetzerklärung als die Usualinterpretation für wirkliche Gattungen der Gesetzerklärung zu halten? 225. Was versteht

man unter dem Worte Gerichtsgebrauch, Observanz der Gerichte? 226. Der Gegenstand der Observanzen ist verschieden, 226. Bey der Anwendung der Gesetze äußert sich der Gerichtsgebrauch auf eine doppelte Weise, 226. Wenn erlangen gerichtliche Observanzen durch die Länge der Zeit und die stillschweigende Genehmigung des Regenten die Kraft eines Gewohnheitsrechts, 227. Die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten und der Gerichtsgebrauch sind verschiedne Dinge, 227. Muß der verlierende Theil zugleich zum Ersatz aller Proceßkosten verurtheilt werden, wenn er gleich die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten für sich hat? 228. Die Behauptung von einem streitigen Rechtssatze, den die mehresten Obergerichte und Spruchcollegien befolgen, wird die Praxis genannt, 229.

§. 34. 35.

Wie ist die grammatische, logische und politische Auslegung der Gesetze unterschieden? 229. Allgemeine Wahrheiten von der grammatischen Erklärung der Gesetze, 230. Jedes Wort eines Gesetzes muß so lange in dem Verstande genommen werden, den es nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche der Nation hat, die sich nach dem Gesetz richten soll, bis man deutlich sieht, es sey ein von dem Sprachgebrauche abweichender Sinn anzunehmen, 230. Weil Worte durch die Verbindung mit andern bisweilen eine zweyfache, ja gar dreyfache Bedeutung bekommen, und folglich dadurch eine Ungewißheit entsteht, was für Gedanken mit einem solchen Satze zu verbinden sind, so muß in dergleichen Fällen diejenige Bedeutung des zweydeutigen Worts angenommen werden, die mit der Sache, wovon das Gesetz handelt, das heißt, mit dem Subject und dessen Prädikat am besten übereinstimmt, 231. Man darf nicht vermuthen, der Gesetzgeber habe durch dieses oder jenes Wort nichts zu verstehen geben wollen, 231. Wie kann man den Verstand der einzelnen Worte in den römischen Gesetzen sicher herausbringen? 231. Wie sind die sogenannten Tribonianismen in den Pandekten zu erklären? 232. Wie können die Gesetze durch Rücksicht auf die Ueberschriften derselben sicher erklärt werden? 232. Um den wahren

wahren Wortverstand eines Gesetzes herauszubringen, muß man die Parallelstellen vergleichen, und die griechischen Uebersetzungen der einzelnen Theile des Corpus iuris, 233. Von der juristischen Critik, 233. Wodurch sind viele falsche Stellen in den römischen Gesetzen entstanden? 233. Es darf ohne eine wahre Nothwendigkeit keine Veränderung eines Worts oder Ausdrucks in irgend einem Gesetz vorgenommen werden, 235. Was für Regeln müssen befolgt werden, wenn die Aenderung dieses oder jenes Ausdrucks in den Gesetzen schlechterdings geschehen muß? 235. Von den berühmtesten kritischen Ausgaben der Pandekten, 235. Wie müssen die Abkürzungen gelesen werden, welche von den Abschreibern der Gesetze gebraucht worden? 237. Von siglis und notis, 237. Was nennt man geminatio? 237. Warum kann das Florentinische Manuscript der Pandekten nicht schon unter der Regierung des Justinians geschrieben worden seyn? 238. Bey Erklärung der römischen Gesetze muß vor allen Dingen untersucht werden, ob es kein Emblen enthalte? 239. Man muß sich hüthen Tribonianismen anzunehmen, wo in der That keine sind, 239. Ehe eine wirkliche Aenderung der zeitherigen Leseart geschieht, müssen bisweilen Worte getrennt werden, die in eins zusammen gezogen worden, und andere Worte müssen zusammengezogen werden, die zeither getrennt worden, 240. Bey der Aenderung dieses oder jenes Gesetzes müssen eher einzelne Buchstaben und Sylben geändert werden, als ganze Worte, 240. Wie muß bey der Aenderung ganzer Worte eines Gesetzes zu Werke gegangen werden? 241.

§. 36.

Worinn besteht die so genannte logische Erklärung eines Gesetzes? 241. Wenn der Grund des Gesetzes deutlich darinn enthalten ist, so hat der Ausleger nicht viel Mühe ihn aufzusuchen, 242. Obgleich die Gesetzgeber nicht selten den Hauptgrund ihrer Verordnung verschweigen und einen Nebengrund anführen, so wird dieses gleichwohl nicht vermuthet, und daher muß man sich hüthen, den in einem Gesetze angeführten

Grund, ohn: Ursache für unzureichend zu erklären, 242. Wie kann der Grund eines Gesetzes richtig herausgebracht werden? 242. Die Erklärung jedes einzelnen Gesetzes muß so beschaffen seyn, daß sie nicht mit den übrigen vorstehenden und nachfolge den Gesetzen in offenbarem Widerspruche steht, 243. Warum muß bisweilen ein in allgemeinen Ausdrücken abgefaßtes Gesetz gleichwohl speciel verstanden werden? 243. Sehr oft läßt sich unter den einzelnen Gesetzen eines Titels im Corpus Iuris, eine gute Ordnung herausbringen, so daß mehrere Gesetze, wenn sie gleich Bruchstücke aus ganz verschiednen Schriften eines oder mehrerer Rechtsgelehrten sind, dennoch nur eine einzige Periode ausmachen, 244. Sehr oft sind Gesetze, die keine Periode enthalten, durch Verbindungswörter in Zusammenhang gebracht worden, 244. Andere Gesetze stehen in Rücksicht auf den Inhalt mit einander in Verbindung, 244. Manches Gesetz der Pandekten muß wegen des Inhalts und des Zusammenhanges des Titels, worinn es steht, allgemein verstanden werden, obgleich die darinn vorkommende Regel, von dem Juristen, aus dessen Schriften sie genommen worden, daselbst blos zur Entscheidung eines besondern Falles, oder zur Erläuterung eines besondern Gegenstandes oder Gesetzes gebraucht worden, 244. Wie ist der Ausdruck cogitationis poenam nemo patitur in der L. 18. D. de poenis zu verstehen? 244. Bey Erklärung der einzelnen Gesetze muß folgende Regel beständig befolgt werden: es darf niemals bey einem Gesetz blos auf die Verbindung und den Zusammenhang allein gesehen werden, den das einzelne Gesetz in der Schrift des Juristen hatte, woraus es ein Fragment ist, sondern jedes einzelne Gesetz ist nunmehr so zu verstehen und zu erklären, wie es die neue Verbindung erfordert, in die es jetzt durch die Verfasser der Pandekten gesetzt worden, 245. Sehr oft kann man bey Erklärung der Gesetze gar nicht auf den Zusammenhang des Ganzen Rücksicht nehmen, 245. Wie ist in Fällen zu verfahren, wenn durch Rücksicht auf den Zusammenhang offenbare Widersprüche entstehen? 246. Was versteht man unter der ausdehnenden Erklärung eines Gesetzes? 246 Wenn ist eine einschränkende Erklärung des Gesetzes geschehen? 247. Ist die declarativische und die grammatische

tische Gesetzerklärung wirklich unterschieden? 247. Durch die logische Erklärung der Gesetze wird der Verstand des Gesetzes hauptsächlich nach dem Grunde desselben bestimmt und entwickelt, 247. Die Regeln der logischen Auslegung, wo der Grund des Gesetzes anwendbar ist, da muß auch die Vorschrift des Gesetzes befolgt werden, und wenn der Grund des Gesetzes nicht mehr anwendbar ist, läßt sich auch das Gesetz selbst nicht anwenden, leisten nicht immer das, was man erwartet, 247. Es giebt Gesetze, wo bey einzelnen Fällen, wovon sie handeln, der Grund des Gesetzes nicht anwendbar zu seyn scheint, und wo man dennoch wider den Willen des Gesetzgebers handeln würde, wenn man sein Gesetz nicht anwenden wollte, 248. Es ist eine wichtige hermeneutische Regel: von der Anwendung eines allgemeinen Gesetzes darf in einzelnen Fällen keine Ausnahme gemacht werden, wenn gleich der Grund des Gesetzes bey diesem oder jenem Gegenstande nicht eintritt, 248. Beyspiele hierher gehörender Fälle, 249. Eine andere hierher gehörende Regel ist folgende: wenn die Ursache, warum der Grund einer allgemeinen Verordnung nicht anwendbar ist, nicht von bloßen individuellen und außerordentlichen Eigenschaften eines gewissen Subjects hergenommen worden, sondern wenn bey einer ganzen Anzahl mehrerer Fälle und Verhältnisse schon durch die Natur der Sache, oder die Vorschrift besonderer Gesetze solche Bestimmungen eintreten, wornach gerade das Gegentheil von dem zur Regel wird, was den Beweggrund einer allgemeinen Verordnung ausmacht, so kann mit Recht von dem fehlenden Grund des Gesetzes auf die Unanwendbarkeit desselben geschlossen werden, 249. Wie muß von verbietenden Gesetzen eine richtige Auslegung gemacht werden? 250. Ist die Regel richtig: alle Gesetze, welche die natürliche Freyheit einschränken, mithin auch diejenigen, welche natürlich erlaubte Handlungen verbieten, sind strenge zu erklären? 251. Wenn der Gesetzgeber eine Handlung oder einen Vertrag im Allgemeinen verboten hat, so sind auch alle dahin gehörende Unterarten so lange für unerlaubt anzusehen, bis man deutlich zeigen kann, daß diese oder jene Gattung von dem allgemeinen Verbote ausgenommen worden, oder daß der Grund und die Absicht des Gesetzes in einer einzelnen Gattung

gänzlich wegfalle, 251. Wie muß von der Regel: wo der Grund des Gesetzes nicht statt hat, da fällt auch die Verordnung desselben weg, bey der Erklärung verbietender Gesetze Gebrauch gemacht werden? 252. Auffallend unrichtig wird diese Regel angewendet, wenn man die gelegentliche Veranlassung des Gesetzes mit dem wahren Grunde desselben, oder die Aehnlichkeit des Grundes mit der Gleichheit desselben vermischt, und das bürgerliche Verbot auf Handlungen ausdehnen will, welche von dem Gegenstande des Gesetzes durchaus verschieden sind, und zu einer ganz andern Classe von Geschäften gehören, 253. Beyspiele von unschicklichen Extensionen verbietender Gesetze, 253. Die Chikane nimmt am meisten Gelegenheit, unter dem Vorwande, daß der Grund eines verbietenden Gesetzes wegfalle, manche in der That verbotene Handlungen als gerecht und gültig darzustellen, 255. Wenn man die wirklichen Handlungen der Menschen in concretis betrachtet, so kommen sehr oft Fälle vor, wo bey einzelnen Subjecten der Grund eines allgemein verbietenden Gesetzes wegfällt, und wo man doch sehr unrecht schließen würde, daß darum die Verordnung des Gesetzes nicht anwendbar sey, 256. Wenn die Absicht des Gesetzgebers bey einem verbietenden Gesetz dahin geht, daß eine gewisse Handlung eben darum allgemein verboten und ungültig seyn soll, weil sie der Regel nach nichts taugt, so ist von der Anwendung des allgemein verbietenden Gesetzes in einzelnen Fällen deswegen noch keine Ausnahme zu machen, weil etwa gerade ein oder anderes Individuum diejenige Beschaffenheit nicht haben sollte, welche sonst gewöhnlich bey Personen, Sachen und Handlungen dieser Art einzutreten pflegt, und eben darum einen Beweggrund des Gesetzes ausmacht, 257. Warum müssen Minderjährige, die Meister einer Kunst sind, anders beurtheilt werden, als diejenigen, die diese Kunst nicht treiben? 258. Es ist ein unstreitiger Rechtsgrundsatz: was die Gesetze von den Rechtsgeschäften der Minderjährigen deswegen verordnet haben, weil sie bey ihnen einen Mangel an gehöriger Ueberlegung und nöthiger Kenntniß voraussetzen, das kann unmöglich auf diejenigen Verhältnisse angewendet werden, in welchen der Staat selbst, den Minderjährigen für einen Meister einer gewissen Kunst, oder Gewerbes öf-

fentlich

sentlich anerkennt, 260. Eine wichtige Regel bey der Erklärung verbietender Gesetze ist folgende: wenn die Gesetze eine Handlung, die nach dem Naturrechte nicht unerlaubt ist, verbieten, so geschieht es gemeiniglich darum, weil sie leicht üble Folgen nach sich ziehen kann, nicht aber allein nur in so fern wirklich üble Folgen damit verknüpft sind, die Handlung wirklich gemißbraucht worden ist, 260. Die Absicht der Gesetzgebung geht dabey unstreitig dahin, Misbräuche, die entstehen können, zu verhüthen, 261. Es ist nicht zu billigen, wenn man dasjenige, was der Gesetzgeber zum Grunde seiner Verordnung anführt, nur als eine besondere Bestimmung gewisser Fälle, worauf sich das Verbot nur beschränken soll, betrachtet, und dadurch den Uebertreter des Gesetzes veranlaßt, wohl gar einen Beweiß zu fordern, daß bey seiner Handlung jene besondere Bestimmung wirklich zutreffe, 262. Wenn ein Gesetz offenbar nur den wirklichen Mißbrauch einer sonst natürlich erlaubten Handlung verwerfen sollte, so würde es nicht weniger ungerecht seyn, wenn man deswegen die ganze Handlung durchgängig als verboten und ungültig ansehen wollte, 263.

§. 37

Wenn ist die logische Auslegung der Gesetze nöthig? 264. Wenn die Worte des Gesetzes mehr sagen, als man dem Sinne des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers gemäß annehmen kann, so wird die einschränkende Gesetzerklärung gebraucht, 264. Exempel, welche in einem Gesetze angeführt worden, schränken dasselbe nicht ein, 265. Wenn der Wortverstand des Gesetzes und der Sinn desselben mit einander übereinstimmen, so heißt die in dergleichen Fällen vorgenommene Erklärung die declarativische Gesetzauslegung, 265. Warum ist sie für eine eigene Gattung der logischen Erklärung der Gesetze zu halten? 266. Wenn der Sinn des Gesetzes und der Wille des Gesetzgebers weiter geht, als man aus dem bloßen Wortverstande erkennt, so nennt man die Erklärung des Gesetzes die ausdehnende Auslegung des Gesetzes, 266. Bey der ausdehnenden Auslegung argumentirt man, das heißt, man folgert Wahrheiten aus dem Grunde des Gesetzes, die in den Wor-

-ten des Gesetzes nicht liegen, 266. Die Rechtsgelehrten sind nicht darüber einig, was unter der Rechtsanalogie zu verstehen sey? 267. Nach Verschiedenheit der Art und Weise, wie die Entscheidung einer zweifelhaften Rechtsfrage aus dem Grunde dieses oder jenes Gesetzes gefolgert wird, ist die Rechtsanalogie entweder eine solche, welche durch ein Argument von ähnlichen Fällen bestimmt wird, oder man findet sie durch einen Schluß von entgegen gesetzten Fällen, 269. Wenn wird die Rechtsanalogie die Analogie des Rechts im strengsten Verstande genennt? 269. Wenn man bey dem Beweise einer Rechtswahrheit aus der Analogie des Rechtssystems keine Fehler begehen will, so muß keine Verschiedenheit der Personen, auf welche sich einerley Rechte nicht anwenden lassen, vorhanden seyn, 269. Der Grund und die Ursache des Gesetzes, welches analogisch angewendet werden soll, muß dem vor sich habenden Falle nicht entgegen seyn, weil der Grund aller Analogie blos in der Uebereinstimmung mit dem Willen und der Absicht des Gesetzgebers besteht, 269. Bey der Analogie ist jederzeit darauf Rücksicht zu nehmen, ob das Gesetz, woraus man argumentiren will, eine Analogie verstattet, 270. Von der Analogie aus den besondern Rechten, 270. Bey welchen Gesetzen findet keine Analogie statt? 271. Von der politischen Erklärung eines Gesetzes, 278.

§. 38. 39. 40. 41. 42.

Welches sind die merkwürdigsten Eintheilungen der Rechtsgelehrsamkeit? 279. Ist die Eintheilung in iurisprudentia legislatoria, consultatoria, iudiciaria gegründet? 280. Die Rechtsgelehrsamkeit wird in die natürliche und positive eingetheilt, 280. In Rücksicht auf Teutschland muß die positive Rechtsgelehrsamkeit in die einheimische und auswärtige eingetheilt werden, 280. Die teutsche positive einheimische Rechtsgelehrsamkeit ist entweder die gemeine oder die besondere, 280. Nach Verschiedenheit der Gegenstände ist die Rechtsgelehrsamkeit entweder die theoretische oder die praktische, 281. Die praktische Rechtsgelehrsamkeit besteht in der Kunst mit Akten umzugehen, und in der eigentlich sogenannten praktischen Rechtsgelehrsamkeit, 281. Die praktische Rechtsgelehr-

gelehrsamkeit im engern Verstande besteht aus der Staatsrechtsgelehrsamkeit und der Privatrechtsgelehrsamkeit, 282. Die Privatrechtsgelehrsamkeit theilen die Rechtslehrer in die gerichtliche praktische Privatrechtsgelehrsamkeit und die außergerichtliche praktische Privatrechtsgelehrsamkeit, 282. Die Theile der Rechtsgelehrsamkeit sind entweder Haupttheile derselben oder Nebentheile, 283. Was wird dazu erfordert, wenn ein Rechtsgelehrter die Gesetze richtig anwenden will? 284. Zu einer hinlänglichen Kenntniß streitiger Rechtsgeschäfte gelangt der Richter durch das Geständniß desjenigen, den man für den Urheber einer streitigen Handlung hält, oder der wenigstens nichts dagegen einwendet, 284. Auch durch den Beweiß gelangt der Richter zu der nöthigen Kenntniß der Handlung, worauf die Gesetze angewendet werden sollen, 284. Zu der Praxis der Rechtsgelehrsamkeit gehört auch die cautelarische Rechtswissenschaft, 285. Wodurch empfiehlt sich dieselbe vorzüglich? 286. Was versteht man unter einer Cautel in Rechtsangelegenheiten? 286. Sie werden in allgemeine und besondere eingetheilt, 286. Beyspiele von einigen wichtigen allgemeinen Cautelen, 287. Beyspiele von besondern Cautelen, 287. Wenn sind die Cautelen für unerlaubt zu halten? 288.

§. 43.

Von der Verbindlichkeit der in Teutschland geltenden Privatgesetze, 288. Wer wird ein Unterthan genennt? 289. Das allgemeine teutsche Privatrecht verbindet alle Reichsunterthanen, 289. Steht der Regent unter den von ihm gegebenen Privatgesetzen? 289. Einige Rechtslehrer unterscheiden die vollkommene und unvollkommene Verbindlichkeit des Regenten, 290. Einige Rechtslehrer behaupten schlechtweg, der Fürst sey an seine Gesetze gebunden, 290. Was für Gründe streiten für die Behauptung, daß der Regent nicht unter den von ihm gegebenen Privatgesetzen stehe? 290. Die römischen Kaiser sind ausdrücklich von der Verbindlichkeit der Privatgesetze frey gesprochen worden, 290. Der Umstand, daß der Regent Verträge halten und folglich auch das im Spiel Verlohrne bezahlen muß, beweißt gar nicht, daß er unter den Privatgesetzen seines Landes stehe, 291. Hat sich

der Regent durch einen Vertrag verbindlich gemacht, daß er in Privatsachen sich nach seinen eigenen Gesetzen wolle beurtheilen lassen, so ist seine Verbindlichkeit aus dieser Quelle entstanden, 291. Auch stillschweigend kann sich der Regent seinen Privatlandesgesetzen unterwerfen, 292. Ist ein teutscher Reichsfürst alsdann verbunden, sich nach seinen Privatlandesgesetzen wider seinen Willen beurtheilen zu lassen, wenn die Landstände bey der Abfassung der Gesetze concurriren? 292.

§. 44.

So deutlich der Satz ist, alle Unterthanen sind den Gesetzen des Landes unterworfen, so kann dennoch bey der Anwendung desselben vielfältig gefehlt werden, 293. Nicht der bloße Aufenthalt im Lande macht Jemanden zum Unterthan, sondern die damit verknüpfte ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung in die Abhängigkeit von der Landeshoheit, die deswegen geschehen ist, um an den bürgerlichen Vortheilen des Staats Antheil zu nehmen, 294. Die Landesunterthanen müssen auf dreyfache Weise unterschieden werden, 294. Welche Unterthanen heißen Einwohner und Landsassen? 294. Bey diesen tritt der Gerichtsstand des Wohnortes nach seinem vollen Umfange ein, 294. Die Rechte des Zustandes eines Menschen werden nach den Gesetzen seines auf längere Zeit gewählten Wohnorts beurtheilt, z. B. ob er für volljährig zu halten oder nicht, 294. Welche Unterthanen werden Begüterte genennt? 295. Wie sind beständige und zeitige Unterthanen unterschieden? 295. In wie fern müssen sich zeitige Unterthanen nach den Gesetzen des Landes richten, wo sie Handlungen vornehmen? 295. In Processachen müssen sich auswärtige Personen nach den Gesetzen des Orts richten, wo der Proceß geführt wird, 295. Die Form und Gültigkeit eines rechtlichen Geschäfts muß nach den Gesetzen des Orts eingerichtet werden, wo die Handlung vorgenommen wird, und dieses sind auch Ausländer zu thun schuldig, 296. Die auf diese Art vorgenommenen Geschäfte gelten auch auswärts, 296. Ausnahmen von dieser Regel, 296. Gilt ein Testament, welches so gemacht worden, wie es an dem Orte zu geschehen pflegt,

pflegt, wo der Erblasser solches errichtet hat, auch in andern Ländern? 297. Bey der Intestaterbfolge muß auch auf die Gesetze des Orts gesehen werden, wo die Erbschaft befindlich ist, 298. Bisweilen veranlaßt die Retorsion andere Grundsätze, 299. Wie wird die Intestaterbfolge in das bewegliche Vermögen eines Verstorbenen beurtheilt? 299. Wie wird die Intestaterbfolge beurtheilt, wenn der Erblasser an verschiednen Orten wohnte? 299. Von der Intestaterbfolge in das unbewegliche Vermögen, 299. Ein Ausländer wird nach den Gesetzen desjenigen Orts beurtheilt, wo er ein Verbrechen begangen hat, 300. Wenn diese oder jene Handlung nur nach gewissen Landes- oder Stadtgesetzen ein Verbrechen ist, so darf sie der Regel nach ausser dem Orte des begangenen Verbrechens nicht in Untersuchung gezogen werden, jedoch hat diese Regel auch Ausnahmen, 300. Nach der Regel muß man bey Bestrafung der Verbrechen auf die Gesetze desjenigen Orts sehen, wo das Verbrechen begangen worden, und zwar ohne zu unterscheiden, ob solche in der Härte oder in der mehrern Gelindigkeit von dem gemeinen Rechte abweichen, 300. Wenn pflegt bey Zuerkennung der Strafe nach dem gemeinen Recht gesprochen zu werden? 301. Sollte der Gerichtsgebrauch wegen der Anwendung dieser oder jener Vorschrift des gemeinen Rechts unterschieden seyn, so pflegt derjenige befolgt zu werden, der an dem Orte, wo die Inquisition wider Jemanden angestellt wird, angenommen worden, 301. Was ist Rechtens, wenn ein Fremder wegen eines Verbrechens bestraft werden soll? 302. Warum würde es unbillig seyn, einen Missethäter nach den Gesetzen des Orts zu bestrafen, wo er zur gefänglichen Haft gebracht worden, wenn an diesem Orte auf das Verbrechen eine härtere Strafe gesetzt seyn sollte, als da, wo er das Verbrechen begangen hat? 302. Wenn die besondern Gesetze eine gelindere Strafe auf ein Verbrechen bestimmen als das gemeine Recht, so wird jenes befolgt, 303. Positive Vorschriften, welche die Rechtshülfe der natürlichen Zwangspflichten bestimmen, können nur dem Richter, dem sie wirklich ertheilt sind, zur Richtschnur dienen, und sind folglich nur anzuwenden, wenn wirklich bey diesem Richter geklagt wird, 305. Wie ist die Verjährung einer Schuldklage zu beurtheilen, wenn die Gesetze von einander abweichen?

weichen? 306. Die Verjährung hebt keinesweges die natürliche Verbindlichkeit auf, 307. Worauf hat der Richter zu sehen, wenn eine verbotene Schuldforderung eingeklagt wird? 308. Wenn bey den Gerichten, wo der Schuldner jetzt zu belangen ist, eine kürzere Verjährungszeit statt findet, als da, wo er bisher sein Forum gehabt, so kann die Dauer der Klage nicht sofort nach jener kürzern Zeit bestimmt werden, 310. Bemerkungen über die Erklärung und Anwendung der Gesetze, nach welchen der Richter im Fall einer Collision der positiven Rechte verfahren muß, 311.

§. 45. 46.

Die Rechtslehrer sind über den Zweck der Rechtsgelehrsamkeit verschiedner Meinung, 314. Aus welchen Gründen verwerfen viele Rechtslehrer den von den römischen Rechtsgelehrten vorgetragenen Begriff der Gerechtigkeit? 315. Das Wort Gerechtigkeit wird objektivisch und subjektivisch gebraucht, 315. Wenn der Begriff der Gerechtigkeit einen wirklichen Nutzen stiften soll, so kann man nichts anders darunter verstehen, als was die Weltweisen Griechenlands und Roms dabey dachten, nämlich die Ausübung der Zwangs- und Liebespflichten in Rücksicht auf Mein und Dein, 317. Von den Eintheilungen der Gerechtigkeit, 318. Wie muß die Eintheilung der Gerechtigkeit in allgemeine und besondere beurtheilt werden? 318. Warum verwerfen viele Rechtslehrer diese Eintheilung? 320. 322. Auch die Eintheilung der Gerechtigkeit in distributivische und commutativische verwerfen viele Rechtslehrer, 321. und 323.

Lib. I. Tit. III.
de
Legibus, Senatusconsultis et longa consuetudine.

§. 82. 83.

Bemerkungen über den Inhalt des dritten und vierten Titels der Pandekten, 326. Für die wichtigste Haupteintheilung der römischen Gesetze ist wohl die Eintheilung derselben in Ius scriptum et Ius non scriptum zu halten, 326. Man findet dreyerley Behauptungen in den Schriften der Rechtslehrer darüber, was unter den Worten Ius scriptum et Ius non scriptum zu verstehen sey, 327. Wenn man die Sache richtig beurtheilen will, muß die grammatische und juristische Bedeutung dieser Ausdrücke unterschieden werden, 327. Durch die Vergleichung der Gesetze findet man, daß dem iuri scripto allemal dasjenige ius entgegen gesetzt wird, quod moribus et consuetudine introductum est, 328. Was versteht der Jurist Paulus unter dem ius mixtum? 329. Wenn der grammatische und juristische Verstand der Worte geschriebenes und ungeschriebenes Recht unterschieden wird, so treten verschiedne gleiche Verhältnisse ein, 330. Wenn ein Gewohnheitsrecht in der Folge zu einem geschriebenen Gesetz gemacht worden, so muß bey der Anwendung desselben auf seine ursprüngliche Beschaffenheit Rücksicht genommen werden, 330. Das heutzutage übliche Gewohnheitsrecht muß sowohl nach dem römischen als dem kanonischen Rechte beurtheilt werden, es ist aber hierbey viel Behutsamkeit anzuwenden, 331. Warum mußten die Römer viele Gewohnheitsrechte gelten lassen? 332. Man kann die Grundsätze von der Eintheilung der Gesetze in geschriebenes und ungeschriebenes Recht nicht richtig beurtheilen, wenn man nicht weiß, was für Gesetze bey den Römern zum ius scriptum und welche zum ius non scriptum gerechnet werden, 333.

Das

Das in Teutschland geltende nicht geschriebene Recht besteht aus dem Herkommen und dem eigentlichen Gewohnheitsrechte, 334.

§. 84. 85.

Was versteht man unter einer Gewohnheit? 336. Von den verschiedenen Bedeutungen des Worts consuetudo, 337. Die Gesetze reden sogar von einer Gewohnheit der Thiere, worauf rechtliche Würkungen gegründet werden, 338. Unter dem Wort Gewohnheit versteht man bisweilen diejenige Regel selbst, welche aus der Gleichförmigkeit freyer Handlungen entstanden ist, 339. Nicht jede Regel, welche aus mehrern gleichförmigen Handlungen entstanden, ist sogleich für verbindlich zu halten, 339. Gewohnheit, wenn sie als ein ungeschriebenes Gesetz gilt, ist eine verbindliche Regel moralischer Handlungen, welche aus gleichförmigen Handlungen der Unterthanen entstanden, und durch die Genehmigung des Regenten die Kraft eines Gesetzes erlangt hat, 340. Eine Gewohnheit kann auf verschiedene Weise verbindliche Kraft erlangen, sie ist aber deswegen kein Gesetz, 341. Es giebt Gewohnheiten, die durch einen Vertrag verbindliche Kraft erlangt haben, 341. Von verjährten Gewohnheiten, 342. Von Gewohnheiten, die als Gesetze zu betrachten sind, 342. Der Gesetzgeber kann seine Genehmigung einer Gewohnheit auf verschiedene Weise zu erkennen geben, 343. Der Landesherr kann eine gewisse Gewohnheit durch ein Gesetz bestätigen, 344. Die Genehmigung einer Gewohnheit gründet sich mehrentheils darauf, daß der Gesetzgeber überhaupt befohlen hat, über die in seinem Lande befindlichen Gewohnheiten zu halten, 344. Bemerkungen über den Satz: die gesetzliche Kraft einer Gewohnheit gründet sich sehr oft auf die stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers, 345. Es giebt verschiedne Gattungen der Gewohnheiten, 347.

§. 86.

Von den Eigenschaften einer gesetzlichen Gewohnheit, 347. Zu jeder Gewohnheit werden mehrere Handlungen erfordert, 348. Die Handlungen, wodurch ein Gewohnheitsrecht entstehen soll, müssen von den Unterthanen geschehen seyn, 350. Zu Einführung eines Gewohnheitsrechts sind gleichförmige und nicht unterbrochene Handlungen nöthig, 352. Von öffentlichen Handlungen, 353. Es ist nicht nöthig zu beweisen, daß nach einer Gewohnheit bereits im Gericht gesprochen worden, 354. Die Gewohnheit muß vernünftig und nicht wider die Wohlfahrt des Staats seyn, 359. Die zu Einführung einer Gewohnheit nöthigen Handlungen müssen in der Ueberzeugung einer moralischen Nothwendigkeit geschehen seyn, 361. Wie viel Zeit wird erfordert, wenn ein Gewohnheitsrecht existiren soll? 363. Ist eine Zeit von undenklichen Jahren zu Einführung einer Gewohnheit erforderlich? 369.

§. 87.

Vom Beweise einer behaupteten rechtlichen Gewohnheit, 370. Braucht eine notorische Gewohnheit bewiesen zu werden? 371. Wie müssen die Beweissätze eingerichtet werden, wodurch die Existenz einer Gewohnheit dargethan werden soll? 372. Wie viel Fälle, die völlig gleichartig sind, müssen bewiesen werden? 374. Muß eine Gleichförmigkeit der Fälle bewiesen werden, oder kommt es blos auf die Aehnlichkeit derselben an? 374. Die moralische Nothwendigkeit der zu Einführung einer Gewohnheit erforderlichen Handlungen muß ebenfalls bewiesen werden, 376. Ist der Ablauf der zu Einführung einer Gewohnheit nöthigen Zeit zu beweisen? 377. Was für Beweismittel können bey der Beweisführung eines Gewohnheitsrechts gebraucht werden? 379. Von dem Beweise der Gewohnheit durch Zeugen, 379. Vom Urkundenbeweise, 380. Der Eyd kann nur unter den erforderlichen Umständen gebraucht werden, 383. Von der Kraft und Würkung eines bewiesenen Gewohnheitsrechts, 385. Auch Gesetze können durch eine Gewohnheit unkräftig gemacht

macht werden, 388. Wie ist eine Observanz, eine Verjährung und eine rechtliche Gewohnheit unterschieden? 388.

§. 88. 89.

Allgemeine Wahrheiten von Gesellschaften, bey welchen Statuten vorkommen, 391. Von dem Recht eine öffentliche Gesellschaft zu errichten, 393. Von den Rechten solcher Gesellschaften, 394. Sie sind entweder Collegialrechte oder besondere Rechte, 394.

§. 90.

Das Wort Statuten wird in verschiedener Bedeutung gebraucht, 397. Von vertragsweise errichteten Statuten, 398. Was für Eigenschaften müssen solche haben? 399. Von der Zunftgerichtsbarkeit der Handwerker, 400. Wie muß das Zunftstrafamt ausgeübt werden, 401. Die Haupt- und Kreisladen dürfen der Regel nach auswärtige Meister nicht vor ihre Lade fordern, 405. Warum ist es erlaubt, in den Statuten gewisse Strafen auf die Verletzung der darinn enthaltenen Verordnungen festzusetzen? 406. In vertragsweise errichteten Statuten darf nichts enthalten seyn, worüber gar kein Vertrag geschlossen werden darf, 410. Welche Personen müssen sich nach solchen Statuten richten? 411.

§. 91. 92.

Wie müssen Statuten abgefaßt und errichtet werden? 412. Wenn muß bey Abfassung der vertragsweise errichteten Statuten die Vorschrift des römischen Rechts befolgt werden? 413. Wenn müssen vertragsweise errichtete Statuten vom Gesetzgeber bestätigt werden? 415. Von Statuten, die nicht als Verträge betrachtet werden, sondern gesetzliche Kraft haben, 417. Von der Kraft und Würkung der für Gesetze zu haltenden Statuten, 418. Was ist bey Collision der Statuten von mehrern Orten Rechtens? 419. Von persönlichen Statuten, 419. Von Real-

Realstatuten, 420. Muß nach den Statuten auf die Einziehung der Güther gesprochen werden, so erstreckt sich solche nicht auf das anderwärts gelegene Vermögen, 421. Nach welchen Statuten werden die rechtlichen Handlungen beurtheilt? 422. Welche Statuten müssen bey der Errichtung einer letzten Willensverordnung befolgt werden? 423. Muß die Existenz eines Statuts bewiesen werden? 425.

§. 93.

Von der Aenderung und Aufhebung der Gesetze, 426. Auf wie vielerley Weise kann ein Gesetz abgeändert werden? 426. Hebt ein neueres Gesetz allemal das ältere auf? 427. Wie ist der Widerspruch unter mehrern Gesetzen zu beurtheilen? 428. Auch stillschweigend kann der Gesetzgeber dieses oder jenes Gesetz abändern oder ganz abschaffen, 430. Kann eine sogenannte abändernde Gewohnheit auch ohne gerichtliche Handlungen eingeführt werden? 431. Die Behauptung älterer Rechtsgelehrten, daß kein Gesetz durch eine Gewohnheit aufgehoben oder abgeändert werden könne, läßt sich nicht beweisen, 432. Wenn ist es schlechterdings nothwendig, ein Gesetz für abgeschaft zu halten? 434. Kann die Abänderung oder gänzliche Aufhebung eines vorhandenen Gesetzes auch durch die Nichtbefolgung des Gesetzes bewirkt werden? 436. Wie verliehren Statuten ihre zeitherige Gültigkeit? 437.

Inhalt.

Lib. I. Tit. IV.

de

Constitutionibus Principum.

§. 94. 95. 96.

Für die wichtigste Quelle des neuesten römischen Rechts sind die Constitutiones Principum zu halten, 438. Von der Lex regia der römischen Kaiser, 439. Von der Eintheilung der kaiserlichen Gesetze in constitutiones generales et speciales, 440. Von der Beschaffenheit der Edicte, 441. Von Mandaten, 442. Was versteht man unter epistalma? 443. War es wesentlich nothwendig, daß ein kaiserliches epistalma schriftlich vom Kaiser ertheilt worden? 444. Von Mandaten im engern Verstande, 446. Von Rescripten der römischen Kaiser, 447. Von Rescripten an Privatpersonen, 448. Von Rescripten an Magistratspersonen, 449. Von Sanctionibus pragmaticis, 449. Von kaiserlichen Decreten, 451. Von den verschiednen Benennungen der Gesetze in unsern Zeiten, 453. Von der heutigen Beschaffenheit der Rescripte und ihrem Gebrauch, 455. Kann man die Eintheilung der Rescripte in Gnadenrescripte und Justizrescripte aus dem römischen Rechte beweisen? 456. Wie braucht man heutzutage den Ausdruck pragmatische Sanction? 458. Wurden die Edicte unter den Kaisern für allgemeine oder besondere Gesetze gehalten? 459. Von der Kraft der Decrete und Rescripte unter den Kaisern vor dem Justinian, 460. Was ist heutzutage von ihrer Würkung zu behaupten? 461.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0054
DFG

§. 97.

Ein Rescript kann nicht eher für gültig gehalten werden, als bis es die nöthigen Eigenschaften hat, 470. Von der Unterschrift der Rescripte, 470. In den Rescripten muß Jahr und Tag der Ausfertigung angeführt werden, 470. Kein Rescript darf der Wohlfahrt des Staats entgegen seyn, 471. In der Supplik oder in dem Berichte, wodurch das Rescript veranlaßt worden, muß die Wahrheit vollständig angeführt seyn, 472. Das Original des Rescripts muß dem Impetranten vorgelegt werden, 473. Von der Einrede der Sub- und Obreption, welche den Rescripten entgegen gesetzt werden kann, 473. Wer muß diese Einreden beweisen? 475. Worauf hat der Richter bey der Beurtheilung dieser Einreden Rücksicht zu nehmen, 476. Von der Wirkung der vorgeschützten Einrede wider das Rescript, 477.

§. 98.

Von besondern kaiserlichen Verordnungen, 483. Von Privilegien im eigentlichen und uneigentlichen Verstande, 484. Was bedeutet das Wort Privilegium der ursprünglichen Bedeutung nach? 485. Ein Privilegium im eigentlichen Verstande, eine Dispensation und ein besonderes Recht muß unterschieden werden, 486. Die Dispensationen werden von den Rechtslehrern in günstige und ungünstige eingetheilt, 488. Wie ist die Abolition und die Aggratation von der Dispensation unterschieden? 489. Was versteht man unter den besondern Rechten? 490. Beyspiele solcher Rechte, 491. Wie sind besondere Rechte und Privilegien im eigentlichen Verstande unterschieden? 493.

§. 99.

Worinn kommen Privilegien im eigentlichen Verstande und besondere Rechte mit einander überein? 494. Von

der Auslegung der besondern Rechte und der Privilegien im eigentlichen Verstande, 496. Hat blos der Gesetzgeber das Recht, die Privilegien zu erklären? 496. Wie müssen Privilegien erklärt werden? 499. Bey der Auslegung derselben finden die Grundsätze von der Erklärung der Gesetze überhaupt ebenfalls ihre Anwendung, 500. Sind Privilegien ausgedehnt oder eingeschränkt zu erklären? 502.

§. 100.

Von der Eintheilung der Privilegien in persönliche und dingliche, 508. Wie sind Privilegien zu beurtheilen, welche moralischen Personen ertheilt worden? 509. Wenn gehen persönliche Privilegien auf die Erben? 510. Wie lange dauert ein persönliches Privilegium, das dem Privilegirten nicht nur für seine Person, sondern auch für seine Erben ertheilt worden? 513. Wenn hört ein Privilegium auf, welches zugleich für die Nachkommen ertheilt worden, 515. Wer ist unter dem Ausdruck Kinder zu verstehen? 516. Von der Kraft eines Realprivilegiums, 517. Ist ein Privilegium in zweifelhaften Fällen eher für ein persönliches als für ein dingliches zu halten? 519.

§. 101. 102.

Von günstigen und ungünstigen Privilegien, 524. Von conventionellen und gratiösen Privilegien, 525. Die conventionellen Privilegien sind entweder gewinnsame oder beschwerliche, 526. Von affirmativen und negativen Privilegien, 527. Die Würkungen der Privilegien sind theils allgemeine, theils besondere, 528. Eine allgemeine Würkung der Privilegien ist es, daß sie nur auf künftige Handlungen gehen, 528. Wie ist die Verlängerung eines Privilegiums zu berechnen? 531. Ein Privilegium legt allen Unterthanen die negative Verbindlichkeit auf, nicht

nicht dagegen zu handeln, 532. Von den besondern Würkungen eines Privilegiums, 534. Wie sind Privilegien zu beurtheilen, die nach dem Beyspiele eines andern ertheilt worden, 534 und 545. Mit dem erlangten Privilegium ist ein Verbietungsrecht verbunden, 535. Kann ein Privilegium cedirt werden? 536.

§. 103. 104. 105.

Wer hat das Recht, Privilegien zu ertheilen? 537. Von Reichsprivilegien, 538. Von Landesprivilegien, 539. Kann der Gesetzgeber mehrern das nämliche Privilegium ertheilen, 542. Kein Privilegium ist der Regel nach für ein ausschliessendes zu halten. 543. Was ist Rechtens, wenn mehrere besondere Rechte mit einander in Collision kommen? 546. Ist der Satz richtig: priuilegiatus contra aeque priuilegiatum non suo priuilegio, sed iure communi vtitur? 546. Damit bey der Beurtheilung der Frage, wie mehrere Privilegirte ihre Freyheiten und Vorrechte benutzen sollen, richtig zu Werke gegangen werde, müssen mehrere Fälle genau unterschieden werden, 549. Ist ein Privilegium so beschaffen, daß kein anderes zugleich ausgeübt werden darf, so steht das zuletzt ertheilte nach, und es darf kein Gebrauch davon gemacht werden, 549. Was ist hierbey Rechtens, wenn beyde zu gleicher Zeit ertheilt worden? 550. Von der Collision zwischen besondern Rechten, 551. Kann jedes besondere Recht seine Kraft zeigen, und sie sind folglich einander nicht hinderlich, so ist gar keine Collision unter ihnen vorhanden, 551. Beyspiele solcher Fälle, 551. Bey würklich collidirenden besondern Rechten kommt es darauf an, ob sie von gleicher oder von verschiedner Beschaffenheit sind? 553. Bey besondern Rechten von verschiedner Beschaffenheit geht das stärkere dem schwächern vor, 553. Bey besondern Rechten, die von gleicher Art sind, geht das ältere Recht dem jüngern im Collisionsfalle vor, 554. Sind beyde Rechte zu gleicher Zeit entstanden, so geht derjenige vor,

vor, der Schaden leiden würde, und der andere, welcher Nutzen von dem besondern Rechte ziehen will, steht nach, 554. Beyspiele hiervon, 555. Viele verstehen den Satz: ein Privilegirter bedient sich wider einen andern gleich Privilegirten seines Rechts nicht, ganz falsch, und machen daher Ausnahmen und Einschränkungen, die wegfallen, wenn man ihn recht versteht, 556. Es liegt in diesem Satze blos dieser Gedanke: wenn gleich Jemand ein Privilegium erlangt hat, so darf er doch den andern, der ein gleiches Privilegium hat, nicht hindern, sich desselben zu bedienen, 557. Auch bey den besondern Rechten will die angeführte Regel nichts weiter sagen, als daß derjenige, der ein besonderes Recht hat, den andern, dem eben dieses besondere Recht zusteht, nicht in dem Genuß desselben hindern könne, 559. Wenn zwey Minderjährige mit Zuziehung ihrer Curatoren einen Vertrag geschlossen, wodurch der eine von ihnen verletzt worden, so kann er auch wider den andern Minderjährigen sich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedienen, 559. Nach welchen Regeln suchen die Rechtslehrer die verschiednen Fälle bey der wirklichen Collision der besondern Rechte zu entscheiden? 560. Einige Rechtslehrer behaupten, der Regel nach sey mit keinem Privilegium das Recht verknüpft, andern den Gebrauch dieses Rechts verbieten zu können, 563.

Lib. I. Tit. I.

de Iustitia et Iure.

§. 1.

Ein Rechtsgelehrter der die Absicht hat, sich eine genaue Kenntniß des ganzen römischen Rechts zu erwerben, wird seinen Zweck schlechterdings nicht erreichen, wenn er bey dem Studium desselben, nicht die besten Schriften braucht. Eben deswegen fangen alle einsichtsvolle akademische Lehrer ihre Vorlesungen über die Pandecten mit Anführung derjenigen Bücher an, die als die Hauptschriften über das ganze römische Recht zu betrachten sind. Damit sich solche desto leichter übersehen lassen, ist es nöthig, sie nach gewissen Gesichtspuncten zu ordnen.

Schriftsteller über die königlichen Gesetze. 1) Ant. Clar. SYLVIVS Comment. ad leg. reg. et XII tab. Par. 1603. 2) Iust. LIPSIVS de leg. reg. et decemuir. Par. 1584 3) Io. CALVINVS de regul. iuris antiqui et legib. regiis, Frf. 1612. 4) Io. Henr. MOLLENBECK de Iure Papiriano, Gies. 1697. 5) S. G. van IDSINGA var. iur. ciuilis, quo leges quaedam regiae — — illustrantur, Harl. 1738. 6) Fr. BALDVINVS Lib. II. in leg. Romuli et XII tabul. Par. 1550. 1554. fol. et in Iurispr. Roman. et Attic. Tom. I. 7) HOFMANN histor. Iur. Tom. II. Part. I.

Schriftsteller über die Gesetze der zwölf Tafeln. 1) Io. OLDENDORP iur. nat. gent. et ciuil. εισαγωγη, Coll. 1539. 2) Nic. v. SEIZ de legib. XII tab. Par. 1547. 3) Fr. BALDVIN. Lib. II. in leg. Romuli et XII tab. Par. 1550. 1554. fol. et in Iurispr. Rom. et Attic. Tom. I. 4) Lud. CHARONDAS in leg. XII tab. Par. 1555. 1567. 5) Pard. PRATEIVS Iurispr. vet. Lugd. 1559. et in OTTON. Thes. Tom.

IV. 6) Iac. Raevard comment. de leg. XII tab. Ant. 1563. et in *Eius* Oper. 7) Hotomann de leg. XII tab. tripert. Lugd. 1564. 8) Fr. Pithoevs collect. XII tab Par. 1586. 9) Io. Crispini not. in leg. XII tab. Frf. ad Moen. 1591. 10) Rich. Vitvs ad leg. decemu. in XII tab. Arras 1597. 11) Guit. Rateivs de legib. XII tab. Par. 1600. 12) Theod. Marcilivs Collect. et interpr. leg. XII tab. Par. 1600. et in Otton. Thes. Tom. IV. 13) Iust. Lipsivs de leg. reg. et decemuir. Par. 1584. 14) Ant. Clar. Sylvivs Comment. ad leg. tum reg. quam XII tab. Par. 1603. 15) Ant. Contivs leg. vet. XII tab. collectio Frf. 1607. 16) Mart. Schickard comment. ad fragm. leg. XII tabul. Herb. 1615. 17) Conr. Rittershvsivs dodecadelt. s. comment. in XII tab. Arg. 1616. 18) Iul. Pacivs iur. ciuil. Romani initia ac progr. siue leg. XII tab. excerpt. Ant. 1622. 19) Ant. Cabr. de Avenoano Interpr. ad Ictm. Caium ad leg XII tab. Madr. 1638. 20) Iac. Gothofredi fontes quatuor iur. ciuil. Gen. 1653, in *Eius* Oper. minor. Lugd. Bat. 1733. et in Otton. Thes. Tom. III. 21) Io. Nic. Fvncc1vs leg. XII tab. fragm. rest. et obs. illustr. Rint. 1744. 4. Bovchard. Comment. sur la Loi des XII Tabl. Par. 1787. 4.

Schriftsteller über das beständige Edict. 1) Egu. Baro. Manual. iur. Col. 1562. 2) Steph. Perraevs edict. Praet. ex libr. Pand. in ord. excerpt. Par. 1564. 3) Wilh. Ranchinvs Edict. Salu. Iul. restit. Par. 1597. 8. et in Meermann Thes. Tom. III. 4) Iac. Gothofredvs fontes quatuor iuris ciuil. Gen. 1653. in *Eius* Oper. minor. et in Otton. Thes. Tom. III. 5) Abr. Wieling fragm. edicti perpet. Fran. 1733. 6) Io. Gottl. Heineccivs in Opusc. posth. Hal. 1744. 7) Hofmann histor. Iur. Tom. II. Part. I. 8) Laur. Andr. Hamberger de edicto perpet. in Opusc. Ien. 1740.

Ausleger der Institutionen. 1) Franc. Baldvini Comment. in libr. IV. Iust. Inst. Par. 1546. 1554. fol. 2) Fr. Hotomanni Comment. ad Instituta, Basil. 1560. Lugd. 1588. fol. 3) Franc. Broei Exposit. in Instit. Iust. lib. IV.

Lut.

Lut. Par. 1622. 4. 4) Ian. a Costa Comment. in Iust. Inst. lib. IV. c. not. Theod. Marcilii et Marc. Ant. Mureti, cura van de Water, Vltr. 1714. et 1719. Edit. II. stud. Rückeri Lugd. Bat. 1744. 4. 5) Eu. Ottonis Comment. et Notae criticae ad Inst. Trai. ad Rhen. 1729. 4. et cum Praef. Chr. Fr. Harpprecht Frf. et Lipf. 1743. 4. 6) Arn. Vinnii in lib. IV. Inst. Comm. acad. et forenf. c. animad. Heineccii, Lugd. Bat. 1726. 4. 7) Vlr. Huber Prael. iur. ciuil. fec. ord. Inftit. et Dig. Tom. III. Frf. et Lipf. 1749. 4. 8) Harpprecht Comment. ad Inst. Frf. 1708. fol. 9) Merillivs Comment. ad Inftit. Trai. ad Rhen. 1739. 4. 10) Theophili Paraph. graeca Inftit. cura Guil. Otton. Reizii Tom. II. Hag. Comit. 1751. 4. Höpfners theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 4te Ausg. Frkf. 1793. 4.

Ausleger der Pandecten. 1) Ant. Faber Rationalia ad Pand. Tom. V. Lugd. 1659. fol. 2) Iac. Cviacii Recit. folemn. ad Pand. in *Eius* Oper. Tom. I. VII. X. 3) Ant. Mornacivs Obferu. ad Lib. XXIV. prior. Dig. Par. 1651. Eivsd. Synopf. ad Lib. XXVI. poft. Dig. Par. 1660. et in *Eius* Oper. 4) Io. Voetivs Comment. ad Pand. Tom. I. Lugd. Bat. 1698. Tom. II. Hag. Comit. 1704. 5) Ger. Noodt Comment. in libr. XXVII prior. Pand. Lugd. Bat. 1716. et in Oper. Lugd. Bat. 1724. Tom. II. 6) Io. Iac. Wissenbach Exerc. ad L. Libr. Dig. Lipf. 1673. 7) Guil. Budaei Adnot. in Pand. Par. 1538. fol. 8) Petr. Costalii Aduerf. ad XXV libr. prior. Pand. Col. 1562. 9) Petr. de Greve Exerc. ad Dig. loc. diffic. Noviom. 1660. 8. 10) Iac. Brvnnemann Comment. in L. libr. Pand. Frf. ad Oder. 1674. cura Sam. Stryckii. Berl. 1701.

Schriften, worinn blos einige Bücher oder Titel der Pandecten erklärt worden. 1) Baro ad libr. IV. prior. Dig. in *Eius* Oper. 2) Reinh. Bachov ad libr. IV. prior. Dig. Spir. 1630. 4. 3) Baldvin Notae ad libr. I. et II. Dig. Basil. 1557. 8. 4) Hug. Donellvs ad tit. Dig. de reb. credit. Antw. 1582. Idem ad tit. de Verb. Oblig. Frf. 1557. fol. 5) Gabr. Mvdaevs Comm. ad tit. D. pro fo-

cio, de contr. emt. vend., de act. emti vend., de pign. et hypoth. Lou. 1563. fol. 6) Giphanivs Lectur. Altorp. Frf. 1605. 4. 7) Alteserra Recit. ad Tryph. Tolos. 1679. 4. 8) Ian. a Costa Praelectiones ad illustr. quosd. titul. etc. c. not. B. Voorda, Lugd. Bat. 1773. 4. 9) Iac. Raevard ad tit. de reg. iur. in *Eius* Oper. 10) Petr. Faber ad tit. de reg. iur. Lugd. 1566. f. 11) Iac. Gothofredvs ad tit. de reg. iur. Gen. 1653. 4. et in Oper. minor. 12) Alb. Gentilis ad tit. D. de verb. sign. Han. 1614. 4. 13) Io. Goeddaevs ad tit. de verb. signif. Herb. 1642. 8.

Die Fragmente von römischen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften vieles in den Pandecten enthalten ist, haben erläutert: 1) Cviacivs ad *Africani* quaest. in *Eius* Oper. prior. Tom. I., ad *Papinianum*, in *Eius* Oper. post. Tom IV., *Pauli* ad edict. et quaest. in *Eius* Oper. post. Tom. V., *Modestini* different. in Tom. VI., *Iuliani* Digesta, libr. VI. ex *Minuc.* et lib. IV. ad Vrs. *Feroc.*, *Pauli*, *Neratii*, *Marcelli*, *Vlpiani*, *Modestini*, *Scaeuolae* Responsa. 2) Greg. Maiansivs Comment. ad trig. Ictrm. fragm. Geneu. 1764. 4. 3) Fr. Baldvini Comment. de iurispr. Muciana, Bas. 1558. 8. et in Iurispr. Rom. et Attic. Tom. I. 4) Alteserra Recit. ad *Tryphon.* Tolos. 1679. 4. 5) Merillivs ad *Pauli* Man. in *Eius* Oper., Idem ad *Callistrati* quaestion. in Otton. Thes. Tom. III. 6) Lectivs ad *Macrum* de publ. iud. et *Modest.* de poen. in Otton. Thes. Tom. I. 7) Ant. Avgvst. ad *Modest.* de excusat. in Otton. Thes. Tom. IV. 8) de Retes ad Ceru. *Scaeuol.* quaest. in Meermann Thes. Tom. VI. 9) Altamiran ad *Scaeuol.* leg. 13. quaest. in Meerm Thes. Tom. II. 10) Ios. Finestres Comment. in *Hermog.* iur. epit. libr. VI. Ceru. Lacet. 1754 4. Tom. II. 11) Pagenstecher Ius *Pegas.* Lemg. 1741. 4. Idem Comm. in *Sext Pomp.* Lemg. 1750. 4. 12) Henr. Brenckmann ad *Modest.* heurem. Lugd. 1706. 8. 13) Io. Flor. Rivinvs Exerc. ad *Modest.* cas. enucl. Lips. 1727. 4. 14) Fr. Car. Conradi ad *Paul.* de iur. sing. Lips. 1728. 4. 15) Gronov ad *Marcian.* libr. reg. in Fellenb. Iur. ant. Tom. II. 16) v.

NISPEN ad *Modest.* differ. in OELRICH Thes. Vol. I. Tom. I. nr. 1. 17) Herm. OOSTERDYCK Disp. ad *Venul.* de offic. Proc. in OELRICH Thes. Vol. I. T. II. nr. 7. 18) PISTORII Diss. ad fragm. quaest. ex Alf. *Vari* libr. 40 Dig. super. sub Praes. C. C. HOFACKER, Tub. 1775.

Ausleger des Codex. 1) Abr. de PAPE Comment. ad II. prior. lib. Cod. Iust. Amst. 1717. 2) Fr. de AMAYA Comm. in III. post. libr. Cod. Lugd. 1639. Tom. III. 3) Iac. CVIACII Notae in IV. V. VI. VII. VIII. IX libr. Cod. Frf. 1616. EIVSD. Recit. solemn. ad Cod. 4) Hug. DONELLVS Comm. ad II. III. IV. V. VI. VII. VIII lib. Cod. Frf. 1699. 5) Io. Iac. WISSENBACH Comm. in lib. VII. prior. Cod. Iust. Fran. 1660. 1663. 1664. 1701. 6) Hub. GIPHANIVS Enar. et com. in VIII libr. Cod. Iust. leg. celebr. et diffic. Col. 1614. Bas. 1615. 7) G. STRVV Ius sacrum, Iustin. Ien. 1668. 4. 8) Cypr. Regn. ab OOSTERGA Comm. et nouae animad. in omn. et sing. leg. Cod. Iust. Trai. 1666. 9) Ant. PEREZ Prael. in XII libb. Cod. Amst. 1661. 10) SICHARD ad Cod. Frf. 1586. fol. 11) Iac. BRVNNEMANN Comment. ad Cod. cura STRYCKII, Lipс. 1699. 1707. Gen. 1771. fol. 12) E. F. SCHROETER Resolt. diff. leg. in VIII lib. Cod. Ien. 1661. 13) Petr. GASSER Prael. ad Cod. Iust. Hal. 1727.

Schriftsteller über einzelne Constitutionen der Kaiser. 1) BOTTEREAV *Hadr.* legisl., Pictau. 2) BACH ad Constit. *Traiani*, Lipс. 1747. 8. 3) WESTENBERG D. Marc. s. Diss. ad Const. *Marc. Aurel. Anton.* Imp. Lugd. Bat. 1736. 4. et in *Eius* Oper. Han. et Brem. 1758. 4. Tom. III. 4) Al. CHASSANEVS ad Const. *Alex. Seueri* Par. 1635. 4. 5) BALDVINVS ad Const. *Constant.* Magni, Bas. 1556. 8. IDEM ad Constit. *Iustin.* vniu. s. Iustinianus, Basil. 1560. 8. 6) RAGVEL ad Constit. *Iustin.* Par. 1619. 4.

Schriftsteller über die Novellen des Justinians. 1) Fr. BALDVINI Iustinianus, EIVSDEM comment. in Nou. I. IV. XVIII et CXVIII. EIVSD. breu. comment. in praec. Iust. Imp. Nou. Lugd. 1548. 4. et in Iurispr. Rom. et Attic. Tom. I. 2) CVIACII Exposit. Nouell. Coll. 1569. fol.

3) Rittershvsii Ius Iustinian. s. Nou. Iust. expos. method. edit. III. emend. Arg. 1669. 4) Gvdelinvs Comm. de iure nouiss. libr. VI. Frf. 1668. 4. 5) Stephani Comm. ad Nouell. Lipſ. 1700. 4. 6) Sonnemann Comment. ad Nouell. Frf. 1725.

Schriftſteller über die *Authenticas*. 1) Richter Expoſ. omnium Auth. Ien. 1661. 4. 2) Alex. Arn. Pagenstecher Irnerius iniuria vapulans, ſ. Comment. ad Auth. Gron. 1702. 4.

Schriftſteller über die 50 Deciſionen Juſtinians. 1) Ed. Merillivs Comment. in L. Dec. *Iuſtin.* Par. 1618. et in Oper. Neap. 1720. 4. Tom. II. 2) Petr. Franc. Linglois Quinq. Deciſ. Imp. *Iuſtin.* Antw. 1622. fol. 3) Io. Stravch Exerc. VI. ad L. Deciſ. *Iuſtin.* Imper. Gieſ. 1676. 4. 4) Fr. Ragvel Comment. ad Conſt. et Deciſ. *Iuſtin.* Par. 1610. 4.

Es giebt außer den angeführten noch eine große Menge Schriften, worinnen das römiſche Recht erklärt worden. Die mehreſten davon haben ſo genannte elegante Juriſten zu Verfaſſern, und ſie beſchäftigen ſich mehr mit der Theorie des Rechts, als der Anwendung in den Gerichten.

Schriften der eleganten Civiliſten des 16ten Jahrhunderts. 1) Bvdaei Annotationes, in *Eius* Operib. 2) Alciati Paradoxa; Diſpunctiones; Parerga; in *Eius* Oper. 3) Zasii Intellectus ſingul. in *Eius* Oper. 4) Avellani loci reſtituti, in Otton. Theſ. Tom I. 5) Avgvstini emendationes et opiniones, in Otton. Theſ. Tom. IV. 6) Dvareni Diſputationes, in *Eius* Oper. 7) Fernandi lucubrationes, libr. V. Toloſ. 1552. 4. 8) Charondae veriſimilia, in Otton. Theſ. T. I. 9) Cvrtii coniecturalia, in Otton. Theſ. T. V. 10) Contii lectiones ſubſeciuae; Eivsd. Diſputationes, in *Eius* Oper. 11) Cviacii Obſeruat. 12) Costani quaeſtiones, in Otton. Theſ. V. 13) Roberti ſententiae, Par. 1557. fol. Eivsd. Animaduerſ. Aurel. 1579. 4. Eivsd. Receptae lectiones, Aur. 1567. 4. 14) Goveani lection. variae, Eivsd. Animaduerſ. in *Eius* Oper. 15) Ferrandi Adduenſis explanationes,

nationes, in Otton. Thes. Tom. II. 16) Hopper Peidana, Colon. 1563. 8. 17) Raevardi varia, Eivsd. coniectanea, in *Eius* Oper. 18) Langebeck Annotationes, in Otton. Thes. I. 19) Regii Enantiophana, in Otton. Thes. Tom II. 20) Guil. Fornerii selectiones, in Otton. Thes. T. II. 21) Sarmiento Interpret. in *Eius* Oper. 22) Hotomanni obseruationes, Eivsd. Quaest. illustres, in *Eius* Oper. 23) Lud. Vitalis lectiones variae, in Otton. Thes. Tom. II, 24) Mercerii Opiniones, in Otton. Thes. Tom. II. 25) Eleni Diatribae, in Otton. Thes. Tom. II. 26) Eu. Balck Electa, Haid. 1578. 1628. 8. 27) Grangiani Paradoxa, in Otton. Thes. Tom. V. 28) Mvreti Obseruationes, in Otton. Thes. Tom. IV. 29) Alb. Gentilis lectiones et epist. Lond. 1583. 8. 30) Brissonii selectae antiquitates, in *Eius* Oper. min. 31) Bvrgii Electa, in Otton, Thes. T. I. 32) a Sverin repetitae lectiones, in Otton. Thes. Tom. IV. 33) Lopez Madera Animaduersiones iur. ciuil. Col. Agr. 1594. 8. et in Otton. Thes. Tom. III. 34) Scip. Gentilis Parerga, in Otton. Thes. Tom. IV. 35) Vvlteii Disceptationes, Marb. 1594. 8. 36) Pet. Faber semestria, Lugd. 1590. 1595. 4.

Schriften der eleganten Civilisten des 17ten Jahrhunderts. 1) Ant. Faber coniecturae, Aur. Allobr. 1609. fol. Lugd. 1691. 4. 2) Molinaei lectiones, in *Eius* Oper. 3) Coleri parerga, in Otton. Thes. Tom. I. 4) Ranchini variae lectiones, in Otton. Thes. Tom. I. 5) Cabati Disputationes, in Meerm. Thes. T. IV. 6) Lyclama opiniones iur. ciu. Hag. Comit. 1602. 8. Eivsd. Membranae, Vltr. 1608. 4. 7) Gordoni Praetermissa, in Otton. Thes. T. II. 8) Aezema Dissertationes, Meerm. VI. 9) Forster Obseruat. Otton. Th. II. 10) Pancirolli variae lect. in Iurispr. Rom. et Att. T. II. 11) Leonini Emendationes, Arnh. 1610. 4, 12) a Salis Sicilimenta, Han. 1614. 8. 13) Langlaei Semestria, Par. 1616. 4. 14) Rad. Fornerii rer. quot. Otto II. 15) Perrenon animaduers. Otto I. 16) Merillii obseruation.

in *Eius* oper. 17) Osii Avrelii Dispunct. ad Merill. Otto III. 18) Masii Opiniones, Louan. 1630. 4. 19) Nerii Analecta, Otto II. 20) Freher Verisimilia, Otto I. 21) Iac. Gothofredi Animaduers. Otto III. 22) Steck vindiciae anticriticae, Otto I. 23) Gavdentii Expositiones, Otto III. 24) Riccii Vindiciae, Otto II. 25) Amaya Obseruat. in *Eius* Oper. 26) Ernst Obseruat. Otto V. 27) Lael. Mancini disquis. genial. et aniu. disput. Pat, 1640. 4. 28) Grotii florum sparsio ad Ius Iustin. Par. 1642. 4. 29) Oteyza Paralip. et Electa, Meerm. I. 30) Heraldi quaest. quotid. Par. 1650. Eivsd. obseruat. et emendat. Otto II. 31) Chesii Interpret. in Iurispr. Rom. et Attica, T. II. 32) Catharini obseruat. Otto I. Meerm. VI. 33) Oroz de apicibus iuris ciuil. Lugd. 1661. 1733. fol. 34) Menagii Amoenitat. Frf. et Lipf. 1688, 8. 35) Foresti select. iur. enarrat. opus, Pat. 1696. fol. 36) Hvber Digressiones, Frau. 1696. 4.

Schriften der eleganten Civilisten des 18ten Jahrhunderts. 1) Waechtler Notae, in *Eius* Opusc. Eivsd. Obseruat. in Oper. 2) Tussani Rvaei obseruat. Otto V. 3) Reinold varia in Opusc. Lugd. Bat. 1775 8. 4) Byncкershoeck Obseruat. Lugd. Bat. 1710 1734. 4. 5) van de Water Obseruat. Trai. 1713. 4. 6) Dvirsema coniectural. Grön. 1714. 8. 7) Averranii Interpret. Lugd. Bat. 1753. 8. 8) Dom. Avlisii comment. iur. ciuil. Neap. 1720. 4. 9) Branchv Obseruat. Dec. I. et II. Lugd. 1721. 1723. 8. 10) Rotgersii apodict. demonstrat. Lugd. 1727. 4. 11) Noordkerck Obseruat. Amst. 1731. 8. 12) Io. Wilh. Hofmann Meletemata ad Pand. Franc. ad Viadr. 1735. 4. 13) Iac. Voorda, Interpretat. edit. nou. Trai. 1768. 8. Eivsd. Electa, Trai. 1749 8. 14) Wieling lectiones, Amst. 1736. 8. 15) Iensii stricturae, Rotterd. 1749. 4. Lugd Bat. 1764. 16) Marckart Probabilia, Trai. 1737. 8. Eivsd. Interpret. Trai. 1747. 8. 17) d'Arnavd coniecturae, Franeq. 1738. Leov. 1744. 4. 18) Idsinga varia iur. ciuil. Harl. 1738. 8. 19) Pavw obseru. iur. ciuil. Hag. 1743. 8. 20) Rygerbos obseruat. Amst.

Amst. 1743. 8. 21) Bondam Spec. Animaduers. critic. Fran. 1746. 4. 22) van Vryhoff obseruat. Amst. 1747. 8. 23) Observat. Miscell. in auct vet. et rec. Amst. 1732 — 1757. cura Püttmanni, Hal. 1782. 24) Rückeri Interpret., Eivsd. obseruat. Lugd. Bat. 1749. 1752. 8. 25) Io. Lud. Conradi Reprehensa in opusc. 26) Püttmanni Interpret. et obseruationes, Lipſ. 1763. 8. Eivsd. Probabilia, Lipſ. 1768. 1773. 8 Eivsd. Aduersaria, Tom. III. Lipſ. 1775. Eivsd. varior opusc. sylloge, Lipſ. 1786. Eivsd. Miscellanea, Lipſ. 1794. 27) Arntzenii Miscellanea, Trai. 1774. 8. 28) Herm. Cannegieter obseruat. Lugd Bat. 1772. 4. 29) Carl Fea vindic. et obseruat. Rom. 1782. 30) Westphal. Interpr. de libert. et seruit. praed. Lipſ. 1773 8.

Schriftsteller, welche das römische Recht mit Anführung des Gerichtsgebrauchs vorgetragen. 1) Io. Voet Comment. ad Pand. Tom. II. 2) Vlr. Hvber Praelectiones iur. ciuil. sec. ord. Instit. et Digest. Tom. III. Frf. et Lipſ. 1749. 4. 3) Io. Schilter Praxis Iur. Rom. c. Praef. Thomasii, Frf. et Lipſ. 1713. et 1733. fol. 4) Ge. Ad. Strvv Syntagma iuris ciuil. sec. ord. Pand. cum not. P. Müllери Tom. III. Nor. 1692 et 1738. 4. 5) Hug. Donelli comment. iur. ciuil. lib. 28. cura Scip. Gentilis, Frf. 1596. et Hanou. 1612. fol. 6) Hilliger Donellus enucleatus, Ien. 1617. Vol. II. 4. 7) Meier colleg. Argentorat. c. annot. Tabor. Arg. 1657. Tom. III. 4. 8) Wolf. Ad. Lavterbach Colleg. theor. pract. Tub. 1765. Tom. III. 9) Geo. Franzkivs comment. ad lib. 21. prior. Pand. Ger. 1678. 4. 10) Bachov ad Prota Pand. Spir. 1630. 4. 11) Schvlting ad Prota, in *Eius* comment. acad. Tom. IV. 12) Gvndling ad Prota, Hal. 1723. 13) Trevtler Disp. ad Pand. c. not. Bachov, Heidelb. 1617. 4. 14) Sam. Stryck Vsus mod. Pand. Tom. III. 4. 15) Leyseri Medit. ad Pandect. Lipſ. et Guelf. Tom. XIII. 4. 16) Hartleben Medit. ad Pand. Vol. I. P. I. II. Frf. 1778. 4. 17) Müllери Obseru. ad Leyser. Tom. V. Lipſ. 1786. 8. 18) Menckenii Systema iur. ciuil. cura

Schoenii, Lipſ. 1754. 4. 19) de Berger Oeconom. Iur. Lipſ. 1771. 4. 20) Herm. Vulteii Iurispr. Romana, Marb. 1748. 8. 21) Io. Stravch Diſſ. ad vniu. ius, c. not. Thomasii, Ien. 1718. 4. 22) Grass Collat. iur. ciuil. cum Receſſ. Imp. Tub. 1723. 4. 23) Rittershvsii different. iur. ciuil. et canon. Arg. 1668. 24) Fachinaei controu. iur. Tom. III. 4. 25) Ant. Merenda controu. iur. Lib. 24. Brux. 1745. 5 Vol. fol. 26) Ant. Faber de errorib. pragmat. chilias, Lugd. fol. et 4. 27) de Cocceii Ius controu. Tom. II. 1739. 4. edit. nou. Tom. I. Lipſ. 1790. 28) Fr. Behmer nouum ius controu. Tom. II. Lemg. 1771. 4.

Schriften, welche Urthelsſprüche der höchſten Gerichte und Spruchcollegien enthalten. 1) Io. Meichsneri Deciſiones camerales, Frf. ad Moen. 1603. Tom. IV. fol. 2) Ge Melch. de Lvdolf Symphorema conſultationum et deciſionum forenſium, Tom. III. Frf. 1731. fol. Eivsd. var. obſeruat. forenſ. Part. III. c. ſuppl. Wetzl. 1732. 4. 3) Dau. Mevii Deciſ. ſummi tribun. Wismar. edit. VII. cura Boehmeri, Frf. 1740. fol. edit. nouiſſ. cura Hoeppneri, Frf. 1790. 4. 4) ab Engelbrecht obſeruat. ſelectae, Part. IV. Wismar. 1748. 4. 5) de Pvfendorf Obſeruat. iuris vniuerſi, Tom. IV. Han. 1757—84. Eivsd. Animaduerſ. Iur. Tom. I. Han. 1783. 4. 6) de Cannegiesser Collect. Deciſ. ſummi Trib. App. Haſſo-Caſſell. Tom. II. Caſ. 1768. fol. 7) de Berger Deciſ. ſummi Prouocat. Senat. Elect. Sax. Lipſ. 1770. 4. Eivsd. Reſponſa ex omni iure. Lipſ. 1708. fol. 8) Carpzov Opus Deciſ. Saxon. Lipſ. 1704. fol. Eivsd. Reſponſa, Lipſ. 1709. fol. 9) Consilia Ictor. Tubing. Vol. IX. Tub. 1730. fol. 10) de Lyncker Conſilia et Reſponſa, Vol. II. Ien. 1710. fol. 11) de Cocceii Conſilia, Lemg. 1725. Tom. III. 12) I. H. Boehmer Conſult. et Deciſ. Tom. V. Hal. 1733. fol. 13) de Wernher ſel. obſeruat. forenſ. Tom. III. Ien. 1738. fol. 14) Consilia *Ictrm. Halenſ.* Hal. 1733. Tom. II. fol. 15) Engelbrecht ſel. conſult. Coll. *Ictrm. Gryph.* Gryph. 1741. fol. 16) Engav Deciſ. et Reſponſa, Ien. 1761.

1761. fol. 17) Schorcht Collect. Resp. et Sent. Fac. Iur. Erford. Erf. 1770. fol. 18) Heineccii Consil. Decis. et Resp. Wrat. 1744. fol. 19) Hommel Rhapsodia Quaest. in foro obuent. edit. IV. Byruthi 1782. Vol. VII. 4. 20) de Cramer Obseruat. iur. vniu. Tom. VI. Vlm. 1758—1772. 4. Ebendesselben Wetzlar. Nebenst. 128 Thle in 32 Bänd. in 8. Ulm 1755—1773. 21) Mosers Reichshofraths-Conclusa, 1740. 8. Ebendesselb. alte und neue Reichshofraths-Conclusa, 4 Thle. Frkf. 1743. 8. 22) Beiträge zur Litteratur in den Preuß. Staaten, Berlin 1775. 8 Thle. 8. 23) Kleins Annalen der Gesetzgebung in den Königl. Preuß. Staaten, 13 Bände in 8. Berlin 1788—94. 24) Dav. Geo. Strubens rechtl. Bedenken, 5 Thle in 4. Hanov. 1772—1788. 25) Pütters auserlesene Rechtsfälle, 4 Bände in Fol. Gött. 1760. 26) v. Selchow Rechtsfälle, 4 Bände, Lemgo 1782. 4. Ebendess. neue Rechtsfälle, 3 Bände, Frkf. 1787. 4 27) Schmidts öffentl. Rechtssprüche, Jen. 1777. 4. Ebendess. hinterl. Abhandl. versch. pract. Rechtsmaterien, größtentheils mit Urthelssprüchen und Gutachten des Schöppenstuhls und der Juristenfacultät zu Jena erläutert, 1ster Band, Leipz. 1795. 28) Westphals Rechtsgutachten und Erkenntnisse des bürgerl. Rechts, Leipz. 1792. 2 Bände in 4.

Nachdem die besten Schriften über das römische Recht angeführet worden, so mache ich mit der Erläuterung derjenigen Rechtsgrundsätze, die in den Pandecten enthalten sind, den Anfang. Bey jedem Vortrage einer Wissenschaft soll die beste Ordnung zum Grunde gelegt und befolgt werden. Die erste Bemerkung, welche also hier gemacht werden muß, betrift die Ordnung, nach welcher die in den Pandecten enthaltenen Rechtswahrheiten vorzutragen sind. Es ist eine bekannte Sache, daß die Materien in den Pandecten nicht so systematisch gestellt worden, wie sie das Studium des römischen Rechts am besten erleichtern, sondern daß die Verfasser der Pandecten die Ordnung des beständigen Edicts zum Grunde gelegt haben. Wenn nun gleich nicht geleugnet werden kann, daß die Bemühungen derjenigen Rechtslehrer das

größte

größte Lob verdienen, welche von der Ordnung der Pandecten abgegangen sind, und die besten Systeme des römischen Rechts aufzustellen sich angelegen seyn lassen; so ist es doch eben so gewiß, daß ein gründlicher Vortrag des römischen Rechts, nach der Ordnung der Pandecten, große Rechtsgelehrte bilden kann, und daß man dadurch in den Stand gesetzt wird, die Schriften derjenigen Rechtsgelehrten, die nach der Ordnung der Pandecten geschrieben haben, ohne viele Schwierigkeiten zu benutzen.

Die ersten vier Titel der Pandecten enthalten Wahrheiten, welche man zwar nicht zu den Grundsätzen von den so genannten Rechtsgegenständen (obiecta iuris) rechnen kann, die aber dennoch zu einem vollständigen Vortrage des Privatrechts gehören. Im ersten Titel findet man Grundsätze vom Begrif des Rechts und der Gerechtigkeit aufgestellt, wie man sie damals hatte, mit deren Erklärung und Beurtheilung sich viele Rechtsgelehrte beschäftigt haben a). Da Rechtsgelehrte, welche das ganze Privatrecht nach der Ordnung der Pandecten zum Unterrichte vortragen wollen, nicht verbindlich sind, nur diejenigen Wahrheiten anzuführen, welche in den Worten eines jeden Titels liegen, sondern sie vielmehr die Freiheit haben, aus andern Titeln Grundsätze mit herein zu ziehen, die ein deutlicher Vortrag zu erfordern scheint, so ist der verst. Herr GRR. Hellfeld veranlaßt worden, in diesem ersten Titel viele Materien vorzutragen, welche

a) Conſt. LANDI Enarrat. ad tit. Inſt. de Iuſtitia et Iure, in OTTON. Theſ. Tom. III. Iac. CVIACII Recitat. ad tit. de Iuſt. et Iure in Oper. Tom. VII. Claud. DAVID Velit. ad prior. tit. Inſt. in MEERMANN Theſ. Tom V. Thom. PAPILLONII Comment. in IV prior. tit. Lib. I. Dig. in MEERM. Theſ. T. II. Wilh. van der MÜHLEN Exerc. ad tit. Dig. de Iuſt. et Iure, Trai. ad Rhen. 1723. 4. Alb. BOLOGNETVS de Lege, Iure et Aequitate, Rom. 1570. fol. Hugo de ROY de eo quod iuſtum eſt, et circa id Philoſ. Theol. et Iurispr. Syncretismo, Vltrai. 1645 12. Guil. MARANI Comment. de aequitate, ſiue iuſtitia. in Oper. Tom. I. Greg. Lopez MADERA Animadu iur. ciuil. c. 1 — 14. Geo. Chriſt. GEBAVER D. de Iuſtitia et Iure, Gött. 1738. rec. 1777.

che als Vorkenntnisse zu betrachten sind, und deren richtige Kenntniß über die folgenden Titel das größte Licht verbreitet.

Ein Lehrbuch über die Rechte und Verbindlichkeiten der teutschen Staatsbürger, welches die Pandectencompendien seyn sollen, kann nicht besser angefangen werden, als mit Entwickelung des Begrifs, der mit den Worten Recht (ius) und Verbindlichkeit (obligatio) zu verbinden ist. Das Wort ius wird in Gesetzen nicht immer in der nämlichen Bedeutung gebraucht, und daher müssen die verschiedenen Bedeutungen dieses Wortes sorgfältig aufgesucht und festgesetzt werden. Nicht nur das 1. 11. und 12 Gesetz des gegenwärtigen Titels, sondern auch mehrere andere Stellen im Corpus Iuris beweisen es deutlich, daß das Wort ius mehrere Bedeutungen habe. Wie viele deren aber sind, darüber sind die Rechtslehrer nicht einerley Meynung b). Herr HR. Glück hat zu zeigen gesucht, daß man 14 verschiedene Bedeutungen des Wortes ius annehmen müsse, um die Gesetze, wo dieses Wort vorkommt, deutlich zu erklären. So gewiß es ist, daß ohne eine vollständige Kenntniß der verschiednen Bedeutungen eines Wortes, Niemand im Stande ist, den wahren Sinn aller Gesetze anzugeben, wo ein solches vielsinniges Wort vorkommt, so wenig kann geleugnet werden, daß man ohne hinlängliche Gründe keinem Worte mehr Bedeutungen beylegen muß, als es in der That hat. Da nun nicht alle Rechtsgelehrte die 14 Bedeutungen des Wortes ius für wirklich gegründet halten, so verdient die Sache eine fernere Prüfung, und daher ist es nöthig, die vom Hrn. HR. angegebenen 14 Bedeutungen kurz anzuführen.

1) Muß unter dem Worte *ius* eben das verstanden werden, was der Ausdruck Gesetz anzeigt. Diesen Verstand hat das Wort *ius* z. B. in der L. 9. D. de legib. wo vom Senat

b) Ier. Eber. LINCK D. de iure variisque eiusque significat. Arg. 1741. GEBAVER Diss. cit. de iust. et iure, §. 6 sq. Geo. Chr. NELLER Princ. Iuris de iure quod tribuit iustitia, EIVSD. Diss. de bono, aequo et iusto, in Opusc. Tom. I. Part. I. Nr. 3. 4. Col. 1787. 4. Hr. HR. Glück im Commentar über die Pand. 1. Th. S. 4 u. f.

Senat zu Rom gesagt wird, er habe das Recht Gesetze zu geben: non ambigitur, Senatum *ius* facere posse. Eine gleiche Bedeutung ist bisweilen anzunehmen, wenn gesagt wird, es geschehe dieses ipso *iure* c); das heißt: der Umstand, von dem die Rede ist, sey eine unmittelbare Würkung der Gesetze, ohne daß erst eine Handlung dazu erfordert werde. Mehrere Beyspiele von solchen Fällen werden in der Folge vorkommen.

2) Heißt *ius* ein nach dem Willen der Gesetze vorhandenes Vermögen eines Menschen, etwas thun oder unterlassen zu dürfen, was wir im Teutschen ein **Recht**, eine **Befugniß** nennen; z. B. *ius* pignoris, ein Pfandrecht, *ius* possessionis, das Besitzungsrecht, *ius* testandi, die Befugniß ein Testament zu machen d). Damit man von der Richtigkeit dieser Bedeutung des Wortes *ius* überzeugt wird, muß man wissen, was ein Pfandrecht, was Besitzungsrecht ist.

3) Versteht man bisweilen unter dem Worte *ius* die ganze Anzahl aller Gesetze über einerley Gegenstand, oder den Inbegrif aller Gesetze einer Art. Diese Bedeutung hat das Wort, wenn von der Eintheilung der Gesetze in *ius* scriptum und non scriptum die Rede ist e), wie im 82 §. gezeigt werden soll. Wer weiß es nicht, daß z. B. die Worte *ius* Romanum den Inbegrif sämmtlicher römischen Gesetze, oder das ganze römische Recht anzeigen?

4) Nannten die Römer den Ort, wo vom Prätor die Gerichtsbarkeit ausgeübt wurde, *ius*, wie z. B. die Ueberschriften der Titel de in *ius* vocando, und de interrogationibus in *iure* faciendis, beweisen, und die bekannte Formel: ambula mecum in *ius*, komm mit mir zum Tribunal des Prätors.

5) Heißt *ius* so viel als die Rechtsgelehrsamkeit, z. B. in der Rubrik des gegenwärtigen Titels de iustitia et *iure*, und

c) Henr. Coccei Disc. iurid. de eo quod fit ipso iure, Heidelb. 1678.

d) §. 3. Inst. de legit. agnat. tut. §. 2. D. de reb. corp. et incorp.

e) L. 6. D. de iust. et iure.

und im 1sten Gesetz desselben, wo gesagt wird: nam *iuri* operam daturum, prius nosse oportet, vnde nomen *iuris* descendat, wer die Rechtsgelehrsamkeit erlernen will, muß doch auch wissen, was über die Etymologie des Worts zu bemerken ist.

6) Wird bisweilen unter dem Wort *ius* der Ausspruch des Prätors, oder einer andern Magistratsperson bey den Römern, die vermöge ihres Amtes die Gerichtsbarkeit ausübte, verstanden [f]).

7) Heißt *ius*, was der Vorschrift der Gesetze gemäß ist, z. B. es ist iuris, daß bey der Errichtung eines Privattestaments sieben Zeugen gegenwärtig gewesen seyn müssen. So kommt in mehrern Gesetzen der Satz vor: manifesti *iuris* est.

8) Muß unter dem Worte *ius* bisweilen ein moralisches Verhältniß verstanden werden, worauf sich gewisse Rechte und Verbindlichkeiten gründen, wie der Ausdruck *ius* cognationis, *ius* adfinitatis beweist [g]).

9) Nannten die Römer gewisse Eigenschaften eines Grundstücks *iura* [h]).

10) Behauptet Hr. HR. Glück S. 8 seines Commentars, unter dem Worte *ius* werde bisweilen eben das verstanden, was wir die Rechts- und Proceßform oder die Gerichtsordnung nennen, wie nicht nur der Unterschied des gerichtlichen Verfahrens, welches bey Geschäften, die *iuris* ordinarii genannt wurden, und denen, die cognitionis waren, statt hatte, anzeige, sondern auch durch Gesetzstellen [i]) bewiesen werden könne.

11) Wird unter dem Wort *ius* in einigen Gesetzen die durch Gesetze festgesetzte Testamentsform verstanden, indem der Ausdruck, testamentum *iure* factum et non *iure* factum vorkommt, ein letzter Wille, der nach der vorgeschriebenen Testa-

f) L. 1. D. de reg. iur. L. 11. D. h. t.

g) L. 12. D. de iust. et iure, et van der MÜHLEN ad h. l. S. 321.

h) L. 86. D. de V. S. ibiq. GÖDDEVS.

i) L. 178. §. 2. D. de V. S. L. 13. C. de rei vind. VLPIAN in Fragm. tit. XXV. §. 12.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0073
DFG

Testamentsform errichtet worden, und wo dieses nicht geschehen ist [k]).

12) Heißt *ius* bisweilen der Titel, vermöge dessen ein Realrecht (ius in re) erlangt werden kann, wie man aus der L. 10. D. si seruit. vind. sieht.

13) In einigen Gesetzen [l]) wird gesagt, daß etwas so sey, oder entstehe, ipso *iure*, und davon werden die Fälle unterschieden, die nach dem iure Praetorio, oder per Praetoris tuitionem geschehen oder Rechtens sind. Hier müsse man unter dem Ausdrucke ipso *iure* das bürgerliche Recht verstehen, wie es im Gegensatze der Prätorischen Verordnungen verstanden werde, behauptet Hr. HR. **Glück** S. 10 des Commentars mit dem **Averanius** [m]).

14) Endlich scheinen auch die römischen Rechtsgelehrten dem Worte *ius* eine von den zeither angeführten verschiedene Bedeutung beygelegt zu haben, wenn sie sagten, daß etwas mehr in *facto* als in *iure* bestehe, oder wenn sie *ius* und *factum* einander entgegen setzten, welches in mehrern Gesetzen [n]) geschehen ist. Die Auseinandersetzung der Rechtswahrheiten, wodurch man in den Stand gesetzt wird, den eigentlichen Sinn des Wortes ius und factum, der hier anzunehmen ist, vollkommen zu fassen, kann hier nicht vorgetragen werden, sondern gehört zu den Hauptmaterien, wovon sie einen Theil ausmachen, wie die Rubriken der Titel anzeigen, woraus die angeführten Gesetze hergenommen sind.

Rechtsgelehrte, die zu wenig gelernt haben, als daß sie im Stande seyn sollten, den Schaden einzusehen, der daraus entsteht, wenn man die wahre Bedeutung eines jeden Wortes, einzeln und in Verbindung mit andern Worten, nicht sicher angeben kann, erklären die Beschäftigung mit der Fest-

k) L. 5. §. 1. L. 24. D. de his, quae vt indign.

l) L. 1. §. f. D. de superf. L. 1. D. quib. mod. vsusfr. amitt. L. 9. §. 1. D. vsufr. quemad. cau. L. 1. § 5. D. quod falso tut.

m) AVERAN. Int. iur. ciu. Lib. I. c 14. n. 24 25.

n) L. 10. D de cap. min. L. 27. §. 2 D. de pact L. 41. D. de pecul. L. 48. §. 1. D. de acquir. rer. dom. L. 38. §. 6. D. de V.O.

Festsetzung des richtigen Sinnes von jedem einzelnen Ausdruck eines Gesetzes, für Wortkrämerey. Wer aber durch die Mathematik oder wenigstens die Logik gewöhnt worden, überall etwas richtiges und zusammenhängendes denken zu wollen, der hält die Prüfung des Wortverstandes für die nothwendigste Beschäftigung eines Rechtsgelehrten, er mag Gesetze oder rechtliche Aufsätze lesen. Zu weitläuftig darf man freilich in einem Werke, welches für praktische Rechtsgelehrte bestimmt ist, bey Erklärung einzelner Wörter und Redensarten, die in Gesetzen vorkommen, nicht seyn, weil diese Beschäftigung mehr zur Theorie der Rechtsgelehrsamkeit gehört.

§. 2.

Der zweite Hauptbegrif, auf dessen richtige Festsetzung und Entwickelung in der Rechtsgelehrsamkeit alles ankommt, ist der Begrif, welcher mit dem Wort *obligatio*, Verbindlichkeit, nach den Gesetzen und der Natur der Sache zu verbinden ist o). Gesetze und Verbindlichkeiten, desgleichen Rechte und Verbindlichkeiten, sind unzertrennlich verknüpft, oder wie die Philosophen sagen, sind correlata, das heißt: es läßt sich weder ein Gesetz noch ein Recht, ohne daß zugleich eine Verbindlichkeit vorhanden wäre, denken, weil sowohl aus Gesetzen als aus Rechten, Verbindlichkeiten entstehen. Kann die Bekanntmachung eines Gesetzes nicht geleugnet werden, so sind auch die Unterthanen verbindlich, ihre Handlungen darnach einzurichten. Hat Jemand ein Recht, das heißt, wie im 1. §. unter Nr. 2) gezeigt worden, eine ihm durch die Gesetze ertheilte Erlaubniß, etwas thun zu können, so sind seine Mitbürger verbindlich, ihn diese Handlung vornehmen zu lassen, und dürfen

o) Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Würkung, mit einer vorläufigen Berichtigung der gewöhnlichen Theorie von Verbindlichkeiten überhaupt, von D. Ad. Dietr. Weber, der Rechtsgelahrheit ordentl. öffentl. Lehrer zu Rostock. Zweyte Ausg. Schwerin 1795.

dürfen ihn an der Ausübung seines **Rechts** nicht hindern. Von beiden Fällen nehmen daher die Rechtsgelehrten die Regel an: iuri respondet obligatio, wo ein Recht ist, da ist auch eine **Verbindlichkeit** vorhanden, demselben gemäß zu handeln; und nach der Behauptung vieler Rechtslehrer p) müssen der Begrif von einem **Rechte** und einer **Verbindlichkeit** selbst bey einer und eben derselben Person, für correlata gehalten werden, denn sagen sie: jeder Mensch hat z. B. nicht nur ein **Recht** sich zu erhalten, sondern zugleich auch die **Verbindlichkeit**. Gegen diesen Satz kann nichts eingewendet werden, wenn dadurch weiter nichts ausgedrückt wird, als folgender Gedanke: legen die Gesetze Jemanden eine **Verbindlichkeit** zu etwas auf, so muß ihm auch nach den nämlichen **Gesetzen** ein **Recht** darauf zustehen. Wollte man dieses leugnen, so würden die Gesetze, wodurch die Verbindlichkeit entstanden ist, etwas wollen und auch nicht wollen. Im entgegen gesetzten Falle läßt sich aber nicht behaupten, daß derjenige, dem die Gesetze ein gewisses **Recht** ertheilen, auch schlechterdings **verbindlich** sey, das zu thun, was nach den Gesetzen geschehen kann, sondern es muß ihm vielmehr frey stehen, von seinem **Rechte** keinen Gebrauch zu machen, wenn es ihm so gefällt.

Was nun den Begrif einer **Verbindlichkeit** überhaupt anbetrift, so hat Hr. Prof. **Weber** gewiß nicht unrecht, wenn er schreibt: die Rechtsgelehrten geben von der **Verbindlichkeit** verschiedene Begriffe q), denen es bald an Richtigkeit, bald an gehöriger Deutlichkeit fehlt. Am heftigsten wird unter den Philosophen über die richtige Festsetzung des Begrifs einer Verbindlichkeit gestritten. Da ich die Grundsätze des **römischen** Rechts vortragen will, so habe ich vor allen Dingen die Frage zu beantworten: was für einen Begrif findet man im römischen Rechte von der Verbindlich-

p) Hr. RR. **Eichmann** in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts, 1ster Th. Berlin 1779. S. 4.

q) C. F. SCHOTT D. de notione obligationis, Tub. 1754. in *Eius* Diss. iur. nat. Tom. I. Erlang. 1784. 8.

bindlichkeit überhaupt r)? Die Stellen, woraus man die wahre Meinung der römischen Rechtsgelehrten vom Begrif der Verbindlichkeit schließen könnte, weichen von einander ab. In den Institutionen, welche die leichtesten Grundsätze zum Unterrichte enthalten sollen, ist gleich zu Anfange des Titels von **Verbindlichkeiten** folgender Begrif derselben vorgetragen worden: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicuius rei soluendae, secundum nostrae ciuitatis iura. Vergleicht man diesen Begrif mit andern Gesetzstellen, so sieht man sehr leicht ein, daß er nur solche Verbindlichkeiten anzeigen soll, woraus **geklagt** werden konnte, weil in der L. 16. §. 4. D. de fideiuss von den so genannten blos **natürlichen** Verbindlichkeiten, daraus nicht geklagt werden durfte, gesagt wird, sie würden nur im uneigentlichen Verstande (per abusionem) **Verbindlichkeiten** genennt, und es z. B. in der L. 7. §. 4. D. de pact. heißt: daß die simpeln Verträge (pacta nuda) keine **Verbindlichkeit**, das heißt kein Recht zu klagen, sondern blos eine Einrede bewürkten. Daß nun dieser Begrif der römischen Rechtsgelehrten von der **Verbindlichkeit** überhaupt, in unsere teutsche bürgerliche Rechtsgelehrsamkeit nicht aufgenommen werden könne, ist jedem Rechtsgelehrten bekannt, und folglich findet man in den Lehrbüchern der Pandecten andere Definitionen, worunter die von dem Hrn. GRR. **Hellfeld** vorgetragene am meisten gebilligt werden muß. Es ist auch nicht schwer, die Richtigkeit dieses Begrifs zu zeigen, wenn man nur folgende Sätze in Erwägung zieht s). — **Gesetze** überhaupt sind Regeln, welche unsern freien Handlungen zur Richtschnur dienen; oder wie sich **Cicero** de nat. Deorum Lib. II. darüber erklärt: Lex est recti praeceptio, praui que depulsio. Jene Regeln unserer freien Handlungen bestimmen **theils**, was wir thun oder unterlassen **können**, mit dem Unsrigen vornehmen, von Andern fordern **dürfen**, u. s. f. — daher **Rechte, Befugnisse**, — iura —; **theils**, was

r) Ern. TENZEL D. de definitione legali obligationis, Erford. 1758.

s) Hr. D. und Prof. **Weber** von Verbindl. S. 7.

wir thun oder unterlassen sollen, Andern zu leisten haben, u. s. f. — daher Verbindlichkeiten — obligationes. Diese moralische Nothwendigkeit, etwas zu thun oder zu unterlassen, ist also Verbindlichkeit [t]). Zur Erläuterung des angeführten Begrifs verdient hauptsächlich folgendes bemerkt zu werden.

1) Zu jeder Verbindlichkeit werden zwey bestimmte Subjecte erfordert. Dem einen derselben liegt die Verbindlichkeit ob, und es ist daher schuldig, etwas zu leisten; das andere ist berechtigt, die Leistung von jenem zu fordern. Ersteres nennt man das subiectum *passiuum* obligationis, und in Gesetzen, z. B. in der L. 108. D. de V. S. heißt es der debitor im weitläuftigsten Verstande; letzteres das subiectum *actiuum* obligationis, und in Gesetzen, z. B. in der L. 11. D. de V. S. der creditor im allgemeinen Sinne des Worts. Da nun eine Verbindlichkeit, sowohl in Rücksicht des Gläubigers, oder desjenigen, der vermöge derselben etwas zu fordern berechtigt ist, als in Ansehung des Schuldners, welcher vermöge derselben etwas zu leisten schuldig ist, besondere Verhältnisse hervorbringt, so hat man die Eintheilung in active und passive Verbindlichkeiten annehmen müssen, wie die Eintheilung der Correalobligation in die active und passive beweist. Ist der Gläubiger das Subject der Verbindlichkeit, so nennt man sie eine active, und wenn der Schuldner als solches angenommen werden muß, so entsteht eine passive Verbindlichkeit [u]).

2) Nur in Ansehung freier Handlungen läßt sich eine Verbindlichkeit denken, und sie kann daher nur in dieser Rücksicht dem Menschen aufgelegt werden. Weil sie nur bey freien Handlungen statt hat, so macht sie etwas nicht schlechterdings nothwendig, sondern nur unter der Bedingung, wenn man etwas Gutes erlangen, oder etwas Uebles vermeiden will, und daher muß ich noch allezeit das Gegentheil von dem, wozu ich verbunden bin, nach meinem physischen Vermö-

t) Hr. Prof. Hufelands Naturrecht, §. 2. der 2ten Ausg.

u) Hr. HR. Glück im Comment. 1 Th. S. 26. HVBER digress. Iust. S. 318.

Vermögen thun können. Eine solche Nothwendigkeit heißt eine moralische, und ist von der physischen wohl zu unterscheiden x).

3) Alle Verbindlichkeiten haben ihren Grund in den Gesetzen, nur muß das Wort Gesetz in der allgemeinen Bedeutung genommen, und sowohl natürliches als bürgerliches Recht darunter verstanden werden, denn in dieser Voraussetzung kann man mit denen, welche es für unrichtig erklären, wenn der Grund aller Verbindlichkeiten auf Gesetze zurückgeführt wird y), in keine Controvers gerathen, schreibt Hr. Prof. Weber S. 8. von Verbindlichkeiten. Allein die Gesetze bestimmen das Wesen einer jeden Verbindlichkeit, und folglich kann man den Begrif der ältern Naturrechtslehrer, eines Wolf, Pufendorf und anderer nicht billigen, welche auf gut scholastisch sagten: obligatio est connexio *motiuorum* cum actionibus. Sollten blos die Vorstellungen des Guten oder Bösen, wodurch wir zu Handlungen bestimmt werden, den Verbindlichkeiten ihr Wesen und Daseyn ertheilen, wie unsicher würde es mit der ganzen Sache stehen, weil diese Motiven natürlicher Weise unzähligen Veränderungen unterworfen sind, die durch das besondere Verhältniß und die eigene Denkungsart eines jeden einzelnen Menschen veranlaßt werden. Die Erfüllung einer schon vorhandenen Verbindlichkeit können sie allenfalls bewürken; allein was dazu antreibt, (und mehr thun doch die Motiven in der That nicht,) davon kann nicht mit Wahrheit gesagt werden, daß es die Verbindlichkeit hervorbringe und ihr das Wesen gebe. Jener Begrif war die Folge des in den vorigen Zeiten als richtig angenommenen ersten Grundsatzes des Naturrechts, da man das Princip der Selbstliebe, oder auch des Gemeinbesten und der Glückseligkeit der menschlichen Gesellschaft überhaupt, für den höchsten Bestimmungsgrund freier Handlungen hielt, obgleich ersteres, bey der unleugbaren individuellen Verschiedenheit der menschlichen Neigungen keine allge-

x) Hr. Prof. Weber von Verbindl. S. 8.

y) Der Hr. Präsident von Tevenar im Versuch über die Rechtsgelahrtheit, Magdeb. 1777. S. 17.

meine, also gar keine Gesetze, am wenigsten aber für freie Handlungen gewähren kann; das zweite aber schon deswegen unbrauchbar ist, weil es sich auf einen sehr unbestimmten Gegenstand bezieht, ja in der That nicht nur für das eigentliche Naturrecht, sondern auch für das Staats- und Völkerrecht zerstörend seyn muß. Freilich kann der Regent in solchen Grundsätzen sehr leicht seine Rechtfertigung finden, wenn er zum gemeinen Besten von den Grundverträgen einseitig abgeht; der Staatsbürger, wenn er nach dem Glückseligkeitsprincip sich gegen die Regierung empört; jeder Stand, wenn er dem andern erworbenes Eigenthum und Rechte entziehen; jedes Volk, wenn es sich in die eigenen Angelegenheiten des andern mischen will, und wenn man sich mit Mahomet befugt glaubt, überall irrige Meinungen ausrotten, und Andere auch wider ihren Willen zu gesunden Begriffen bekehren zu dürfen z). Der Hr. GJR. Gebauer schreibt: obligatio est inclinatio voluntatis per metum. Bey Prüfung der einzelnen Verbindlichkeiten stößt man bald auf eine große Anzahl derselben, wo es offenbar lächerlich seyn würde, sie eine inclinationem voluntatis per metum nennen zu wollen. Freilich ist die Furcht vor übeln Folgen oft das Mittel, Menschen, die sonst wohl nicht geneigt seyn dürften, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen, den Willen zu machen. Allein sie ist weder ein wesentliches Merkmal der Verbindlichkeiten, noch das wahre Fundament derselben, und gehört folglich gar nicht hieher, wo gefragt wird: was ist Verbindlichkeit? nicht: wodurch wird deren äußere Erfüllung gesichert a)?

Jede Verbindlichkeit entspringt also aus einem Gesetz, und dieses geschieht entweder unmittelbar, ohne daß derjenige, dem sie obliegt, sich erst durch eine besondere Handlung solche

z) Hr. HR. Reinhold in den Briefen über die Kantische Philosophie, II. 86. Hr. Prof. Heydenreich im Naturrechte, I. 121. Hr. Prof. Schaumann im Naturrechte, §. 164.

a) GEBAVER Ordo Inst. Lib. I. tit. 2. §. 2. THOMASIVS fundamenta iur. nat. et gent. Lib. I. c. 4. §. 60. PRAGMANN Exercit. II. iurispr. natur. §. 7.

solche zugezogen hätte, oder die Verbindlichkeit rührt nicht unmittelbar aus einem Gesetz her, sondern sie setzt ein factum voraus, welches die gesetzliche Nothwendigkeit, das heißt die Verbindlichkeit hervorbringt. Alle Verbindlichkeiten der ersten Art werden **unmittelbare**, und die der letztern, **mittelbare** Verbindlichkeiten genannt. Eine **unmittelbare** Verbindlichkeit ist es z. B. daß ich nichts wider des andern Erhaltung unternehmen soll. Verschiedene Rechtsgelehrte b) erklären die Eintheilung der Verbindlichkeiten in **unmittelbare** und **mittelbare** für ungegründet, weil ohne ein factum gar keine Verbindlichkeit entstehen könne. Es kommt aber bey dieser Eintheilung keinesweges darauf an, ob überhaupt eine Handlung von Seiten desjenigen, dem die Verbindlichkeit obliegt, vorgenommen worden, oder nicht, sondern man sieht blos darauf, ob die Verbindlichkeit ihren nächsten Grund blos in der Verordnung eines Gesetzes, oder in einer verbindlichen Handlung desjenigen habe, der für verbindlich zu halten ist, und überdieses ist die Eintheilung in der L. 52. pr. und §. 5. D. de oblig. et act. deutlich vorgetragen c). Man nehme nur z. B. die Verbindlichkeit zu Vergütung des Schadens, den ein unvernünftiges Thier, ungereizt und auf eine, bey der Art von Thieren, wozu es gehört, gar nicht gewöhnliche Weise verursacht hat. Hier ist gar keine **Handlung** von irgend einem Menschen, am wenigsten vom Besitzer des Thieres, unternommen worden, der zum Schadensersatze verbindlich ist, und die Handlung des Thiers kann man doch nicht hierher rechnen, weil nur **moralische** Handlungen Verbindlichkeiten bewürken, folglich entsteht die Verbindlichkeit des Besitzers zum Schadensersatze **unmittelbar** aus dem Gesetze.

Zur Entstehung einer **mittelbaren** Verbindlichkeit wird hingegen, wie bereits bemerkt worden, eine **Handlung** als wesentlich

b) Hrn. D. **Meurers** jurist. Abhandl. und Beob. 1 Samml. 2 Aufl. Leipzig 1780.

c) Hr. GR. **Nettelbladt** in Systemate elementari iurispr. positiuae Germanor. Hal. 1781. §. 295. Hr. HR. **Glück** im Comment. Th. 1. S. 27.

sentlich nothwendig erfordert. Da die Anzahl der menschlichen Handlungen, welche Verbindlichkeiten hervorbringen, sehr groß, und ihre Natur und Beschaffenheit sehr verschieden ist, so macht dieses eine genaue Festsetzung der Grundsätze, wie durch Handlungen eine **mittelbare** Verbindlichkeit entstehen kann, schlechterdings nothwendig. Man muß also vor allen Dingen untersuchen, was die römischen Rechtsgelehrten hierüber für Grundsätze aufgestellt haben, und sodann zeigen, ob diese Grundsätze noch heutzutage angenommen werden können [d]).

Die Handlungen, welche **mittelbare** Verbindlichkeiten bewürken, werden in den Lehrbüchern gewöhnlich auf **zwey** Hauptklassen zurückgeführt, schreibt Hr. Prof. **Weber**: — erlaubte — und unerlaubte. Ersteres, sagt man, sind Verträge, letzteres Verbrechen, und hiernach nahm man folgende Regel an, als den Grund aller **mittelbaren** Verbindlichkeiten: omnis obligatio oritur vel ex *pacto* vel ex *delicto*. Da sich die Unrichtigkeit dieser Regel, bey der Prüfung der einzelnen mittelbaren Verbindlichkeiten, deutlich zeigte, so glaubten die Rechtslehrer den Fehler dadurch zu verbessern, daß sie Handlungen, welche nach einer richtigen Beurtheilung weder zu den **Verträgen** noch zu den **Verbrechen** gerechnet werden dürfen, durch Hülfe einer **Fiction**, dennoch der einen oder andern Art beifügten. Es wurde der lächerliche Grundsatz aufgestellt: wer durch **erlaubte** Handlungen, die keine **Verträge** sind, verbindlich wird, von dem **fingiren** die Gesetze, daß er einen **Vertrag** geschlossen habe; und wenn aus **unerlaubten** Handlungen, die jedoch keine **Verbrechen** sind, eine Verbindlichkeit entsteht, so rührt dieses daher, weil die Gesetze ein wirklich nicht begangenes **Verbrechen** gleichwohl als geschehen annehmen. Auf diesem Wege sind zwey Absurditäten der ersten Größe in das Rechtssystem gekommen, der **Quasicontract** und das **Quasidelict** [e]).

Wenn

d) Hr. Prof. **Weber** von Verbindl. S. 12. Hr. HR. **Glück** im Comment. 1 Th. S. 28.

e) Hr. Präs. von **Tevenar** im Versuch über die Rechtsgel. S. 141. ff.

Wenn diese wichtige Materie gehörig untersucht werden soll, so muß man erstlich sicher festsetzen, was in Gesetzen von der Entstehung der **mittelbaren** Verbindlichkeiten wirklich enthalten ist. Damit man die römischen Juristen nicht falsch beurtheilt, sondern ihre wahre Meinung und Absicht einsieht, ist beständig darauf Rücksicht zu nehmen, daß sie bey dem Wort obligatio nur das ius in personam verstanden, und daher wird in den Titeln de obligationibus blos von persönlichen Rechten gegen ein bestimmtes Subject gehandelt und nicht von Verbindlichkeiten überhaupt, wie dieser Ausdruck heutzutage bestimmt worden; jedoch kommen einige Gesetze vor, wo das Wort obligatio auch bey dem iure in re gebraucht wird f); z. B. §. 1. Inst. de action. wird gesagt: agit vnusquisque aut cum eo, *qui ei obligatus est*, aut cum eo agit, *qui nullo iure ei obligatus est;* quo casu proditae actiones in rem sunt. Die Hauptstellen, woraus die Vorstellungsart der römischen Rechtsgelehrten von den verschiedenen Quellen der persönlichen Verbindlichkeiten bewiesen werden kann, sind folgende, und zwar aus den Institutionen der §. f. de obligat. wo gesagt wird: obligationes aut ex *contractu* sunt, aut *quasi ex contractu*, aut ex *maleficio*, aut quasi ex *maleficio*. In der L. 1. D. de O. et A heißt es: obligationes aut ex *contractu* sunt, aut ex *maleficio*, aut proprio quodam iure *ex variis causarum figuris*. Sehr ausführlich beschreibt der Jurist **Modestinus** in der L. 52. D. de O. et A die Quellen der persönlichen Verbindlichkeiten in folgenden Worten: obligamur, aut *re*, aut *verbis*, aut *simul vtroque*, aut *consensu*, aut *lege*, aut *iure honorario*, aut *necessitate*, aut ex *peccato*. Daß diese Theorie des römischen Rechts von der Entstehungsart aller persönlichen Verbindlichkeiten, nicht blos in vielen Stücken sehr dunkel sey, und sich bey der Anwendung große Schwierigkeiten finden, sondern sogar wesentliche Fehler habe, und daher in unser heutiges Rechtssystem nicht passend

f) Hr. GTR. **Höpfner** im Comment. über die Instit. §. 725. S. 636. der 4ten Ausg. HVBER ad Inst. tit. de oblig. verb. WESTENBERG de causs. obligat. Diss. I. c. 1. §. 7.

sey, kann nicht wohl geleugnet werden, schreibt Hr. Prof. Weber S. 14.

In den angeführten Gesetzen werden offenbar nur die Quellen solcher Verbindlichkeiten angegeben, welche eine Klage begründen. Weil man nun aus simpeln Verträgen nicht klagen konnte g), so hielten freilich die Rechtsgelehrten blos die Contracte für die Hauptquelle aller bürgerlichen Verbindlichkeiten, wenn von keiner unerlaubten Handlung die Frage war. Von dieser, den Grundsätzen des Naturrechts widersprechenden Theorie, kann man eine doppelte Ursache angeben. Erstlich führt die nicht völlig ausgebildete Vernunft, wenn man über die Entstehung einer persönlichen Verbindlichkeit nachdenkt, sehr leicht auf die Behauptung: es kann Niemand berechtigt seyn, etwas von mir zu fordern, wenn ich es ihm nicht freiwillig versprochen, oder ich mich ihm nicht durch eine unerlaubte That zu Vergütung des zugefügten Schadens verbindlich gemacht habe. Damit ist zweitens die eigene Denkungsart der Römer von ihrer Freiheit in Betrachtung zu ziehen. Es schien jedem Römer unerträglich zu seyn, daß sein Mitbürger das Recht haben sollte, von ihm etwas zu verlangen, was er ihm nicht versprochen hatte, und auch nicht gesagt werden konnte, er habe eine unerlaubte Handlung vorgenommen. Diesen Umstand muß man als die Hauptursache von der Einführung der Contracte und der so genannten Actus legitimi ansehen h).

Wie sind aber die Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex delicto entstanden? Die Begriffe, welche in den Compendien davon angegeben werden, sind mehrentheils so beschaffen, daß man damit bey Erklärung der Gesetze, wo diese Verbindlichkeiten vorkommen, nicht fortkommt, denn nach diesen Begriffen muß man weit mehr Fälle annehmen, als die Gesetze selbst enthalten. Eben deswegen weichen auch die Lehr-

g) L. 6. 7 §. 1. et 4. D. de pactis. L. 3. C. de rer. permut.

h) Schulting in not. ad Caii Inst Lib. II. tit. 9. pr. n. 4. in Iurispr. Anteiust. Pag. 144. edit. Ayrer. Meister D. de in fact. act. §. 6 Heineccii Orat. de iurispr. formul. §. 13. de Behr D. de act. doli mali, c. 2. § 4.

Lehrbücher des Privatrechts in der Anzahl dieser Verbindlichkeiten sehr von einander ab. Die Haupturſache von dieſer Verwirrung ſetzt Hr. Prof. **Weber** S. 20 in folgenden Fehlern, weil 1) in Geſetzen ſelbſt keine beſtimmte Erklärung dieſer Arten der Verbindlichkeit enthalten iſt, ſondern nur einzelne dazu gehörende Fälle angeführt werden; dieſe beſondern Fälle aber 2) von den Rechtslehrern nicht hinlänglich geprüft worden, um die Eigenſchaften zu entdecken, weswegen ſie für eine beſondere Claſſe von Rechtsgeſchäften gehalten werden müſſen. Man hielt einige Merkmale, worinn jene Geſchäfte übereinkommen, für hinreichend, den Begrif derſelben nach ſeinem ganzen Umfange angeben zu können. Am deutlichſten läßt ſich die Unrichtigkeit der angenommenen Begriffe dadurch beweiſen, daß man in Geſetzen nur 5 Fälle der Verbindlichkeiten quaſi ex contractu, und nur 4 quaſi ex delicto angeführt findet, und gleichwohl in den Schriften der Rechtsgelehrten dieſe Anzahl bald mit dieſem, bald mit jenem Falle vermehrt worden, wobey doch die Geſetze jene Merkmale gar nicht gebrauchen i). Der Begrif, welchen Hr. Prof. **Weber** S. 28 von den Verbindlichkeiten quaſi ex contractu für richtig hält, iſt folgender: — Es ſind Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältniſſen entſpringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen Contract erfordern, in gewiſſen von dem Geſetzgeber beſtimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Verſprechen und Zuſage eben die Würkung haben, als ob der Contract, mit deſſen Gegenſtande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich geſchloſſen worden.

Da wir wiſſen, was unter den Verbindlichkeiten quaſi ex contractu zu verſtehen iſt, ſo will ich von dem Begrif der Verbindlichkeiten quaſi ex delicto etwas bemerken. In den Lehrbüchern des Privatrechts definirt man ſie, ſtrafbare Handlungen, welche nicht mit Vorſatz, ſondern aus Fahrläſſigkeit verübt worden ſind. Daß aber nach dem römiſchen Rechte dieſer Begrif nicht zu billigen ſey, iſt leicht zu erweiſen, behauptet Hr. Prof. **Weber** S. 31 u. f. Wir finden 1) in

i) WESTENBERG Diſſ. II. de cauſs. obligat. cap. 3. §. 20 ſq.

1) in Gesetzen kein Wort davon, daß die ältern Juristen das Wesen der Verbindlichkeiten quasi ex delicto in der bloßen Nachlässigkeit dergestalt angenommen, daß überhaupt jedes delictum culposum auch zu jener Classe gerechnet worden. Hätten sie diese Grundsätze als richtig angenommen, so würde 2) im 5ten Titel des 4ten Buchs der Institutionen, wo blos von dieser Materie gehandelt wird, davon gewiß etwas deutliches gesagt, und daselbst von den aus Nachlässigkeit begangenen Verbrechen gehandelt worden seyn. 3) Selbst in den Fällen, wo die Gesetze k) bey den so genannten uneigentlichen Verbrechen von der Nachlässigkeit etwas anführen, geschieht es auf eine Art, welche dem gewöhnlichen Begrif dieser Verbindlichkeit ganz entgegen ist, und folglich die Unrichtigkeit desselben deutlich zeigt. 4) Heißt es überall in den Schriften der Rechtsgelehrten von diesen Verbindlichkeiten, um den gegebenen Begrif zu erläutern: quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, videtur quasi ex maleficio teneri, und doch reden die Gesetze ganz anders l). So gewiß es ist, daß Nachlässigkeit demjenigen, der sich derselben schuldig gemacht, imputirt werden kann, so unstreitig läßt sich dieselbe nach dieser Erklärung zu keinem unterscheidenden Merkmale des so genannten quasi delicti machen, wenn man die Fälle und Handlungen, woraus die römischen Rechtsgelehrten die Verbindlichkeit quasi ex delicto herleiteten, scharf prüft, und dieses muß schlechterdings geschehen, weil in Gesetzen kein deutlicher Begrif davon gegeben worden, daher kein anderer Weg übrig ist, um einen richtigen allgemeinen Begrif zu abstrahiren, als diejenigen Merkmale aufzusuchen, welche allen hierher gerechneten Fällen gemein sind. Schon Huber hat die gewöhnliche Vorstellungsart verworfen, worüber er mit Thomasius in einen heftigen Streit gerathen. Auch der Hr. Prof. Woltär, hat die gewöhnliche Vorstellungsart scharfsinnig bestritten m). Eine richtige Erklärung der Gesetze,

k) §. 1. et 2. Inst. de oblig. quae quasi ex delict.

l) §. 3. Inst. de lege Aquil. L. 5 §. 1. D. ad leg. Aquil.

m) HVBER ad Instit IV. 5. 1. ibiq. THOMASIVS in not. WOLTAER obseruat. iur. ciuil. I. 18.

setze, worinn Fälle vorkommen, bey welchen die Klage quasi ex delicto hergeleitet wird, führt zur Ueberzeugung von der Wahrheit, daß die obligatio quasi ex delicto nach dem wahren Sinne des römischen Rechts solche Handlungen voraussetze, welche an sich zwar nicht erlaubt sind, jedoch entweder nach den Regeln der moralischen Imputation, oder doch wenigstens nach sonstigen Vorschriften des strengen Rechts, diejenige Verbindlichkeit nicht geradezu hervorbringen würden, die nach besondern Verordnungen daraus entsteht n).

Die wahre und eigentliche Theorie der römischen Rechtsgelehrten von den Quellen der persönlichen Verbindlichkeiten scheint folgende gewesen zu seyn, wie Hr. Prof. Weber gezeigt hat. Alle Verbindlichkeit gründet sich entweder a) in einem Contract, oder b) in einer unerlaubten Handlung, oder c) sie hat außerdem ihr besonderes Fundament, denn in der L. 1. D. de oblig. et act. wird gesagt: obligationes aut ex *contractu* nascuntur, aut ex *maleficio* aut *proprio quodam iure*, *ex variis causarum figuris*. Die letztere Gattung faßt alle Verbindlichkeiten in sich, wozu weder ein Contract, noch Verbrechen des Schuldners den Grund giebt. Einige besondere Unterarten dieser allgemeinen Classe ergeben sich durch nähere Bestimmung der Ursachen, welche ohne Contract und Verbrechen eine Verbindlichkeit hervorbringen. Dieses geschieht entweder durch Gesetze unmittelbar, oder es wird ein factum des Verpflichteten vorausgesetzt, und dadurch erst die Verbindlichkeit begründet. Im ersten Fall ist eine obligatio ex lege vorhanden; im zweiten aber kommt es auf die verschiedenen Arten der Handlung an. Diese besteht nämlich entweder in einem blos einseitig gethanen, nicht acceptirtem Versprechen, oder nicht, sondern in andern Thatsachen. Auf jene Art entsteht die Verbindlichkeit ex voto et policitatione; hier aber kommen noch zwey Arten der einseitigen Handlungen in Betracht, und zwar 1) solche, die an sich erlaubt sind, mit einigen Contracten in einem gewissen analogischen Verhältnisse stehen, und schon nach der natürlichen Billigkeit ohne allen Vertrag oder Versprechen

n) Hr. Prof. Weber von Verbindl. S. 59.

sprechen eine vollkommene Verbindlichkeit hervorbringen; 2) solche Handlungen, die an sich zwar unerlaubt und strafbar sind, nur aber entweder nach den Grundsätzen von der Zurechnung, oder nach den Vorschriften des strengen Rechts, demjenigen nicht unmittelbar zugerechnet werden können, der gleichwohl dafür haften soll. In jenem Falle nannten es die römischen Rechtsgelehrten eine obligatio quasi ex contractu, in diesem aber quasi ex delicto.

Zu den Verbindlichkeiten ex variis causſarum figuris, sind also nicht nur diejenigen zu rechnen, welche unmittelbar aus den Gesetzen herrühren, sondern auch die Verbindlichkeiten quasi ex contractu, quasi ex delicto, obgleich die mehresten Rechtslehrer dieses nicht zugeben wollen o), wenn sie gleich nicht mit einander übereinstimmen, was unter den Worten: proprio quodam iure ex variis causſarum figuris für Verbindlichkeiten gemeynt sind. Einige rechnen zu dieser Classe von Verbindlichkeiten nur diejenigen, die nach der natürlichen Billigkeit unmittelbar aus den Gesetzen herrühren, aber nicht die so genannte quasi contractus und quasi delicta. Die Falschheit dieser Meinung und die Richtigkeit der angenommenen Grundsätze läßt sich dadurch beweisen, daß, wenn die Gesetze sagen: nascitur obligatio aut ex contractu, aut ex maleficio, aut *proprio quodam iure ex variis causſarum figuris*, diese Worte am natürlichsten folgendermaßen verstanden werden müssen: in allen Fällen, wo eine Verbindlichkeit vorhanden ist, die weder aus einem Contract noch aus einem Verbrechen herrührt, muß sie aus einer von den Quellen hergeleitet werden, wovon überhaupt gesagt wird proprio quodam iure ex variis causſarum figuris. Hierher sind aber die Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex delicto ganz unstreitig zu rechnen, weil sie weder aus einem Contracte, noch einem Verbrechen des Verpflichteten abgeleitet werden

o) BOEHMER de action. Sect. II. cap. 5. §. 5. WESTENBERG Diſſ. II. de cauſſ. obligat. cap. 6. PLATNER Diſſ. de vſu leg. Rhod. Lipſ. 1762. I. C. CONRADI D. de Iuuentiana condict. ad L. 32. D. de reb. cred. Marb. 1774. WALTHER in Miſcellan. Lib. II. cap. 32. Col. Agr. 1573. 8.

den können, wie die Gesetze selbst bey jedem einzelnen Falle dieser Art sagen; denn daß die mehresten Rechtsgelehrten die so genannten Quasicontracte durch Hülfe der Fiction für eine Art von Contracten ausgeben wollen, ist nur ihre Erfindung, davon aber die römischen Rechtsgelehrten nichts gewußt haben. Man lese die Fragmente des **Gajus**, schreibt Hr. Prof. **Weber** S. 65, worinn er von den Entstehungsquellen der Verbindlichkeiten handelt, und welche in den Pandecten, wie die L. 1. 4. 5. D. de oblig. et act. beweist, in der nämlichen Ordnung folgen, wie sie in seinem liber aureorum gestanden, da die Ueberschrift zeigt, daß die L. 1. aus dem 1sten Buche, und die L. 4. 5. aus dem 3ten Buche genommen sind, wiewohl Hr. Prof. **Conradi** sehr wahrscheinlich gemacht hat, daß die L. 1. ebenfalls im 3ten Buche vorgekommen p). In der L. 1. pr. D. de oblig. et act. giebt der Jurist die **Hauptquellen der Verbindlichkeiten im allgemeinen** an, nämlich die Contracte und Verbrechen, und ihr besonderes Fundament nach den verschiedenen Verhältnissen der vorkommenden Fälle (ex variis causarum figuris). Sodann handelt er von jeder dieser Quellen besonders, indem er in der L. 1. §. 1. sq. die **Contracte** zuerst vornimmt, wo er die mancherley Eintheilungen derselben vorträgt, dabey sagt er aber kein Wort von den Verbindlichkeiten quasi ex contractu, und am wenigsten führt er sie als Untergattungen der Contracte auf. In der L. 4. trägt er Grundsätze von den Verbindlichkeiten ex maleficio vor, und nun kommt er erst in der L. 5. auf die Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex delicto, verbindet auch diese beiden Arten von Verbindlichkeiten mit einander. Diese Behandlungsweise führt auf den sichern Schluß, daß er diese beiden Arten der Verbindlichkeiten zu der allgemeinen Quelle, ex variis causarum figuris. **wovon wir sonst keine besondere Erläuterung antreffen**, gerechnet habe. Es sagt zwar **Gajus** nichts von den Verbindlichkeiten, die sich auf eine **unmittelbare** Verordnung der Gesetze gründen; da er aber alle Verbindlichkei-

p) CONRADI Parerga, S. 143. A. G. CRAMER Dispunct. iur. ciu. cap. 3. Suer. 1792. 8.

lichkeiten, deren Entstehung weder aus einem Contract noch aus einem Verbrechen herzuleiten ist, unter eine Classe bringt, so streitet es wenigstens nicht mit dem Sinne seiner Worte, die unmittelbaren Verbindlichkeiten auch unter den variis causſarum figuris zu verstehen. Dieses wäre also die ächte Theorie der römischen Rechtsgelehrten, von den Quellen der Verbindlichkeiten überhaupt, die von mehrern Rechtsgelehrten in unsern q)), und in den vorigen Zeiten für richtig erklärt worden. Schon **Accursius** ad L. 1. D. de obl. et act. desgleichen **Cujaz** über diese Stelle, und Nicol **Catharinus** r), welcher jedoch die Worte proprio quodam iure &c. für ein Emblem hält, verstanden Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex delicto darunter. Ganz deutlich erklärt sich auch **Schulting** für diese Meinung, und andere mehr s).

Wer die zeither erläuterte Theorie der römischen Rechtsgelehrten von der Entstehungsart der Verbindlichkeiten mit der von den mehresten Rechtsgelehrten in ihren Schriften vorgetragenen vergleicht, wird bald finden, daß beide von einander abweichen. Es ist eben nicht schwer, die Irrthümer, welche sich nicht blos bey den Glossatoren erhalten, sondern bis auf unsre Zeiten ihre Vertheidiger gefunden haben, deutlich vor Augen zu legen, worüber ich aber hier nichts sagen kann, sondern die Sache läßt sich blos nur bey Erklärung der einzelnen persönlichen Verbindlichkeiten mit der nöthigen Deutlichkeit vortragen t), und ich komme daher nunmehr zur Ausführung des Satzes, daß die in den Gesetzen enthaltenen Grundsätze von der Entstehung aller und jeder persönlichen Verbindlichkeiten, von den römischen Rechtsgelehrten ohne Noth

q) Hrn. D. **Meurers** jurist. Abhandl. und Beobacht. 1ste Saml. S. 17.

r) CATHAR. Obs. et coniect. IV. 6. in Thes. MEERM. Tom. VI. Pag. 792.

s) SCHVLTING ad GAII Inst. II. 9. S. 144. in Iurispr. Anteiust. ALEANDER ad GAIVM c. l. POTHIER Pand. Iust. tit. de O. et A. art. 2. §. 3. HOFACKER elem. iur. ciuil. S. 315.

t) Hr. Prof. **Weber** von Verbindlichk. S. 68.

Noch mit Subtilitäten verwebt worden, welche in vielem Betracht sehr unzulänglich, wenigstens unserm heutigen Rechtssystem gar nicht mehr angemessen sind, daher muß man sich bemühen, den Ursprung der Verbindlichkeiten auf richtige Grundsätze zurückzuführen. Der ganze Umweg, schreibt Hr. Prof. Weber S. 85, da, wo kein Vertrag oder wirkliches Verbrechen vorhanden ist, dennoch die Verbindlichkeit mit einem *quasi* ex contractu, *quasi* ex delicto zu stempeln, dient im Grunde zu Nichts, als die Sache zu verwirren, und die richtige Erkenntniß derselben zu erschweren. Unstreitig ist es daher weit schicklicher, den wahren Entstehungsgrund geradezu anzugeben, folglich die erwähnten Verbindlichkeiten bald aus Gesetzen unmittelbar, bald aus einseitigen Handlungen herzuleiten. Es fehlt auch selbst im römischen Rechte nicht an Beispielen, wo diese Methode ohne weitern Umschweif befolgt worden ist, welches die Verbindlichkeiten ex statu personali, ad exhibendum, ex pollicitatione, ex pauperie, ex alienatione iudicii mutandi caussa facta, ex mala fide eius, qui dolo desiit possidere, ex capite restitutionis in integrum u. s. f. u) hinlänglich beweisen. Wenn also Justinian im §. f. Inst. de oblig. den Lehrlingen der Jurisprudenz die Sache folgendergestalt vorträgt: obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio, wie mangelhaft ist diese Theorie? Denn wo bleiben die Verbindlichkeiten, die unmittelbar aus Gesetzen und aus solchen Handlungen entspringen, welche zu keiner von den gedachten Classen gerechnet werden können? Die Ursache, womit einige Rechtslehrer diese Lücke rechtfertigen wollen, daß nämlich nur von den genannten Arten der Verbindlichkeiten in den Institutionen gehandelt werde, dient mehr den Fehler zu vergrößern, als ihn zu heben. Wenn auch in den ersten Anfangsgründen des Civilrechts nicht alle besondere Verbindlichkeiten selbst abgehandelt werden sollen, so muß doch die allgemeine Angabe

u) Westenberg de causs. obligat. Diss. III. seq.

gabe von den Quellen der Verbindlichkeiten nicht mangelhaft, oder ganz unrichtig seyn. Der Jurist Gajus hat die Sache durch den allgemeinen Zusatz: aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris keinesweges verbessert. Seine Art, die Sache vorzustellen, bleibt immer schwankend und unbestimmt, und es liegt im Grunde wenig mehr darinn, als folgende Gedanken: alle Verbindlichkeiten entstehen entweder aus Verträgen oder aus Verbrechen, oder aus andern Ursachen. Diese letzte Quelle ist freilich von einem so großen Umfange, aber so unbestimmt angegeben, daß man bey den Worten wenig bestimmtes denken kann. Nichts besser ist die Auseinandersetzung dieser Lehre, welche Modestinus in der L. 52. D. de oblig. et act. vorgetragen x), wo es heißt: obligamur aut re, aut verbis, aut simul vtroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut peccato; denn da der Fall, wo die Verbindlichkeit ex re entsteht, 1) bey allen unerlaubten Handlungen y), 2) bey einigen Classen der Verträge z), und 3) bey Verbindlichkeiten quasi ex contractu a) eintritt, so hätte Modestin die Sache weit schicklicher vorgetragen, wenn er die wahren und eigentlichen Quellen der Verbindlichkeiten, Gesetze, Verträge, und einseitige Handlungen selbst angegeben, und sie sodann nach ihren Unterarten genauer bestimmt hätte. Ueberhaupt sollen nach dem Inhalte der Gesetze, unter den Worten: re contrahitur obligatio alle Fälle angezeigt werden, wo die Entstehung einer Verbindlichkeit schlechterdings eine körperliche Handlung voraussetzt, und wo ein Versprechen, etwas thun zu wollen, entweder gar nicht nöthig ist, oder allein nicht hinreicht, sondern eine Handlung, eine Leistung, oder ein Empfang vorhergehen muß. Es ist aber auch der Unterschied, aut verbis obligamur, aut consensu, da, wo von Verbindlichkeiten überhaupt gehandelt wird, nicht am rechten Orte, weil er nur eine Gattung derselben, die Contracte, genauer bestimmt.

x) Donnellvs in Comment. iur. ciuil. XII. 5.
y) Pr Inst. de oblig quae ex del. nasc.
z) L. 1. § 1. 2. D. de O. et A.
a) §. 1. Inst. quib. mod. re contr. oblig.

stimmt. Eben so unschicklich ist es, bey den unmittelbaren Verbindlichkeiten das Gesetz überhaupt als die Quelle anzugeben, in der Folge aber die verschiednen Theile des römischen Rechts, ius scriptum et non scriptum, ius ciuile stricte sic dictum et honorarium, in Betrachtung zu ziehen. Die necessitas, welche Modestin als eine eigene Quelle der Verbindlichkeiten angiebt, ist im Grunde allen Verbindlichkeiten gemein, und scheint nur darum angeführt zu seyn, um, was sich auf die übrigen Entstehungsgründe nicht zurückführen lässet, unter dieser allgemeinen Rubrik zusammenzufassen, denn was wollen die Worte anders sagen: necessitate obligantur, quibus non licet aliud facere, quam quod praeceptum est. Dieses läßt sich aber von allen und jeden vollkommnen Verbindlichkeiten behaupten.

Es ist bereits oben bemerkt worden, daß die römischen Rechtsgelehrten, wenn sie von Entstehung der Verbindlichkeiten handelten, sich lediglich darauf einschränkten, die Quellen solcher Rechte und Verbindlichkeiten anzugeben, woraus geklagt werden konnte. Diese Vorstellungsart läßt sich aber nicht als richtig darthun, weil in Gesetzen verschiedne Rechte und Verbindlichkeiten vorkommen, weswegen zwar nicht geklagt werden durfte, die aber doch wichtige Würkungen hatten, und z. B. die Einrede oder eine Gegenrechnung begründeten, folglich auch in den Gerichten geltend gemacht werden konnten. Zeigt sich also schon von dieser Seite eine Unvollständigkeit, wenn man diese Theorie mit den Gesetzen vergleicht, so fällt es noch mehr in die Augen, daß sie heuzutage gar nicht mehr anwendbar sey, weil wir von der gerichtlichen Würkung der Verbindlichkeiten ganz andere Grundsätze billigen. Da es nun ferner nicht bestritten wird, daß in Teutschland alle gültige Verträge, in den Gerichten eine Klage hervorbringen; da die ganze Veranlassung, welche die römischen Rechtsgelehrten bewog, alle Rechte und Verbindlichkeiten, wenn es nur irgend geschehen konnte, auf Contracte und Verbrechen zurückzuführen, bey uns wegfällt, was kann uns bewegen, die so genannten Quasicontracte beizubehalten, da doch die Beschaffenheit unserer Rechtsgeschäfte zu deutlich

auf andere Art beurtheilt werden muß, und die Anlage unsers Rechtssystems durchaus fehlerhaft seyn würde, wenn wir die Summe aller Rechte und Verbindlichkeiten auf Verbrechen und Contracte zurückführen wollten, welche letztern wir ohnehin in eigentlich römischem Verstande gar nicht mehr haben. Den römischen Rechtsgelehrten ist es nach dem Zeitalter, worinn sie lebten, nach der ganzen übrigen Einrichtung ihrer Rechtswissenschaft, und nach der damaligen Philosophie, zu verzeihen, daß die Lehre von den Quellen der Verbindlichkeiten (de causis obligationum) von ihnen gerade die Einkleidung bekam, die aus den Fragmenten ihrer Schriften zu ersehen ist, und worauf das Justinianeische Recht gegründet worden. Wir nehmen aber das Fundament, worauf sich ihr Lehrgebäude stützt, nicht mehr an, und bedürfen folglich auch aller nach und nach daraus entstandenen Subtilitäten gar nicht. Eben deswegen kann und darf uns nichts abhalten, die Entstehungsart der Verbindlichkeiten da, wo in der That keine Verträge und Verbrechen vorhanden sind, geradezu auf eine unmittelbare gesetzliche Vorschrift, oder auf eine einseitige Handlung zurückzuführen, ohne zu irgend einer subtilen Wendung, noch weniger zu den leidigen Quasidelicten und Quasicontracten unsere Zuflucht nehmen zu dürfen. Man sollte also den Rechtsbeflissenen zwar die ächte Theorie des römischen Rechts, mit der gehörigen Rüge der falschen Zusätze, vortragen, sodann aber die wichtigen Fehler und das Unanwendbare derselben in unsern Zeiten deutlich auseinander setzen.

Nach der Behauptung des Hrn. Präs. von **Tevenar** in seinem Versuch über die Rechtsgelahrheit, welche Grundsätze Hr. Prof. **Weber** ebenfalls zur Richtschnur genommen, und nur in einigen Stücken davon abgegangen ist, muß man folgendermaßen über die Entstehungsarten aller Verbindlichkeiten denken: — Alle Rechte und Verbindlichkeiten rühren zuletzt aus Gesetzen her, wenn man das Wort Gesetz richtig versteht, und sowohl natürliche als bürgerliche Gesetze dazu rechnet. Es ist unleugbar, daß keine Handlung an sich und allein betrachtet, Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt, wenn wir uns nicht eine Vorschrift und Regel gedenken, wornach

nach die Handlung einen solchen Erfolg hat. Diese Vorschrift mag nun von einem weltlichen Regenten herrühren, oder ins Naturrecht gehören, so ist und bleibt sie doch immer ein Gesetz, und dieses allein ist die wahre Quelle der Verbindlichkeit, weil es der Handlung diese Würkung giebt. Das Factum hingegen ist das Mittelbare, woraus nach Vorschrift der Gesetze, Rechte und Verbindlichkeiten entspringen. Ohne Gesetz ist keine verbindliche Handlung denkbar, und da mithin alle Verbindlichkeiten, die aus bloßen Handlungen herrühren, in der That doch nur durch die Gesetze in die Classe der Verbindlichkeiten erhoben werden, so müssen auch die Gesetze für die einzige Quelle aller Verbindlichkeiten gehalten und erklärt werden.

Schon die Natur der Sache führt auf die Eintheilung der Verbindlichkeiten in unmittelbare und mittelbare, welche letztern aber nach der Verschiedenheit der Handlung, die den nächsten Grund davon ausmacht, folgendermaßen bestimmt werden müssen. Das Factum ist entweder

A) ein Vertrag — ein Versprechen, das wir Andern gethan, und diese angenommen haben, oder nicht, sondern

B) eine einseitige Handlung, welche nicht in einem acceptirten Versprechen bestehet, und zwar entweder

a) eine erlaubte einseitige Handlung, wodurch kein verbietendes Gesetz übertreten, keine unserer Pflichten verletzet wird, oder

b) eine unerlaubte einseitige Handlung, wodurch verbietenden Gesetzen, den Pflichten gegen Andere, entgegen gehandelt wird. Diese theilt man ferner ein in

α) strafbare einseitige Handlungen, Verbrechen im eigentlichen Verstande; wenn die Gesetze dem Urheber der Handlung außer der Schadensersetzung noch besondere Uebel wegen Uebertretung seiner Pflichten zuerkennen;

β) nicht strafbare, widerrechtliche, einseitige Handlungen, facta illicita in specie, wenn

daher entstehende Verbindlichkeit blos auf die Erstattung des Schadens, welcher andern dadurch zugefügt worden, eingeschränkt ist, außerdem aber keine Strafe statt findet.

Auf diese Art muß die Sache überhaupt vorgestellt werden. Um aber jede einzelne Art von Verbindlichkeiten genauer zu erläutern, so ist folgendes zu bemerken, und zwar 1) von **unmittelbaren** Verbindlichkeiten. Solche ist alsdenn vorhanden, wenn bloß die Vorschrift der Gesetze, und nicht eine besondere verbindliche Handlung des Verpflichteten, den **nächsten** Entstehungsgrund der Verbindlichkeit ausmacht. Es werden dabey nicht alle Thatumstände schlechterdings ausgeschlossen, denn sobald man dieses behauptet, würde die ganze Eintheilung wegfallen müssen, weil ohne alles Factum sich gar keine Verbindlichkeit denken läßt. Nimmt man aber den Umstand zum unterscheidenden Character der **unmittelbaren** Verbindlichkeiten an, daß ihr **nächster** Grund bloß in der Vorschrift der Gesetze, und nicht in einer **moralischen** Handlung desjenigen bestehe, der verbindlich ist, so ist die Eintheilung hinlänglich gegründet b). Zur Erläuterung können folgende Fälle hinreichend seyn. Daß 1) alle Rechte und Verbindlichkeiten, die Jemand wegen seines persönlichen Zustandes hat, zu den **unmittelbaren** gehören, folglich auch die Schuldigkeit eines Vaters, seine Kinder zu ernähren, hierzu gerechnet werden müsse, wird von den Rechtslehrern mit Recht behauptet. Gleichwohl müssen vor Entstehung der Verbindlichkeit Handlungen geschehen seyn, und selbst von Seiten des Verpflichteten, denn sonst ließe sich hier nicht einmal eine Verbindlichkeit denken, und doch ändert dieser Umstand nichts an der Natur der **unmittelbaren** Verbindlichkeit des Vaters zur Alimentation seiner Kinder. Man braucht nur die **nächste** Ursache dieser Verbindlichkeit zu prüfen. Für solche sind jene Handlungen schlechterdings nicht

b) NETTELBLADT Systema elem. vniuerſ. iurispr. poſit. Tom. II. §. 224. et in Syſt. iurispr. Germ. commun. gener. §. 295. 296. I. L. SCHMIDT Inſt. iur. ciuil. §. 1221. n. 1. 2. BOEHMER de Action. Sect. II. cap. 5. §. 4.

nicht zu halten, weil sie höchstens nur den nächsten Grund des Zustandes, folglich zwar ein entferntes Fundament der Verbindlichkeit, keinesweges aber causſam proximam davon enthalten; denn die Hauptsache, worauf hier alles ankommt, ist kein Factum, sondern die gesetzliche Vorschrift, die den Vater unmittelbar verbindet c). So gehört auch 2) die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, den ein unvernünftiges Thier angerichtet hat; 3) die Verbindlichkeit dessen, der die Bezahlung einer Nichtschuld im guten Glauben angenommen, unter die unmittelbaren Verbindlichkeiten, wie zu seiner Zeit g. G. gezeigt werden wird.

Ueber die Entstehungsart der mittelbaren Verbindlichkeiten ist 2) folgendes zu bemerken. Hier wird allemal eine moralische Handlung dessen, der die Verbindlichkeit zu erfüllen hat, als die nächste Ursache der Verbindlichkeit vorausgesetzt. Diese Handlungen zertheilen sich, wie schon gesagt worden, in zwey große Hauptclassen, in Verträge, und einseitige Handlungen. Da die erstern keiner Erläuterung bedürfen, weil in den besten Lehrbüchern des Naturrechts und Privatrechts richtige Grundsätze vorgetragen worden, so kann ich gleich zu der Lehre von den einseitigen Handlungen, welche manche Berichtigung nöthig hat, gehen. Wenn das Factum, welches die Verbindlichkeit zur mittelbaren macht, nicht in einem Vertrage zwischen der verbindlichen Person, und demjenigen, der ein Recht hat, bestehet, oder noch bestimmter, so oft auf die Frage: woher bin ich dieses oder jenes zu leisten schuldig, die nächste Ursache davon zwar wohl aus meiner Handlung, aber nicht daraus hergenommen werden kann, weil ich diese Leistung in einem Vertrage dem Andern versprochen habe, so oft gehört das Factum zu den einseitigen Handlungen. Daher selbst die Schließung eines Vertrags dahin zu rechnen ist, wenn nicht sowohl von den Rechten und Verbindlichkeiten der Contrahenten unter sich, als vielmehr von dem Interesse eines

c) Factum hic est causſa remota, seu conditio, sine qua non, lex vero est causſa efficiens proxima huius obligationis, SCHMIDT l. c.

Dritten, gegen einen oder beide Paciscenten die Rede ist; wenn die Frage entsteht: ob es erlaubt, oder nicht erlaubt war, einen solchen Vertrag zu schließen; wenn das Recht, welches Jemanden daraus zuwächst, sich nicht in einem, von ihm acceptirten Versprechen gründet. Verbindliche einseitige Handlungen sind es, wodurch wir die Geschäfte eines andern besorgen, und uns ihm verantwortlich machen, oder gar seinen Zwangsrechten durch widerrechtliche Verletzung derselben zu nahe treten, oder womit sonst besondere Gesetze die Folge einer Verbindlichkeit verknüpft haben. Sie sind daher theils **erlaubte**, z. B. die Antretung einer Erbschaft, die negotiorum gestio, das votum und die pollicitatio, u. s. f., theils **unerlaubte**, und zwar entweder **strafbare**, wohin alle Verbrechen im eigentlichen Verstande, gehören; oder nur **widerrechtliche**, nicht strafbare Handlungen, davon wir eine Menge in den Schriften der Rechtsgelehrten angeführt finden, und welche sämmtlich darinn übereinkommen, daß Jemand mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit wider die Gesetze und seine Pflichten etwas unternommen, oder unterlassen hat, weshalb er jedoch nur zum Ersatz des Schadens, den er durch seine That verursacht hat, zur Herausgabe der dem Beleidigten entzogenen Sache, zur Vergütung alles Nachtheils, übrigens aber zu keiner Strafe gehalten ist. Hieher gehören z. B. die Fälle, wenn Jemand wissentlich eine fremde Sache zu besitzen aufgehört, aus Argliſt Jemanden zur Eingehung eines Vertrags mit sich oder Andern, verleitet hat. — So viel zur Erläuterung des **Begrifs** einer **Verbindlichkeit**, und der Eintheilung derselben in **unmittelbare** und **mittelbare**. Es muß solche etwas ausführlich seyn, weil diese Grundsätze über viele bald folgende Materien das größte Licht verbreiten, und sodann hierher zurückgewiesen werden wird.

§. 3.

Außer der im vorigen Paragraphen erläuterten Eintheilung der Verbindlichkeiten, in **mittelbare** und **unmittelbare**, giebt es noch mehrere Eintheilungen, die ein Rechts-

Rechtsgelehrter kennen muß. Für jeden guten Menschen ist wohl die Eintheilung der Verbindlichkeiten in die gegen Gott, gegen uns selbst, und gegen andere Menschen, die wichtigste. In wie ferne diese Arten der Verbindlichkeiten auf bürgerliche Gesetze einen Einfluß haben, wird in der Folge bey mehreren Rechtssätzen gezeigt werden [d]).

Sehr wichtig ist ferner die Eintheilung der Verbindlichkeiten, in **vollkommene** oder Zwangspflichten, und **unvollkommene** oder Liebespflichten, Gewissenspflichten, welche Eintheilung beständig von Weltweisen und Rechtsgelehrten in ihren Schriften gebraucht und vertheidigt worden [e]), ob sie gleich von einigen andern Schriftstellern verworfen wird [f]). Selbst in den Schriften der römischen Philosophen und Rechtsgelehrten findet man deutliche Spuren dieser Eintheilung, denn **Cicero** unterscheidet Lib. I. c. 7. 14. de offic. deutlich, officia *iustitiae* und *liberalitatis*. Der Jurist **Marcianus** drückt sich in der L. 2 D. de inoff. testam. folgendergestalt aus: *recte* quidem fecit testamentum, qui liberos praeteriit, vel exheredauit, sed non ex officio *pietatis*. Gleiche Grundsätze äußert **Paulus** in der L. 12. § 3. D. de admin. et peric. tutor., **Ulpian** in der L. 25. §. 11. D. de

d) A. J. **Reinhards** Sammlung juristischer, philosophischer und kritischer Aufsätze, 7 St. S. 49—53. Hr. Prof. **Garve** in den Anmerk. zu **Payleys** Grundsätzen der Moral und Politik, II. 485. Hr. Prof. **Heydenreich** im Naturr. I. 127. **Moses Mendelssohn** über religiöse Macht und Judenthum.

e) Hr. GTR. **Höpfner** im Programm: warum sind die Menschenpflichten entweder vollkommene oder unvollkommene? Giessen 1779, als Anhang zu s. Natur- und Völkerrechte. Hr. Prof. **Schmalz** im reinen Naturrechte, S. 9. u. 25. Hr. Prof. **Schaumann** im Naturrechte, §. 128. Hr. GJR. **Kleins** Schreiben an Hrn. Prof. **Garve** üb. d. **Zwangs-** und **Gewissenspflichten**, Berl. 1789. Hr. HR. **Reinholds** Briefe über die Kantische Philosophie, II. 91 u. 142.

f) Chr. THOMASIVS fundamenta iuris nat. et gent. Lib. I. cap. 5. §. 23. 24. de FELICE Leçons de droit de la nature, T. I. L. 4. und in seinen Noten zum **Burlamaqui**, T. III. S. 105. **Reinhards** Samml. jurist. Aufs. 2. Th. Nr. 5.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0099
DFG

hered. petit., und andere Rechtsgelehrte mehr g). Da ich die Gründe, für und wider die Richtigkeit dieser Eintheilung, hier nicht vortragen kann, ohne zu weitläuftig zu werden, so will ich doch wenigstens die vortreflichen Bemerkungen über diese Sache anführen, die der Hr. Prof. **Weber** S. 108 u. f. gemacht hat. Dieser scharfsinnige Rechtslehrer fängt sehr richtig mit dem Satze an: was oft bey gelehrten Controversen der Fall ist, daß man nicht vor allen Dingen den eigentlichen Streitpunct möglichst zu berichtigen sucht, dürfte auch hier wohl eintreten. Daß es überhaupt Pflichten giebt, die **keinen äußern Zwang** zulassen, und solche, deren Erfüllung allerdings erzwungen werden **darf**, wird Niemand leugnen, folglich ist die Distinction an sich gegründet und logisch richtig; oder man müßte sich den Gedanken erlauben, daß alle Pflichten durchaus erzwingbar, oder alle ohne Unterschied nicht erzwingbar wären, welches beides gleich wunderlich seyn würde. Nur muß man einestheils **Zwang** und **Zwangsmittel** hier nicht anders deuten, als es der rechtliche Sinn mit sich bringt h), und anderntheils die Zulässigkeit oder moralische

g) Coccei Diss. prooem. ad Grotivm X. S. 204.

h) Dieß ist gegen Hrn. Prof. **Schmalz** im reinen Naturr. S. 9 zu bemerken. Er tadelt es, daß man vollkommene Rechte und Pflichten diejenigen nennt, welche mit dem Rechte des Zwanges verknüpft sind. „Jede Nöthigung des Willens von außen her, sagt Er, ist Zwang. So zwinge ich den Trägen, der nicht arbeiten will, und sich auf meine Unterstützung verläßt, dadurch zur Arbeitsamkeit, wenn ich ihm jene entziehe. — Zwinge ich ihn nicht mit Recht zu einer unvollkommenen Pflicht? Zwinge ich den, der mir eine Gefälligkeit abschlägt, durch gegenseitige Versagung der meinigen mit Unrecht, sie mir zu erzeigen? Es ist also nicht Zwang überhaupt, den man hier verstand; sondern hätte man den Begrif aufgelößt, so hätte man auch entdeckt, daß man blos den Zwang hier meyne, welcher durch Verletzung äußerer vollkommener Pflichten ausgeübt wird, und der Cirkel in der Erklärung wäre entdeckt gewesen.“ Auf diese Stelle erwiedert Hr. Prof. **Weber** S. 110. — Nicht jede Nöthigung des Willens von außen her ist es, was der Sprachgebrauch im eigentlichen, zumal rechtlichen Verstande durch Zwingen oder Zwangs-

ralische Möglichkeit des Zwangs, nicht mit dem vermischen, was etwa nach den Regeln der Klugheit rathsam, oder nach gegenseitigen Verhältnissen des Berechtigten und des Verpflichteten physisch möglich ist i). Eher glaube ich, daß gegen die Eintheilung des Rechts in ius perfectum et imperfectum eine Erinnerung Statt finde, worauf uns schon der Sprachgebrauch führt, den man in den mehresten Fällen in Rücksicht auf das, was nach ihm allgemein geltend ist, nicht mit Unrecht unter die Aussprüche des gesunden Menschenverstandes zu zählen hat. Dieser Sprachgebrauch kennt kein Recht, wobey aller Zwang von Seiten des Berechtigten unrechtmäßig wäre. Verbindlichkeiten und Pflichten der Dankbarkeit, der Menschenliebe ꝛc. sind freilich dem Redegebrauch

Zwangsmittel anzeigt. Zwingen heißt vielmehr sich einer gewaltsamen Einschränkung der physischen Freiheit des Andern als Mittel bedienen, ihn auch wider seine Neigung zu einem Entschlusse zu bestimmen. Hr. Prof. Heydenreich im Naturr. I. 5. Da wo uns die Vernunft zu diesem Zwange berechtigt, kann er unmöglich in einer Verletzung äußerer vollkommener Pflichten bestehen.

i) Dieß hat Hr. Prof. Garve in der Abh. über die Verbindung der Moral mit der Politik S. 9 nicht bestimmt genug unterschieden. „Nur in der bürgerlichen Vereinigung, wo die ganze Macht des Staats auf Seiten dessen, der Unrecht leidet, und gegen den ist, der Unrecht thut, kann es, seiner Meinung nach, einen wahren Sinn haben, wenn man sagt, daß der Gläubiger das Recht habe, seinen Schuldner zu zwingen. Aber außer der bürgerlichen Vereinigung, im Naturstande, und so auch unter unabhängigen Staaten ist die höhere Gewalt nicht immer auf der Seite des Beleidigten. Eine Gewalt, wobey man sich einer gleichen, vielleicht noch stärkern Gewalt aussetzt, kann nicht Zwang genannt werden.“ — Freilich folgt daraus, daß ich das Recht zu zwingen habe, noch nicht, daß mir der Zwang gelingen werde. Allein die Frage ist immer nur diese: giebt es von Natur einen Unterschied zwischen Pflichten, deren Erfüllung von der andern Seite erzwungen werden darf, und solchen, deren Erzwingung unerlaubt ist? Und warum sollte diese Frage, welche das Recht betrift, nicht auch außer der bürgerlichen Vereinigung Statt finden? Man s. dagegen des Hrn. GJR. Klein's Sendschreiben an Hrn. Prof. Garve, S. 21.

gebrauch gemäß, aber nicht so das Recht des Wohlthäters auf Erkenntlichkeit und Vergeltung der Wohlthaten, das Recht eines Dürftigen gegen Wohlhabende u. s. f. Der große Grotius bedient sich hier des Ausdrucks: habitudo. Man sagt: er verdient es, nicht aber: er hat ein Recht es zu verlangen. Wird nun gefragt: woher kommt es, daß bey einigen Pflichten äußerer Zwang Statt findet, bey andern aber nicht? so ist wohl die natürlichste Antwort diese: weil nicht alle, sondern nur einige Pflichten sich auf Rechte eines Andern beziehen; und die weitere Untersuchung betrift also eigentlich die Frage: was kann ein Mensch mit Recht von dem andern fordern? Ist dieß gehörig bestimmt, so folgt von selbst, daß Pflichten, welche damit nicht in Verbindung stehen, keine Zwangspflichten seyn können. Dieß vorausgesetzt, wird das Resultat der Untersuchung mit dem übereinkommen, was der Hr. GTR. Höpfner bereits über die Sache angemerkt hat k). Man hat ferner gefragt und darüber

k) Die Gedanken dieses verdienstvollen Gelehrten concentriren sich in drey Grundsätzen: „1) Andern nichts zu entziehen von den Vollkommenheiten, die sie wirklich besitzen, ist Zwangspflicht. 2) Liebespflicht ist es, die Summe der Vollkommenheiten bey meinem Mitmenschen zu vermehren. 3) Auch Unvollkommenheiten abzuwenden, die ihm eine dritte fremde Ursache drohet, ist nur Liebespflicht. Und warum das alles? weil Mensch und Mensch gleich sind; weil du mir thun darfst, was ich dir thue; gegen mich unterlassen kannst, was ich gegen dich unterlasse; nicht mehr, nicht weniger. Will ich dem Mitmenschen seine Vollkommenheiten vermindern, so ist er befugt, auch die Summe der meinigen zu verringern, um mich von dem Beginnen abzuhalten. Was heißt dieß aber anders, als mich zwingen. Weigert sich mein Nebenmensch, zu der Zahl meiner Vollkommenheiten etwas hinzuzufügen, so bin ich höchstens befugt, ihm dasselbe zu verweigern. Aber ihm die seinigen zu rauben, zu vermindern, habe ich kein Recht. Also Zwang ist hier unerlaubt. Stehe ich dir nicht bey, wenn du von einer dritten Ursache, von einem dritten Menschen, von einem Thiere, einem leblosen Dinge fürchtest unvollkommener gemacht zu werden, so berechtigt dich die Menschengleichheit höchstens dazu, unter ähnlichen Umständen auch mir diesen Beistand zu versagen.

über gestritten, welche von beiden Arten der Verbindlichkeiten mehr verbindet? — Sollte es nicht Fälle geben, wo die Zwangspflicht in Ansehung fremden Eigenthums von einer bloßen Gewissenspflicht überwogen wird? Gesetzt ich kann einen Menschen von der Gefahr zu ertrinken befreien, wenn ich ihm mit einem fremden Kahn zu Hülfe eile? Eben da ich im Begrif bin, diese Pflicht der Menschenliebe zu erfüllen, verbietet mir der Eigenthümer, mich seiner Sache zu bedienen. Welche Pflicht ist hier stärker, welche von beiden hebt die andere auf? Die Terminologie: vollkommene und unvollkommene Verbindlichkeiten, konnte hier leicht einen Anlaß zur Verwirrung geben, und ein unrichtiger Begrif der Verbind-

sagen. Aber befugt macht sie dich nicht, mir von meinen Vollkommenheiten etwas zu entziehen.“ — So weit der Hr. GTR. Höpfner von den Ursachen, warum einige Pflichten erzwingbar, und andere es nicht sind. Hr. Prof. Sulzer in seinen vermischten philosoph. Schriften S. 389 schreibt: „eine Pflicht, die zu einem Gesetze gemacht werden kann, ist eine vollkommene Pflicht; eine Pflicht, die niemals durch ein Gesetz kann befohlen werden, eine unvollkommene.“ — Ich begreife nicht, fügt Jener hinzu, wie Sulzer das sagen konnte. „Befiehlt nicht das Gesetz der Burgundionen, keinem Fremden, bey Strafe von drey Soliden, Obdach und Heerd zu versagen? Ist nicht die Pflicht eines Unmündigen Vormund zu seyn, außer dem Staate Liebespflicht; nach römischen Rechten aber erzwingbare Schuldigkeit?“ — Dieß ist nicht zu leugnen. Vielmehr kann die Versäumung bloßer Liebespflichten sehr oft der Gesellschaft eben so nachtheilig, als Ungerechtigkeit im eigenen Verstande werden, und folglich dem gemeinen Wesen nicht wenig daran gelegen seyn, daß dergleichen ursprüngliche Liebespflichten durch bürgerliche Gesetze zu erzwingbaren Gesetzen gemacht werden. Man lese hierüber den Entwurf zu einem neuen peinl. Gesetzbuche für die teutsche Nation, Dessau 1782 im 1sten Heft S. 8. Sollte Hr. Sulzer so unleugbaren Wahrheiten zu widersprechen die Absicht gehegt haben? Vielleicht dachte er sich die Sache so. Der Regent kann freilich befehlen, daß man zum Besten der Armen, oder sonst zu frommen Endzwecken, diese oder jene bestimmte Beisteuer leisten solle. Aber die allgemeine Vorschrift: sich des Dürftigen anzunehmen, dem Wohlthäter Dankbarkeit zu beweisen, findet nicht eben so Statt, als das Gesetz überhaupt verordnen kann: Niemanden das Seine zu nehmen, ꝛc. ꝛc.

Verbindlichkeit eben so leicht den Satz erzeugen, daß die Zwangspflicht an sich schon eine größere Schuldigkeit mit sich führe, als die Liebespflicht, weil bey jener mehrere Motiven eintreten, als bey dieser. Freilich könnte auch wohl eben daraus folgen, daß der stärkere Schuldner, und selbst auch in der bürgerlichen Gesellschaft derjenige, an den sich etwa die Gerichte nicht gern wagen möchten, eben darum weniger verbunden sey, als der schwächere, dessen Kräfte ihn völlig überzeugen, daß man ihn leicht nöthigen könne, seinem Gläubiger gerecht zu werden. Richtiger ward wohl von andern behauptet, daß eine Verbindlichkeit blos darum, weil sie erzwingbar ist, nicht auch an sich schon höher, uneingeschränkter und wichtiger zu achten sey, als andere, bey denen kein Zwang Statt findet. Ich gebe daher auch gerne zu, daß die Terminologie: vollkommene und unvollkommene Verbindlichkeiten, ganz unschicklich sey, und daß sich gegen den getrennten Vortrag beider Arten in zwey verschiedenen Systemen, der Moral und dem Naturrecht, Manches erinnern lasse, wiewohl darum doch die Eintheilung an sich nicht als ungegründet zu verwerfen ist. Nicht immer hat man bey dem Streite über Zwangs- und Liebespflichten diese ganz verschiedenen Gegenstände gehörig unterschieden, es hat daher auch nicht fehlen können, daß Wortstreit und Mißverstand die Sache schwieriger gemacht haben, als sie wirklich ist.

Eine **vollkommene** Verbindlichkeit ist also diejenige, zu deren Erfüllung Jemand durch rechtmäßige Zwangsmittel genöthigt werden kann; wenn dieses aber nicht geschehen darf, so wird die Verbindlichkeit eine **unvollkommene** genannt. Die **Zwangsmittel**, wodurch Jemand zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit genöthigt werden kann, sind unter Bürgern eines Staats von doppelter Beschaffenheit, entweder **gerichtliche** oder **außergerichtliche**. Unter diese letztern rechnet man besonders die Selbsthülfe in allen Fällen, wo davon Gebrauch gemacht werden darf, welche Fälle in der Folge vorkommen werden [1]). Das **gerichtliche** Zwangs-

1) Hr. HR. Claproth im bürgerl. Proceß, 1ster Th. S. 6. Hr. Prof. Danz im ordentl. Proceß, S. 4. Vollständige Erläute-

Zwangsmittel zu Erfüllung einer vollkommenen Verbindlichkeit, wird die Klage im weitläuftigen Verstande, wo auch Einreden darunter gemeint sind, genannt [m]). Nur mit solchen vollkommenen Verbindlichkeiten hat der Richter zu thun, aber nicht mit unvollkommenen, weil in Ansehung derselben kein Zwang statt findet. Blos alsdenn ist der gerichtliche Zwang zu Erfüllung einer an sich unvollkommenen Verbindlichkeit erlaubt, wenn sie durch Verträge oder positive Gesetze zu vollkommenen Verbindlichkeiten sind gemacht worden. Wenn eine gewisse Nation von einer andern ohne gerechte Ursache angegriffen worden, so hat eine dritte Nation nur eine unvollkommene Verbindlichkeit, der beleidigten beizustehen. Haben beide aber durch einen Vertrag sich Beistand versprochen, so ist aus der unvollkommenen Verbindlichkeit eine vollkommene geworden. Aehnliche Fälle, wenn eine unvollkommene Verbindlichkeit durch Verträge zu einer vollkommenen gemacht werden kann, lassen sich auch unter Privatpersonen denken. Am häufigsten haben bürgerliche Gesetze gewisse unvollkommene Verbindlichkeiten zu vollkommenen gemacht [n]). Unter diese Fälle gehören z. B. die Verbindlichkeit, die Vormundschaft eines Pupillen zu übernehmen, welche nach der gesunden Vernunft blos für eine Liebespflicht erklärt werden muß, und blos durch bürgerliche Gesetze um des gemeinen Besten willen zu einer vollkommenen Verbindlichkeit gemacht worden. Eben dahin muß man die Verbindlichkeit des Ehemanns rechnen, seine Ehegattin, wenn sie ihm auch keinen Brautschatz zugebracht haben sollte, auf seine Kosten begraben lassen zu müssen; desgleichen die Pflicht des Vaters, seiner Tochter, wenn sie sich verehelicht, einen mit seinem Vermögen in

läuterung des gemeinen Teutschen und Sächsischen Processes, 1ster Th. S. 310 u. f.

m) Hr. RR. Eichmann in den Erklär. des bürgerl. Rechts, 1ster Th. S. 7.

n) Fr. Iac. BARTHOLD D. de iure initii, Frf. 1691. Io. Tob. RICHTER D. de obligatione imperfecta ex honestate, iuris ciuilis auctoritate perfecta, Lipſ. 1751.

in Verhältniß stehenden Brautschatz zu bestellen, u. a. m. Damit aber der Richter bey der Anwendung des Zwanges in Ansehung solcher eigentlich unvollkommenen, und durch positive Gesetze zu vollkommenen gemachten Verbindlichkeiten nicht zu weit gehet, muß er genau prüfen, ob ein positives Gesetz wirklich den Zwang befiehlt, denn bisweilen wird die Erfüllung einer unvollkommenen Verbindlichkeit bloß empfohlen o), aber deren Erfüllung nicht schlechterdings befohlen. Sollte aber in einem Gesetze keine empfehlende Erklärung enthalten seyn, so muß der Richter annehmen, daß ein Gesetz ein Zwangsrecht vorschreibe. Weil es jedoch allemal eine Ausnahme von der Regel ist, daß die Gesetze aus unvollkommenen Verbindlichkeiten vollkommene gemacht haben, so verdienen folgende zwey Rechtswahrheiten vom Richter beständig zur Richtschnur genommen zu werden, wie Hr. HR. Glück S. 40 behauptet. 1) Was an sich eine bloße unvollkommene Verbindlichkeit ist, darf der Richter nur in den deutlich angezeigten Fällen als vollkommene Verbindlichkeit betrachten p), und daher muß er 2) bey der Anwendung positiver Gesetze, welche Liebespflichten zu Zwangspflichten gemacht haben, sehr sorgfältig auf die Verhältnisse Rücksicht nehmen, welche durch die Gesetze im Allgemeinen vorausgesetzt worden sind, und überdieses noch besonders auf die Art der Würkung, die dergleichen Verbindlichkeiten deutlich beigelegt ist, mit Enthaltung von aller Ausdehnung. Eben deswegen ist in den Fällen, wo die Gesetze wegen einer unvollkommenen Verbindlichkeit bloß eine Einrede zulassen, nicht auch eine Klage für gegründet zu halten. Die schädlichsten Folgen von der zu großen Ausdehnung dieser Gesetze zeigen sich hauptsächlich bey der Anwendung des Satzes: daß nach den natürlichen Gesetzen der Mensch zwar blos eine unvollkommene Verbindlichkeit zu dem habe, was ihm keinen Nachtheil bringt, und dem andern doch hilft, dieses aber anders sey, wenn positive Gesetze eine vollkommene Verbind-

o) L. 12. D. de admin. tutor. L. 1. §. 3. D. de peric. et commodo rei vend.

p) L. 12. §. 3. D. de administr. et peric. tutor.

Verbindlichkeit in dergleichen Fällen eingeführt haben (quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli). Wie dieser Satz angewendet werden müsse, wird in der Folge durch viele Beispiele erläutert werden q).

§. 4.

Da **Rechte** und **Verbindlichkeiten** nur alsdenn für vollkommen gültig gehalten werden, wenn sie aus **Gesetzen** herrühren, und diese als die gemeinschaftliche Quelle aller Verbindlichkeiten zu betrachten sind, wie im §. 2. gezeigt worden, so gehört die Erläuterung des Begrifs, der mit dem Worte **Gesetz** zu verbinden ist, ganz vorzüglich unter die allgemeinen Rechtswahrheiten, deren Vortrag den Inhalt der ersten **vier** Titel der Pandecten ausmacht. Daß das Wort Lex bey den Römern auf verschiedne Weise gebraucht worden, ist eine bekannte Sache, und die Anführung dieser verschiednen Bedeutungen gehört mehr in einen **theoretischen** Vortrag des römischen Rechts, als in eine practische Erläuterung desselben. Unter dem Ausdruck: **Gesetze** haben wir uns **überhaupt** Regeln zu denken, welche unsern freien Handlungen zur Richtschnur dienen, in welcher **allgemeinen** Bedeutung sowohl das **natürliche** als das **positive** Recht dazu gehört r). Die Entwickelung dieses vorgetragenen Begrifs führt auf folgende Wahrheiten. — 1) **Gesetze** können nur von demjenigen gegeben werden, der die **gesetzgebende** Gewalt hat. Da aber diese auf verschiedne Weise erlangt werden kann, und auf diese Art auch mancherley Gesetzgeber entstanden sind, so haben wir verschiedne Gattungen der Gesetze. Es giebt Gesetze, die von dem **Regenten des Staats** herrühren, und andere, welche von den **Regenten der Kirche** gegeben worden. Erstere heißen, wie bekannt, **bürgerliche** Gesetze, und die letztern, **Kirchengesetze**. Was von der gesetzgebenden Gewalt, in Rücksicht auf Teutschland zu bemerken

q) Hr. Prof. **Weber** von natürl. Verbindl. S. 185.
r) Hr. Prof. **Weber** von Verbindl. S. 7.

merken ist, wird in der Folge vorkommen. Als die zweite Hauptwahrheit, die der Begrif eines Gesetzes enthält, ist der Satz zu betrachten, daß der Regent nur seine Unterthanen durch die von ihm gegebenen Gesetze verbindlich machen kann. Wie wichtig dieser Satz ist, werden wir in der Folge sehen. Drittens ist zu bemerken: jedes Gesetz ist als eine Regel, oder eine Vorschrift zu betrachten, wornach die Bürger des Staats, für welche das Gesetz gegeben worden, ihre freien Handlungen einzurichten, vollkommen verbindlich sind. In diesem Satze sind ebenfalls eine Menge sehr wichtiger Wahrheiten enthalten, mit deren Erläuterung wir uns künftig beschäftigen werden. Es kommt also alles darauf an, bey jedem einzelnen Gesetze sicher und deutlich zu bestimmen, ob die einzelnen Worte desselben, in der That eine Regel und Vorschrift für die freien Handlungen der Staatsbürger enthalten sollen. Diese Bestimmung wird durch die Auslegung der Gesetze bewerkstelligt, und bey derselben ist einer der ersten Grundsätze dieser: nicht alle kürzere oder längere Ausdrücke und Phrasen der so genannten Gesetze, welche im Corpus Iuris des Justinians stehen, und der übrigen in Teutschland vorhandenen Gesetze, sind als wirkliche Regeln für freie Handlungen zu betrachten, weil sie es theils gar nicht seyn können, theils auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht dazu dienen sollen. Nur bey den befehlenden Ausdrücken (verba dispositiua) in den Gesetzen, muß man annehmen, daß sie eine Vorschrift für freie Handlungen der Bürger enthalten. Es kommen aber

1) in den Gesetzen des Corpus Iuris bisweilen Stellen vor, die von den Rechtslehrern Suasiones legis s) genannt worden, und darunter verstehen sie solche Stellen, worinn blos angerathen wird, etwas zu thun, oder nicht zu thun, so daß es übrigens ganz dem freien Willen eines Bürgers überlassen bleibt, auch das Gegentheil zu unternehmen. In der L. 34. D. de legib. wird der Rath gegeben, wie man den Beweis einer streitigen Gewohnheit, die man für sich angeführt

s) Cuiacius ad L. 1. D. de iust. et iure, Io. Steph. Wiesand in Opusc. Lipsi. 1782. 8. S. 13.

führt hat, am leichtesten führen könne, nämlich dadurch, daß man Zeugnisse beibringe, es sey schon nach dieser Gewohnheit gesprochen worden, obgleich der Gegentheil sich dagegen gesetzt habe, denn die Worte des Gesetzes, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit, sind per hypallagen zu erklären, und haben eben den Verstand, als wenn gesagt würde: an etiam in iudicio aliquando contradicta et firmata sit consuetudo, wie Herr Domherr Püttmann t) vortreflich bewiesen hat. In der L. 24. D. de rei vind. wird gesagt, der Eigenthümer einer Sache, der sie vindiciren wolle, solle doch prüfen, ob er sich nicht den Besitz der Sache durch ein Interdict verschaffen könne, damit er sich den Vortheil des Besitzes verschaffe, und den Gegentheil nöthige, das Petitorium, wo der schwere Beweis des Eigenthums geführt werden müsse, anzustellen. Die L. 1. §. 3. D. de peric. et commodo rei vend. enthält den vortreflichen Gedanken, daß man sein Recht nicht auf das strengste durchsetzen solle, wenn dieses wider die Billigkeit streiten würde. Im §. 7. Inst. de verb. oblig. wird den Contrahenten die Cautel empfohlen, sich eine Conventionalstrafe auszubedingen, im Falle der Gegentheil seine Verbindlichkeit nicht erfüllen würde, damit der Kläger nicht nöthig habe, seinen dadurch erlittenen Schaden zu beweisen. Alle diese Stellen in Gesetzen kann man nicht für befehlende Verordnungen halten, und sie lassen daher jedem die Freiheit, etwas anders zu thun, weil sie bloße so genannte leges suaforiae sind.

2) Haben keine gesetzliche Kraft die in den Gesetzen bisweilen vorkommenden Empfehlungen dieser oder jener gesetzlichen Verordnung, oder die so genannten commendationes legum. Darunter versteht man die von dem Nutzen eines Gesetzes hergenommenen Bewegungsgründe, die der Gesetzgeber seinen Unterthanen deswegen angiebt, damit sie desto eher geneigt werden sollen, ein Gesetz zu befolgen. In der L. 22. §. 2. C. de iure deliber. wird gesagt, wenn der Erbe Bedenken trage, eine ihm zugefallene Erbschaft anzunehmen, so sey er nicht schlechterdings verbunden, von der Rechtswohl-

t) Interpret. et Obseruat. c. 19.

that der Ueberlegung Gebrauch zu machen, sondern er könne die Erbschaft mit Beziehung auf die Rechtswohlthat des Inventariums antreten u). Am häufigsten kommen dergleichen Empfehlungen in den Gesetzen des Justinians vor.

3) Sind für keine Gesetze zu halten, die im Corpus Iuris vorkommenden Lehrgrundsätze oder dogmatischen Sätze. Dergleichen Wahrheiten konnten nicht wegbleiben, da die Absicht des Justinians bey der Abfassung der Institutionen und Pandecten diese war, daß die Rechtsgelehrsamkeit wissenschaftlich daraus sollte erlernt werden. Eben deswegen stößt man auf so viele Worterklärungen, Definitionen, Eintheilungen, allgemeine Wahrheiten, historische Umstände, u. s. f. Die Natur der Sache lehrt es, daß diese Stellen keine Gesetze, das heißt, Regeln für die äußern freien Handlungen der Bürger im Staate seyn sollen. Hieraus folgt ferner, daß keine Verbindlichkeit eintrete, Irrthümer, welche in Rücksicht dieser Lehrgrundsätze gezeigt werden können, für Wahrheit zu halten, sondern daß es erlaubt seyn muß, bey dem wissenschaftlichen Vortrage des römischen Rechts diese Irrthümer zu verbessern. So wird z. B. die Uebergabe einer Sache an den neuen Eigenthümer für einen modus acquirendi naturalis erklärt, da doch die gesunde Vernunft lehrt, sie sey blos für einen modus acquirendi ciuilis zu halten x).

4) Gleiche Bewandniß hat es mit den propositionibus enunciatiuis und assertiuis, die man in vielen Gesetzen antrift. Ersteres sind Sätze, die weder etwas gebieten noch verbieten, sondern nur anzeigen, was geschehen könne; und letzteres sind ebenfalls Sätze und vorgetragene Gedanken, wodurch angezeigt wird, daß etwas so sey, oder worinn der eigentliche Sinn eines Umstandes angegeben wird. Eine solche propositio enunciatiua enthält z. B. die L. 1. pr. D. de testam. milit., in den Worten: faciant testamenta, quo modo volent: faciant quomodo poterint, welche Worte weiter nichts sagen wollen, als daß ein Soldat bey vorhandener Todes-

u) Hr. RR. Eichmann's Erklär. des bürgerlichen Rechts, 1. Th. S. 12.

x) Hr. HR. Glück im Comment. 1. Th. S. 52.

Todesgefahr an keine Feierlichkeiten gebunden ſey, wenn er eine letzte Willenserklärung errichten wolle. Von einer propoſitio aſſertiua finden wir ein Beiſpiel in der L. 3. §. 2. D. de iure deliber. In ſo ferne dieſe Art von Sätzen die wahre Meinung des Geſetzgebers enthalten, müſſen ſie als ein gutes Hülfsmittel bey Auslegung der Geſetze betrachtet werden y).

5) Auch **Verträge** darf man nicht für Geſetze halten, denn dieſe werden unter Perſonen von gleichen Rechten eingegangen, und die wechſelſeitige Verbindlichkeit rührt aus einem Verſprechen her. Daß die römiſchen Rechtsgelehrten die Geſetze auch Verträge nannten, davon iſt die Urſache in der damaligen geſetzgebenden Gewalt zu ſuchen.

§. 5.

Die Entwickelung des Begrifs, welcher mit dem lateiniſchen Wort *Lex* und dem teutſchen **Geſetz** zu verbinden iſt, und die Erläuterung aller Wahrheiten, die erwogen werden müſſen, wenn man die wahre Natur und Beſchaffenheit der Geſetze kennen lernen will, um die Rechtsgelehrſamkeit richtig zu faſſen, bringt es mit ſich, beſondere Geſichtspuncte feſtzuſetzen, wie dieſe ganze Materie am deutlichſten vorgetragen werden kann. **Drey** Fragen ſind es, welche alles erſchöpfen, was hier in Betrachtung zu ziehen iſt, nämlich 1) durch was für Zwangsmittel wird die Befolgung eines jeden Geſetzes am ſicherſten bewürkt werden? 2) Was für Eigenſchaften müſſen gute Geſetze haben? 3) Welche Handlungen ſind der Gegenſtand menſchlicher Geſetze?

Jedes Geſetz wird deswegen gegeben, daß dadurch das Beſte eines oder mehrerer Menſchen bewürkt werden ſoll. Von den göttlichen Geſetzen wird dieſes kein guter Menſch leugnen. Auf dieſe Wahrheit gründet ſich eine andere, nämlich folgende: von allen **bürgerlichen** Geſetzen muß wenigſtens vermuthet werden, der Geſetzgeber habe ſie in keiner andern Abſicht gegeben, als um das allgemeine Beſte durch

y) Hr. RR. **Eichmann** in den Erklärung. des bürgerlichen Rechts, 1. Th. S. 12.

Erlangung eines gewissen Gutes, oder durch Abwendung eines gewissen Uebels zu bewürken. Bey dieser offenbaren Nützlichkeit der Gesetze sollte man glauben, es würden solche von denen Bürgern schon deswegen gehalten werden, weil sie ihre eigene Wohlfarth dadurch auf die sicherste Weise befördern könnten. Leider beweist aber die Erfahrung, daß die mehresten Gesetze unbefolgt bleiben würden, wenn man es blos darauf ankommen lassen wollte, ob sich die Unterthanen durch die Vorstellung, daß ihr eigenes Beste die Beobachtung der Gesetze erfordere, zur Befolgung derselben werden antreiben lassen. Jeder Gesetzgeber hat daher auf das sorgfältigste sich um die zweckmäßigsten Mittel zu bekümmern, wie die Unterthanen angetrieben werden können, alle seine Gesetze zu befolgen. Es ist aber sehr schwer, solche Mittel zu entdecken, und daher haben sich Philosophen und Rechtsgelehrte beständig damit beschäftigt. Einen vortreflichen Beweis, seines durch die Mathematik vermehrten Scharfsinnes, hat auch der verst. Hr. HR. **Beckmann** in Göttingen bey dieser Gelegenheit gegeben [2]). Diese Mittel sind desto würksamer, je mehr sie den Gedanken, dieses oder jenes Gesetz nicht halten zu wollen, aus den Gemüthern der Unterthanen entfernen. Sie bestehen entweder in Zusicherung gewisser Belohnungen wegen Befolgung dieses oder jenes Gesetzes, oder in Androhung und Zufügung gewisser Uebel wegen der Nichtbefolgung, welcher Unterschied selbst in Gesetzen vorkommt, z. B. in der L. 1. § 1. D. de iust. et iure, worinn die Worte **Ulpians** angeführt sind: bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum exhortatione effici. Bey dem großen Aufwande, den die Regierung der Staaten verursacht, kann man selten die Unterthanen durch zugesicherte **Belohnungen** auffordern, dieses oder jenes Gesetz zu halten, und bey der großen Verdorbenheit des sittlichen Charakters der mehresten von ihnen, würden dennoch viele kein Bedenken tragen,

2) Iust. Bernh. BECKMANN D. de acquitate priuilegii odiosi, Götting. 1750. §. 8. u. f. Io. Sal. BRVNQVEL Prol. de variis veterum, legibus suis sanctitatem auctoritatemque conciliandi, modis, Ien. 1729.

tragen, wider die Gesetze zu handeln, folglich die Absicht des Regenten immer unerreicht bleiben. Für das sicherste Mittel, die Unterthanen, welche geneigt seyn dürften, wider die Gesetze zu handeln, davon abzuhalten, muß daher die Androhung und Zufügung gewisser Uebel gehalten werden. Diese Uebel sind nun von verschiedner Beschaffenheit. Es gehört hierher

1) die **Nichtigkeit** der Handlung, welche wider ein Gesetz unternommen worden. In der L. 5. C. de legib. wird ausdrücklich gesagt, jede Handlung, die wider ein **verbietendes** Gesetz streitet, solle als nichtig betrachtet werden, obgleich im Gesetz diese Nichtigkeit nicht wörtlich angedrohet worden. Es giebt auch Fälle genug, wo die Nichtigkeit einer gesetzwidrigen Handlung wirklich eintritt. Wenn Jemand durch List und Bosheit eines andern dahin gebracht worden, daß er ein Testament gemacht hat, so ist dieser letzte Wille null und nichtig. Geht Jemand über künftige Alimente einen Vergleich ein ohne obrigkeitliche Einwilligung, so ist der Vergleich nichtig [a]). Schließen Kinder eine Ehe ohne die Einwilligung ihrer Eltern, so ist die Ehe null und nichtig [b]).

2) Gehört es unter die Uebel, womit die Nichtbefolgung eines Gesetzes bestraft wird, daß Jemanden dasjenige durch den Richter genommen wird, was ein anderer zu fordern hat; oder es tritt der Verlust seines gehabten Rechts ein. So ist es eine bekannte Sache, daß durch ein Gesetz des Kaisers **Marcus** allen denjenigen der Verlust ihres habenden Rechts angedroht worden, die sich selbst Recht schaffen würden, ohne den Richter anzugehen [c]). Die Mutter bedrohen die Gesetze mit dem Verlust ihres Erbrechts, wenn sie nach dem Tode ihres Mannes, für ihre unmündigen Kinder, bey der Obrigkeit um keine Vormünder ansuchen würde [d]).

a) L. 8. pr. D. de transact.

b) Pr. Inst. de nupt. coll. §. 12. Inst. eod. L. 2. D. de ritu nupt. c. 1. 3. 4. C. XXX. Qu. 5. c. 3. X. qui matr. accus. poss.

c) L. 7. C. vnde vi, L. 13. D. quod met. caus.

d) L. 2. §. 1. D. qui petant tut. vel curat.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684861/phys_0113 DFG

3) Einige Rechtslehrer rechnen unter die Zwangsmittel, wodurch Unterthanen zur Beobachtung der Gesetze bewogen werden sollen, die bloße Androhung gewisser Uebel e). Dieses sey z. B. der Fall bey den richterlichen Verordnungen, wodurch Jemanden etwas anbefohlen wird, ohne ihm zugleich die Strafe bekannt zu machen, welche die Nichtbefolgung der Verordnung nach sich ziehen werde, denn solche trete nichts desto weniger ein, weil sie stillschweigend in der Verordnung enthalten ist.

4) Bestehen die Uebel, welche der Gesetzgeber mit der Uebertretung seiner Gesetze verbinden kann, in eigentlich so genannten Strafen, worunter man jedes empfindliche Uebel versteht, das Jemanden wegen eines begangenen Verbrechens nach der Verordnung eines Gesetzes trift. Verordnungen, worinn für die moralischen Uebertreter derselben ausdrücklich ein Uebel festgesetzt worden, das nicht blos die Absicht hat, dem Beleidigten dazu, was er nach den Gesetzen fordern kann, so viel möglich zu verhelfen, sondern überdieses dem Uebertreter noch ein Leiden verursacht, werden Strafgesetze, Pönalgesetze genannt. Ein Verbrechen besteht in der freien Uebertretung eines Strafgesetzes, wodurch der gemeinen Wohlfarth entgegen gehandelt wird. Daß über den wahren Zweck der Strafen ein großer Streit unter den Philosophen und Rechtsgelehrten obwalte, ist eine bekannte Sache f), wovon aber hier nichts gesagt werden kann, sondern ich werde erst im 47sten Buche das wichtigste davon anführen. Zwey Fragen kann ich jedoch nicht unberührt lassen, nämlich 1) in welcher Absicht droht ein gerechter Regent Strafen an? und 2) warum läßt er die angedrohte Strafe an dem Uebertreter seiner Gesetze wirklich vollstrecken? Auf die erste Frage ist zu antworten, die Absicht ist keine andere, als

e) Hr. RR. Eichmann in den Erklär. des bürgerl. Rechts, 1ster Th. S. 14.

f) PÜTTMANN Progr. de poenis exemplaribus, Lipsi. 1787. Hr. Prof. Cäsars Abhandl. vom Zweck der Strafen, als Anhang zu seiner Uebersetzung des Hrn. v. Valazé über die Strafgesetze, Leipz. 1786. 8.

als diese, daß durch die in den Gemüthern der Unterthanen erzeugte Furcht vor den angedrohten schmerzlichen Folgen sein Gesetz befolgt, und dadurch das Gute erreicht werde, um dessentwillen das Gesetz gegeben worden. Bey der andern Frage läßt sich nichts bessers sagen, als daß der Zweck der Strafen nur ein einziger sey, nämlich die Sicherheit der Bürger, und die Ruhe im ganzen Staate. Da nun dieser Endzweck auf eine doppelte Weise erreicht werden kann, einmal, wenn man die Verbrecher dahin bringt, daß sie in Zukunft nicht wieder neue Verbrechen begehen können, oder begehen sollen, sie mögen nun entweder gebessert, oder ihnen die Gelegenheit, Verbrechen begehen zu können, genommen worden seyn; zweitens, wenn andere durch das Beispiel der Strafe abgeschreckt von Begehung ähnlicher Verbrechen abgehalten werden, so fällt die doppelte Absicht, welche der Gesetzgeber bey Zufügung der Strafen haben kann, nämlich 1) um den Staat vor denen sicher zu stellen, die schon Verbrechen begangen haben, und 2) auch vor denen, welche dazu geneigt seyn könnten, deutlich in die Augen s).

§. 6.

Die zweite Frage, welche beantwortet werden muß, damit die eigentliche Beschaffenheit bürgerlicher Gesetze in das nöthige Licht gesetzt werde, ist diese: was für Eigenschaften müssen diese Gesetze haben? Für die wichtigste Eigenschaft derselben ist unstreitig der Umstand zu halten, daß sie nicht mit der gesunden Vernunft oder der Wohlfarth des Staats streiten. Es folgt dieses aus der Natur des Menschen und der Absicht, warum sich die Menschen zu einem Staate vereiniget haben. Kein Regent ist daher berechtigt, Gesetze zu geben, welche wider die gesunde Vernunft, oder die Wohlfarth des Staats sind. Da es aber oft eine schwere Untersuchung erfordert, wie ein Gesetz die Wohlfarth des Staats befördern könne, und hierzu die wenigsten Bürger die Fähigkeiten haben, so ist ein Gesetz nicht schon deswegen

s) Hr. HR. Glück im Comment. 1. Th. S. 62.

für ungültig zu halten, weil die mehresten Staatsbürger es nicht einsehen, wie das Gesetz zur Erreichung der Absicht des Staats etwas beiträgt h). Wie bereits im 5. §. bemerkt worden, hat auch der Regent die Vermuthung für sich, daß er zweckmäßige Gesetze gegeben habe.

Eine zweite Eigenschaft bürgerlicher Gesetze ist es, daß sie von demjenigen gegeben worden, der das Recht dazu hat, das heißt, von dem Gesetzgeber.

Drittens muß ein Gesetz, auf die gehörige Weise, den Staatsbürgern bekannt gemacht werden.

Von allen diesen Eigenschaften wird in der Folge mehr gesagt werden.

Die dritte Frage, welche bey einer Betrachtung über die Natur bürgerlicher Gesetze erörtert werden muß, betrift die Handlungen, worüber bürgerliche Gesetze abgefaßt werden können? Jeder Mensch hat von seinem Schöpfer das Vermögen erhalten, äußerliche und innerliche Handlungen vorzunehmen. Die letztern geschehen im Innern des Menschen, und bestehen in Gedanken, wodurch Begriffe, Vorstellungen, Wahrheiten erzeugt werden; erstere aber, nämlich die äußerlichen Handlungen des Menschen, geschehen außerhalb desselben, und die Würkungen dieser Handlungen lassen sich durch die äußern Sinneswerkzeuge der Menschen wahrnehmen. Da kein Mensch das Vermögen hat, zu entdecken, was sein Mitmensch für Gedanken, Begriffe, Vorstellungen, Entschlüsse, Wünsche, in seiner Seele habe, so lange keine äußerlichen Handlungen desselben wenigstens eine Vermuthung veranlassen, so würde es eine vergebliche Arbeit seyn, wenn ein menschlicher Gesetzgeber für diese innern Handlungen Gesetze abfassen wollte, da nicht herausgebracht werden kann, ob sie befolgt worden, oder nicht, und folglich auch die Zwangsmittel der vorhandenen Gesetze nicht gebraucht werden könnten. Es ist daher eine gewisse Wahrheit, bürgerliche Gesetze können nur für äußerliche Handlungen der Menschen Vorschriften und Regeln geben, aber

h) Hr. RR. Eichmann in den Erklär. des bürgerl. Rechts, 1ster Th. S. 16. VOET ad Dig. Lib. I. tit. 3. n. 6.

aber nicht für die innern, sondern diese Macht hat einzig und allein Gott, dem unsere innern und äußern Handlungen vollkommen bekannt sind, und der als der Schöpfer der Menschen sie wegen beider zur Rechenschaft ziehen kann. Auf diese Grundsätze gründet sich eine andere Wahrheit, nämlich folgende: Niemand kann von einem weltlichen Regenten wegen seiner Gedanken zur Rechenschaft gezogen, vielweniger gestraft werden, so lange keine äußern Handlungen damit verbunden sind, wie römische und teutsche Gesetze beweisen, und die Sätze: cogitationis poenam nemo patitur, Gedanken sind zollfrey. Was im Criminalrechte für Grundsätze angenommen werden müssen, gehört nicht hieher, und ich werde im 47sten Buche das nöthige erinnern.

§. 7. 8.

Wie eben gezeigt worden, sollen bürgerliche Gesetze nur für die äußerlichen Handlungen der Menschen zur Regel und Vorschrift dienen. Die äußerlichen Handlungen, wozu Menschen fähig sind, haben aber eine gar verschiedne Beschaffenheit, und daher müssen sie gehörig unterschieden werden. Es giebt freie und nicht freie menschliche Handlungen. Die Untersuchungen über das Wesen derselben haben Philosophen, Theologen und Rechtsgelehrten, zu allen Zeiten die mühsamste Beschäftigung verursacht. Vor allen Dingen muß der Begrif einer willkührlichen Handlung entwickelt werden, und dieses geschieht auf folgende Art i). — Jede menschliche Handlung ist entweder so beschaffen, daß derjenige, von dem sie geschehen ist, vermögend war, sie auch nicht vorzunehmen, oder er wurde wider seinen Willen, durch eine unwiderstehliche Kraft dazu genöthigt. Von Handlungen der ersten Art sagt man, daß sie in unserer Gewalt stehen, und von den leztern, sie stehen nicht in unserer Gewalt. Diese leztern heissen unfreiwillige, unwillkührliche menschliche Handlungen. Bey dieser Art von menschlichen Handlungen äußert sich ein nochmaliger Unterschied; denn entweder sind sie so beschaffen, daß ein Mensch durch eine äußer-

i) Hr. HR. Glück im Comment. 1ster Th. S. 69.

äußerliche unwiderstehbare Gewalt dazu genöthigt wird, oder es sind solche Handlungen, wozu wir von unserer Natur, durch eine in der Einrichtung unsers Körpers liegende Kraft, angetrieben werden. Jene Handlungen nennt man erzwungene, diese physisch nothwendige Handlungen. Steht hingegen die Unternehmung einer Handlung so in unserer Gewalt, daß wir sie nach Gefallen vornehmen oder unterlassen können, so heißt sie eine willkührliche Handlung (actio arbitraria). Hat nun Jemand eine solche willkührliche Handlung vorgenommen, so war er entweder im Stande, sich die Folgen davon vorzustellen, und er konnte folglich seinen Willen mit Ueberlegung darnach lenken, oder es war ihm dieses nicht möglich. Handlungen der ersten Art heißen freie Handlungen, und die letztern nennt man blos willkührliche nicht freie Handlungen. Bey der Beurtheilung einer geschehenen freien Handlung ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob derjenige, der die freie Handlung unternommen, das heißt, der die Folgen dieser Handlung überlegen konnte, dieses auch wirklich vor geschehener That gethan, und sie nicht eher ausgeführt hat, als nach einer vorher angestellten reiflichen Ueberlegung, oder er hatte nicht über die Folgen der Handlung gehörig nachgedacht, sondern sie, ohne zu bedenken, was für Folgen daraus entstehen könnten, aus Uebereilung oder in der Hitze der Leidenschaft begangen. Von diesen letzten Handlungen kann man zwar auch sagen, daß es freie Handlungen sind; weil aber der Mensch bey dem Ausbruch seines Affects gehindert wird, mit völliger Ueberlegung zu handeln, so müssen sie doch von solchen freien Handlungen unterschieden werden, wo mit völliger Vernunft und Ueberlegung gehandelt worden, denn nur hier ist eine völlige Freiheit vorhanden gewesen, und daher nennt man eine Handlung im strengsten Verstande frey, welche nach vorhergegangener reiflicher Ueberlegung von Jemanden ist unternommen worden, der das vollkommene Vermögen hatte, nach seinen gegenwärtigen Verstandeskräften, das heißt nach dem Maaße seiner Einsichten das Beste zu wählen [k].

Ist

k) Hr. GTR. Höpfner im Naturrechte, §. 3. 4.

Ist die Frage, was für äußerliche menschliche Handlungen freie im strengsten Verstande genannt werden, gehörig festgesetzt, so sieht jeder ohne große Schwierigkeiten ein, daß nur diese Art von Handlungen der gesetzgebenden Gewalt eines Staats unterworfen sind. Fällt also bey einer äußerlichen Handlung das Vermögen frey zu handeln ganz weg, so läßt sich auch nicht behaupten, daß eine Verbindlichkeit vorhanden sey; und weil also nur über völlig freie Handlungen bürgerliche Gesetze gegeben werden können, so folgt 1) daß durch diese Gesetze Niemanden etwas befohlen werden kann, was physisch unmöglich ist, das heißt, dessen Wirklichwerden nicht von seinen Kräften abhängt, weil hier alle Freiheit wegfällt. Eben dieses ist auch 2) aus dem nämlichen Grunde, von physisch nothwendigen Handlungen zu behaupten. Endlich fällt 3) die Würkung der Gesetze bey denen weg, die den Gebrauch ihres Verstandes nicht haben, denn von diesen sind keine freie Handlungen zu erwarten, und hierher gehören rasende und wahnwitzige Personen.

§. 9.

Die Regel: daß ein bürgerlicher Gesetzgeber nur über freie äußerliche Handlungen Gesetze geben kann, erfordert eine nähere Bestimmung, weil diese Handlungen nicht von gleicher Beschaffenheit sind, denn einige davon werden heilige Handlungen genannt, und andere nicht heilige oder profane. Unter heiligen Handlungen versteht man solche, welche auf die Religion eine Beziehung haben, und die übrigen heißen nicht heilige. Von diesen letztern ist hier nichts weiter zu bemerken, sondern blos von den erstern muß verschiedenes angeführt werden [1]). Heilige Handlungen werden auch Religionshandlungen genannt, und man unterscheidet dabey zwischen den Handlungen einzelner Menschen und den kirchlichen Handlungen. Letztere kommen nicht anders vor, als wenn eine Religionsgesellschaft vorhanden ist, das heißt, wenn sich mehrere Personen, zur Verehrung Gottes, nach gemeinschaftlich als richtig anerkannten Grundsätzen, unter Leitung

1) Hr. HR. Glück im Comment. 1ster Th. S. 75.

Leitung eines dazu berufenen Geistlichen, vereinigt haben. Ohne diese Verbindung sind Religionshandlungen weiter nichts als Handlungen einzelner Menschen, und können folglich keinen Gegenstand der gesetzgebenden Gewalt abgeben, weil Religion an sich, Sache jedes einzelnen Menschen ist. Sie ist das Resultat der Vorstellungen von den Eigenschaften Gottes, des denkenden und empfindenden Menschen, des in jedem Menschen freien und selbstthätigen Gewissens. In diesem Verhältniß, in dieser Lage der Religion und des Gewissens, giebt es kein Recht, keine Gewalt, die sich ein Mensch über den andern anzumaßen berechtigt wäre [m]). Blos auf eines jeden einzelnen Menschen Ueberzeugung kommt es an, ob er diese oder jene Vorstellung von Gottes Eigenschaften für richtig oder unrichtig halten will, und nach dieser seiner Ueberzeugung ist er sowohl verbindlich als berechtigt, das höchste Wesen auf diejenige Art zu verehren, die er für die beste hält. Hierüber ist Gott und sein Gewissen der einzige Richter, und folglich braucht er auch keinem Menschen davon Red und Antwort zu geben [n]).

In Rücksicht auf die so genannten **Kirchenhandlungen** ist folgendes zu bemerken. Sie sind von doppelter Art, denn **einige** davon haben blos Gottesverehrung zum Gegenstande, und diese stehen unter keinem menschlichen Gesetzgeber, **andere** hingegen sind so beschaffen, daß zwar deren Einrichtung und Ausübung ebenfalls zur Verehrung Gottes gereichen soll, sie stehen aber gleichwohl mit solchen Geschäften in Verbindung, die zugleich ihre rechtlichen Folgen im Staate haben, Vorrechte verschaffen, oder entziehen, Verbindlichkeiten hervorbringen oder aufheben, und wobey übrigens das Kirchliche, nach dem Symbole dieser oder jener Religionsgesellschaft, mehr oder weniger wesentlich seyn kann. Die Rechtslehrer nennen Kirchenhandlungen der **erstern** Art, geist-

m) Joh Chr. **Maiers** Teutsches geistl. Staatsrecht, Lemgo 1773. 8. Einleit. §. 2. 3.

n) Ueber Kirche und Kirchengewalt, in Ansehung des kirchlichen Religionsbegrifs, vom Hrn. HR. A. J. **Schnaubert**, Jen, 1787. 8. S. 23 und 119.

geistliche, und die letztern, gemischte Kirchenhandlungen. Bey den geistlichen Kirchenhandlungen muß nochmals ein Unterschied gemacht werden, denn einige sind so beschaffen, daß sie mit den Grundsätzen der Religion wesentlich verknüpft sind, sie erhalten ihre Bestimmung nach dem Glaubensbekenntniß der Religionsgesellschaft, und gehören folglich zu den wesentlichen Stücken der Gottesverehrung. Alle diese Religionshandlungen nennt man äußerliche nothwendige, oder wesentliche Religionshandlungen. Hierher gehört z. B. Taufe und Abendmahl. Ueber diese Handlungen kann sich kein Mensch, folglich auch kein Regent eine gesetzgebende Gewalt anmaßen, weil sie von der Ueberzeugung und dem Gewissen abhangen, und jeder Mensch hier Gott mehr gehorchen muß, als Menschen. Weil sie auch keine rechtliche Würkungen im Staate hervorbringen, mithin auf den Zweck des Staats und seine Regierung keinen Einfluß haben, so steht dem Regenten des Staats weiter kein Recht zu, als zu verhindern, daß durch die Ausübung dieser Handlungen keine Umstände veranlaßt werden, welche der öffentlichen Sicherheit nachtheilig seyn müßten. Die Einrichtung dieser Handlungen hängt blos von dem Religionssysteme ab, welches die Mitglieder der Kirchengesellschaft für richtig anerkennen, und in Rücksicht auf welches sie sich vertragsweise über die Form derselben verbindlich gemacht haben, folglich ist hier ein bloßes gesellschaftliches Recht vorhanden, wo alle gesetzgebende Gewalt ganz wegfällt, weil es hier nur auf die gemeinschaftliche Ueberzeugung der vereinigten Religionsverwandten ankommt o).

Mehrere geistliche Kirchenhandlungen stehen hingegen mit den Glaubenslehren einer gewissen Religionsgesellschaft in keiner wesentlichen Verbindung, sondern sie werden von den Mitgliedern der Gesellschaft zwar äußerlich deswegen verrichtet, weil sie überzeugt sind, sie gereichen zum göttlichen Wohlgefallen, sie können aber auch entweder ganz abgeschaft, oder auf eine andere Art eingerichtet werden, ohne daß deswegen ein Widerspruch mit den in ihrem Glaubenssystem als richtig

o) Hr. HR. Schnaubert a. a. O. S. 42.

richtig angenommenen Grundsätzen entstehet. Alle solche kirchliche Religionshandlungen nennt man zum Unterschiede von jenen, äußerliche willkührliche Religionshandlungen. Hierher gehört z. B. der Gebrauch der Lichter bey der Austheilung des Abendmahls, die Beichte und andere Feierlichkeiten und Einrichtungen, wovon in der Bibel nichts steht, und die nur aus guten Absichten von den Religionsdienern eingeführt worden sind. Ueber diese äußerlichen willkührlichen Religionshandlungen kann von der Religionsgesellschaft, welche sie beobachtet, etwas verordnet werden, wie es der Zweck der Religionsausübung erfordert. Der Regent für sich allein darf hier nichts ändern, sondern er hat blos die Oberaufsicht darüber, so weit es das Beste des Staats nöthig macht; diese giebt ihm aber kein Recht zu entscheiden, ob die Kirche durch ihre äußerlichen willkührlichen Religionshandlungen, ihren Endzweck erreichen werde oder nicht p).

Unter den gemischten Religionshandlungen sind einige so beschaffen, daß sie zwar ebenfalls die Gottesverehrung zum Zweck haben, sie sind aber zugleich mit rechtlichen Würkungen im Staate verbunden, indem sie Vorrechte verschaffen oder entziehen. Dieser Fall tritt z. B. bey der Taufe ein, die ihrem Zweck nach zur Verehrung Gottes gereicht, zugleich aber die Vorrechte eines Christen im Staate vor Nichtchristen verschaft. Gleiche Bewandniß hat es mit der Trauung, mit dem Begräbniß der Todten u. s. f. Die Bestimmung der Religionshandlungen bey diesen Dingen gehört zu den gesellschaftlichen Rechten der Religionsgesellschaft, wo sie vorgenommen werden sollen, aber die rechtlichen Würkungen, die sie im Staate hervorbringen, sind der Anordnung und Leitung des Regenten unterworfen, und er hat dabey sowohl positive als negative Rechte. Er kann nach seinem Gutbefinden bestimmen, wie groß die Würkungen dieser Handlungen im Staate seyn sollen, was geschehen müsse, ehe eine solche

p) Abhandl. über das Recht evangel. Landesreg. die Liturgie abzuändern, von D. C W. Robert, in s. Beiträg. zur nat. und positiv. Rechtsgel. Marb. 1789. 8.

solche Religionshandlung rechtliche Würkungen im Staate haben soll.

§. 10.

Was zeither von der Natur und Beschaffenheit der Gesetze überhaupt gesagt worden, ist noch nicht hinreichend, die Grundsätze der Privatrechtsgelehrsamkeit, welche nach Anleitung der Pandecten vorgetragen werden sollen, gehörig zu fassen, sondern hierzu wird auch die Bekanntschaft mit den verschiedenen Eintheilungen der Gesetze nothwendig erfordert. Wie im 1. H. S. 14. gezeigt worden, muß sehr oft unter dem lateinischen Worte ius, und dem teutschen Ausdrucke, Recht, der Inbegrif aller Gesetze einer Art, verstanden werden, und diese Bedeutung haben beide Worte, wenn von den verschiedenen Eintheilungen der Gesetze die Rede ist, worüber nunmehr das wichtigste gesagt werden soll. Wie bekannt, kommen die Ausdrücke ius naturale und ius positiuum, natürliches und positives Recht, sowohl in den Gesetzen als in den Schriften der Rechtsgelehrten oft vor. Bey dieser Eintheilung sieht man auf den **Erkenntnisgrund**, das heißt, auf die Art und Weise, wie Menschen eine Nachricht davon bekommen, es sey ein Gesetz vorhanden. Es giebt nämlich eine große Menge Gesetze, welche durch den bloßen Gebrauch der Vernunft entdeckt werden können, wenn über die Natur des Menschen Untersuchungen angestellt worden. Jedes auf diese Art entdeckte einzelne Gesetz heißt ein **natürliches Gesetz** (Lex naturalis), und alle diese Gesetze zusammen werden das **natürliche Recht** (ius naturale) genannt. Nach der Versicherung eines untrüglichen Zeugen, sind diese sämtlichen Gesetze, von Gott jedem Menschen gleichsam ins Herz geschrieben.

Von allen diesen Gesetzen müssen diejenigen unterschieden werden, von denen kein Mensch eher etwas erfahren kann, er mag noch so scharfsinnig seyn, als bis der **Gesetzgeber** eines oder mehrere dieser Gesetze bekannt gemacht hat. Jedes dieser Gesetze heißt ein **positives Gesetz** (Lex positiua), ein willkührliches Gesetz, und alle solche Gesetze zusammen, nennt man **positives Recht, willkührliches Recht** (ius positiuum).

tiuum). Verschiedne wichtige Bemerkungen über diese Arten der Gesetze werden in der Folge vorkommen.

§. 11.

Die römischen Rechtsgelehrten verbanden mit dem Ausdrucke, lex naturalis, ius naturale, den im vorigen Paragraphen vorgetragenen Begrif nicht, sondern verstanden alle Triebe, welche Menschen und Thieren gemeinschaftlich vom Schöpfer ertheilt worden, darunter, und hierher rechneten sie z. B. den Trieb, sein Leben zu erhalten, sich gegen Lebensgefahr zu vertheidigen, sein Geschlecht fortzupflanzen, für seine Jungen zu sorgen, u. s. f. Zur Erläuterung dieses Begrifs, findet man in den Schriften der Rechtslehrer, viel unnöthiges vorgetragen q).

Es würde der sicherste Beweis seyn, daß die römischen Rechtsgelehrten mit der philosophischen Rechtsgelehrsamkeit noch sehr wenig bekannt gewesen, wenn sie auf dieses Naturrecht ihr positives Recht einzig und allein gründen wollen. Sie sahen aber so gut, wie wir ein, daß die Menschen ihren natürlichen Instincten nicht blindlings folgen dürfen, sondern nur dann, wenn sie von der aufgeklärten Vernunft geleitet werden. Weil nun alle Menschen, sie möchten zu einer Nation gehören, zu welcher sie wollten, von dem Schöpfer die Vernunft erhalten, so nannten sie den Inbegrif derjenigen Vorschriften, worauf alle Menschen durch die Vernunft und die ihnen allen gemeinen Triebe geleitet werden, ius gentium, allgemeines Menschenrecht, zum Unterschiede von ihrem Naturrechte. Aus dieser Quelle des allgemeinen Menschenrechts leiteten sie r) die Religion, die Liebe zum Vaterlande, den Gehorsam gegen die Eltern, Krieg und Frieden, gesellschaftliche Verbindungen, Absonderung des Eigenthums, Erbauung von Häusern, Treibung des Handels und Gewerbes, Gültigkeit der Verträge, besonders den Kauf und die Pachtungen, u. s. f. her. Bisweilen brauchten sie aber doch auch den Ausdruck, ius naturale, naturalis aequitas davon.

Von

q) Hr. HR. Glück im Comment. 1ster Th. S. 84.
r) L. 2. L. 3. L. 5. D. de iust. et iure.

Von diesen beiden Arten der Gesetze, ius naturale, ius gentium, unterschieden die Römer das ius ciuile, und sie verstanden das positive Recht eines jeden Staats darunter.

§. 12. 13.

Die aufgeklärte Vernunft zeigt den Menschen die größte Anzahl der mannichfaltigsten Gesetze, über Gegenstände der gesetzgebenden Gewalt, und daher rühren die verschiedenen Eintheilungen der natürlichen Gesetze. Ihr Gegenstand ist nämlich 1) entweder der einzelne für sich lebende Mensch, welcher sich noch in keine gesellschaftliche Verbindung eingelassen hat, oder sie gehen 2) auf solche Menschen, die mit andern eine gesellschaftliche Verbindung errichtet haben. Alle Gesetze der ersten Art nennen die Rechtslehrer das außergesellschaftliche natürliche Recht, ius mere naturale, und die Gesetze der zweiten Gattung das gesellschaftliche natürliche Recht, desgleichen das allgemeine gesellschaftliche Recht, weil es bey allen Gesellschaften angewendet werden kann [s]). Dieses Recht ist so verschieden, schreibt Hr. RR. Eichmann, als die Gesellschaften sind, die errichtet werden oder errichtet werden können. Die wichtigste unter ihnen ist aber unstreitig die große Gesellschaft, die man einen Staat zu nennen pflegt. In Beziehung auf diese große Gesellschaft, heißt es das allgemeine bürgerliche Recht, weil die einzelnen Personen, woraus der Staat besteht, Bürger genannt werden. Dieses allgemeine bürgerliche Recht faßt entweder lauter solche Gesetze über die Rechte und Verbindlichkeiten in sich, welche die Bürger eines Staats gegen Menschen haben, die nicht zu ihrer Gesellschaft gehören, sondern eigene Staatskörper vorstellen; hier entsteht das auswärtige allgemeine bürgerliche Recht, davon das allgemeine Völkerrecht, ius gentium vniuersale, siue primarium, ein Theil ist: oder es enthält lauter Gesetze über die Rechte und Verbindlichkeiten der Staatsbürger unter einander. Alle diese Gesetze werden das einheimische allgemeine

s) Hr. RR. Eichmann in den Erklär. des bürgerl. Rechts, 1ster Th. S. 25.

meine bürgerliche Recht genannt. Sie sind wieder von verschiedner Art, denn entweder bestimmen sie die Rechte und Verbindlichkeiten der obersten Gewalt im Staate, oder sie enthalten die Rechte und Verbindlichkeiten der Staatsbürger gegen einander. Die erstern Gesetze heißen das allgemeine Staatsrecht, und die letztern, das allgemeine Privatrecht; wiewohl einige Rechtslehrer t) dieses letzte für ungegründet erklären, weil es keine eigenen Rechte und Verbindlichkeiten gebe, die ein Mensch als Bürger habe, und die nicht auch schon im außergesellschaftlichen Zustande, oder in der Gesellschaft überhaupt statt finden.

Was positives Recht sey, ist im 10. §. gezeigt worden, und hier soll über die Eintheilung desselben etwas bemerkt werden. Es besteht nämlich 1) aus Gesetzen, welche unmittelbar von Gott herrühren, und welche die Vernunft nicht entdecken kann. Alle diese Gesetze nennt man das positive göttliche Recht, wovon im 22. §. mehr vorkommen wird. Zum positiven Rechte gehören aber 2) auch solche Gesetze, die ein weltlicher Gesetzgeber bekannt gemacht hat, und diese Gesetze heißen das menschliche positive Recht. Dazu gehört nicht nur das willkührliche Völkerrecht, ius gentium positiuum seu secundarium, worunter dasjenige Recht verstanden wird, das mehrere Völker durch Verträge oder Gewohnheiten unter sich eingeführt haben, sondern vorzüglich das positive menschliche bürgerliche Recht, welches das positive menschliche Recht ist, so in einem Staate befolgt werden muß. Man muß dieses ebenfalls, wie das Naturrecht, in das Staatsrecht und Privatrecht eintheilen, weil zwischen Bürgern eines Staats solche Verhältnisse eintreten, wo diese beiden Arten der Gesetze nöthig sind. Enthält das positive menschliche Recht die Gesetze über die Rechte und Verbindlichkeiten, welche der Regent des Staats, und die Staatsbürger gegen einander haben, so bekommt es den Namen, das positive Staatsrecht, ius positiuum publicum. Faßt aber das positive menschliche Recht die Gesetze über die Rechte und Verbindlichkeiten der Staats-

t) Hr. GTR. Höpfner im Naturrechte, §. 273.

Staatsbürger gegen einander in sich, so wird es das positive Privatrecht genannt. Beide Arten von Gesetzen gelten nur in dem Staate, wo sie gegeben worden, und dieses Umstandes wegen müssen sie für besondere Rechte gehalten werden. Eine weitläuftigere Erläuterung dieser Begriffe halte ich für unnöthig, da diese Wahrheiten in andern Theilen der Rechtsgelehrsamkeit vorkommen, und jedem Rechtsgelehrten von mittelmäßigen Einsichten bekannt sind; wie es auch jeder weiß, daß die Rechtslehrer verschiedne Begriffe annehmen u). Die Anführung der verschiednen Gedanken, welche mit dem Ausdruck ius publicum, nach einigen Gesetzen zu verbinden sind, gehört mehr zur Theorie des römischen Rechts, als zur practischen Erklärung desselben.

§. 14.

Die Eintheilungen der Gesetze von einer Art, müssen auf einem richtigen Fundament beruhen, wenn an ihrer Richtigkeit nichts auszusetzen seyn soll, und dieses läßt sich auch von den beiden zeither erläuterten Haupteintheilungen, in Naturrecht und Positivrecht, in Staatsrecht und Privatrecht, mit Wahrheit behaupten. Bey der Eintheilung der Gesetze, in Naturrecht und Positivrecht, wird der Erkennungsgrund als das Fundament betrachtet; bey der in Staatsrecht und Privatrecht, sieht man auf den Gegenstand der Gesetze. Es giebt aber noch eine dritte Eintheilung derselben, nämlich in Permissivgesetze und Zwangsgesetze, welche das so genannte Permissivrecht und Zwangsrecht ausmachen. Hier veranlaßt die Würkung der Gesetze eine besondere Haupteintheilung derselben. Permissivgesetze nennt man diejenigen Gesetze, die erlauben, etwas zu thun, oder nicht zu thun, und alle Gesetze dieser Art heißen das Permissivrecht. Nach diesen Gesetzen sind eine große Anzahl von Handlungen dem freien Willen der Menschen überlassen, ob sie solche vornehmen wollen, oder nicht. Hierher gehört z. B. das Recht zu kaufen, oder zu verkaufen, zu heirathen,

u) Hr. HR. Glück im Comment. 1. Th. S. 90 u. f.

rathen, oder nicht zu heirathen, zu pachten, oder nicht zu pachten, u. s. f. Ganz anders verhält es sich mit den **Zwangsgesetzen**, denn diese wollen, daß eine Handlung geschehen, und eine andere nicht geschehen soll. Alle Gesetze dieser Art heißen das **Zwangsrecht**, ius cogens. Einige Rechtslehrer x) haben diese Eintheilung deswegen für ungegründet erklärt, weil Permissivgesetze keine vollkommene Verbindlichkeit auflegten. Darauf muß aber geantwortet werden: diese Gesetze legen zwar der Regel nach demjenigen, dem sie eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen das Recht geben, keine Verbindlichkeit auf, allein alle andere Personen dürfen sich doch nicht unterstehen, denjenigen, der die völlige Freiheit hat, zu handeln oder nicht zu handeln, in dem willkührlichen Gebrauch seines Rechts zu hindern, folglich bringen sie in Ansehung dieser Personen allerdings eine Verbindlichkeit hervor y). Sogar die römischen Rechtsgelehrten müssen dieses für richtig gehalten haben, weil **Modestinus** in der L. 7. D. de leg. sagt: legis virtus haec est: imperare, vetare, *permittere*, punire.

Das Wesen der **Zwangsgesetze** besteht darinn, daß sie alle Willkühr zu handeln ausschließen, und schlechterdings wollen, jeder solle thun, was zu thun befohlen worden, oder unterlassen, was nicht geschehen soll, wenn er nicht Zwangsmittel wider sich brauchen lassen will. Es enthält das Zwangsrecht **zweierley** Arten von Gesetzen, nämlich **gebietende**, leges praeceptiuae, und **verbietende**, leges prohibitiuae, von denen **erstere** das **gebietende** Recht, ius praeceptiuum, und **letztere** das **verbietende** Recht, ius prohibitiuum, ausmachen. Bey dieser **letztern** Art von Gesetzen zeigt sich nochmals ein mannichfaltiger Unterschied. Einige Handlungen sind schon nach dem **Naturrechte** verboten, und daher entsteht das ius prohibitiuum naturale; andere

könnten

x) GROTIVS de iure belli et pacis, Lib. I. cap. 1. §. 9. PVFENDORF de iure nat. et gent. Lib. I. c. 6. §. 15.

y) Hr. Prof. **Döring** in der Diss. de quadruplici virtute legis, Erf. 1776. §. 5. Aug. Fr. MÜLLER D. de ration. legum inuestigandis, §. 5.

könnten zwar nach dem Naturrechte geschehen, aber bürgerliche Gesetze verbieten sie, welcher Umstand die Abtheilung in ius prohibitiuum positiuum veranlaßt hat. Es giebt wieder verschiedene Arten dieser Positivgesetze, weil mancherley Ursachen eintreten, die den Gesetzgeber veranlassen, eine nach dem Naturrechte erlaubte Handlung zu verbieten. Entweder liegt der Grund, warum durch positive Gesetze eine solche Handlung verboten worden, in der Handlung selbst, ohne daß auf den Handelnden gesehen wird, oder das Gesetz hat den Grund von der Person desselben hergenommen. Gesetze der ersten Art geben das allgemein verbietende Positivrecht (ius prohibitiuum positiuum obiectiue tale), welche gewisse Handlungen allen Unterthanen ohne Ausnahme verbieten, weil sie mit den schädlichsten Folgen für den Staat verbunden sind z). Dergleichen Handlungen sind z. B. die Hazardspiele, der commissorische Vertrag bey Verpfändungen, der verbotene Zinswucher, die Entsagung auf künftige Alimente ohne gerichtliche Einwilligung, die Schenkung über 500 Soliden, ohne gerichtliche Bestätigung, u. s. f. Sind gewisse Handlungen blos einigen Personen verbothen, so werden alle diese verbietenden Gesetze das ius prohibitiuum positiuum subiectiue tale genannt. Bey diesen Gesetzen findet ein doppelter Unterschied statt, denn 1) ist manchen Personen eine gewisse Handlung deswegen verboten, weil die Gesetze voraussetzen, daß es ihnen entweder ganz an der nöthigen Einsicht, Ueberlegung oder Freiheit des Willens fehlt, welche man haben muß, um solche Handlungen ohne Schaden vorzunehmen, oder daß diese Personen wenigstens sich leicht übereilen könnten, oder daß sie mehr wie andere der listigen Ueberredung ausgesetzt sind. Unter diese verbotenen Handlungen gehören alle Arten von Bürgschaften der Frauenzimmer, die rechtlichen Geschäfte der Pupillen und Minderjährigen, der gerichtlich für Verschwender erklärten, wenn nicht die Einwilligung ihrer Vormünder hinzukommt. Andern Personen sind 2) gewisse Handlungen um des gemeinen Besten willen untersagt worden. Aus diesem Grunde darf kein

z) Hr. HR. Glück im Comment. 1. Th. S. 190.

Richter ein Geschenk annehmen, kein Christ sich die Schuldforderung eines Juden an einen andern Christen abtreten lassen, keine Cession an einen Mächtigern geschehen, keine Heirath unter zu nahe verwandten oder verschwägerten Personen geschlossen werden. Endlich theilen die Rechtslehrer die verbietenden Gesetze in schlechterdings verbietende (ius absolute prohibitiuum), und nicht schlechterdings, sondern nur unter gewissen Umständen verbietende Gesetze (ius secundum quid prohibitiuum).

Ohne eine Kenntniß der verschiednen Arten von verbietenden Gesetzen, ist man nicht im Stande, viele wichtige Materien zu verstehen, und hierher gehört z. B. die Frage, was für Folgen eintreten, wenn eine Handlung wider ein verbietendes Gesetz unternommen worden? Was hier Rechtens sey, darüber findet man verschiedne Meinungen in den Schriften der Rechtsgelehrten vorgetragen, wie ich gleich zeigen werde. Einige folgen der gesunden Vernunft, und erklären eine jede Handlung, die wider ein verbietendes Gesetz unternommen worden, für null und nichtig (S. 55), weil es dem Handelnden an dem moralischen Vermögen zu einer solchen Handlung fehlte, und eine richtige Erklärung dieser Art von Gesetzen die Nichtigkeit deutlich beweise [a]). Es wird dieses auch ganz ausdrücklich sowohl in der Lex 5. C. de leg., als in dem c. 64. de reg. iur. in 6to gesagt. Nach dem ältern römischen Rechte [b]) verhielt sich freilich die Sache anders, denn dieses machte einen Unterschied, ob eine Lex *perfecta*, *imperfecta*, oder *minus quam perfecta* war. Die erstern Gesetze (leges perfectae) verboten eine Handlung bey Strafe der Nichtigkeit, und solche Gesetze waren z. B. die Lex Aelia Sentia, die Lex Iulia de fundo dotali. Verbot ein Gesetz eine gewisse Handlung, aber ohne

a) Cocceii in Grotio illustr. Lib. II. c. 5. §. 16. Pufendorf Ius nat. et gent. Lib. III. c. 7. §. 6. Hr. RR. Eichmann in den Erklär. des bürgerl. Rechts, 1. Th. S. 31.

b) Vlpian. fragm. tit. 1. §. 1. 2. ibique Schulting not. 3. S. 561. Voet ad Dig. tit. de leg. n. 16. Pufendorf Ius nat. et gent. lib. 1. c. 6. §. 14.

ohne weder die Nichtigkeit darauf zu setzen, noch eine bestimmte Strafe, so nannte man es Lex imperfecta. Die Handlung, welche gegen dergleichen Gesetze, wovon Noodt c) verschiedne Beispiele anführt, geschehen war, blieb zwar gültig, aber die Obrigkeit bestrafte sie. Ein solches Gesetz war die Lex Cincia, von verbotenen Schenkungen d). Die Gesetze der dritten Classe (leges minus quam perfectae) verboten eine Handlung ebenfalls, ohne sie jedoch für nichtig zu erklären, sondern bestimmten eine Strafe auf die dagegen vorgenommene Handlung. Ein solches Gesetz war z. B. die Lex Furia testamentaria, worinn untersagt wurde, Jemanden mehr als 1000 Asses zu vermachen, oder der Vermächtnißnehmer, der ein größeres Legat angenommen, sollte viermal so viel als eine Strafe erlegen.

Wenn gleich die neuesten Gesetze, und die gesunde Vernunft die Wahrheit des Satzes bestätigen: daß eine Handlung, welche wider ein verbietendes Gesetz unternommen worden, null und nichtig ist, so behaupten doch viele Rechtsgelehrte e) das Gegentheil; denn z. B. Grotius ist der Meinung, man müsse einen Unterschied machen zwischen prohibere und irritum facere, weil ersteres das letztere nicht nothwendig in sich fasse, da einem bloßen Verbote auch durch eine Strafe Genugthuung geschehen könne. Was wider ein verbietendes Gesetz geschehen ist, sagen sie, ist freilich ungerecht und verdient eine Strafe, aber für nichtig darf die Handlung nicht eher erklärt werden, als wenn es ausdrücklich im Gesetz gesagt worden, daß sie nichtig seyn soll. Diese Gründe widerlegt der Hr. RR. Eichmann durch folgende Gegengründe, indem er bemerkt: 1) ist der angegebene Unterschied zwischen verbieten, und für nichtig erklären, falsch, weil das erstere von zukünftigen Handlungen, das letztere

c) Noodt Comment. ad Pand. tit. de religios.

d) Brvmmer ad Leg. Cinciam, c. 3. n. 2.

e) Grotivs de iure belli et pacis, Lib. II. c. 5. §. 14. n. 4. et §. 16. Voet ad tit. de legib. n. 16. Pütter theoria de nullitate; §. 17 et 20. Meier Comment. de nullitate sententiarum sanabili et insanabili, Götting. 1777. §. 5.

aber von geschehenen, welche wieder aufgehoben werden sollen, gesagt wird. 2) Wenn der Gesetzgeber etwas verbietet, so kann seine Absicht keine andere seyn, als daß die verbotene Handlung gar nicht geschehen soll. 3) Ist in einem Gesetze nicht ausdrücklich eine Strafe auf eine verbotene Handlung gesetzt worden, so darf sich der Richter das Recht nicht anmaßen, die Handlung zu genehmigen, wenn nur die verlangte Strafe erlegt wird, denn dadurch würden manche reiche Personen aus Bosheit sogar angetrieben werden, wider das Gesetz zu handeln, wie der Fall in Rom verkam, daß reiche Personen andere Personen injurirten, und ihnen sogleich durch den bey sich habenden Sclaven die darauf gesetzte Strafe auszahlen ließen f).

Die Regel, daß eine Handlung, die wider ein verbietendes Gesetz unternommen worden, für nichtig gehalten werden muß, scheint Ausnahmen zu haben, wenn sie nicht richtig verstanden und angewendet wird, denn bisweilen sollte man denken, eine verbotene Handlung behalte dennoch ihre Gültigkeit. So sehen wir, daß eine Wittwe, welche ohne Dispensation innerhalb des Trauerjahrs geheirathet hat, nur bestraft wird, ohne die Ehe für nichtig zu erklären und aufzuheben. Hier scheint es, eine Handlung, die wider ein verbietendes Gesetz unternommen worden, bestehe, wenn nur die Strafe erlegt worden. Bey einer richtigen Beurtheilung der Sache zeigt sichs aber, daß hier von jener Regel gar keine Anwendung gemacht werden kann, weil die Umstände nicht vorhanden sind, die solche voraussetzet. Eine anderweitige Verheirathung nach des Mannes Tode, ist der Wittwe nicht schlechterdings verboten, sondern nur innerhalb des Trauerjahrs soll es nicht ohne Dispensation geschehen, mithin wird die Erlaubniß zu dieser Handlung dadurch stillschweigend anerkannt. Geschieht also die Verheirathung ohne Dispensation, so würde die gänzliche Aufhebung der Ehe theils wider die wahre Absicht des Gesetzgebers gehen, theils noch schädlichere Folgen veranlassen, als die sind, welche durch das Verbot der

f) MAIANS. de factis contra legem, in Disp. Nr. 11. HOFACKER Princ. Iur. ciuil. Rom. Germ. Tub. 1788. Tom. I. §. 210.

der zu zeitigen Verehelichung nach des Mannes Tode verhütet werden sollen, ohne solche nunmehr verhindern zu können, da die Heirath wirklich geschehen ist g). Der Umstand, schreibt Hr. Prof. Weber, daß der Fortgang eines verbotenen Geschäftes an sich weniger nachtheilig und verwerflich seyn kann, als die anfängliche Eingehung desselben, ferner, daß die Aufhebung des verbotenen Handels überwiegende schädliche Folgen veranlassen würde, enthält die Ursache, warum die zwar verbotenen, aber doch dispensationsfähigen Ehen unter Anverwandten, ingleichen nach verschiednen Landesgesetzen, die ohne Einwilligung der Eltern wirklich vollzogenen Heirathen nicht wieder getrennt werden.

Eine andere hierher gehörende Bemerkung ist folgende: wenn eine Handlung vorgenommen worden, die einem verbietenden Gesetz entgegen ist, so darf deswegen nicht allemal die ganze Handlung für nichtig erklärt werden, sondern nur in so weit sie wider das verbietende Gesetz ist, es müßte denn die ganze Handlung in Gesetzen verboten worden seyn, denn bey dergleichen Fällen findet die bekannte Regel: vtile per inutile non vitiatur ihre Anwendung, weil ein Gesetz bisweilen nur diesen oder jenen Umstand der Handlung, diesen oder jenen Nebenvertrag nicht gelten lassen will, oder es ist die Gültigkeit eines Geschäfts auf eine gewisse Summe eingeschränkt worden h). Wer sich daher z. B. mehr als 5 Procent Zinsen versprechen lassen, verliert nicht zur Strafe alle Zinsen, denn das ganze Versprechen ist nicht ungültig, sondern er darf nur nicht mehr fordern, als fünf Procent i). Wer über 500 Ducaten verschenkt hat, ohne die gerichtliche Bestätigung zu suchen, so ist deswegen nicht die ganze Schenkung

g) Hr. Prof. Weber von Verbindl. S. 326. der neust. Ausg. WALCH Introd. in contr. S. 65. der 3ten Ausg.

h) L. 1. §. 5. D. de V. O. c. 37. de reg. iur. in 6to. VINNIVS in select. iur. quaest. Lib. I. c. 1. Rotterd. 1664. 12. AVERAN. interpr. Lib. II. c. 3. n. 11. 12. CRELL D. de fructu et effectu negotii inutilis, nullius et imperfecti, Vit. 1750. HARPPRECHT D. de effect. actus nulliter gesti, Tub. 1750. Hr. Prof. Weber von Verbindl. S. 330.

i) L. 29. D. de vsur.

kung null und nichtig, sondern nur was die Summe über 500 Ducaten beträgt [k]). Das nämliche tritt bey einem pflichtwidrigen Testamente ein, wo blos die Erbeseinsetzung wegfällt, und die Legate, Vormundschaften, und andere Verordnungen des Testators bey Kräften bleiben, anderer Fälle [l]) nicht zu gedenken.

Eine eben so streitige Frage ist es endlich, ob es erlaubt sey, auf ein verbietendes Gesetz zu renunciren? Die Schwierigkeit liegt darinn, weil es in einigen Gesetzen, z. B. in der L. 6. C. de pact. deutlich gesagt ist, daß gegen verbietende Gesetze keine gültige Entsagung statt finde, womit noch andere Gesetze, z. B. die L. 7. §. 14. D. de pact. und die L. 15. D. de condit. institut. zu vergleichen sind, und in andern Gesetzen wird gleichwohl eine Entsagung eben so deutlich gebilligt. Dieser Umstand hat zu mancherley Distinctionen Gelegenheit gegeben. Einige Rechtslehrer [m]) wollen die Regel, daß Niemand einem verbietenden Gesetze gültigerweise entsagen dürfe, alsdenn gelten lassen, wenn sie weiter nichts anzeige, als folgenden Satz: Niemand könne es durch seine Entsagung dahin bringen, daß etwas erlaubt werde, was in einem Gesetz verboten worden. Wenn aber der Sinn der Regel dieser seyn solle: Niemand könne sich gültigerweise erklären, daß er sich seines Rechts in Ansehung desjenigen nicht bedienen wolle, was die Gesetze ihm zum Besten verboten haben, so sey gegen diese Regel zwar bey schlechterdings verbietenden Gesetzen nichts einzuwenden, aber bey legibus secundum quid prohibitiuis sey sie falsch. Darauf antwortet Hr. HR. Glück S. 108. — ich zweifle, ob diese Distinction eine in jedem Fall untrügliche Norm geben werde. Es ist doch wohl unleugbar, daß die römische Verordnung von Schenkungen unter den Lebenden, welche die Summe von 500 Solidis übersteigen, nur ein Lex secundum quid prohibi-

k) L. 34. pr. L. 36. §. 3. C. de donat.

l) L. 5. §. 2. L. 31. §. 4. D. de donat. int. vir. et vxor. L. 7. C. de inoffic. donat.

m) NETTELBLADT syst. elem. iurispr. posit. Lib. I. Sect. 5. §. 458.

prohibitiua sey, denn solche Schenkungen werden nicht schlechterdings verboten, sondern sie sollen nur nicht ohne gerichtliche Insinuation geschehen. Es ist auch wohl gewiß, daß bey dieser Verordnung hauptsächlich das Beste des Schenkenden beabsichtigt worden sey, um denselben für übereilte und unbedachtsame Schenkungen beträchtlicher Summen zu verwahren, und gleichwohl kann diesem Verbot nicht rechtsgültig renuncirt werden. Der Hr. HR. Hommel n) macht einen Unterschied inter leges prohibitiuas qualificatas et simplices, und nimmt an, den erstern Gesetzen, oder solchen, welche etwas absolut und beständig verbieten, dergestalt, daß das, was dawider unternommen worden, null und nichtig seyn soll, könne nicht renuncirt werden, aber bey den letztern gehe es an, weil sie kein solches Verbot enthalten. Er giebt daher die Regel: worüber ein Vertrag errichtet werden kann, dem kann auch renuncirt werden. Gegen diese Meinung wendet der Hr. RR. Eichmann o) ein: dieser Unterschied scheint mir die Sache nicht auseinander zu setzen, denn es findet allerdings ein Vertrag statt, wenn auch das Gesetz etwas absolut und dergestalt verbietet, daß es null seyn soll. Selbst der gelehrte Herr Ordinarius Hommel giebt in der 598. Obs. zu, daß eine Weibsperson, die sich für einen andern als ihren Mann außergerichtlich verbürgt, auf eine gültige Weise dem Scto Velleiano renunciren könne, und doch ist nach den Gesetzen eine Handlung, wodurch eine Weibsperson eine fremde Verbindlichkeit über sich nimmt, null. Die größte Schwierigkeit bleibt allemal diese: ob und in wie ferne bey einem verbietenden Gesetze ein Vertrag statt finden könne. Von dem scharfsinnigen Herrn HR. Hartleben p) ist folgende Erklärung gegeben worden, welcher der Hr. RR. Eichmann ebenfalls beigetreten. Er sagt: der Grund, warum ein Gesetz etwas verbietet, kann 1) vorzüglich in der Wohlfarth des Staats liegen, und hier darf schlechterdings keine Entsagung geschе-

n) Hommel Rhapf. Obs. Vol. I. Obs. 273.

o) Hr. RR. Eichmann in den Erklär. des bürgerl. Rechts, 1ster Th. S. 35.

p) Hartleben Med. ad Pand. Spec. 8.

geschehen. Auf diesen Umstand gehet wahrscheinlich die L. 38. D. de pactis, wo es heißt: ius publicum pactis priuatorum mutari non potest. Eben deswegen kann z. B. dem Gesetze, welches jede Schenkung über 500 Ducaten für ungültig erklärt, wenn sie nicht gerichtlich insinuirt worden, schlechterdings nicht renuncirt werden. Der Grund des verbietenden Gesetzes kann aber auch 2) hauptsächlich in der Wohlfarth einzelner Unterthanen liegen. In dergleichen Fällen kommt es auf folgenden Unterschied an; denn a) kann es seyn, daß doch zugleich das Gesetz seinen Grund in der Wohlfarth des Staats hat, und nun gilt wieder keine Entsagung q), welches z. B. das Gesetz gegen unerlaubte Zinsen beweist: oder b) das Gesetz ist blos zum Besten einzelner Privatpersonen gegeben worden. Bey solchen Gesetzen muß nochmals folgender Unterschied gemacht werden, nämlich 1) ob das Gesetz blos zum Vortheil dessen, der die Handlung unternehmen will, etwas verboten hat, oder ob es 2) auch zugleich zum Besten einer dritten Person geschehen ist. Im ersten Falle ist es hinreichend, wenn von dem, der die Handlung unternehmen will, die Entsagung geschieht, weil jeder auf Rechte und Vortheile, die blos zu seinem Besten gereichen sollen, Verzicht leisten kann r). Eine solche Verzicht hat z. B. statt auf das Gesetz, daß Niemand an einem Feiertage vors Gericht gefordert werden darf, denn wenn Jemand auf dieses Gesetz renuncirt hat, so kann er genöthigt werden, an Ferien im Gericht zu erscheinen. Es geht aber sogar in diesen Fällen nicht an, daß Jemand auf ein verbietendes Gesetz für sich allein gültig renunciren kann, wenn er wegen seines Alters, Geschlechts u. s. f. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen berechtigt ist, wenn ihm die Entsagung nachtheilig ist. In dem zweiten Falle, nämlich wenn ein Gesetz zugleich zum Besten einer dritten Person etwas verbietet, darf die Renunciation nicht einseitig geschehen, sondern die dritte Person muß zugleich ihre Einwilligung mit dazu geben, wenn sie gültig seyn soll. Daher kann z. B. der Sohn für sich allein nicht

q) L. 7. §. 14. D. de pact. L. 7. C. vnde vi.
r) L. penult. C. de pact.

nicht auf das Sctm. Macedonianum renunciren, sondern der Vater muß seine Einwilligung dazu geben. — Man braucht wenig Aufmerksamkeit dazu, um zu bemerken, wie leicht man durch die vielen Ausnahmen irre geführt werden kann, wenn von der aufgestellten Regel: daß solchen verbietenden Gesetzen, welche vorzüglich nur das Interesse gewisser Personen zum Grunde haben, von diesen letztern gültig entsagt werden könne, die Anwendung gemacht werden soll, und daher hält es Hr. Prof. Weber von Verbindl. S. 331, der vielen Einschränkungen wegen für den sichersten Weg, wenn man die Zulässigkeit der Entsagung der Regel nach verneint, und nur in so fern Ausnahmen davon anerkennt, als solche in Gesetzen selbst bey einzelnen Fällen bestätigt worden. So kann z. B. eine Frauensperson in gewissen Fällen, nach dem Justinianeischen Recht s) dem Vellejanischen Rathsschlusse gültig entsagen, welche Verordnung aber durch die Praxis zu weit ausgedehnt worden, wie zu seiner Zeit gezeigt werden soll t).

§. 15.

Permissivgesetze sind Regeln unserer freien Handlungen, welche bestimmen, was wir thun oder unterlassen **können**, mit dem Unsrigen vornehmen, von Andern fordern **dürfen**, und die sämmtlichen Gesetze dieser Art heißen das **Permissivrecht**. Es findet aber bey diesen Gesetzen ein doppelter Unterschied statt, denn **einige** derselben überlassen alles dem freien Willen des Menschen, ob, und was er von der ihm ertheilten Befugniß für einen Gebrauch machen will, ohne seine Wahl im geringsten einzuschränken; **andere** hingegen verstatten zwar ebenfalls die völlige Freiheit, ob man eine Handlung vornehmen will, unternimmt man sie aber, so schreiben sie die Art und Weise vor, wie es geschehen soll, wenn die Handlung nicht ungültig oder gar strafbar seyn soll. Alle Gesetze der **ersten** Art werden ius *absolute* permissiuum, und die der **zweiten** Gattung ius *secundum quid* permissiuum genannt. Daher sagt man, das Recht, das heißt die Befugniß

s) Nov. 94. c. 2. Nov. 118. c. 5.
t) Hr. Prof. Weber von Verbindlichk. S. 332.

fugniß etwas zu kaufen, oder zu verkaufen, auf seinem Eigenthum zu bauen, oder nicht zu bauen, die zeither vorhanden gewesene Güthergemeinschaft aufzuheben, und auf die Theilung zu dringen, u. s. f. sey iuris absolute permissiui, das heißt, es sey der Vorschrift der absoluten Permissivgesetze gemäß (S. 15). Hingegen von der Befugniß ein Testament zu machen, zu heirathen, u. s. f. wird gesagt, diese Handlungen sind iuris secundum quid permissiui. Daß nun eine solche Lex secundum quid permissiua zugleich für eine Art gebietender Gesetze gehalten werden müsse, fällt in die Augen. Die verschiednen Verhältnisse, welche bey den angeführten Arten menschlicher Handlungen eintreten können, haben zu einer andern Benennung der rechtlichen Handlungen Anlaß gegeben, indem einige davon Actus facultatis, und andere actus *merae* facultatis genannt werden. Erstere heißen auch res iuris, und letztere res merae facultatis. Solche Handlungen, die man nach seinem freien Willen vornehmen oder unterlassen kann, ohne wider die Gesetze zu handeln, nennt man actus facultatis, res facultatis, actus iuris, res iuris. Darauf kommt nichts an, ob diese Erlaubniß unmittelbar aus den Gesetzen herrührt, oder ob man deswegen so handeln darf, weil es ein anderer verstattet, der das Recht dazu hat, oder weil die Verjährung dazu berechtigt. Wer also z. B. auf diese Weise die Hutungsgerechtigkeit auf fremden Feldern erlangt hat, und er läßt sein Vieh dahin treiben, so ist diese Handlung ein actus facultatis. Von diesen actibus facultatis heißen nun einige actus *merae* facultatis, und andere actus non merae facultatis. Was für Handlungen actus *merae* facultatis genennt werden müssen, darüber findet man fast in jeder Erklärung dieser Materie andere Gedanken vorgetragen, davon der Hr. RR. Eichmann S. 38 mehr als 13 Schriften angeführt hat. Die mehresten verstehen solche Handlungen darunter, die unserer Freiheit überlassen sind, wo wir folglich handeln und nicht handeln können, wenn und so lange wir wollen, oder nicht wollen, ohne daß dadurch für uns ein Nachtheil, oder für einen Dritten ein Recht entsteht u).

So

u) Estor de abusu rerum merae facultatis c. 2. §. 26.

So deutlich diese Regel dem ersten Ansehen nach zu seyn scheint, so schwer ist es gleichwohl nach solcher die Frage zu beantworten, welche Handlungen kann man ohne Nachtheil vornehmen oder unterlassen, da die Anzahl der rechtlichen Handlungen, das heißt solcher, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, so groß ist. Die mehresten Rechtslehrer erklären 1) alle Handlungen, die weder nach dem natürlichen noch nach dem positiven Rechte, verboten noch geboten sind, für actus merae facultatis, z. B. sitzen, stehen, gehen, sein Brod, Fleisch, Bier, u. dergl. zu kaufen, bey wem man will, seine Wohnung zu ändern; 2) alle Handlungen, die aus dem Rechte des Eigenthums entstehen, z. B. seine Sachen zu verkaufen, zu verschenken, eine Aenderung damit vorzunehmen, auf seinem Grund und Boden zu bauen, sein Vieh darauf zu weiden, oder nicht zu weiden, u. s. f. Actus *non* merae facultatis sollen hingegen diejenigen Handlungen seyn, die sich auf ein Privilegium gründen, oder vermöge eines Vertrages geschehen oder nicht geschehen dürfen x). Hr. HR. Glück erklärt S. 144 diese Theorie für unbefriedigend. Seiner Meinung nach rühren die actus merae facultatis aus einer dreifachen Quelle her, und zwar erstlich aus der den Menschen angebornen oder natürlichen Freiheit, in so weit sie durch bürgerliche Gesetze nicht eingeschränkt worden, denn diese Bestimmung darf schlechterdings nicht wegbleiben, weil bürgerliche Gesetze in vielen Fällen die natürliche Freiheit einschränken, wie das Recht zu kaufen und zu verkaufen, auf seinem Grund und Boden zu bauen, wie man will, und andere Rechte deutlich beweisen, bey deren Ausübung bürgerliche Gesetze mancherley Einschränkungen festgesetzt haben. Zweitens können actus merae facultatis aus den Gesetzen selbst herrühren, wenn sie gewisse Rechte eingeführt und sie für unverjährbar erklärt haben. Eine solche Handlung ist z. B. das Recht der Kirchenvisitation und der dazu nöthigen Kosten, das Recht ein Testament zu machen, u. s. f.

x) Hr. RR. Eichmann a. a. O. S. 39. Estor l. c. c. 1. §. 7. Rave Princ. de praescript. Ien. 1780. §. 13.

u. s. f. **Drittens** kann auch eine Handlung durch Verträge zu einer res merae facultatis gemacht werden, da sie es sonst nicht seyn würde, welcher Fall z. B. bey dem aus dem Wiederkaufsvertrage entspringenden Wiedereinlösungsrechte eintritt. Richtige Grundsätze über die Natur dieser Handlungen, sind hauptsächlich bey der Lehre von der Verjährung ganz unentbehrlich. Die Benennungen kommen zwar im römischen Rechte nicht selbst vor, sondern sind durch die Rechtsgelehrten aufgebracht worden, aber die Sache selbst ist in Gesetzen deutlich enthalten. Einige Schriftsteller haben zwar behauptet, in der L. 2. D. de via publ et itin. publ. finde man die Benennungen deutlich angeführt. Diese Meinung hat aber keinen hinlänglichen Grund, denn die gewöhnliche Lesart kann nicht für ächt gehalten werden, weil in dem Florentinischen Manuscript der Pandecten das andere non nicht steht, sondern vom Taurellius in dem von ihm besorgten Abdruck ergänzt worden ist, wie die dabey stehenden beiden Sternchen, als das bekannte Taurellische Zeichen, anzeigen. Daß aber dieses non da stehen müsse, sieht man aus dem Zusammenhange, und der Basilika S. 778. Tom. IV. ganz deutlich y).

§. 16. 17.

Nicht blos die **positiven** Gesetze, sind entweder **Permissivgesetze** oder **Zwangsgesetze**, sondern auch das **Naturrecht** bestehet aus diesen Arten von Gesetzen. Zum **natürlichen Zwangsrechte** gehören alle Rechte und Verbindlichkeiten, deren Erfüllung erzwungen werden kann, und man theilt es in das **gebietende** oder **verbietende** natürliche Zwangsrecht. Das **natürliche Permissivrecht** besteht aus solchen Rechten und Verbindlichkeiten, deren Ausübung dem freien Willen jedes Menschen überlassen ist, und wo folglich kein Zwang statt findet. Bey den einzelnen, zum natürlichen Zwangsrechte gehörenden Gesetzen, muß nochmals folgender

y) IAVCH Medit. crit. de negat. Pandect. Florent. c. 1. §. 4. Amst. 1728. 8.

gender merkwürdige Unterschied gemacht werden [2]). — Die vollkommenen Rechte und Verbindlichkeiten, welche diesen Theil des Naturrechts ausmachen, folgen entweder schon aus der menschlichen Natur an sich, ohne Voraussetzung rechtlicher Handlungen, oder sie setzen gewisse rechtliche Handlungen voraus, worauf sich die vollkommenen Rechte oder Verbindlichkeiten gründen, z. B. Verträge, Beleidigungen. Jene nennt man absolute, angeborne, ursprüngliche Rechte und Verbindlichkeiten, und die darüber vorhandenen Gesetze machen das absolut natürliche Recht (ius naturae absolutum) aus, letztere hingegen heißen hypothetische Rechte und Verbindlichkeiten, und die Gesetze, das hypothetisch natürliche Recht (ius naturae hypotheticum). Die Erläuterung dieser Theile des Naturrechts gehört in den Vortrag über das natürliche Recht.

In Rücksicht auf die Ausübung der vollkommenen Rechte und Verbindlichkeiten, ist folgende wichtige Bemerkung niemals zu vernachlässigen [a]). Man darf nicht glauben, daß alle so genannte vollkommene Rechte, auch immer wirkliche Befugnisse sind. Wir sind verbunden, um der allgemeinen Sicherheit willen, manches als ein Recht gelten zu lassen, ohne darauf zu sehen, ob derjenige, der es ausübt, wirklich dazu befugt sey. Ein wahres Recht kann den Grundsätzen des Naturrechts nach nur dasjenige genannt werden, was mit dem ganzen Umfange unserer Pflichten übereinstimmt. Streitet etwas nur mit irgend einer unserer Pflichten, z. B. der Nächstenliebe, so ist es kein wahres Recht mehr. Wahre Rechte nennt man innerliche Rechte, oder iura interna. Was hingegen nur unter den Menschen als Recht gelten muß, so daß es nicht darauf ankommt, ob derjenige, der es ausübt, ein innerliches Recht dazu habe, oder nicht, das nennen wir ein äußerliches Recht, ius externum. So hat z. B. eine Obrigkeit, die ihre Rechte nicht nach der Vorschrift des Gewissens ausübt, zu dem, was sie thut, blos ein äußerliches Recht. Freilich muß ein äußerliches Recht in

2) Hr. GTR. Höpfner im Naturr. §. 35. u. f.
a) Reinhards Saml. juriſt. Aufſ. 1. Th. S. 148.

der menschlichen Gesellschaft für ein wahres und wirkliches Recht gehalten werden, und wir sind selbst in unserm Gewissen verpflichtet, die äußerlichen Rechte für gültig zu erkennen, Niemanden in der Ausübung derselben zu stören, damit wir jedem dasjenige leisten, was er vermöge eines solchen Rechts von uns fordert. Diese Verbindlichkeit gründet sich selbst auf die Wohlfarth der menschlichen Gesellschaft, und wir müssen es daher einem jeden überlassen, ob er sich seiner Rechte nach der Vorschrift seines Gewissens bedient oder nicht, so lange er die vollkommenen Rechte anderer Menschen nicht beleidigt, denn wer sollte hier entscheiden?

Wer die vortreflichen Grundsätze gehörig kennt, die das Naturrecht enthält, wird kein Bedenken tragen, die Frage zu bejahen, daß es unter Menschen seine Gültigkeit behalte, die sich zu einer von denjenigen gesellschaftlichen Verbindungen vereinigt haben, die wir einen **Staat** nennen [b]). Es besteht aus Gesetzen, die sich auf die menschliche Natur gründen, und diese haben die Menschen bey ihrem Eintritt in den Staat weder ablegen können, noch wollen, folglich kann die Gültigkeit desselben in allen Staaten nicht mit Vernunft geleugnet werden [c]). Der Mensch wird Bürger eines Staats, ohne die Eigenschaften des Menschen abzulegen, schreibt Hr. von **Justi**. Es ist demnach so weit gefehlt, daß die Gesetze der Staaten die Gesetze der Menschen aufheben sollten, daß sie sich vielmehr beständig auf dieselben gründen, und dahin, als auf ihre Quelle, zurücksehen müssen, denn bürgerliche Gesetze und Verfassungen, die nicht ihren Grund in der Natur des Menschen hätten, würden widersinnige und ungereimte Gesetze seyn. Wenn daher die Gesetzgeber der Staaten nicht die Natur des Menschen voraussetzen, wenn sie ihren Bürger nicht zuvörderst als Menschen betrachten, so können sie keine guten Gesetze geben. Der Hr. Vicecanzler **Strube** [d]) bemerkt vortreflich, eben darinn besteht die bürgerliche Freiheit

b) Io. Erd. SCHMIDT D. de origine ciuitatis, Ienae 1745.

c) von Justi Natur und Wesen der Staaten, u. s. f. Mietau 1771. 8. §. 150. 172. 180. 185.

d) Strubens Bedenk. 2. Th. Nr. 47.

heit, daß man in ungestörtem Gebrauch seiner Kräfte und seines Eigenthums durch Niemand anders, als unter Autorität gültiger Gesetze, durch diese aber nur in so fern gehindert und eingeschränkt werde, als unsere Handlungen entweder an sich ungerecht, oder dem Zwecke des Staats zuwider sind. Es ist also unleugbar, daß die Gerichte überall, wo das positive Recht keine zureichende Bestimmung enthält, den Grundsätzen und Vorschriften des Naturrechts folgen müssen, da die Mitglieder der bürgerlichen Societät, als Menschen unter den Gesetzen der gesunden Vernunft stehen, und vermöge derselben Rechte und Verbindlichkeiten Statt finden, deren Handhabung der Staatsbürger, eben weil er nicht selbst Gewalt brauchen darf, nunmehr mit desto größerem Rechte von der angeordneten Obrigkeit verlangt. Die wenigsten Gesetzbücher, selbst das römische nicht ausgenommen, sind so vollständig, daß die Gerichte immer in ihren Vorschriften eine hinreichende Anleitung zur Rechtspflege finden könnten. Die Vorstellung, daß die Entscheidung der Rechtshändel, wenn nicht nach buchstäblicher Bestimmung, doch immer wenigstens, nach der Analogie des positiven Rechts, oder auch, wie man sich ausdrückt, ex ratione et argumento legum geschehen müsse, diese Vorstellung muß natürlich zwey üble Folgen nach sich ziehen, die Vernachlässigung des Naturrechts, und manche seltsame Auslegung der Civilgesetze selbst, eben weil man alles aus ihnen herleiten will. Es giebt Gesetze, die keinen Grund (rationes) haben, aus denen also nichts zu argumentiren ist; andere sind vernunftwidrig, und es ist wenigstens kein Grund vorhanden, in Fällen, die der Buchstabe eines solchen Machtspruchs nicht ergreift, auch analogisch darnach zu verfahren, und das Unrecht systematisch zu machen e). Die tägliche Erfahrung beweist auch, daß in unendlich vielen Fällen die Gründe der Entscheidung in der That nicht sowohl aus positiven Gesetzen, als vielmehr aus der Natur der Sache, und den allgemeinen Regeln des natürlichen Rechts hergenommen werden; obgleich manche Richter, durch jenen Irrwahn getäuscht, sich lieber selbst das Ge-

e) Hr. Prof. Weber von Verbindl. S. 120.

gentheil sehr unrichtig einbilden, dem positiven Rechte zuschreiben, was ihnen eigentlich das moralische Gefühl als Recht oder Unrecht angekündigt hat, und sich lieber allerhand unrichtige Erklärungen der Gesetze erlauben, als das Naturrecht ausdrücklich für die Quelle ihrer Entscheidung anerkennen wollen. Daß es im Naturrechte an streitigen Sätzen nicht fehlt, ist freilich wahr. Allein bey genauer Erwägung der Sache, wird man die Vorschriften des natürlichen Zwangsrechts vielleicht weniger ungewiß, und selbst noch weniger streitig finden. Das Vernunftmäßige oder Vernunftwidrige, dieser oder jener Forderung, wird dem nur einigermaßen cultivirten Menschen, der über seine oder anderer Menschen Handlungen nachdenkt, schon einleuchten, und wie jeder vernünftige, durch eigenes Interesse nicht mit Vorurtheilen eingenommene Beurtheiler, das Ungerechte mancher Gesetze und Anstalten nicht bezweifeln kann, so wird er auch in Fällen, wo unsere positiven Gesetze nichts bestimmen, nach der Natur der Sache schon eine richtige Entscheidung treffen, wenn gleich die Lehrer des wissenschaftlichen Naturrechts bey manchen Grundsätzen uneinig sind, ja über den ersten Grundsatz ihrer Wissenschaft sich noch nicht vereinigt haben, und wenn gleich bey verschiednen Rechtsfällen und Materien die Anwendung der allgemeinen Grundsätze schwieriger, und nicht immer gleich einleuchtend seyn kann. Menschen bleiben übrigens alle Richter, sie mögen das Naturrecht, oder positive Gesetze anwenden. Und sind denn die Vorschriften der letzteren immer von allen Seiten völlig bestimmt und ausgemacht? oder giebt es bey Erklärung und Anwendung derselben nicht eben so viele Streitigkeiten? Eben daher, daß man uns immer und ohne Ausnahme auf Civilgesetze, deren Analogie und Gründe, verweiset, kommen so viele unrichtige Lehrsätze ins System, und offenbare Ungerechtigkeiten in Anwendung, die man vermeiden könnte, wenn man die Natur der Sache und Vernunftgründe nicht aus der Acht lassen wollte. So kann z. B. die so genannte Verletzung über die Hälfte, an sich selbst kein Recht geben, von einem Contracte wieder abzugehen, den man einmal geschlossen hat. Römische Regenten hielten es

gleich-

gleichwohl aus Unwissenheit für Recht, und verstatteten es dem Verkäufer einer Sache. Zöge man nun in Fällen, wo der wörtliche Gegenstand dieses Gesetzes nicht vorkommt, das Naturrecht zu Rathe, so würde eine so abgeschmackte Vorschrift sicher nicht extensive zur Anwendung kommen, anstatt daß sie nun als ein allgemeines Princip im Systeme des bürgerlichen Rechts angenommen, bey allen zweiseitigen Verträgen als ein Grund, den ganzen Handel anzufechten, vertheidigt, und eben dadurch eine Sache, die so sehr relativisch und so schwierig in der Anwendung ist, an sich aber gar keinen wahren Rechtsgrund für sich hat, zu einer Quelle der kostbarsten, und häufig doch vergeblichen Processe gemacht wird. Wiederum werden auch die unleugbarsten Rechtswahrheiten eben dadurch ungewiß und zweifelhaft gemacht, daß man sie blos aus dem positiven Rechte beweisen will. Daß der Betrug des Käufers den Uebergang des Eigenthums auf ihn hindere, folglich auch unter mehrern Käufern die Uebergabe dem nicht zu statten komme, der wissentlich eine dem Andern schon verkaufte Sache an sich bringt, sind Wahrheiten, die man aus Vernunftgründen leicht darthun kann, und die auch gelten müssen, weil kein Positivgesetz im Allgemeinen sich dagegen erklärt hat, die aber doch bestritten worden sind, weil man keine bestimmte Gesetze dafür aufzuweisen hatte. Natürlich wird das Bemühen, bey diesen und ähnlichen Sätzen, welche durchaus vernunftmäßig sind, die Beweise aus positiven Gesetzen her zu nehmen, unfehlbar zu allerhand Blößen in Erklärung der Gesetze, und eben dadurch den Vertheidigern des Gegentheils die beste Gelegenheit geben, den ganzen Satz als unerwiesen zu verwerfen. Noch schlimmer ist es, wenn der leidige Gerichtsbrauch statt weiterer Beweise dienen soll, und wenn man sogar Rechtswahrheiten, die man aus andern Gründen weit besser darthun könnte, mit der so genannten Praxis zu beweisen sucht. Das System des positiven Rechts hat unleugbar durch die Anwendung auf vorkommende Fälle, die wahre Probe der Theorien, viel gewonnen. Unstreitig würde es auch dem wissenschaftlichen Naturrechte sehr zu statten kommen, und zur Berichtigung seiner Grundsätze

vieles beitragen, wenn man solche der Rechtspflege näher brächte, und dadurch von Zeit zu Zeit die Richtigkeit und Bestimmtheit der wissenschaftlichen Lehrsätze erprobte. Gewiß würden bessere Richter und Advocaten gezogen werden, wenn der Unterricht und Vortrag des bürgerlichen Rechts, mit den Grundsätzen des Vernunftrechts in beständiger Verbindung erhalten, überall das Verhältniß der Civilgesetze zu demselben dargestellt, und der angehende Rechtsbeflissene belehrt würde, sein Naturrecht nicht blos als eine Hülfswissenschaft und allgemeine Vorbereitung vielleicht gleichgültig zu betrachten, sondern als den edelsten und wichtigsten Theil seines Wissens, und als die lauterste Quelle, woraus er künftig zu schöpfen hätte. Die römischen Gesetze verweisen den Richter häufig auf diese Quelle, wenn sie gleich mehrern rechtlichen Handlungen die Würkung, welche das Naturrecht ihnen zugestehen würde, ganz oder zum Theil abgesprochen haben. Wie vortreflich empfiehlt nicht Cicero die Nothwendigkeit des Naturrechts in der bürgerlichen Gesellschaft, wenn er schreibt: est vnum ius, quo deuincta est hominum societas, et quod lex constituit vna, quae lex est *recta ratio* imperandi, et prohibendi, quam qui ignorat, is est iniustus, *siue scripta sit vspiam siue nusquam.* — Nec enim, si regnante Tarquinio nulla erat Romae lata lex de stupris, idcirco non contra illam legem sempiternam Sextus Tarquinius vim Lucretiae attulit. Erat enim ratio profecta a rerum natura, quae non tum denique incipit lex esse, *quum scripta* est, sed *quum orta est.* Orta autem est, simul cum mente diuina.

§. 18.

Wer sich von der Gültigkeit des **Naturrechts** unter Menschen, die sich in eine bürgerliche Gesellschaft begeben haben, durch die im vorigen Paragraphen angeführten Gründe überzeugt hat, und die Vortreflichkeit desselben gehörig kennt, wird die Frage: ob und in wie ferne das Naturrecht durch bürgerliche Gesetze abgeändert werden könne, nicht für unbedeutend halten, noch weniger wird er diese Frage, ohne die nöthige Bestimmung zugeben, wenn er weiß, wie viel Unrichtiges

richtiges zu allen Zeiten von den Rechtsgelehrten darüber gesagt worden. Was in diesem oder jenem Falle natürlichen Rechtens sey, schreibt Hr. Prof. Weber S. 194, kann nur allein aus Vernunftgründen durch unsern Verstand seine Bestimmung erhalten. Kein Regent, auch der unumschränkteste nicht, kann sich darüber eine Entscheidung anmaßen. Daher ist folgender Gedanke des Duarenus f) sehr wichtig: quum species aliqua proponitur, in qua quaeritur: an quis naturaliter obligatus sit nec ne? considerandum est, quid verisimiliter responsurus sit Aristoteles, aut Cicero, aut alius vir prudens, et in philosophia eruditus, magis, quam quid legibus et iure ciuili constitutum sit. Das Ansehen der Gelehrten, wie der Gesetze, reloviret da, wo es auf Vernunftwahrheiten ankommt, wenig oder gar nichts. Wer seinen Nebenmenschen davon unterrichten will, muß sie nicht seinem Glauben empfehlen, sondern seiner Vernunft gleichsam aufdringen, nicht Autoritäten anführen, und sich auf die Glaubwürdigkeit der Männer berufen, die eben dasselbe behauptet haben, sondern die Begriffe selbst in ihre Merkmale zerlegen, und seinem Lehrling stückweise so lange vorhalten, bis sein innerer Sinn ihre Verbindung wahrnimmt. Der Unterricht, den wir hierinn andern geben können, bestehet, wie Sokrates sagte, blos in einer Art von Geburtshülfe. Wir können nichts in ihren Geist hinein legen, das er nicht schon wirklich hat; aber wir können ihm die Anstrengung erleichtern, die es kostet, das Verborgene ans Licht zu bringen, das heißt, das Unbemerkte bemerkbar und anschaulich zu machen g). Alle Quellen des positiven Rechts, es mögen ausdrückliche Vorschriften der Gesetzgebung, Verträge, oder Gewohnheitsrechte seyn, stehen als menschliche Anstalten unter dem Gesetze der gesunden Vernunft. Diese einfachen, dem menschlichen Verstande von selbst einleuchtenden Sätze ergeben sehr leicht, was von der Frage zu halten sey, die in diesem Paragraphen beantwortet werden soll, und deren Unter-

f) DVARENVS ad L. 127. D. de verb. oblig.

g) Moses Mendelssohn über religiöse Macht und Judenthum, S. 35.

suchung nur durch die Unbestimmtheit der Ausdrücke schwer werden konnte. Aenderung des Naturrechts läßt sich ohne Widerspruch in dem Verstande nicht annehmen, daß irgend ein bürgerlicher Gesetzgeber befugt seyn sollte, durch seine Vorschriften das Gegentheil des Vernunftrechts anzuordnen. Kein Gesetz kann gelten, welches unter den Umständen und in den Verhältnissen, worinn es gegeben wird, vernunftwidrig seyn würde. Wenn aber der Zweck der bürgerlichen Gesellschaft bald diese, bald jene Einschränkung der natürlichen Freiheit erfordert, so giebt auch selbst das auf den Staat angewandte Vernunftrecht dem bürgerlichen Gesetzgeber die Befugniß, dieß oder jenes anzuordnen, was außer dem Staate Unrecht seyn würde. Wird daher das Naturrecht in Beziehung auf den Menschen als Menschen, oder den so genannten Naturzustand genommen, und soll die Frage eigentlich diese seyn: ob und in wie fern die Rechte des Menschen als Menschen betrachtet, seine Befugnisse und Verbindlichkeiten, durch den Staat und dessen positive Gesetze, eine Aenderung leiden können, so versteht sich im Allgemeinen die Antwort von selbst, daß den Mitgliedern der bürgerlichen Gesellschaft natürlich andere Rechte und Pflichten zukommen müssen, als sie außer dieser Verbindung eintreten, und daß ihnen unmöglich alle die Rechte zustehen können, die sie als Menschen im Naturzustande haben würden h). Will man also die positiven Vorschriften, welche dieses näher bestimmen, und nach dem Endzwecke des Staats gewisse Handlungen verbieten, die das Naturrecht dem Menschen als Menschen nicht untersagt, gewisse nach dem Naturrechte an sich vollkommen verbindliche Verträge als ungültig verwerfen, oder wenigstens dem Berechtig-

h) C. F. Schmid D. de iuribus singulorum hominum naturalibus, propter societatem ciuilem immutandis, Viteb. 1788. Hr. Prof. Hufeland im Versuch über den Grundsatz des Naturrechts, S. 288. Ebendesselben Lehrsätze des Naturrechts, §. 530. Was ändert der Eintritt in den Staat an den Rechten der einzelnen Menschen? — Was darf der Staat an den Rechten der einzelnen Menschen ändern? — Was muß der Staat an den Rechten der einzelnen Menschen ändern?

rechtigten keine vollgültige Klage daraus gestatten, will man diese Vorschriften Aenderungen des Naturrechts nennen, so würde es überflüßig seyn, den Ausdruck zum Gegenstande des Streits zu machen. Wichtiger ist aber alsdann die Frage: wie weit sich in dieser Hinsicht eigentlich das Recht der bürgerlichen Gesetzgebung erstrecke, was und wie viel von den Rechten des Menschen als Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft geändert werden könne, welche nunmehr beantwortet werden soll.

Es ist allerdings ein gegründeter Tadel der bisherigen Behandlung des positiven Rechts, daß man es für hinreichend gehalten hat, blos historisch zu untersuchen, ob diese oder jene Verfügung wirklich von denen erlassen sey, die überhaupt ein Verfügungsrecht hatten, ohne dabey an irgend eine weitere Prüfung, ob nämlich eine Verordnung der Art überhaupt als positives Recht möglich sey, zu denken i). Diese Behandlungsart, die zugleich mit einer höchst schädlichen Vernachlässigung des Naturrechts in der genauesten Verbindung steht, trägt allerdings das ihrige dazu bey, daß manche Gesetze, wie sehr sie auch den ewigen und unveränderlichen Grundsätzen der Gerechtigkeit zuwider seyn, sich dennoch in einer fortdauernden Anwendung erhalten können, da Richter und Rechtsgelehrte, ohne selbst ihre Bedenklichkeiten darüber in gehöriger Maaße zu äußern, es höchstens für die Sache des Politikers und der Gesetzgebung halten, sich in irgend eine nähere Prüfung der Gesetze selbst von dieser Seite einzulassen. Schon beym ersten Unterrichte pflegte man auch wohl die Schüler des Rechts zu belehren, und frühzeitig daran zu gewöhnen, ihre Vernunft unter den Gehorsam der Gesetze gefangen zu nehmen, sich an den Gesetzen, wie sie sind, genügen zu lassen, und aller müßigen Speculationen, wie sie wohl seyn könnten und müßten, sich bestens zu enthalten. Daß aber eben diese Speculationen, wie man es zu nennen beliebt, am

i) Hr. HR. Kretschmann in den Beiträgen zur positiven Rechtsgelehrs. 1. B. Hr. Prof. Hagemeister in den Zusätzen zu des Hrn. HR. Schnauberts Abhandlung: auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden. S. 126.

am Ende doch wohl dazu beitragen, die so nöthige Verbesserung der Gesetze, die Abstellung ihrer Ungerechtigkeiten, und überhaupt ihre zweckmäßige Einrichtung zu befördern, davon sollte uns doch der Gewinn überzeugen, welchen die peinliche Justiz- und Rechtsverfassung in Teutschland, so ganz vorzüglich der philosophischen Behandlung dieses Rechtstheils, und der Prüfung bisheriger Gesetze nach der Natur des Menschen und seiner Handlungen zu verdanken hat [k]). In unsern Zeiten hat man die allgemeine Kritik des positiven Rechts, nicht nur als ein wahres Zeitbedürfniß anerkannt, sondern es ist auch schon durch die Bemühungen berühmter und verdienstvoller Gelehrten ein so guter Anfang damit gemacht worden, daß für das Wohl der Staaten, und auch für das Ansehen der Gesetze, der weitere Fortgang recht sehr zu wünschen ist [l]). Bey der Erörterung der gegenwärtigen Frage, müssen folgende Hauptgrundsätze vorausgeschickt werden. —

Die Rechtmäßigkeit aller positiven Gesetzgebung, so wie die Zuständigkeit und der Umfang aller und jeder Staatsgewalt und aller Regierungsrechte ist lediglich aus dem gesellschaftlichen Vertrage herzuleiten und zu beurtheilen [m]). Kein Regent kann also über die Person, die Handlungen, und das Eigen-

k) Meister Princ. iur. crim. §. 16. u. c. Gött. 1792. 8. Hr. Prof. Malblanc in der Geschichte der peinl. Gerichtsordn. S. 224 236 u. f. Nürnb. 1783. 8.

l) Ueberaus lesenswerth ist die Theorie des Zwecks und der Gränzen der gesetzgebenden Macht, welche Hr. Assess. Erhard der Kritik des allgemeinen Gesetzbuchs für die Preuß. Staaten, 1 Abth. 1. Cap. S. 42 vorausgeschickt, und was derselbe ferner S. 133 ꝛc. über die Sache angeführt hat. Kein Rechtsgelehrter sollte dieses ungelesen und unbenutzt lassen. Man sehe auch Seine vortreflichen Betrachtungen über Leopolds des Weisen Gesetzgebung in Toskana, S. 17 ꝛc.; Hrn. Prof. Hagemeister in den angeführten Zusätzen, S. 131. und die daselbst angeführten Schriftsteller; Hr. RR. Schletweins Rechte der Menschheit, §. 17. 28. 60 ꝛc. ꝛc.; Hrn. Prof. Maaß über die Rechte und Verbindlichk. S. 173 ꝛc. 206 ꝛc.

m) Hr. Prof. Kant vom Verhältniß der Theorie zur Praxis im Staatsrecht, in der Berlin. Monatsschr. 1793. S. 249, und Hr. Assess. Erhard in der Kritik, S. 47.

Eigenthum der Staatsbürger, andere als solche Rechte ausüben, die die Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft ihm übertragen konnten, und von denen man vernünftiger Weise nicht sagen kann, daß sie mit dem vermuthlichen Willen einer Nation im Widerspruch stehen.

Die Vernunft ist genöthigt, als allgemein gültiges Gesetz anzuerkennen, daß kein Mensch den Andern willkührlich im Gebrauch seiner Kräfte und dem Genusse dessen, was er durch seine Kräfte erwarb, kurz in seiner Sicherheit störe. Nur Beleidigungen und die freie Einwilligung, kann uns der Regel nach ein Zwangsrecht über den Andern geben. Vernünftiger Weise kann man aber nicht anders annehmen, als daß die Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft, ihre ursprünglichen Rechte auf Leben und freien Genuß des ihrigen, haben sichern und mehr befestigen, nicht aber ganz aufgeben, oder welches einerley ist, der Willkühr Anderer ganz Preiß geben, kurz, daß keiner aus einer Person, eine Sache, hat werden wollen. Der berühmte Noodt schreibt in seiner Abhandlung de iure summi imperii et lege regia: perinde quasi homines non sint, quibus fortuna parendi conditionem imposuit, soli homines habeantur, quibus in homines imperium hominum consensus detulit. — An praesumendum erat, homines mentis sanae, qui in ciuitatem ac sub imperium coibant, ne per aliorum vim atque iniuriam naturae beneficia amitterent, eo dementiae venisse, vt — non in suum, sed in alterius vsum fructus ferre, eiusque arbitrio pasci, tonderi, iugulari, deglubi, ac deuorari vellent. Absit, non id ratio, non communis sensus, non lex naturae patiatur n). Das Recht, irgend Jemand in diesen ursprünglichen Ansprüchen zu lädiren, konnte die Nation dem Regenten nicht geben, und man muß sich daher billig wundern,

n) Ueberhaupt hat der angeführte Rechtslehrer bey dieser Gelegenheit, über die Gränzen der Staatsgewalt Grundsätze vorgetragen, welche man nach der richtigen Bemerkung des Hrn. GJR. Kleins Annal. der Gesetzg. VIII. 380. nicht eben Ursache gehabt hätte, zu unsern Zeiten auf Rechnung der neuen Aufklärung zu schreiben.

wundern, daß es noch Vertheidiger der Leibeigenschaft geben kann. Das Recht, an sich erlaubte Handlungen der Staatsbürger, den Gebrauch ihrer Kräfte, und den Genuß des ihrigen mehr einzuschränken, als es die Absicht der bürgerlichen Gesellschaft erfordert, wollte sie ihm sicher nicht überlassen. Die Regierung würde sonst gerade dasjenige zerstören, und aufheben, was sie eigentlich schützen soll. Indeß versteht es sich von selbst, daß jeder Staatsbürger, eben weil er ein Mitglied dieser Gesellschaft seyn, und an den Vortheilen derselben Theil nehmen will, sich die Einschränkungen muß gefallen lassen, welche zur Erreichung des gemeinen Zwecks unentbehrlich sind.

Aus diesen unleugbaren Grundsätzen folgt nun, was die Gerechtigkeit der bürgerlichen Gesetze, mithin die Gültigkeit derselben anbetrift, eben so evident,

1) daß alle diejenigen positiven Gesetze ungültig sind, welche der vereinte Wille des Volks nicht beschließen, und zu dessen Verfügung die Grundverträge der Gesellschaft dem Gesetzgeber kein Recht geben konnte. Ueberhaupt liegt der Probierstein alles dessen, was über ein Volk beschlossen werden kann, in der Frage, wie Hr. Prof. Kant in der oben angeführten Stelle sehr richtig bemerkt hat: ob ein Volk sich selbst wohl ein solches Gesetz auflegen könne? Zu den an sich ungerechten, mithin an sich ungültigen Gesetzen, gehören daher alle diejenigen, welche darauf abzielen, den Mitgliedern der bürgerlichen Gesellschaft, oder einigen Ständen und Classen derselben, solche Rechte zu entziehen, deren sie sich selbst nicht entäußern durften o), oder ihnen Verbindlichkeiten aufzulegen, deren Erfüllung physisch oder moralisch unmöglich ist p), besonders auch diejenigen Gesetze, deren Anwendung offenbare Verletzung eines Dritten seyn würde.

2) Aber

o) Von den unveräußerlichen Rechten der Menschen handeln z. B. Hr. v. Justi im Staatsrechte, Mietau 1771. §. 150. 172. 180. 185. Hr. Prof. Hufeland im Naturr. §. 145. 146. Hr. Prof. Maaß von Rechten und Verbindl. S. 40 ꝛc.

p) Handlungen, die ihrer Natur nach blos auf innerer Ueberzeugung beruhen, darf daher das Gesetz weder verbieten, noch

2) Aber nicht gnug, daß der vereinte Wille einer Nation dieſe oder jene Verfügung allenfalls beſchließen konnte. Eben deswegen, weil hier alles auf präſumtiver Einwilligung beruhet, kann man auch ſolchen Geſetzen die Eigenſchaft gerechter Anordnungen nicht zugeſtehen, von denen vernünftiger Weiſe ſich nicht annehmen läßt, daß die Bürger des Staats ſich ihnen, vermöge des Zwecks der bürgerlichen Geſellſchaft haben unterwerfen wollen. Alle und jede Einſchränkungen der natürlichen Freiheit ſind nur in ſo fern gerecht, als jener gemeinſchaftliche Zweck ſie erfordert, denn dieſe muß ſich freilich jeder Staatsbürger gefallen laſſen, nach der Regel: wer den Zweck will, muß auch die Mittel wollen q). Manche Geſetzgeber verkennen leider hier ihre Pflicht, und ſchränken natürlich freie Handlungen ein, wenn auch das Beſte des Staats nicht im geringſten dadurch befördert wird. Dieſe handeln aber zugleich wider die Staatsklugheit, und machen dadurch, daß die Unterthanen bey Auflegung nothwendiger Abgaben ſich unwillig und mürriſch bezeigen, welches ſie vielleicht nicht thun würden, wenn man ihre natürliche Freiheit nicht zu ſehr einſchränkte. In ſo ferne alſo

3) die Ausübung jener an ſich unveräußerlichen Rechte, imgleichen die Art und Weiſe der Erfüllung gewiſſer Verbindlichkeiten nicht alle Willkühr der Menſchen ausſchließt; in ſo fern iſt auch der Geſetzgeber allerdings berechtigt, um die Ordnung im Staate aufrecht zu erhalten, die Art der Ausübung durch ſeine Vorſchrift zu beſtimmen, auch in dieſer

noch gebieten. Hr. Oberhofgerichtsaſſeſſor Erhard in der Kritik, S. 10. Der verſt. Hr. Canzler Böhmer ſchreibt in ſeinem Iure eccleſ. Prot. Tom. II. Diſſ. prael. §. 20. — nullo modo homo ita ſuae mentis eſt arbiter, vt eam ſimpliciter alterius arbitrio ſubiicere, et, quam ei Deus tribuit, facultatem ratiocinandi abiicere queat. Quid aliud eſt, libertatem cogitandi, *credendi*, in *veritatem inquirendi*, et ſecundum eam ſe emendandi ſubditis denegare, quam eos ſocietati belluarum adiungere, qui ductu ductoris ſui ducuntur, quo velit.

q) Strubens Bedenk. 2. Th. S. 164. Hr. Aſſ. Erhards Kritik, S. 56. v. Beccaria, über Verbrechen und Strafen, von Hrn. HR. Hommel, S. 15.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0153
DFG

ser Hinsicht manche Einschränkungen zu machen. So geht z. B. der Trieb der Selbsterhaltung über alle bürgerliche Gesetze. Allein man müßte den Endzweck der bürgerlichen Gesellschaft gänzlich verkennen, und alle gute Ordnung durchaus verleugnen, um nicht überzeugt zu seyn, daß der Regent in Ansehung der Mittel, welche der Mensch zu seiner Erhaltung anwenden kann, allerdings verschiedne Einschränkungen zu machen befugt sey. Er kann diese oder jene Handthierungen, Künste und Gewerbe, gewissen Personen allein gestatten, und alle andere davon ausschließen. Nicht ein jeder im Staate darf Schuhe machen, nicht ein jeder als Advocat vor Gericht auftreten, u. s. f. Eben so verhält sich die Sache in gewisser Rücksicht mit dem natürlichen Triebe zur Fortpflanzung unsers Geschlechts. Der Regent kann befehlen, daß wir unsern Weg durch die Kirche nehmen sollen, um eine rechtmäßige Ehe einzugehen. Er kann unter gewissen Personen die Heirathen verbieten. Da aus unmoralischen Handlungen der Staatsbürger, das größte menschliche Elend über den ganzen Staat endlich entstehen muß, so ist der Regent verbindlich, solche auf alle mögliche Weise zu verhindern.

4) Alle Rechte hingegen, welche dem Menschen als Menschen zwar zustehen, deren er sich aber willkührlich begeben kann, sind auch der Disposition des Regenten dergestalt unterworfen, daß dieser sie zum gemeinen Besten gänzlich aufheben, und die Unterthanen davon ausschließen darf. So ist z. B. die Occupation, mithin auch die Jagd, im Stande der natürlichen Freiheit einem Jeden erlaubt. Da es aber nicht bezweifelt werden kann, daß der Mensch sich dieses Rechts begeben könne, so ist auch die Gültigkeit der bürgerlichen Gesetze, welche den Unterthanen die Jagd und andere Arten der Occupation verbieten, gar nicht zu bezweifeln. Eben so verhält sich die Sache

5) in Ansehung solcher Verbindlichkeiten, welche willkührliche an sich erlaubte Handlungen voraussetzen, weil der Regent ohne Zweifel befugt ist, solche Handlungen durchgängig zu verbieten, für ungültig zu erklären, oder wenigstens die gerichtliche Würkung derselben einzuschränken.

Auch

Auch der Jurist Ulpian stellte sich die Entstehung vieler rechtlichen Geschäfte auf diese Art vor, wie seine Worte in der L. 6. D. de iust. et iure beweisen, wo es heißt: itaque quum aliquid *addimus* vel *detrahimus* iuri communi, ius proprium i. e. ciuile efficimus. Unter dem ius *commune* versteht Ulpian den Theil des Naturrechts, den sie ius gentium nannten, wie im 11. §. gezeigt worden. Das erstere, quum aliquid *additur* iuri naturali, kann auf verschiedne Weise geschehen, und zwar

a) wenn versprochene Belohnungen oder angedrohte Strafen, stärkere Bewegungsgründe zur Erfüllung natürlicher Verbindlichkeiten seyn sollen. So darf ich z. B. schon nach dem natürlichen Rechte keinen Diebstahl begehen. Thue ich es, so bin ich verbunden, dem Bestohlnen allen Schaden zu ersetzen, aber von einer Strafe weiß das Naturrecht nichts, folglich rühren unsere Strafen aus dem positiven Rechte her.

b) dadurch, daß den Rechtsgeschäften eine gewisse Form vorgeschrieben wird, mit deren Beobachtung die Gültigkeit derselben verbunden ist. Nach dem natürlichen Rechte braucht man keine Zeugen zu Schließung eines Ehegelöbnisses, wohl aber nach dem positiven Rechte.

c) wenn Rechte und Verbindlichkeiten durch positive Gesetze eingeführt worden, wovon das Naturrecht nichts weiß; z. B. die Erwerbung des Eigenthums durch die Verjährung, die Verbindlichkeit aus einem votum.

d) wenn aus unvollkommenen Verbindlichkeiten nach dem Naturrechte, durch positive Gesetze vollkommene gemacht worden (S. 47).

e) oft bestimmen positive Gesetze etwas genauer, als es nach dem Naturrechte bestimmt ist, welches in sehr vielen Fällen geschehen ist, und man sich nur an die Lehre von der Specification erinnern darf.

Das letztere, quum aliquid *detrahitur* iuri naturali, geschieht hauptsächlich auf zweierley Art; nämlich

a) indem Handlungen, die nach dem Naturrechte der Willkühr der Menschen überlassen sind, ob sie solche vorneh-

men oder unterlassen wollen, durch positive Gesetze entweder verboten, oder geboten werden, z. B. es soll nicht jeder Bürger jagen, Bier brauen dürfen.

b) wenn einigen natürlichen vollkommenen Rechten, oder Zwangspflichten, entweder alle Würkung genommen, davon die pacta nuda bey den Römern zum Beweise dienen, oder sie doch wenigstens eingeschränkt worden.

§. 19.

Zeither haben wir eine Menge der brauchbarsten Wahrheiten von dem Naturrechte kennen lernen; und nunmehr wollen wir uns auch noch mit denjenigen Eigenschaften des positiven Rechts beschäftigen, wovon im §. 6. S. 58 nichts gesagt worden. Jedes positive Gesetz erfordert schlechterdings, daß es von dem Gesetzgeber auf die gehörige Art und Weise bekannt gemacht oder promulgirt worden. Sollen Gesetze, die blos in dem Willen des Gesetzgebers ihren Grund haben, und also nicht aus der Natur des Menschen, vermittelst der Vernunft erkannt werden können, eine verbindliche Kraft haben, so müssen sie bekannt gemacht worden seyn, weil es unvernünftig seyn würde, von Jemanden zu verlangen, gewisse Regeln bey seinen Handlungen zur Richtschnur zu nehmen, wovon er nicht das geringste weiß. Die Bekanntmachung eines Gesetzes (promulgatio legis) ist diejenige Handlung, wodurch der Gesetzgeber seinen Willen, der von den Unterthanen als Gesetz befolgt werden soll, ausdrücklich zu erkennen giebt. Sie kann schriftlich, mündlich, und nach der Behauptung einiger Rechtsgelehrten, auch durch Handlungen geschehen r). Billigt der Gesetzgeber eine zur Gewohnheit gewordene Handlungsart seiner Unterthanen stillschweigend, so nennen einige diese Handlung ebenfalls die Bekanntmachung dieses Gewohnheitsrechts. Gegen diesen Gebrauch des Wortes Bekanntmachung des Gesetzes,

r) Magazin der gemeinintereff. Lectüre, 3. Quart. 1785. 8. S. 415—425. Ueber die Bekanntmachung der Gesetze, Freiburg 1783. 8. Aug. Fr. SCHOTT D. de ignorantia populi circa poenas, earum vim impediente, Lipf. 1788.

Gesetzes, läßt sich aber viel einwenden. Wir reden hier nur, von der mündlich oder schriftlich geschehenen Publication der Gesetze. Auf diese Willenserklärung des Gesetzgebers, gründet sich die Verbindlichkeit eines positiven Gesetzes einzig und allein, denn so lange diese nicht auf die gehörige Art geschehen ist, können die Unterthanen nicht nach dem Gesetz beurtheilt werden, wenn sie auch gleich den Inhalt des Gesetzes gewußt haben sollten, und noch weniger können sie wegen einer Uebertretung solcher noch nicht publicirter Gesetze bestraft werden s).

Wenn die Lehre von der Bekanntmachung der Gesetze gründlich erläutert werden soll, so muß 1) gezeigt werden, was sie für Eigenschaften habe, und 2) was von den Würkungen derselben zu bemerken ist. In Ansehung der Eigenschaften derselben ist überhaupt zu merken, daß jede Bekanntmachung eines positiven Gesetzes auf eine solche Art geschehen müsse, daß alle diejenigen von dem Gesetze Wissenschaft erlangen können, die sich darnach richten sollen. Dieses ist besonders bey peinlichen Gesetzen schlechterdings nothwendig, weil sonst die Anwendung derselben ohne Ungerechtigkeit nicht geschehen darf. Die Rechtslehrer erfordern dreierley, zu einer richtig geschehenen Publication eines Gesetzes, nämlich 1), daß sie an einem öffentlichen und dazu schicklichen Orte geschehen sey, 2) zu einer schicklichen Zeit, und 3) in einer Sprache, welche alle Unterthanen verstehen, die sich nach dem Gesetz richten sollen.

1) Muß die Bekanntmachung eines positiven Gesetzes, an einem öffentlichen und darzu schicklichen Orte geschehen, wo sich die Unterthanen den Inhalt des Gesetzes bekannt machen können. In jedem Lande sind besonders die Gerichtsstuben, die Stadtthore und Kirchthüren diejenigen Plätze, wo die Gesetze angeschlagen werden. Einige Rechtslehrer t) haben behauptet, ein Gesetz gelte nicht, wenn es nicht überall

s) VOET ad Dig. tit. de legib. n. 10. Bernh. Aug. GAERTNER Medit. pract. sec ord. Pand. Marb. 1785. 8. S. 21.

t) MEVIVS in Consil. Cons. 55. n. 13. VOET ad Dig. tit. de legib. n. 10.

im ganzen Lande angeschlagen, oder an öffentlichen Orten vorgelesen worden. Diese Behauptung streitet aber mit der Erfahrung und der Natur der Sache, denn es ist ein Gesetz schon verbindlich, wenn der Gesetzgeber die neue Verordnung an dem Orte seines Aufenthaltes vorlesen, anschlagen, oder sie durch Abschriften den Gerichten bekannt gemacht hat u).

2) Ist nöthig, daß die Bekanntmachung eines Gesetzes zu einer schicklichen Zeit geschehe, das heißt zu derjenigen Zeit, wo es gewöhnlich ist, und wo vermuthet werden kann, die Publication eines Gesetzes gehe vor sich.

3) lehrt die gesunde Vernunft, daß positive Gesetze in derjenigen Sprache abgefaßt und bekannt gemacht werden müssen, welche diejenigen Bürger verstehen, die sich darnach richten sollen.

Wenn gleich jeder rechtschafne Bürger, auf diese angegebene Weise von den vorhandenen Gesetzen die nöthige Nachricht erhalten kann, so lehrt doch die traurige Erfahrung, wie oft der gewünschte Endzweck, besonders in Ansehung der peinlichen Gesetze bey der großen Menge nicht erreicht wird, weil sie von den Mitteln, Wissenschaft von den Gesetzen zu erhalten, keinen rechten Gebrauch machen. Ob es nun gleich gar nicht ungerecht ist, wenn Jemand nach den Gesetzen gerichtet wird, von denen er aus eigener Schuld nicht die gehörige Wissenschaft gehabt hat, so wünschen dennoch gute Regenten, daß beständig neue Vorschläge geschehen, und Untersuchungen angestellt werden möchten, wie eine genauere und allgemeinere Kenntniß der Gesetze, besonders der peinlichen, unter den Bürgern verbreitet werden könne. Es sind in dieser Absicht, besonders in unsern Zeiten, eine große Menge Vorschläge geschehen, wovon ich aber hier nichts anführen kann.

§. 20.

Sobald ein positives Gesetz auf die gehörige Art bekannt gemacht oder publicirt worden, so treten mancherley Würkungen der Bekanntmachung dieses Gesetzes ein, von denen

u) Cam. Ger. Ordn. Th. 2. Tit. 30. §. 1. Leyser Spec. 7. med. 7.

denen das wichtigste angeführt werden soll. Unter diese gehört

1), daß das publicirte Gesetz gleich von dem Augenblick an, die Unterthanen verbindet, wo es ihnen bekannt gemacht worden, das heißt, sie müssen nunmehr ihre Handlungen darnach einrichten. Diese Würkung liegt in der Natur der Sache. Einige Rechtslehrer x) haben dieses geleugnet, und behauptet, ein neues Gesetz brauche nicht eher befolgt zu werden, als zwey Monate nach geschehener Publication desselben. Sie berufen sich auf die Nou. 66. c. 1. Dieses Gesetz beweist aber diese Meinung gar nicht, und sie muß daher für ungegründet erklärt werden, denn 1) lehrt die gesunde Vernunft schon, daß ein Gesetz gleich von dem Augenblicke an, da es publicirt worden, gelten muß. 2) Handelt diese Novelle von einem besondern Falle, worüber sie gegeben worden, nämlich Justinian redet darin von seinen Verordnungen über die Testamente. Hier ist es billig, daß eine neue Verordnung nicht gleich gilt, sondern den Unterthanen Zeit gelassen wird, sich den Inhalt derselben gehörig bekannt zu machen. 3) Selbst in Justinians andern Gesetzen, z B. in der 58. und in der 116. Novelle, wird ein anderer Zeitraum bestimmt, wenn diese Verordnungen gelten sollen. Bey dieser Beschaffenheit der Sache muß behauptet werden: jedes Gesetz gilt sogleich vom Tage der Publication an, es müßte denn der Gesetzgeber deutlich erklärt haben, es solle erst von der und der Zeit an, gelten y). Einen solchen Zwischenraum nannten die Römer vacatio, wovon die Lex Papia Poppaea ein merkwürdiges Beispiel war. Heutzutage suspendiren gute Regenten die verbindliche Kraft eines neuen Gesetzes auf ei-

x) Boehmer Comp. Digest. Lib. I. tit. III. §. 15. Lauterbach Colleg Pand. eod. tit. §. 20. Stryck Vsus mod. eod. tit. §. 15. Cocceii Ius controu. Lib. I. tit. 3. qu. 6. Wernher Obs. Tom I. Part. IV. Obs. 201.

y) Reinhardt Obseruat. ad Christin. Vol. I. Obs. 33. Leyser Spec. VII. med. 8. Hofacker Princ. Iur. Tom. I. §. 86 Hr. HR. Glück im Comment. 1. Th. S. 134. Hr. RR. Eichmann a. a. O. S. 52.

nige Zeit alsdenn, wenn die Unterthanen Zeit nöthig haben, um sich von dem Inhalte desselben zu belehren, oder Anstalt zu treffen, daß sie nicht zu großen Schaden leiden, wenn nach dem Gesetz gesprochen wird. Dieser Fall kommt bey Münzveränderungen vor, bey der Edictalcitation der Verschollenen, u. s. f. Ein merkwürdiges Beyspiel haben wir in unsern Zeiten an dem vortreflichen neuen Gesetzbuche für die Königl. Preuß. Staaten gehabt, welches unter dem Namen: allgemeines Landrecht eingeführt worden.

2) Ist es eine Würkung der geschehenen Bekanntmachung eines Gesetzes, daß die Gültigkeit eines einmal bekannt gemachten Gesetzes so lange vermuthet wird, bis bewiesen ist, es habe keine verbindliche Kraft, weil die Aufhebung oder Aenderung eines Gesetzes eine deutliche Erklärung und Handlung erfordert, keine Handlungen überhaupt aber vermuthet werden, und deswegen die Rechtsregel eintritt: quicquid facti est, probandum est. Hierzu kommt noch eine andere Regel, nämlich folgende: Lex semper loqui praesumitur z).

3) Eine dritte Würkung besteht darinn, daß der Regel nach die Entschuldigung nicht angenommen wird, man habe von dem Gesetz nichts gewußt, denn die Bürger sollen sich um den Inhalt der Gesetze bekümmern, wie wir S. 100 gesehen haben a). Weil es aber Fälle giebt, wo diese Regel zu unbilliger Härte Anlaß geben könnte, wenn man sie ohne Ausnahme anwenden wollte, so treten verschiedne Ausnahmen ein, nämlich es kommt darauf an, ob von der Anwendung besonderer Landesgesetze oder gar der Statuten die Rede ist, und Fremde, die sich blos ihrer Geschäfte wegen an einem Orte aufgehalten, aus Unwissenheit dagegen gehandelt haben. Alsdenn verdient aber die von einem Fremden vorgeschützte Unwissenheit der Landes- oder Stadtgesetze,

z) L. 22. D. de probat. Io. Tob. RICHTER Progr. de eo, an Lex semper loqui praesumatur, Lipsi 1747.

a) L. 12. C. de iur. et fact. ignor. LEYSER Spec. 259. med. 6. de BOEHMER ad CARPZOV Iurispr. crimin. Frf. 1758. fol. Part. III. qu. 149. Obs. 4. S. 150. GAERTNER Medit. ad Paud. med. 10. Hr. Prof. Weber von Proceßkosten, §. 8.

gesetze, ebenfalls keine Entschuldigung, wenn entweder seine besondern Verhältnisse, oder das Gewerbe, womit er sich beschäftigt hat, ihn noch besonders verbindlich machten, sich um den Inhalt dieser Gesetze zu bekümmern. Was bey der Bestrafung eines Verbrechens für Grundsätze anzuwenden sind, gehört ins Criminalrecht, und wird im 47. Buche vorkommen.

Bey dieser Materie kann zugleich die Frage beantwortet werden: ob derjenige, der sich auf ein Gesetz beruft, die Bekanntmachung desselben beweisen muß, wenn sein Gegner dieselbe leugnet, oder ob jener die Vermuthung der Bekanntmachung für sich habe, und daher von dem letztern die behauptete nicht geschehene Publication des Gesetzes bewiesen werden müsse? Einige Rechtslehrer und selbst der Herr von Leyser b) war Anfangs der Meinung, wer die Bekanntmachung eines Gesetzes leugne, müsse beweisen, daß solche wirklich nicht geschehen sey. Diese Meinung hat aber zu viel wider sich, und daher behaupten die mehresten Rechtslehrer: der Regel nach müsse die geschehene Bekanntmachung eines Gesetzes bewiesen werden, wenn sie von dem Gegentheile geleugnet worden c). Herr RR. Eichmann führt folgende Gründe dafür an. — 1) Muß derjenige allemal beweisen, der die scheinbare Wahrheit wider sich hat d), und dieses kann auch von demjenigen gesagt werden, der sich auf ein neues positives Gesetz, welches die natürliche Freiheit anderer Menschen einschränkt, beruset. 2) Ist die Bekanntmachung eines Gesetzes eine Handlung, die eben so wenig, wie andere Arten derselben vermuthet werden darf, wie bereits oben unter Nr. 2) gezeigt worden. So gut wie eine Gewohnheit aus diesem Grunde bewiesen werden muß, so gut muß auch die Bekanntmachung eines gegebenen Gesetzes bewiesen werden. Und ob zwar 3) das, was Rechtens ist,

b) Leyser Spec. VII. med. 1. Idem Vol. XII. Supplem. 1. Spec. 7. med. 16. 17.

c) Hr. RR. Eichmann a. a. O. 1. Th. S. 55. Hr. HR. Glück a. a. O. 1. Th. S. 138. Hr. HR. Hartleben in Med. ad Pand. Spec. 8. med. 1. 2. 3.

d) Alef in diebus academicis, Diss. 19. c. 3. §. 25.

nicht braucht bewiesen zu werden, so ist es doch ganz etwas anders, wenn die Präjudicialfrage streitig ist, ob ein solches Recht wirklich existire? Es kann auch 4) nicht dagegen eingewendet werden, daß Verträge und Urkunden jederzeit die Vermuthung für sich haben, wie in der L. 14. C. de contr. stipul. gesagt wird, daß alles was zu ihrer Gültigkeit erfordert wird, beobachtet worden sey, denn eine Urkunde beweist ebenfalls nicht eher, als bis es gewiß ist, daß sie wirklich von demjenigen herrühre, dem sie zugeschrieben wird, folglich muß auch in dem Falle, wenn sich Jemand auf ein neues Gesetz beruft, erst ausgemacht werden, daß es von dem Gesetzgeber, der das Recht dazu hatte, wirklich publicirt worden. Endlich 5) ist es auch leichter zu beweisen, daß ein Gesetz publicirt worden, als bewiesen werden kann, es sey nicht geschehen, wo eine negativa bewiesen werden muß. Da zur gehörigen Bekanntmachung eines Gesetzes nicht erfordert wird, daß es überall oder an allen Orten des Landes publicirt worden, so würde der Gegentheil nichts beweisen, wenn er gleich Attestate beybrächte, an diesem oder jenem Orte sey keine Bekanntmachung des Gesetzes geschehen. Die geschehene Publication eines Gesetzes ist aber nicht schon dadurch hinlänglich bewiesen, wenn dasselbe in einer gedruckten Samlung von Gesetzen stehet, oder es wird ein gedrucktes oder geschriebenes Exemplar davon vorgezeigt. Der Herausgeber der Samlung hat vielleicht selbst nicht gewußt, ob das Gesetz publicirt worden, oder es ist ein Gesetz blos zur Prüfung gedruckt und ausgetheilt worden, man hat es aber in der Folge nicht publicirt, weil man es mißbilligte, oder aus andern Umständen e). Uebrigens braucht man die Publication der in Teutschland eingeführten gemeinen Rechte nicht zu beweisen, und dieser Beweis fällt auch alsdenn weg, wenn die Umstände für die geschehene Bekanntmachung stärker sprechen, als daß sie nicht geschehen sey.

4) Rechnet man den Umstand unter die Würkungen der geschehenen Publication eines Gesetzes, daß Niemand sich mit

e) Hr. Direct. Gärtner in s. Medit. ad Pand. Spec. 1. med. 9.

mit der Unwiſſenheit dieſes Geſetzes ſchützen kann, der nach der Verordnung deſſelben einen Vortheil hätte erlangen können, dieſen aber hat fahren laſſen, weil er von dem Geſetze nichts wußte. In der L. 7. D. de iuris et facti ignor. wird ausdrücklich geſagt: iuris ignorantia non prodeſt *adquirere volentibus*, und in der l. 9. §. 5. eben deſſelben Titels wird dieſer Rechtsſatz durch folgende Beiſpiele erläutert. Wenn ein Erbe, dem ſo viel Vermächtniſſe aufgelegt worden, daß noch nicht der vierte Theil der Erbſchaft für ihn übrig bleibt, gleichwohl alle Legate bezahlt, weil er nicht weiß, was das Falcidiſche Geſetz zu ſeinem Beſten verordnet hat, ſo kann er nichts wieder von den bezahlten Legaten zurückfordern, zur Strafe ſeiner Unwiſſenheit. Das nämliche ſoll auch bey demjenigen eintreten, der die ganze Erbſchaft als Fideicommiß abgetreten hat, ohne das Trebellianiſche Viertel für ſich zurück zu behalten. Zur Strafe, daß er von dieſer rechtlichen Verordnung nichts wußte, darf er nichts wieder zurückfordern. Dieſer Nachtheil der rechtlichen Unwiſſenheit, trift alle Perſonen, und ſelbſt diejenigen, denen in andern Fällen, nämlich wenn ſie von dem ihrigen was hergeben müſſen, die rechtliche Unwiſſenheit nicht ſchadet, alsdenn, wenn ſie einen erlaubten Gewinn hätten machen können f).

§. 21.

Im 5. 6. 7. 8. und 9. Paragraphen iſt gezeigt worden, daß menſchliche poſitive Geſetze blos für die **äußerlichen freien Handlungen** der Menſchen, zur Vorſchrift dienen können. Außer den daſelbſt vorgetragenen Eintheilungen dieſer Handlungen, theilt man ſie ferner in **zukünftige** und **vergangene** Handlungen. Hier entſteht alſo nothwendig die Frage, für welche Art dieſer Handlungen ſollen poſitive bekannt gemachte Geſetze zur Regel dienen, blos für die **zukünftigen**, oder nur für die **vergangenen**, oder für **beide** zugleich? Man braucht nur einigermaßen über die Natur und das Weſen eines Geſetzes nachgedacht zu haben, ſo wird man gleich entdecken, daß künftige Handlungen ſo geſchehen ſol-

 len,

f) L. 8. 9. D. de iur. et facti ignor.

len, wie es das Gesetz vorschreibt, denn es muß ja erst ein Gesetz bekannt gemacht werden, ehe man es befolgen kann g). Man denke sich folgenden Fall. — Zeither war es hier im Lande erlaubt, daß man sich eine **außergerichtliche** Hypothek konnte bestellen lassen. Ich habe mir von Jemanden, zur Sicherheit meiner 1000 Rthlr., die er mir schuldig ist, eine solche außergerichtliche Hypothek von ihm geben lassen. Da dieses geschehen war, wird ein Gesetz publicirt, worinn befohlen wird, daß keine Hypothek anders gelten soll, als wenn sie **gerichtlich** bestätigt worden. Wird nun meine **außergerichtliche** Hypothek bey entstandenem Concurs über das Vermögen meines Schuldners, nach dem **neuen** Gesetz beurtheilt, so hilft sie mir nichts, und ich bin kein mehr begünstigter Gläubiger, als andere blos persönliche oder chirographarische Gläubiger. Meine Vorsicht ist also ohne alle Würkung. Wie ungerecht würde nicht aber diese Anwendung des **neuen** Gesetzes seyn, denn sie legte in der That eine Verbindlichkeit zu unmöglichen Dingen zum Grunde (S. 61)? Weil nun die Gesetze keine Ungerechtigkeiten veranlassen sollen, so darf man von dem neuen Gesetze gegen mich keine Anwendung machen, und ich werde mit meiner außergerichtlichen Hypothek unter die hypothekarischen Gläubiger an die Stelle locirt, die ich vor dem neuen Gesetz fordern konnte. Dieses Beispiel überzeugt vollkommen davon, daß ein **neues** Gesetz, auf vergangene und vor der Bekanntmachung desselben geschehene Handlungen, der Regel nach, nicht angewendet werden darf. So leicht man die Richtigkeit dieses Satzes darthun kann, so schwer ist es gleichwohl, die Anwendung davon bey jedem einzelnen hierher gehörenden Falle zu machen. Die Schwierigkeiten entstehen 1) daher, daß es oft sehr schwer wird, deutlich zu bestimmen, ob eine **Handlung** für eine **zukünftige**, oder für eine **vergangene** gehalten werden muß; 2) daher, weil bisweilen eine Handlung in gewisser Rücksicht zu den **vergangenen**, in anderer Beziehung aber zu den **zukünftigen** gerechnet werden kann, und endlich 3) daher, weil

g) L. 7. C. de legib. L. 23. §. f. C. mandati. L. 17. C. de fide instr.

weil dann und wann eine vergangene Handlung mit einer zukünftigen so genau verbunden ist, daß sie beide als eine Handlung betrachtet werden können h). Man sieht leicht, daß hier alles darauf ankommt, sichere Kennzeichen festzusetzen, wenn eine Handlung für eine vergangene gehalten werden muß, und wenn sie eine zukünftige oder neue d. i. nach dem Gesetz vorgenommene ist.

Vergangene Handlungen sind solche, die ihre Vollkommenheit vor dem neuen Gesetz erhalten haben. Um hier alles zu denken, was die Entwickelung des gegebenen Begrifs erfordert, muß man von den Wahrheiten von der Schließung eines Vertrags und Contracts Gebrauch machen. Bey jedem Contracte unterscheidet man 1) die Tractaten über die Abschließung desselben, 2) den Zeitpunct, wo gesagt werden kann, der Contract sey gültig geschlossen worden, und 3) alles was man zur Erfüllung desselben rechnet. Bey der Ehe wird ebenfalls matrimonium perfectum und consummatum unterschieden. Ein neues Gesetz darf der Regel nach nicht auf vergangene Handlungen angewendet werden, heißt also so viel: die Würkungen desselben erstrecken sich auf keine Handlungen, die ihre Vollkommenheit schon vor der Publication desselben erlangt hatten, und wenn sie auch rechtshängig seyn sollten. Solche Handlungen haben alle Folgen, die sie ihrer Natur nach hervorbringen, das neue Gesetz mag davon enthalten, was es will i). Z. B. wenn ein neues Gesetz die Bürgschaften der Frauenzimmer, welche zeither erlaubt waren, nicht mehr geschehen lassen will, so können solche Frauenzimmer, die sich vor der Publication gültig verbürgt haben, von diesem Gesetz keinen Gebrauch machen.

Sehr oft besteht die Erfüllung eines, vor dem neuen Gesetz vollkommen abgeschlossenen Geschäftes, aus wiederholten Handlungen, die nicht eher als nach der Publication vor-

h) Hr. RR. Eichmann a. a. O. S. 58.

i) Nic. Chr. de Lyncker D. de vi legis in praeteritum occas. L. 7. C. de leg. Ien. 1681. rec. 1751. thes. 5. Reinhardt ad Christin. Vol. I. obs. 49. n. 5. Hr. HR. Glück a. a. O. S. 141.

vorgenommen werden können. Diese kann man nun sehr oft nicht zu den vergangenen Handlungen rechnen, sondern sie müssen für zukünftige oder neue, nach dem Gesetz vorgenommene Handlungen gehalten werden. Solche Handlungen dürfen alsdenn nicht weiter geschehen, wenn durch ein neues Gesetz verordnet worden, daß sie als bloße Würkungen voriger Handlungen zu betrachten, und deswegen für unerlaubt zu halten seyn sollen. Dieser Fall kommt bey den Zinsen bisweilen vor. Z. B. wenn bisher erlaubt gewesen, sechs Procent Zinsen zu nehmen, und ich habe mir so viel von meinem Schuldner versprechen lassen, nun kommt aber ein neues Gesetz, welches nicht mehr als fünf Procent zu nehmen verstattet, so darf ich von der Bekanntmachung dieses Gesetzes an, nicht mehr als fünf Procent fordern, aber die bis auf diesen Tag gefälligen muß mir mein Schuldner noch bezahlen, und kann sich nicht auf das neue Gesetz berufen, denn hätte er mir sie zu rechter Zeit bezahlt, so war gar keine Frage von der Anwendung des neuen Gesetzes auf unser Geschäfte k). Ferner ist zu bemerken, soll eine Handlung für eine vergangene zu halten seyn, worauf das neue Gesetz nicht angewendet werden darf, so muß es gar nicht mehr möglich seyn, diese Handlung nach dem neuen Gesetze vorzunehmen, ohne die bereits rechtmäßig erworbenen Rechte eines Andern zu kränken. Z. B. es hat mir einer vom Adel sein Ritterguth vermacht, und nun wird noch vor der Antretung der Erbschaft durch ein neues Gesetz verboten, an Personen vom Bürgerstande dergleichen Güther zu vermachen. Hier fragt sichs, darf sich der Erbe wohl auf das neue Gesetz berufen, und das Ritterguth nicht abtreten? Dieses würde ungerecht seyn, weil das Testament durch den Tod des Erblassers seine Vollkommenheit erhalten, und das Legat bereits acquirirt war, folglich mußte es für eine vergangene Handlung gehalten werden, behauptet Hr. HR. Glück S. 142. Starb aber der Testator erst nach der Publication dieses neuen Gesetzes, so gilt dieses Legat nicht l). Ist eine Handlung unter einer Bedingung

k) L. 26. 27. C. de vsur.

l) Reinh. ad Christ. Vol. I. S. 125.

gung geschehen, und diese geht erst nach der Bekanntmachung des neuen Gesetzes in Erfüllung, so wird hier ebenfalls dafür gehalten, sie sey gleich anfangs erfüllt worden, mithin ist die Handlung nunmehr eine vergangene m).

Die Regel, daß neue Gesetze nur auf zukünftige Handlungen angewendet werden dürfen, hat wie alle andere ihre Ausnahmen, denn bisweilen werden schon vergangene Handlungen nach einem neuen Gesetz beurtheilt. Dieses geschieht

1) wenn es deutlich erklärt worden, daß das neue Gesetz auch auf vergangene Handlungen angewendet werden soll n). Dieses ist in mehrern Gesetzen des Corpus Iuris geschehen. So hat der Kaiser Constantin in der L. 3. C. de pract. pignor. seine Verordnung, daß der kommissorische Vertrag völlig ungültig seyn sollte, auf bereits ertheilte Pfänder und Hypotheken extendirt. Mehrere Beispiele kommen vor, in der L. 3. C. de quadr. praesc. der L. 22. §. 1. C. de SS. Eccles. L. vn. §. 4. C. de contractib. iudicum. Weil aber jede Ausnahme eher eingeschränkt, als ausgedehnt werden muß, so gilt ein solches neues Gesetz doch nur in Ansehung solcher vergangenen Handlungen, die noch nicht durch rechtskräftige Urtheile, oder Vergleich, Zahlung, oder einen abgeschwornen Eid, oder auf andere Art völlig entschieden worden, sondern wenn sie noch rechtshängig sind, weil sonst die Processe ewig dauern würden o). Wenn es die Wohlfarth des Staats nicht schlechterdings erfordert, darf kein neues Gesetz auf bereits gesetzmäßig beendigte Rechtsangelegenheiten, oder rechtskräftig entschiedene Processe angewendet werden, weil es eine offenbare Ungerechtigkeit seyn würde, ohne diesen Grund Jemanden ein rechtmäßig erworbenes Recht wieder

m) L. 213. D. de V. S. L. 78. D. de V. O.

n) L. 7. C. de legib. L. 22. D. de leg. c. f. X. de constit. COLLEG. IVR. ARGENT. tit. de legib. thes. 23.

o) L. 22. §. 1. C. de SS. Eccles. L. vn. §. 4. C. de contr. iud. BERLICH Dec. 159. n. 12. LAVTERBACH Exerc. 2. concl. 5. BOEHMER Consult. Tom. II. P. I. Resp. 6. n. 3. GAERTNER Medit. ad Pand. med. 12.

wieder zu nehmen p). Wird über die vergangenen Handlungen noch der Proceß geführt, so können sie nur alsdenn nach dem neuen Gesetz beurtheilt werden, wenn dieses deutlich darinn gesagt worden. Herr RR. Eichmann führt folgendes Beispiel an. Die Bauern streiten mit ihrem Edelmann, wegen gewisser Frohnen. Während dieses Streits giebt der Regent in Ansehung der Frohnen ein Gesetz, mit der ausdrücklichen Erklärung, daß auch die rechtshängigen Sachen darnach sollen entschieden werden. Edelmann und Bauern müssen sichs also gefallen lassen, daß das neue Gesetz bey der Entscheidung ihres Streits zum Grunde gelegt werde. Allein, wenn der Theil, welcher dabey zu kurz kommt, beweisen kann, daß blos durch die Schuld des Richters die Sache vor dem neuen Gesetz nicht ist entschieden worden; so muß auch der Richter dasjenige, was ihm dadurch entgangen ist, gut thun. Sollte der Richter nicht im Stande seyn, diese Genugthuung zu leisten, so kann um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten werden, welches die Würkung hat, daß die Sache nicht nach der neuen Verordnung, sondern nach den alten Gesetzen entschieden wird.

2) Gehören die so genannten leges declaratoriae, oder die erläuternden Gesetze, unter diejenigen, welche als eine Ausnahme von der obigen Regel betrachtet werden müssen, denn diese sind auch in der That keine ganz neuen Gesetze, sondern sie bestimmen nur den Inhalt eines bereits vorhandenen Gesetzes deutlicher und genauer. Es kommt hier aber alles darauf an, daß man gewiß weiß, es sey ein bloßes erläuterndes Gesetz gegeben worden, und kein neues. Bisweilen scheint ein Gesetz nur ein erläuterndes zu seyn, weil es von dem zeither vorgekommenen Mißverstande dieses oder jenen alten Gesetzes redet, es ist in der That aber ein neues. Diese Gesetze können gar nicht auf vergangene Handlungen angewendet werden; und auch selbst wahre leges declaratoriae dürfen auf solche vergangene Handlungen nicht angewendet werden, welche bereits rechtskräftig entschieden oder durch einen Vergleich beigelegt sind q).

3) Rech-

p) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Th. 1. S. 60.

q) FARINACIVS Prax. rer crim. P. II. n. 55. f. 231.

3) Rechnet man unter die Ausnahmen, wenn ein spä-teres das heißt neues Gesetz etwas verbietet, was schon vor-her nach natürlichen oder bürgerlichen Gesetzen verboten war. Daher erklärte das Gesetz, von der Unrechtmäßigkeit des com-missorischen Vertrages bey Pfändern, mit Recht alle vorher geschlossene Verträge für ungültig. Wird aber in einem der-gleichen Gesetz eine härtere Strafe auf bereits verbotene Hand-lungen gesetzt, so darf diese gleichwohl nicht bey vergangenen Handlungen angewendet werden, sondern die alte Strafe behält ihre Kraft noch in Ansehung solcher Fälle, denn eine Strafe setzt allemal den höchsten Grad der Moralität voraus, wenn sie ohne Ungerechtigkeit ausgeübt werden soll, dazu wird aber erfordert, daß der Thäter das Strafgesetz wissentlich über-treten hat r). Diese Art von Gesetzen können übrigens eben-falls alsdenn nicht angewendet werden, wenn die Frage von Rechtshändeln ist, die schon rechtskräftig oder durch Ver-gleich beigelegt sind.

Herr HR. Glück ist S. 145 der Meinung, die beiden letzten Ausnahmen könnten für keine Ausnahmen gehalten wer-den, weil dergleichen Gesetze nichts neues verordneten; es müßte denn wenigstens eine härtere Strafe auf bereits verbo-tene Handlungen darinn vorkommen s).

§. 22.

Für den rechtschafnen Rechtsgelehrten, ist die Unterssu-chung über die Verbindlichkeit des göttlichen Positivrechts, die wichtigste Sache in der ganzen Privatrechtsgelehrsamkeit. Hier kommen Gewissenssachen zur Sprache, und von denen haben wir bereits S. 62 gesehen, daß es hier kein Recht, keine Gewalt giebt, die sich ein Mensch, folglich auch kein Gesetz-

r) Hr. RR. Eichmann a. a. O. S. 63.

s) Chr. Gottl. REINHARDT Comment. de valore et vi legis in praeteritum, occas. §. 4. art. 22. Capit. *Caroli* VII. et *Fran-cisci* I. Hal. 1778. Chr. Henr. LORENZ D. de obligat. legis in praeteritum, Lipsi. 1770. HARTLEBEN ad Pand. Vol. I. P. I. Spec. 8. med. 4. 5. verdienen außer den angeführten Schriften über diese ganze Materie gelesen zu werden.

Gesetzgeber, über den andern anzumaßen berechtigt wäre. Was Positivrecht überhaupt sey, haben wir S. 65 gesehen. Wie bekannt wird das positive Recht, in das göttliche und menschliche Positivrecht eingetheilt. Ersteres besteht aus lauter solchen Gesetzen, die von Gott besonders bekannt gemacht worden sind, und welche man durch die bloße Vernunft nicht entdecken kann. Alle ältern Theologen und Rechtsgelehrten theilten solche in das allgemeine göttliche Positivrecht (ius positiuum diuinum vniuersale), und in das besondere göttliche Positivrecht (ius positiuum diuinum particulare). Jenes verbindet nach der Absicht Gottes, alle Menschen auf dem ganzen Erdboden, denen solches bekannt geworden; dieses sollte aber blos von den Juden vor Christi Geburt befolgt werden. In unsern Zeiten, wo man unter dem Vorwande, bessere Hülfsmittel bey der Bibelerklärung zu haben, als unsere rechtschafnen Vorfahren, so manche, dem wahrhaftig moralischen Menschen ewig tröstliche Wahrheit zu bestreiten gesucht hat, wovon die Bestreitung der Gottheit Christi, und der Wahrheit von der Unsterblichkeit der Seele, der erste Beweis ist; haben anfangs Theologen und Schriftforscher, sodann fast alle Rechtslehrer die alte Lehre für falsch und ungegründet erklärt, und sie leugnen es schlechterdings, daß man allgemein verbindliche göttliche positive Gesetze aus der Bibel beweisen könne. Wäre diese Behauptung blos von Rechtsgelehrten aufgebracht, und aus einer juristischen Schrift in die andere übergetragen worden, so verdiente sie gar keine Aufmerksamkeit, weil die ganze Sache mit den wesentlichsten aber schwersten christlichen Glaubenslehrpuncten verbunden ist, wo die größten Rechtslehrer, ohne eine große Schwachheit zu verrathen, eben so wenig im Stande sind, zu entscheiden, als kein großer noch so einsichtsvoller Gottesgelehrter sich die Fähigkeit zutrauen wird, in den schwersten Rechtsmaterien eine völlig gegründete Entscheidung geben zu können. Daß die Frage: ob wirklich allgemein verbindliche göttliche Positivgesetze in der Bibel stehen, zu den schwersten aber wesentlichen Glaubenslehren gerechnet werden muß, ist doch wohl nicht etwa auch so unerweislich,

weislich, wie jene Wahrheiten? Freilich bey denen wohl, die von der Gottheit Christi und der Unsterblichkeit der Seele nichts wissen wollen? Der verständige Mensch fühlt es aber, daß es einem menschlichen Gesetzgeber nicht gleichgültig seyn kann, ob man Gesetze, die er befolgt wissen will, unter dem Vorwande für unverbindlich erklärt, sie wären keine Gesetze (S. 50). Im 18ten Kapitel des 3ten Buchs Mose, V. 24—29. wird aber ausdrücklich gesagt, daß Gott die Cananiter, um ihrer Greuel, das heißt solcher Handlungen willen, die nach diesen Gesetzen für unerlaubt gehalten werden müssen, aus ihrem Lande gestoßen habe. Bey solchen Stellen kommen die Gegner dieser Meinung am besten weg, wenn sie die Schriften Moses aus alten Fragmenten, die also wenig Glauben verdienen, zusammen gestoppelt erklären, und die Vertilgung der Cananiter, so wie alle Geschichte überhaupt, für erdichtet ausgeben.

Menschen, mit einem guten, durch Laster nicht verdorbenen Herzen, werden schon durch die wenigen Ideen, die ich vorgelegt habe, auf eine genauere Auseinandersetzung dieser Streitigkeit aufmerksam gemacht werden, und daher will ich hier weiter nichts über die Nothwendigkeit dieser Untersuchung anführen, und vor der Abhandlung der Materie selbst blos noch bemerken, daß nicht wenig darüber geschrieben worden t). Für ein sehr wichtiges Argument, daß sich keine positive

t) El. SILBERRAD D. de legibus diuinis positiuis vniuersalibus, Argent. 1712. I. A. GRAMLICH placidae et modestae vindiciae legum positiuarum diuinarum vniuersalium oppositae Christiano *Thomasio* et Fr. *Budduco*, Frf. 1716. Idea iuris positiui diuini, exercitium variorum iurium maiestaticorum non impediens, Suob. 1752. Io. Gottl. WALDINI D. de legibus positiuis diuinis vniuersalibus, Ien. 1757. Io. Andr. HANNESEN de non existentia legum diuinarum positiu. vniuersal. Gött. 1744 8 MEISTER num ius diuinum detur positiuum vniuersale, in Opusc. Tom. I. P. A. Wehners Versuch einer Abhandl. von den allgemeinen willkührlichen Gesetzen Gottes, in den Beiträgen zum Brem. und Verdischen Hebopfer, 3te Beitr. S 635. J. F. Schmehrsahls umständliche Vereinigung der streitigen Frage:

sitive allgemein verbindliche Gesetze Gottes beweisen lassen, halten die Gegner dieser Meinung den Umstand: daß die Vertheidiger dieser Wahrheit nicht alle darinn übereinstimmen, welche Stellen in der Bibel für wirkliche positive allgemein verbindliche Gesetze zu halten sind u), und daß einige von ihnen, sie zwar nicht im alten Testamente finden können, aber desto zuverlässiger im neuen Testamente. Diesen Umstand muß nur der für wichtig halten, der die Schwierigkeiten nicht kennt, womit die Untersuchung der schwersten Religionswahrheiten verknüpft ist. Gehen denn etwa die Rechtslehrer, bey streitigen Rechtsgrundsätzen, nicht auch von einander ab? Daß einige Handlungen, die kein Gegenstand allgemein verbindlicher göttlicher Positivgesetze seyn können, gleichwohl dafür erklärt worden, beweist nur so viel, daß die Vertheidiger dieser Wahrheit nicht für untrüglich zu halten sind. Was das Gesetz, von der Frucht des verbotenen Baumes nicht zu essen, anbetrift, schreibt Hr. RR. Eichmann S. 68, so geht dasselbe, man erkläre es auf diese oder jene Art, warum wir uns hier nicht bekümmern wollen, auf die Menschen im Stande der Unschuld. Dieses Gesetz halten auch nur wenige Vertheidiger, der allgemein verbindlichen göttlichen positiven Gesetze, für dazu gehörend.

Damit diejenigen meiner Leser, welche sich von dieser Streitigkeit ausführlich belehren wollen, hierzu Gelegenheit haben, will ich dasjenige hier einrücken, was von zwey unserer einsichtsvollsten Rechtsgelehrten, dem Hrn RR Eichmann, und dem Hrn. HR. Glück, darüber gesagt worden, und sodann die Hauptgründe für die Existenz eines allgemein verbind-

ob es göttliche allgemeine positive Gesetze gebe, ebend. im 5ten Beitr. Nr. 2. S. 32. Vernünftige Gedanken von den allgemein geoffenbarten göttlichen Gesetzen, Frkf. 1748. de *Marées* Untersuchung der Verbindlichkeit der göttlichen Gesetze von der Todesstrafe des Mörders und von Vermeidung blutschänderischer Heirathen, Dessau 1771. 8. Michaelis Mosaisches Recht, 1ter Th. §. 6. u. f.

u) Hr. HR Glück im Comment. 1. Th. S. 146. Hr. GTR. Höpfner im Comment. über die Instit. S. 48 der 4ten Ausg.

verbindlichen göttlichen Positivrechts anführen. Hr. RR. Eichmann schreibt S. 63: es ist viel darüber sowohl unter denen Theologen als Juristen gestritten worden, ob man Gesetze, die ein solches Recht ausmachen, annehmen könne. Ehe wir unsere Gedanken hierüber sagen, müssen wir vor allen Dingen die Eigenschaften eines solchen Gesetzes angeben. Diese sind folgende: 1) muß es ein Gesetz seyn, das von Gott gegeben worden ist, und 2) muß es nicht schon in der Natur des Menschen seinen Grund haben, und folglich auch nicht mittelst der Vernunft erkannt werden können, denn sonst ist es ein natürliches und kein positives Gesetz; endlich 3) muß es für alle und jede Menschen verbindlich seyn, denn sonst ist es ein besonderes und kein allgemeines göttliches Gesetz. Wenn wir diese Eigenschaften genau erwägen, so können wir dergleichen Gesetze und folglich auch dergleichen Recht nicht annehmen; denn wir finden kein Gesetz, welches diese Eigenschaften hat. Es erhellet dieses aus folgenden Gründen.

1) Kann man nicht einsehen, woher solche Gesetze sollen offenbaret worden seyn. Durch die Vernunft dürfen sie nicht offenbaret worden seyn, denn sonst sind sie natürliche Gesetze. Will man seine Zuflucht zur heiligen Schrift nehmen, so sind ja viele hundert und tausend Menschen, welche von derselben nichts wissen. Dagegen wenden viele, mehr von Vorurtheilen eingenommene als kluge Theologen ein, es sey hinlänglich, daß alle Menschen dergleichen Gesetze wissen könnten. Allein dieses leugnen wir ihnen, bis daß sie erweisen werden, daß es an denen Menschen gelegen habe und noch liege, sich dieselben bekannt zu machen, wenn sie nicht schon mittelst der Vernunft erkannt werden, und daher als positive Gesetze nicht angesehen werden können. Wir erwarten also diesen Beweis welchen wir mit Recht fordern können, da hier gar nicht davon die Rede ist, ob an sich die Erlangung einer solchen Kenntniß allen Menschen möglich gewesen sey, vielmehr von der Handlung der Bekanntmachung, und ob dieselbe dergestalt geschehen, daß alle Menschen die gedachte Kenntniß haben erlangen können. Fehlet der Handlung der Bekanntmachung diese Eigenschaft, so sind auch solche Gesetze

nicht als allgemein verbindlich anzusehen; weil ein positives Gesetz seine verbindliche Kraft durch die Bekanntmachung erhält. Viele suchen sich zwar damit zu helfen, daß sie sagen, Adam oder Noa, welchen dergleichen Gesetze von Gott bekannt gemacht worden wären, hätte das ganze menschliche Geschlecht vorgestellt, und die Menschen stammten von ihnen ab, daher wären sie auch an diese Gesetze gebunden. Allein ich sehe nicht ein, wie man aus einem solchen willkührlich angenommenen Satze, dergleichen Folgen zu ziehen sich einfallen lassen kann. Welcher vernünftige Grund rechtfertigt den Ausdruck, daß Adam das ganze menschliche Geschlecht vorgestellt habe, wenn man das Wort vorstellen, in der gewöhnlichen Bedeutung nehmen will? — Keiner: wenigstens giebt der Umstand, daß alle Menschen von Adam abstammen, dergleichen nicht ab; denn sonst würde man von jedem Stammvater einer Familie ebenfalls denselben brauchen und abgeschmackte Dinge daraus folgern können. Uebrigens glaube ich auch nicht, daß die Herren Theologen nöthig haben, diesen Satz wegen der Erbsünde anzunehmen.

2) Wenn Gott ein Gesetz giebt, so muß er auch einen Grund haben, denn er thut nichts ohne einen solchen. Der Grund liegt nun entweder in ihm, oder in denen, welchen das Gesetz gegeben wird. Da das erste nicht angenommen werden kann, indem Gott nichts um seinetwillen thut; so muß das letztere seyn. Hier nun ist der Grund entweder in den wesentlichen Stücken des Menschen zu finden, oder in dem, was bey demselben zufällig ist. In dem erstern Falle ist das Gesetz ein natürliches und kein positives; in dem letztern aber ein besonderes und kein allgemeines, weil, da das Zufällige veränderlich ist, und bey dem einen Menschen sich befindet, aber nicht bey den andern, der Grund des Gesetzes nicht allgemein ist, und daher auch das Gesetz selbst, dessen Extension nicht weiter gehet, als der Grund, nicht allgemein seyn kann. Dergleichen Umstände, zu welchen sich ein positives Gesetz schicken muß, und welche bey jedem Volke anders sind, sind besonders folgende: 1) der Himmelsstrich, 2) die Fruchtbarkeit des Landes, 3) die Lage des Landes, 4) die Macht

und

und das politische Verhältniß der Nachbarn, 5) die Lebensart, 6) der Anfang des Staats, die Meinung des Volks von Ehre und Schande, 7) die Einbildung oder auch das Gefühl von der Größe der Strafe, 8) andere Sitten des Volks, 9) die Gestalt, Gattungen und Triebfedern der Verbrechen u. s. f. x). Wenn man daher diejenigen Gesetze genau betrachtet, welche für allgemeine positive göttliche Gesetze ausgegeben werden, so wird man finden, daß sie entweder natürliche, oder besondere und keine allgemeine sind. So ist das göttliche Gesetz: wer Menschenblut vergießet, dessen Blut soll auch durch Menschen vergossen werden (1 B. Mos. 9, 6.), blos für die ersten Nachkommen Noa's, so lange sie noch keinen Staat und bürgerliche Gesetze gehabt haben, ein interimistisches Gesetz gewesen y). So schicken sich die Mosaischen Sabbathsgesetze zwar sehr gut für Palästina, aber nicht für unsere Himmelsstriche z). Und obwohl gar nicht geleugnet werden kann, daß zum Gottesdienst und Unterricht in der Religion, eine gewisse Zeit ausgesetzt werden müsse; so lehret uns doch das neue Testament ausdrücklich (Röm. 14, 1—6. Colossi. 2, 16.), daß Gott uns itzt keine solche Zeit gesetzt, keinen Sabbath verordnet, sondern dieses alles der menschlichen Einrichtung überlassen habe. Selbst daß wir den Sonntag feiern, ist eine zwar frühe, vermuthlich von den Aposteln herrührende, aber nie in ihren Briefen befohlne Anstalt a). Das Gesetz überhaupt: du sollst nicht tödten, ist ein natürliches und kein positives, so wie auch die übrigen Gebote in der Hauptsache schon mittelst der Vernunft erkannt werden können, und daher nicht zu den göttlichen Positivgesetzen gehören. Die Verheissung, welche dem vierten Gebote angehängt ist, ist ganz willkührlich, und gieng blos auf die Israeliten. Nach der Grundsprache muß es daher auch heissen: auf daß dirs wohl gehe, und du lange bleibest im Lande. Ferner was das Gesetz, von der Frucht des verbotenen Baumes

x) Hr. Ritter Michaelis im Mosaischen Rechte, Th. 1. §. 1.
y) Ebendersl. Th. 6. §. 273.
z) Ebendersl. Th. 4. §. 195.
a) Ebendersl. Th. 5. §. 249.

nicht zu essen, anbetrift, so gehet dasselbe, man erkläre es auf diese oder auf jene Art, auf die Menschen im Stande der Unschuld b). Unter die besondern göttlichen Gesetze gehört auch mit das Gesetz von der Herrschaft des Mannes über die Frau, welches blos auf die eheliche Gesellschaft, die Adam und Eva errichtet hatten, gehet. Die Gründe, warum Gott dieser Gesellschaft das gedachte Gesetz gab, waren folgende: 1) weil Eva den Adam verleitet hatte, wider das Gesetz, nicht von der Frucht des verbotenen Baums zu essen, zu handeln. Gott wollte also zu erkennen geben, daß Eva sich in der Folge nicht mehr unterstehen sollte, von ihrem Manne die Befolgung ihres Willens zu verlangen, und daß vielmehr Adam bey der ehelichen Gesellschaft sollte die Direction haben; 2) weil auch Eva aus einem kleinen Theil des Adams gemacht worden war. So viel ist aber gewiß, daß dieses in der Folge bey den meisten Ehen beibehalten worden ist, und daß die Frau vermittelst eines stillschweigenden Vertrages sich der Direction des Mannes unterworfen hat. Hiervon aber ist der Grund darinn zu suchen, weil die Menschen einsahen, daß es gut sey, wenn bey einer jeden Gesellschaft ein Mitglied eine gewisse Art der Direction habe, und bey der ehelichen der Mann sich hierzu besser schicke, als die Frau. Jedoch hat es nach den Zeiten Adams verschiedne Ehen gegeben, bey welchen der Mann eine solche Art der Herrschaft nicht gehabt hat. Und so läßt sich denn auch leicht auf die übrigen vorgeblich allgemeinen positiven göttlichen Gesetze antworten. Dennoch aber giebt es noch viele, welche glauben, Gott habe dergleichen gegeben, und fordere ihre Beobachtung sogar von Völkern, denen es unmöglich war, Nachricht von diesen Positivgesetzen zu erhalten. Diesen Herren will ich zur Beherzigung folgende Stelle aus des Hrn. Hofrath Michaelis Mosaischen Rechte, Th. 6. §. 273. empfehlen, wo es heißt: — Es giebt viele kluge und gewissenhafte Leute, die das Blutessen für Sünde halten, und noch mehr, wie mich dünkt, nicht so kluge und gewissenhafte, aber mit Vorurtheilen eingenommene,

b) WALDINI Disq. de legib. posit. diu. vniuers. §. 23.

mene, welche leges positiuas vniuersales glauben. So weit Hr. RR. Eichmann.

Hr. HR. Glück hat die Wahrheit, daß es allgemein verbindliche göttliche positive Gesetze giebt, auf folgende Weise zu widerlegen gesucht. Er schreibt S. 147 seines Commentars: die Frage, ob es allgemeine positive göttliche Gesetze gebe, ist freilich von jeher sehr bestritten worden, und man kann nicht leugnen, daß sie von wichtigen Folgen sey, denn statuirt man solche Gesetze wirklich, so muß man denenselben auch eine unabänderliche Verbindlichkeit beilegen, und kann mithin keine Dispensation dagegen zulassen. Ich meines Theils kann mich nun von der Existenz solcher Gesetze nicht überzeugen, und ich denke, man wird es mir für keine Arroganz auslegen, wenn ich geradezu sage, daß diejenigen, welche für das Daseyn derselben streiten, in einem zweifachen Irrthum sich befinden. Erstlich: daß sie manche in der heiligen Schrift enthaltene Satzungen für göttliche Gesetze ausgeben, die doch offenbar keine Gesetze sind; sodann zweitens: daß sie bey denen wirklichen göttlichen Gesetzen zwischen natürlichen und willkührlichen Vorschriften nicht gnugsam unterscheiden. Wir wollen die Probe machen. Die Mosaische Stelle Genes. IX, v. 6., die nach Luthers Uebersetzung also lautet: wer Menschen Blut vergeußt, des Blut soll auch durch Menschen vergossen werden, ist offenbar kein Gesetz (S. 50), denn im hebräischen Text wird das futurum (יִשָּׁפֵךְ) gebraucht, es scheint also blos göttliche Prophezeihung zu seyn, daß der Mörder, wenn er auch gleich der weltlichen Obrigkeit verborgen bliebe, dennoch dem göttlichen Gericht nicht entgehen, sondern durch Menschen wiederum gewaltsamen Todes sterben werde c). Will man aber diese Erklärung nicht gelten lassen, sondern jenen Ausspruch schlechterdings für ein göttliches Gesetz erklärt wissen, so kann doch dieses Gesetz unmöglich als ein allgemeines unwandelbares göttliches Gesetz angesehen werden. Denn sonst wäre es dem Herrn auch we-

c) So erklärt diese Mosaische Stelle auch THOMASIVS in Diss. de iure Principis euangelici aggratiandi homicid. c. 4. §. 4. und HANNESEN in der S. 113 angeführten Schrift, §. 31. u. f.

gen seiner Knechte gegeben. Knechte und Freie sind doch wohl in Gottes Augen eins, da bey Ihm kein Unterschied der Personen gilt; und da Niemand dem Blut, das in den Adern eines Sclaven herumwallet, den Namen des Menschenbluts absprechen wird, so hätte nothwendig das Gesetz wenn es nach der Absicht Gottes allgemein wäre, auch den Dienstherrn treffen müssen, der seinen Knecht oder Magd erschlagen. Allein diese That soll nach 2 B. Mos. 21, v. 20. 21. mit dem Tode nicht, ja auch wohl gar nicht einmal bestraft werden, mit dem daselbst angehängten Entscheidungsgrunde: denn es ist sein Geld. Ja hätten nicht die Söhne Jacobs, wegen des an Hemor und seinem Sohn Sichem verübten Mords (Genes. 34. 26.) ebenfalls wieder mit der Schärfe des Schwerds hingerichtet werden müssen, wenn jenes Gesetz allgemein und unabänderlich wäre? Allein daß dieses nicht geschehen, erhellet aus 1 B. Mos. 49, 5. 6. Noch mehrere Gründe hat Carl Ferdinand Hommel in den philosophischen Gedanken über das Criminalrecht, §. 58. So viel hiernächst die Mosaischen Ehegesetze anbetrift, so darf der in denenselben selbst enthaltene wichtige Unterschied zwischen natürlichen und willkührlichen Vorschriften, nicht aus der Acht gelassen werden. Daß nun denenselben freilich in Ansehung solcher Satzungen, die ihren Grund schon in den natürlichen Gesetzen haben, eine allgemeine und unauflöslich verbindende Kraft beizulegen sey, hat keinen Zweifel, allein von diesen ist auch hier die Frage nicht. Sondern die Frage ist, ob auch denjenigen Eheverboten Mosis, die blos in willkührlichen göttlichen Vorschriften ihren Grund haben, eine allgemeine und unabänderliche Verbindlichkeit zuzueignen sey? und diese Frage ist mit Nein zu beantworten. Denn es mangelt ihnen an einer nothwendigen Eigenschaft eines allgemeinen willkührlichen Gesetzes, indem sie in einem Gesetzbuche enthalten sind, welches damals nur einem einzigen Volke, nämlich dem Israelitischen, bekannt gemacht war, und dessen Sprache die übrigen Völker nicht einmal verstunden: dahingegen ein willkührliches Gebot Gottes, so alle Völker der Erde angehen sollte, nothwendig durch göttliche Boten, die es

so

so weit, als nur immer möglich, bekannt machten, fast eben so, wie das Evangelium durch die Apostel, an alle Völker hätte gebracht werden müssen. Eine solche allgemeine Bekanntmachung dieser Gesetze, an alle Menschen auf der Welt, hat aber bis jetzt noch von keinem erwiesen werden können. Doch Moses selbst giebt uns noch einen viel entscheidendern Beweis in dieser Sache. Man lese nur den Anfang des 18. Cap. im 3 Buch Mose, in welchem der Hauptsitz der Mosaischen Eheverbote ist, so wird man finden, daß nur allein den Israeliten die Beobachtung dieser göttlichen Vorschriften eingeschärft wurde; und wenn es gleich Moses in eben diesem Capitel V. 24 — 29. den Cananitern zur Sünde anrechnet, daß sie nicht nach solchen Ehegesetzen gelebt haben, und von denselben zur Warnung der Israeliten sagt: daß Gott ihre Missethaten ahnden, und sie ihrer Greuel wegen aus ihrem Lande ausstoßen wolle, weil sie solches verunreinigt haben, so lässet sich jedoch hieraus, daß die Gesetze Mosis von den verbotenen Graden, als leges positiuae vniuersales anzusehen, so wenig erweisen, daß vielmehr das Gegentheil daraus erhellet, indem, wenn diese Gesetze für allgemeine positive Gesetze gehalten seyn sollten, sodann nicht abzusehen wäre, wie die Cananiter hätten wegen einer Uebertretung dieser Gesetze bestraft werden können, die doch Gott nicht ihnen zugleich, sondern blos den Juden durch Mosen hatte bekannt machen lassen. Es ist also ganz offenbar, daß unter den Greueln, womit die Cananiter sich und ihr Land verunreinigt haben, nicht jede in den Mosaischen Ehegesetzen, auch nur aus blos willkührlichen Ursachen untersagte fleischliche Vermischungen, sondern solche Vergehungen wider die Keuschheit zu verstehen sind, die schon von Natur so schrecklich sind, daß die Abscheulichkeit einem jeden vernünftigen Menschen sofort in die Augen leuchtet, und zu welchen besonders diejenigen Sünden gehören, deren Moses V. 20 — 23. des 18. Cap. Erwähnung thut, als Sodomie, Knabenschänderey, Ehebruch u. d. m. d).

d) Man vergleiche hier besonders des Hrn. HR. Michaelis Abhandl. von den Ehegesetzen Mosis, 2. Hptst. §. 13. u. f.

Was übrigens das neue Testament betrift, so trage ich kein Bedenken, denen beizutreten, welche die darinn enthaltenen Vorschriften für keine eigentlichen Gesetze, sondern nur für Lehr- und Glaubenssätze halten e). Man wird sich davon selbst leicht überzeugen können, wenn man theils die Gelegenheit, bey welcher sie von Christo und seinen Aposteln vorgetragen worden sind, theils die Art des Vortrags, theils überhaupt die Verhältnisse und den Zustand der ersten Christen hierbey in Erwägung zieht. Daß wir jedoch die im neuen Testament enthaltene heilsame Lehren bey Entscheidung mancher wichtiger Fälle zum Grunde legen, ja die heilige Schrift in dieser Hinsicht unter die Quellen unserer Rechtsgelehrsamkeit rechnen, ist bekannt. So weit Hr. HR. Glück.

In diesen beiden Stellen, (S. 115 und 119) findet man alles Scheinbare zusammengetragen, was sich wider die Existenz allgemein verbindlicher göttlicher Positivgesetze sagen läßt Man braucht wenig Bekanntschaft mit den schwersten theologischen Streitigkeiten zu haben, um einzusehen, daß alle wichtigen Religionswahrheiten für falsch erklärt werden könnten, wenn solche Argumente für völlig gegründet gehalten werden müßten. Hr. HR. Glück leugnet es selbst nicht (S. 119), daß die Untersuchung dieser Frage für wichtig gehalten werden müsse, und kann also solchen Rechtsgelehrten entgegen gesetzt werden, welche die ganze Sache für unbedeutend erklären, und sie mit einem Machtspruche entscheiden wollen. Zum Glücke für die Menschheit beruht der Beweis, daß man mit der größten Wahrscheinlichkeit, allgemein verbindliche positive göttliche Gesetze, die in der Bibel enthalten sind, glauben könne, auf keinen weit hergeholten und schwer zu fassenden Gründen, wie Herr D. Ernesti in seinen Vorlesungen über die Dogmatik mit Recht behauptete, dessen Ansehen bey mir wenigstens mehr Gewicht hat, als was von hundert Männern, wie Michaelis war, dem die andern nur folgen, gesagt wird. Solche Exegeten, wie Ernesti war, sind

e) I. H. Boehmer ad Schilter. Lib. I. tit. 2. § 2. Horn et Floercke h. l. Hr. HR. Schott in der Einleit. in das Eherecht, Nürnb. 1790. S. 90. u. §. 218. not. *.

sind diese Männer gewiß nicht, wenn man unpartheiisch urtheilen will, und an Rechtschaffenheit des Herzens stand er ihnen ebenfalls nicht nach. Das Argument von der fehlenden allgemeinen Bekanntmachung der allgemeinen positiven göttlichen Gesetze ist lächerlich, denn wenn solche Einwendungen für gegründet gehalten werden müßten, so könnte man auch von der christlichen Religion sagen, daß tugendhafte Heiden, auf eben die Belohnungen im andern Leben mit Recht Anspruch machen könnten, welche dem rechtschaffenen Christen zugesichert sind, weil ihnen die christliche Religion nicht bekannt gemacht worden, und sie folglich keine Gelegenheit gehabt, ihre Moral zu befolgen oder nicht zu befolgen. Von Rechtsgelehrten sollte man doch wahrlich eine bessere Anwendung des Begrifs erwarten, der mit dem Worte Bekanntmachung eines Gesetzes verbunden werden muß. Gestehen denn nicht alle einsichtsvolle Rechtsgelehrte zu, daß ein gehörig publicirtes Gesetz verbinde, wenn es auch nicht jedem einzelnen Unterthanen vorgelesen und erklärt worden ist (S. 100). Wie ungereimt ist es nicht, von dem Umstande, daß sichs nicht beweisen lasse, alle Nationen, die jemals gelebt haben, oder gegenwärtig leben, haben die Bibel gelesen, den Schluß zu machen, also brauchen sich auch die Christen, denen die Bibel doch wohl zu Gesichte kommt, nicht nach Verordnungen Gottes zu richten, die darinn enthalten sind. Unwiderleglich ist es, was der verst. Hr. HR. Beckmann zu Göttingen, in seinen Vorlesungen über die Pandecten sagte, der gewiß so viel Einsichten hatte, wie Christian Thomasius, dem viele neuere Rechtsgelehrte nur nachbeten: Menschen, die von dem Inhalte der Bibel nichts erfahren können, leben in ignorantia invincibili, und bey ihnen wird Gott keine Anwendung seiner Gesetze machen. Und so wird es jeder gute Mensch für die Sprache des rechtschaffensten Herzens halten, welches der verst. Hr. Prof. Hofacker in Tübingen, noch in den letzten Stunden seines Lebens gezeigt hat, wie wir aus der Nachricht von seinem Tode, die in der Beckerischen vortreflichen Zeitung gegeben wurde, wissen, wenn dieser große Rechtslehrer in seinen Princip. Iur. Romani, Tom. I. §. 10. schreibt:

iuris

iuris diuini *positiui vniuersalis* ratio in eo ponenda est, vt *omnes quibus innotuit, obliget*, adeoque *vniuersale* sit, *non promulgationis, sed obligationis* ratione.

Ein anderer sicherer Beweis, von der Schwäche der gegenseitigen Meinung, zeigt sich dadurch, daß man sich mit der Ausflucht schützen muß, einige göttliche Vorschriften, die für positive allgemein verbindliche Gesetze erklärt werden, gehörten zum Naturrechte. Auf die Art kann man freilich, die wichtigsten allgemein verbindlichen positiven göttlichen Gesetze, aus dieser Classe herausstreichen! Wie siehts denn aber mit diesem Naturrechte aus? Beweist es denn die Geschichte der Menschheit, wie leicht alle Menschen, zur richtigen Kenntniß der ersten Naturgesetze gelangen? Beweisen es denn die Sitten aller Völker, wie einstimmig man die blutschändrischen Ehen, für das gehalten hat, was sie in der That sind? Wie wir S. 66 gesehen haben, erklärten selbst heidnische Rechtsgelehrte, den Gehorsam gegen die Eltern, für eine Verordnung des allgemeinen Menschenrechts oder natürlichen Rechts. Und christliche Rechtsgelehrte, halten die Verheissung des vierten Gebots, für eine Sache, die nur die Juden angegangen (S. 117).

Noch unbedeutender sind die Einwürfe, welche von der richtigen Erklärung des Wortes שִׁפְחָה hergenommen sind (S. 119), das eine bloße Prophezeihung ausdrücken soll; von der bildlichen Vorstellung, wie die ersten Menschen zur Kenntniß dieser göttlichen positiven Gesetze gekommen (S. 116), wodurch doch weiter nichts angezeigt wird, als daß sie erst von Gott unmittelbar bekannt gemacht, und sodann durch die Ueberlieferung vom Vater auf den Sohn erhalten worden. Keine größere Aufmerksamkeit verdienen die weit hergeholten Grundsätze von den Umständen, zu welchen sich ein positives Gesetz schicken muß, welche S. 116 u. f. angeführt worden. Dergleichen Verhältnisse sind höchstens für menschliche Gesetzgeber ein schwaches Hülfsmittel zu Abfassung nicht ganz unschicklicher Gesetze, aber durch solche Kleinigkeiten, Wahrheiten, die für jeden rechtschafnen Menschen von der größten Wichtigkeit sind, als falsch bestreiten, ist gewiß große Vermessen-

messenheit. Ewig wahr bleibt es, was der große Erneſti erklärte: wenn alle vorsätzliche Mörder nicht mit dem Tode bestraft werden, ob es gleich Gottes ausdrücklicher Befehl ist, so machen sich andere Menschen dieser Missethaten theilhaftig. Wie nichtsbedeutend sind doch die Bemerkungen (S. 119) über die Ausnahmen, welche auch hier statt haben müssen, und bey den Israeliten wegen des Mordes, den ein Herr an seinem Sclaven begangen hatte, gemacht wurden. Unwiderſprechlich gewiß ist es ferner, wie Erneſti ebenfalls behauptete, daß die Regenten für die Gewissensruhe ihrer Unterthanen zu sorgen haben, und folglich mit der Dispensation bey verborenen Graden nicht behutsam gnug seyn können, in Fällen, die wenigstens sehr streitig sind. Ich habe gleich anfangs bemerkt (S. 112), daß es Menschen giebt, welche die großen Wahrheiten, von der Erlösung der Menschen durch Christum, von der Unsterblichkeit der Seele und der Vergeltung unserer Thaten in dem andern Leben, für falsch erklären; denen die edelsten Güter, die uns die christliche Tugend verschaft, Seelenruhe, die frohesten Aussichten in eine bessere Zukunft, lächerliche Dinge sind: wie wenig Grund hat man also, sich zu wundern, daß auch diese Wahrheiten von einigen durch Machtsprüche bestritten worden sind, wovon die Erklärung des Hrn. Michaelis (S. 118) als ein Beweis gelten muß. Mehr werde ich über diese Materie, bey der Lehre von den zu nahen Heirathen, g. G. anführen.

§. 23.

Von dem allgemein verbindlichen göttlichen Positivrechte, ist das besondere göttliche Positivrecht zu unterscheiden, oder der Inbegrif solcher göttlichen positiven Gesetze, die nur gewissen aber nicht allen Menschen zur Richtschnur dienen sollen. Diese Gesetze sind in den Schriften Moses, wie die allgemein verbindlichen enthalten. Es wird dieses besondere göttliche Recht f), von den Theologen, und verschiednen Rechts-

f) Joh. Dav. Michaelis Mosaisches Recht, 2te Ausg. Frkf. 1775. 6 Th. in 8. Pet. REGIS Moses legislator, seu de mosaicarum legum praestantia, Aug. Taurin. 1779. 4.

Rechtsgelehrten, in das bürgerliche, moralische und Ceremonialrecht eingetheilt. Andere Rechtsgelehrte billigen aber blos die Eintheilung in das Ceremonialrecht und in das bürgerliche oder politische Recht, weil die moralischen Gesetze kein Gegenstand der Rechtsgelehrsamkeit seyn könnten. Das Mosaische Ceremonialrecht oder kirchliche Recht enthielt göttliche Verordnungen, über die Religionsgebräuche und die Reinigung der Juden g). Unter dem Mosaischen bürgerlichen Rechte, ius mosaicum forense siue politicum, werden alle Gesetze Moses, über die äußerlichen Rechte und Verbindlichkeiten der Juden gegen einander, verstanden h). Auch bey der Beurtheilung dieser Gesetze, haben viele Theologen und Rechtsgelehrte, zu erkennen gegeben, mit welcher Hochachtung sie von Angelegenheiten der Religion und der Bibelauslegung zu denken und zu reden gewohnt sind, denn einige haben die Vortreflichkeit derselben nach Möglichkeit zu zeigen gesucht, z. B. der verdienstvolle Hr. Prälat Crusius, und der Hr. Sup. D. Baumgarten-Crusius in Merseburg; andere haben aber erklärt: man dürfe es nicht übertreiben und glauben, daß dieselben, weil sie von Gott herkommen, schlechterdings die besten wären, die gegeben werden konnten. Sie sind nicht schlechterdings, sondern nur unter den damaligen Umständen die besten, nicht in einem Platonischen, wie der Hr. HR. Michaelis sich ausdrückt, sondern in dem Israelitischen gemeinen Wesen, schreibt Hr. RR. Eichmann S. 73. So viel ist übrigens gewiß, daß diese Gesetze in christlichen Gerichten nicht eher angewendet werden, als wenn eines oder das andere Gesetz, im Lande ausdrücklich oder stillschweigend angenommen worden.

Unsere

g) Io. SPENCER de legibus Hebraeorum ritualibus et earum rationibus, Cantabr. 1727. fol. Tom. II. Chr. Fr. SARTORIVS D. de lege ceremoniali, Tub. 1762.

h) Henr. BODINI D. de obligatione forensi iuris diuini, Hal. 1696. rec. 1711. Sam. STRYCK Leges forenses mosaicae cum Iure Romano collatae, Lipſ. 1745. 8.

Unsere Juden halten die Gesetze Mosis, für Vorschriften von einer beständigen Verbindlichkeit i). Was aber die Anwendung derselben in den christlichen Gerichten betrift, so muß ein Unterschied gemacht werden, zwischen Verordnungen über Religions- und Cerimonialsachen, und den bürgerlichen Angelegenheiten der Juden. Die erstern dürfen sie nach dem Mosaischen Rechte und den in ihrem Talmud enthaltenen nähern Bestimmungen und Erklärungen dieser Gesetze einrichten; aber bey den letztern, z. B. bey letzten Willensverordnungen, Erbfällen, Vormundschaften, allen Contracten und Verträgen, ja selbst bey Eingehung der Ehen, ausgenommen die äußere Form derselben, welche sie nach ihrem Ritual vollziehen können, müssen sie sich nach den Landesgesetzen richten, wo sie geduldet werden, sie mögen Rechtsangelegenheiten unter sich selbst, oder mit Christen vornehmen k).

Die vorgetragenen Grundsätze werden von vielen Rechtsgelehrten l) nicht angenommen, sondern sie behaupten, daß die Juden in folgenden Fällen einzig und allein, nach den Mosaischen Gesetzen gerichtet werden könnten, nämlich 1) in Sachen, die ihre Kirchengebräuche und Ceremonien betreffen; 2) in Ehesachen, Aussteuerungssachen und Ehescheidungen; 3) in Erbschaftssachen und 4) in andern Irrungen der Juden mit Juden. Darauf antwortet aber Hr. RR. Eichmann S. 761 diese Meinung ist ganz irrig. Man darf nur den Grund derselben, der von jenen Rechtsgelehrten angeführt wird, und welcher in folgenden Sätzen besteht, prüfen. Sie sagen nämlich: wenn der Regent den Juden verstattet, in seinem Lande ihre Ceremonien und Kirchengebräuche beizubehalten, so giebt er ihnen auch eo ipso das Recht, in geistlichen

i) Mos. Mendelssohn Ritualgesetze der Juden, Berlin 1778. in der Einleitung.

k) L. 7. 8. C. de Iudaeis.

l) KNIPSCHILD Tract. de iuribus ac priuilegiis ciuit. Imp. lib. 2. c. 30. n. 31. REINKING de regim. secul. et eccles. lib. 2. class 2. c. 3 n. 8. BECK Tr. de iurib. iud. c. 4. §. 4. Io. Aug. FRANCKENSTEIN de iurib. singular. circa Iud. c. 2. §. 4. PFEFFINGER ad VITR. Lib. 3. tit. 17. §. 87. Vol. III. S. 1299.

lichen und weltlichen Sachen derselben, nach den Mosaischen Gesetzen zu leben. Der erste Satz ist zwar richtig, aber nicht auch der zweite; denn es folgt nicht, weil die Juden das Mosaische Ceremonialrecht befolgen dürfen, ohne welches sie keine Religionsfreiheit haben würden, so ist ihnen auch zugleich verstattet worden, bey ihren bürgerlichen Angelegenheiten das Mosaische bürgerliche Recht anwenden zu können. Man muß vielmehr behaupten, daß den Juden nur in soferne der Gebrauch des Mosaischen kirchlichen und bürgerlichen Rechts zustehe, als ihnen derselbe bey der Aufnahme im Lande, ausdrücklich oder stillschweigend verstattet worden, denn wenn gewisse Personen, sie mögen seyn, wer sie wollen, in einem Lande wohnen dürfen, so sind sie auch wie alle übrigen Einwohner, an die Gesetze des Landes gebunden, wenn nicht etwas anders deutlich festgesetzt worden. Einer Autonomie genießen sie nur alsdenn, wenn ihnen entweder bey der Aufnahme, oder nach der Zeit, durch besondere Privilegien, der Gebrauch ihres eigenen Mosaischen Rechts ist gestattet worden, worüber die Schutzbriefe, Judenordnungen und Privilegien der Juden das nähere bestimmen müssen [m].

§. 24.

Bey menschlichen Gesetzen kommt alles darauf an, daß sie wirklich von demjenigen gegeben worden, der die gesetzgebende Gewalt in dem Lande hat, wo diese Gesetze gelten sollen, wie wir S. 49 und 58 gesehen haben. In diesem Paragraphen soll daher das wichtigste, von der gesetzgebenden Gewalt in Rücksicht auf Teutschland, vorgetragen werden. Dabey ist vor allen Dingen ein Unterschied zu machen zwischen Gesetzen, die in ganz Teutschland gelten, und solchen, die nur in einzelnen Provinzen verbindlich sind. Die erstern nennt man Teutsche Reichsgesetze, und die zweiten Teutsche Landesgesetze.

m) KAYSER comment. de autonomia Iudaeorum, Gies. 1739. de GAZERT Tract. de Iudaeorum in Hassia praecipue Darmstadina iuribus atque priuil. Gies. 1771. §. 7. Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte Abhandl. 2 Bände, Halle 1785. 1. Band S. 106 u. f.

setze. Beide bestehen aus einheimischen, und auswärtigen oder recipirten Gesetzen, wozu besonders das römische Recht gehört. Teutsche Reichsgesetze werden von dem Kaiser und den Reichsständen gegeben, wovon im teutschen Staatsrechte ausführlich gehandelt wird. Wir beschäftigen uns hier blos, mit der gesetzgebenden Gewalt in den teutschen einzelnen Staaten.

Vermöge der teutschen Reichsverfassung, hat jeder Reichsstand das Recht, Gesetze für seine Bürger zu geben. Dieses Recht ist ein eigenes Recht der Landeshoheit, zu dessen Ausübung weder die Concession noch Bestätigung des Kaisers gesucht wird, und die Reichsgerichte sind schuldig, in denen durch Appellation, oder auf andere Art bey ihnen anhängig gewordenen Rechtsangelegenheiten, darnach zu sprechen n). Nicht so ausgemacht ist die Frage: ob ein teutscher Reichsstand die gesetzgebende Gewalt in seinem Lande ganz allein ausüben kann, oder nur mit Einwilligung seiner Landstände? Einige Staatsrechtsgelehrte halten die Einwilligung der Landstände, bey Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, für schlechterdings nothwendig o). Diese Behauptung wird aber von den mehresten Rechtslehrern als ungegründet verworfen, und nach ihrer Meinung ist der teutsche Fürst nur alsdenn schuldig, mit Einwilligung der Landstände Gesetze zu geben, wenn ausdrückliche Landesgesetze, oder das Herkommen, oder die Analogie der Landesverfassung dieses erfordern. Es ist zwar nicht zu bestreiten, daß die Landstände in den ältern Zeiten, an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt Antheil gehabt haben p): eben so gewiß ist es aber auch, daß die Regierungsverfassung der teutschen Territorien, sich in neuern Zeiten sehr geändert hat, und die Regenten durch neuere Landesgrundgesetze und das Herkommen, einen weit stärkern Einfluß

n) C. G. O. v. 1555. Th. 1. Tit. 57. R. H. O. Tit. 1. §. 15.

o) REINHARDT ad CHRISTIN. Vol. I. Obs. 13.

p) Hr. Vicecanzl. Strube von Regierungs- und Justizsachen, S. 27 u. f.

fluß auf die Landesregierung bekommen haben. Dieser historischen Umstände wegen, nehmen die Rechtslehrer zur Regel an: daß bey Streitigkeiten zwischen dem Landesfürsten und den Landständen über die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, keine allgemeine Vermuthung, weder für den Landesregenten noch die Landstände eintrete, sondern die Sache einzig und allein nach der besondern Landesverfassung, wo der Streit entschieden werden soll, beurtheilt werden müsse q).

Nicht weniger streitig ist die Frage: ob ein teutscher Reichsstand durch seine Gesetze, ein sogenanntes allgemeines teutsches Reichsgesetz, für seine Unterthanen unverbindlich machen könne? oder wie andere sagen: ob die Reichsstände wider die gemeinen Reichsgesetze, in ihren Ländern neue Ordnungen und Landesgesetze einführen, und dadurch jene aufheben oder ändern können r)? Die mehresten machen einen Unterschied zwischen teutschen Reichsgesetzen, die man Reichsgrundgesetze nennt, das heißt solchen, worinn über die Staatsverfassung des ganzen teutschen Reichs überhaupt, oder wenigstens der einzelnen Provinzen, etwas festgesetzt worden, und andern allgemeinen Reichsgesetzen, die von Privatsachen teutscher Bürger handeln, und Reichsprivatgesetze genannt werden. Gesetze der ersten Art können nicht anders abgeändert oder gar ungültig gemacht werden, als mit Einwilligung des Kaisers und des Reichs. Sollte aber ein solches allgemeines Reichsgrundgesetz etwas enthalten,

q) Hr. HR. Glück a. a. O. Th. 1. S. 159. Hr. HR. Schnaubert in den Beiträgen zum Teutschen Staats- und Kirchenrechte, Gieß. 1782. Th. 1. S. 96.

r) Chr. THOMASIVS D. de statuum Imperii potestate legislatoria contra ius commune, SILBERRAD c. Resp. SCHEID D. de potestate stat. Imp. leges in territorio ferendi, recessib. Imp. contrarias, Arg. 1756. Geo. Phil. MVHL D. I. qua expenditur quaestio: an et quatenus stat. Imp. legibus imp. derogare possint, Gies. 1786. Moser von der Landeshoheit in Regierungssachen, Cap. 4. §. 48. 49. Ebend. von der Teutschen Justizverf. Th. 1. S. 1160. Ebend. von Reichstagsgesch. S. 273 Gerstlacher Corp. Iur. Germ. T. I. S. 33. Hr. HR. Schnaubert, in den Beiträgen, Th. 1. Nr. 3.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0188
DFG

ten, was blos zum Besten des Landesfürsten, oder der Landstände und Unterthanen verordnet worden, so darf ein solches Gesetz mit beiderseitiger Einwilligung geändert werden, wie man an dem §. 180. des R. A. v. 1654, und dem Art. 5. §. 31. des Osnab. Fried. Instr. sieht.

Bey der Abänderung der allgemeinen **Reichsprivatgesetze**, ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob in einem dergleichen Gesetz die **Salvatorische** Clausel stehet, oder nicht. Im ersten Falle kann einem teutschen Reichsstande das Recht nicht abgesprochen werden, dieses Gesetz ganz oder zum Theil abzuändern. Dieses ist daher bey der Halsgerichtsordnung Carls des 5ten geschehen, und Beispiele kommen vor in der Vorrede dazu, im §. 171. und 176. des R. A. v. 1654, im Reichsschluß vom 4ten Sept. 1731. Art. 1., nach welchem jedem Reichsstande nach Gelegenheit der Zeit und Umstände, die Anwendung und Verbesserung der Innungsbriefe vorbehalten worden ist.

Steht die angeführte **Clausel** nicht in einem Reichsprivatgesetze, so machen einige Staatsrechtslehrer den Unterschied, ob das Reichsprivatgesetz unter diejenigen gehört, welche schlechterdings in allen einzelnen Provinzen befolgt werden sollen, eine lex Imperii absolute praeceptiua aut prohibitiua (S. 72) sey, oder ob dieses nicht gesagt werden kann, sondern das Gesetz für eine lex Imperii hypothetica gehalten werden muß. Zu welcher Classe dieser beiden Arten der Reichsprivatgesetze, dasjenige gerechnet werden muß, wovon die Frage ist, kann entweder aus dem deutlichen Inhalte des Gesetzes selbst, oder dem stillschweigenden und zu vermuthenden Willen der Reichsgesetzgebungsgewalt geschlossen werden. Ein Gesetz muß daher unter die **erstern** gerechnet werden, wenn die Absicht der Gesetzgeber, und die allgemeine teutsche Wohlfarth schlechterdings auf keine vernünftige Weise anders erreicht werden kann, als wenn das Gesetz schlechterdings in jedem teutschen Lande befolgt wird. Solche Gesetze durch Landesgesetze abzuändern, kann unmöglich erlaubt seyn, oder man müßte Widersprüche für geltend halten; denn wie würde z. B. schreibt Hr. HR. Glück S. 162, die gute Absicht des Reichs-

schlusses von 1731 wegen Abstellung der Handwerksmißbräuche erreicht werden, wenn derselbe in einem Lande befolgt würde, und in dem andern wieder nicht?

Eine ganz andere Gewalt haben aber teutsche Reichsstände, wenn von der Abänderung oder gänzlichen Aufhebung so genannter hypothetischer Reichsprivatgesetze die Rede ist, denn hier kann ihnen das Recht dazu schlechterdings nicht abgesprochen werden. Ist gleich ein teutscher Reichsstand dem Kaiser und Reich untergeordnet, in Rücksicht auf die ihm zustehende Landeshoheit seiner Staaten, so hat er nichts destoweniger vermöge derselben, die völlige gesetzgebende Gewalt und die höchste Aufsicht über das Wohl seiner Länder, wie andere völlig unabhängige Regenten, wenn es die Wohlfarth der Unterthanen erfordert, und deutliche Reichsgrundgesetze nichts anders festsetzen [s]). Noch weniger Bedenken darf sich ein teutscher Reichsstand machen, Gesetze die zu den recipirten Rechten in Teutschland gehören, abzuändern oder ganz abzuschaffen, da sich viele derselben zu der Verfassung teutscher Staaten noch weniger schicken, als einige von den allgemeinen teutschen Privatgesetzen [t]). Uebrigens verdient es kaum bemerkt zu werden, daß nur der Regent selbst, die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt haben kann, und folglich seine zur Verwaltung der Reglerungsrechte bestellten höhern oder niedern Collegia, nicht eher berechtigt sind, Gesetze zu geben, als wenn sie den Auftrag dazu erhalten haben.

§. 25.

Was im 2. und 3. Paragraphen über den Begrif und einige Haupteintheilungen der Verbindlichkeiten gesagt worden, ist noch bey weitem nicht alles, was über diesen wichtigen Theil der Rechtsgelehrsamkeit zu bemerken ist. Sehr wichtige Grundsätze enthält auch die Erläuterung der Eintheilung der Verbindlichkeiten in natürliche, bürgerliche, vermisch-

s) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Th. 1. S. 82.

t) HOFACKER Princ. Iur. Rom. Tom. I. §. 120. Hr. RR. Schnaubert a. a. O. §. 2. Hr. HR. Glück a. a. O. Th. 1. S. 163.

vermischte, die aber nicht eher recht deutlich werden, als bis man mit den zeither angeführten Wahrheiten, von der Beschaffenheit des natürlichen und bürgerlichen Rechts gehörig bekannt ist. Daß die Gesetze überhaupt, als die einzige und nächste Quelle aller Verbindlichkeiten zu betrachten sind, ist S. 21 und 30 bewiesen worden. Die sämtlichen Verbindlichkeiten gründen sich nun entweder auf natürliche oder Vernunftgesetze, dergestalt, daß sie auch ohne Vorschrift der bürgerlichen Gesetze vorhanden seyn würden, oder sie rühren aus positiven Gesetzen her. Im ersten Falle nennt man die Verbindlichkeit eine natürliche, im zweiten hingegen eine bürgerliche. Sehr oft haben bürgerliche Gesetze Verbindlichkeiten blos bestätigt, die schon nach dem Naturrechte für gegründet gehalten werden müssen, und diese nennen die Rechtslehrer vermischte Verbindlichkeiten. Wider diesen dreifachen Unterschied läßt sich im Ganzen nichts sagen, wie Hr. Prof. Weber u) bemerkt; nur ist der Fehler mehrerer ältern Rechtslehrer zu vermeiden, daß man bey der Bestimmung der gerichtlichen Würkung einer Verbindlichkeit jene Eintheilung nicht als wesentlich zum Grunde legt, wie wir bald sehen werden. Eine blos natürliche Verbindlichkeit ist z. B. die Verbindlichkeit der Frauenzimmer, die Bürgschaft zu halten, die Verbindlichkeit eines in der väterlichen Gewalt stehenden Sohnes, das Darlehn wiederzubezahlen, der römischen Bürger aus simpeln Verträgen. Eine blos bürgerliche Verbindlichkeit ist die Verbindlichkeit aus der Rechtskraft, des Depositars zum doppelten Ersatz, wenn er ein depositum miserabile vorenthalten. Unter die vermischten Verbindlichkeiten gehört z. B. die Verbindlichkeit einer Mannsperson aus seiner geleisteten Bürgschaft. Daß eine große Anzahl natürlicher Verbindlichkeiten, durch bürgerliche Gesetze wiederholt worden, war schlechterdings nöthig, theils deswegen, weil die Philosophen und Rechtsgelehrten über die Anzahl der natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten verschiedne Meinungen haben, theils der Wohlfarth der Bürger wegen, in-

u) Hr. Prof. Weber von Verbindlichk. S. 10.

dem es sehr nachtheilig für sie werden könnte, wenn der Regent es blos der Einsicht und dem Willen der Richter überlassen wollte, was sie für natürliche Rechte und Verbindlichkeiten halten wollen oder nicht. Ein Gesetzgeber würde also schlecht für seine Unterthanen sorgen, wenn er keine andern, als wirklich positive Gesetze im eigentlichen Verstande (S. 65), in sein Gesetzbuch aufnehmen, und nur da anfangen wollte, wo seiner Meinung nach, das Naturrecht aufhört x). Der größte Vorzug eines Gesetzbuchs besteht in der vollständigsten Anführung richtiger Naturgesetze, wie das unverbesserliche neue Preuß. Gesetzbuch beweist.

Von der Natur der **vermischten** Verbindlichkeiten führt Hr. Prof. **Weber** S. 13 auch folgende schöne Sätze an; nämlich 1) die Verbindlichkeit hört deswegen nicht auf, eine **natürliche** zu seyn, weil sie durch **bürgerliche** Gesetze bestätigt worden; 2) sie verliert durch diese Wiederholung ihre eigentliche Kraft und Würkung keinesweges; und daher kann 3) derjenige, dem die Unwissenheit der positiven Gesetze nicht schadet, sich in Ansehung solcher Vorschriften, die schon natürlichen Rechtens sind, nicht damit entschuldigen y); 4 wenn das **positive** Recht seine Gültigkeit verloren, so wird deswegen alles dasjenige nicht mit ungültig, was aus dem Naturrechte darinn aufgenommen worden ist. Wie wichtig diese Bemerkungen, bey der gehörigen Bestimmung des heutigen Gebrauchs des römischen Rechts sey, hat Hr. Prof. **Weber** z) ausführlich gezeigt.

§. 26.

Je mehr man die vortreflichen Grundsätze kennt, welche das Naturrecht enthält, desto größer ist die unangenehme Empfin-

x) HELLFELD Diss. prael. ad STRVVII Iurispr. heroic. T. I. de fontibus iuris, quo Illustres vtuntur, §. 40. S. 31.

y) VOET ad Dig. XXII. 6. 1. HELLFELD Iurispr. forens. §. 1188.

z) Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts, 1782. 8. S. 46 u. f.

Empfindung, die dadurch erzeugt wird, wenn man große Fehler bey der Anwendung desselben in den Gerichten bemerkt. Daß dieses wirklich der Fall sey, hat erst ganz neuerlich einer unserer scharfsinnigsten philosophischen Rechtslehrer, Hr. Prof. Weber in seinem gelehrten Werke von der Würkung der natürlichen Verbindlichkeiten gezeigt. Möchten doch seine Ideen von allen Rechtsgelehrten erwogen werden, deren Herz und Kopf gegen alles warme Gefühl für Menschenwohl nicht schon ganz unempfindlich ist. Im Ganzen, schreibt dieser achtungswürdige Gelehrte, S. 125, hat die juristische Litteratur, über den Nutzen und Gebrauch des Naturrechts in vorkommenden Justizsachen der Staatsbürger, nichts vollständiges aufzuweisen. Was davon gelegentlich in den Systemen des Privatrechts vorkommt, ist theils nicht befriedigend, theils zu unbestimmt, als daß es in der Anwendung Nutzen gewähren könnte. Inzwischen haben die erwähnten römischen Gesetze doch so viel veranlaßt, daß man die Frage: ob und in wie ferne eine natürliche Zwangspflicht in den bürgerlichen Gerichten klagbar sey? sowohl in den Lehrbüchern und größern Werken des Civilrechts, als auch in einzelnen Abhandlungen zu erörtern gesucht hat. Dabey sind aber jene Gesetze in mehr als einer Rücksicht von den Auslegern mißverstanden, zum Theil im Allgemeinen ganz unrichtig angewandt, und die einzelnen Gegenstände unvollständig dargestellt worden. Es dürfte daher für die Theorie und Praxis des gemeinen Privatrechts schon von Nutzen seyn, vorläufig wenigstens das gewöhnliche Lehrsystem von der Würksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten in bürgerlichen Gerichten zu berichtigen, und auf wahre allgemeine Grundsätze zurückzuführen a).

a) Außer den verschiednen Handbüchern und Systemen des Privatrechts überhaupt, sind unter den Schriften, welche die gegenwärtige Materie besonders abhandeln, folgende zu merken: 1) Io. POMMERESCH D. de obligat. naturali, Gryph. 1661. 2) Io. Andr FROMMANN D de obligat. natur. Tub. 1676. in collect. Diss. P. II. n. 9. 3) Ant. SCHULTING D. de naturali oblig. L. B. 1683. et in Comment. acad. Hal. 1770. 4) Io. Chr. HEILERSIEG

Vom Accursius an, bis auf den Vater des neuesten juristischen Lehrbuchs, wird das Verhältniß natürlicher Verbindlichkeiten, ihrer Fortdauer und Einschränkung im bürgerlichen Zustande, und überhaupt die gerichtliche Würkung derselben, vermittelst nachstehender Eintheilung vorgetragen. Die natürliche Verbindlichkeit ist entweder in den bürgerlichen Gesetzen wiederholt vorgeschrieben, und, wie man sich eigentlich auszudrücken pflegt, ad effectum agendi bestätigt worden, oder nicht. Im ersten Falle ist sie, die so genannte vermischte Verbindlichkeit, in Gerichten dergestalt kräftig, daß sie sowohl durch Klagen als Einreden kräftig gemacht werden kann. Im zweiten Falle aber, wo die Verbindlichkeit unter dem Namen einer blos natürlichen, obligatio naturalis mere talis, oder stricte sic dicta, vorkommt, wird sie wiederum in die ganz verworfene, reprobata siue plane destructa, und die zwar nicht bestätigte, aber doch auch nicht ganz verworfene, oder nicht ganz aufgehobene natürliche Verbindlichkeit, abgetheilt. Jene hat in Gerichten schlechterdings gar keinen Effect, so daß auch die etwa geschehene Erfüllung derselben kann zurück gefordert werden. Letztere hingegen ist in Ansehung der gerichtlichen Würkung nur eingeschränkt, und zwar so, daß wegen einer solchen Verbindlichkeit nur nicht geklagt werden kann, wohl aber alle übrigen Effecte statt finden. In Ansehung solcher Verbindlichkeiten findet 1) die Compensation statt, L. 5. D. de comp.; 2) ein constitutum, L. 1. §. 7. D. de const. pec.; 3) die Novation, L. 1. §. 1. D. de nouat.; 4) ein Pfandrecht, L. 5. L. 14. D. de pignor.; 5) die Bürgschaft, §. 1. Inst. de fidei.; 6) nicht aber noch erfolgter Zahlung die Zurückforderung derselben, wenn gleich die Erfüllung aus Irrthum geschehen seyn sollte, L. 10. D. de obligg.

LERSIEG de obligat. natur. Vltrai. 1694. 5) Io. Ortw. WESTENBERG D. I. de cauſ. obligat. in Oper. Hanou. 1746. Tom. I. S. 59. 6) Io. Balth. WERNHER de auctor. iuris ciuilis circa obligat. naturales, Viteb. 1701. 7) Ge. Chr. NELLER c. Reſp. Io. Iac. LINIO de obligat. praeſertim naturali, Aug. Treu. 1751.

oblig. et auct. L. 19. D. de cond. ind. b). Obligatio, heißt es davon in des Hrn. GR. Höpfners Lehrbuch der Inst. §. 765. quae non quidem *confirmata*, nec tamen penitus *sublata* est; und wie der Hr. GRR. Hellfeld im gegenwärtigen 26. §. hinzufügt: omni effectu haud destituitur, dum non quidem actionem, bene vero exceptionem et retentionem producit. Um nun zu bestimmen, ob eine nicht bestätigte natürliche Verbindlichkeit in jene, oder in diese Classe zu rechnen sey, hat man nur darauf zu sehen, ob die Civilgesetze gestatten, daß die geschehene Zahlung wieder zurückgefordert werden dürfe, oder nicht? Dieß ist der unterscheidende Charakter, wobey man es bewenden läßt, ohne den eigentlichen Grund im Allgemeinen richtig und bestimmt anzugeben. Ja, weil man jene Eintheilungen durchaus zweckmäßig findet, um das Verhältniß jeder einzelnen natürlichen Verbindlichkeit in bürgerlichen Gerichten bestimmen zu können, so wird es auch nicht nöthig gehalten, darüber weiter ins Detail zu gehen, außer daß man bey einer jeden der angeführten Gattungen einige Beispiele zur Erläuterung hinzuzufügen pflegt, zu welcher Absicht die Verbindlichkeit aus einem Kauf- und Miethcontracte als **vermischte**, die aus verbotenen Spielen, der Bürgschaft einer Frauensperson, und dem Versprechen eines gerichtlich erklärten Verschwenders, als **gänzlich** aufgehobene, und endlich die Verbindlichkeit aus simpeln Verträgen, aus der Geldanleihe solcher Personen, die der väterlichen Gewalt unterworfen sind, als **eingeschränkte, jedoch nicht aufgehobene natürliche Verbindlichkeiten** angeführt werden. Damit inzwischen doch auf alle Fälle der Vollständigkeit nichts abgehen möge, werden in verschiednen Lehrbüchern und andern Schriften selbst die Liebespflichten bald der einen, bald der andern Gattung jener natürlichen Verbindlichkeit beigezählt. **Westenberg** c) wirft solche sehr unschicklich, mit der Verbindlichkeit eines Verschwenders und der Frauenzimmer,

b) WESTENBERG D I. de cauff. oblig. c. 4. §. 23. ZOESIVS Comment. ad Pand. Lib. XII. tit. 6. n. 6. 7.

c) ibid. c. 4. §. 9. sq.

die sich verbürgt haben, in eine Classe. Andere d) hingegen behaupten, daß, obgleich dieser Liebespflichten wegen keine Klage zulässig sey, dennoch die natürlich unvollkommene Verbindlichkeit an sich der Zurückforderung im Wege stehe. — So sieht im Ganzen der Vortrag dieser Materie in unsern Lehrbüchern aus. Wäre es möglich, daß Autoritäten und die Menge der Vertheidiger zur Wahrheit an sich etwas beitragen könnten, so würde die Sache über alle Zweifel gänzlich hinweg seyn. Man prüfe aber dieses Lehrgebäude ohne Vorurtheil, und man wird die ganze Anlage desselben äußerst fehlerhaft und zweckwidrig finden.

Der erste Fehler dieser Theorie, wie Hr. Prof. **Weber** S. 132 gezeigt hat, zeigt sich durch den Mißbrauch der Eintheilung in **vermischte** und **blos natürliche** Verbindlichkeiten. Die Vertheidiger der unrichtigen Eintheilung der **natürlichen** Verbindlichkeiten, in Rücksicht auf den gerichtlichen Effect derselben, gestehen es selbst, daß sie sich durch keine Gesetze beweisen lasse, und doch behalten sie die Sache bey. **Westenberg** schreibt de cauſſ. obligat. Diſſ. I. c. 4. §. 5. — licet haec totidem verbis in *legibus* noſtris non occurrant, rem ipſam tamen inueniri ſufficit. Gleichwohl ist es offenbar nicht zu rechtfertigen, daß die Eintheilung in blos natürliche und vermischte Verbindlichkeiten dazu dienen soll, um vermöge derselben die gerichtliche Würksamkeit einer Forderung überhaupt zu bestimmen. Es wird ohne hinlängliche Gründe behauptet, daß der völlige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit nur sodann statt finde, wenn sie in den bürgerlichen Gesetzen wiederholt vorgeschrieben und bestätigt worden, daß folglich alle übrigen Zwangspflichten, wovon die bürgerlichen Gesetze schweigen, wenigstens quoad effectum agendi für unwirksam gehalten werden müßten. In dem finstern Zeitalter der Glossatoren, wo die Jurisprudenz mit allen übrigen Wissenschaften in der traurigsten Verfassung war, war es verzeihlich, wenn man sich die Sache so vorstell-

d) GROTIVS de iure belli Lib. 2. c. 14. n. 6. HELLFELD Iur. for. §. 829.

vorstellte, wie sich Accursius e) ausdrückt. Merkwürdiger ist es, daß in der Folge selbst die gelehrtesten Rechtslehrer diesen Irrthum beybehalten konnten f).

Diese Rechtslehrer und andere behaupten also, natürliche Zwangspflicht ist an und für sich in bürgerlichen Gerichten nicht klagbar, wenn sie nicht durch Vorschriften der Civilgesetze zu dieser Würkung erhoben worden ist. Ich darf nicht umgekehrt sagen, alle natürliche Verbindlichkeiten sind auch in bürgerlichen Gerichten völlig würksam, es wäre denn durch bürgerliche Gesetze namentlich eine Einschränkung geschehen. Soll eine Klage statt finden, so muß gezeigt werden, daß das positive Recht dem Gläubiger diese Befugniß wirklich ertheilt habe. — Dieses Raisonnement ist zuvörderst, wenn man auch dabey auf kein einzelnes positives Recht Rücksicht nimmt, an sich schon vernunftwidrig; denn sind auf der einen Seite die Mitglieder des Staats schuldig, ihre Rechte nicht durch Privatgewalt, sondern durch richterliche Hülfe geltend zu machen, so müssen auch auf der andern Seite die Gerichte verbunden seyn, einem Jeden zur Erlangung seines vollkommenen Rechts zu verhelfen. Da nun dergleichen Rechte und Verbindlichkeiten an sich, ohne alle Vorschrift der positiven Gesetze statt finden können, wofern man nicht in den lächerlichen Irrthum gerathen will, daß das Naturrecht zu seiner verbindenden Kraft der Bestätigung des bürgerlichen Gesetzgebers bedürfe; so ist gar nicht abzusehen, wie der Richter eine aus dem natürlichen Zwangsrechte angestellte Klage blos darum verwerfen könne, weil

e) Accvrsivs ad tit. Inst. de obligat. — sunt actualis obligationis duae radices, vna *naturalis*, quae consensu nascitur, et inter omnes fieri potest, hinc *naturalis* dicitur, sed *haec vim non habet exigendi*, impedit tamen soluti repetitionem. *Huic quandoque accedit ciuilis etiam radix*, quae illi naturali faciem dat, vel formam, vel vestem, *vt possit parere actionem.*

f) Vvlteivs Iurispr. Roman. edit. Estor §. 1501. 1504. Rittersh. comm. ad Inst. Lib. III. tit. 14. S. 397. Boehmer Comp. Dig. lib. 44. tit. 7. §. 2. Voet ad Dig. tit de obl. n. 3. Wesenbeck ad Pand. tit de obl. §. 6. Schavmbvrg Comp. Dig. eod. tit. §. 3. Hellfeld Iur. for. §. 26.

weil das Civilrecht derselben nicht gedenkt. Etwas anders wäre freilich zu behaupten, wenn in diesem oder jenem positiven Gesetze, ein für allemal ausdrücklich verordnet worden, daß nur solche Klagen, welche das bürgerliche Recht bestätigt hätte, in Gerichten zulässig seyn sollten. Außerdem aber bringt es die Natur der Sache ganz ungezweifelt mit sich, daß man jene Bestimmung gerade umkehren, und jede natürliche Zwangspflicht der Regel nach auch in der bürgerlichen Gesellschaft, als völlig würksam und klagbar annehmen müsse, daß folglich die der gerichtlichen Würkung nach eingeschränkte natürliche Verbindlichkeit, nur als Ausnahme von der Regel, lediglich auf die einzelnen Fälle zu reduciren sey, wo die Gesetze dergleichen ausdrücklich verordnet haben g).

Wir wollen sehen, ob in diesem oder jenem positiven Rechte (S. 143) wirklich die Verordnung enthalten ist, daß blos natürliche Rechte und Verbindlichkeiten, nur diejenige Kraft und Würkung haben sollen, die ihnen durch bürgerliche Gesetze beigelegt worden. Die Gegner glauben in römischen Gesetzen, die Bestätigung ihrer Theorie zu finden. Aber z. B. die Worte: *secundum* nostrae ciuitatis iura, welche in dem Begrif der Verbindlichkeit pr. Inst. de oblig stehen, sagen gewiß nichts anders, als daß keine Verbindlichkeit wider bürgerliche Gesetze streiten dürfe h). Bey Stellen, wo die römischen Rechtsgelehrten sich so zu erklären scheinen, wie es mit der gewöhnlichen Theorie übereinzukommen scheint, hätte man doch vor allen Dingen sorgfältig prüfen sollen, ob diese Gesetze allgemeine Regeln enthalten, oder blos von einzelnen damaligen Verbindlichkeiten handeln, und in welchem Verstande die Worte, naturalis obligatio genommen worden. Es kann nicht geleugnet werden, daß in einigen Gesetzen der natürlichen Verbindlichkeit, die rechtliche Würkung zum Theil oder ganz entzogen worden, z. B. in der L. 16. §. 4. D. de fideiuss., L. 41. D. de pecul. L. 10. D. de

g) NETTELBLADT Systema §. 281. Hr. RR. Eichmann Th. 1. S. 87. n. 4. Hr. HR. Glück Th. 1. §. 26.

h) CVIACIVS ad h. l. WESTENBERG D. I. de caus. oblig. c. 4. §. 3. Hr. HR. Glück, Th. 1. §. 2.

D. de V. S. Wenn übrigens Pomponius in der L. 49. §. 2. D. de peculio schreibt: vt debitor vel seruus domino, vel dominus seruo intelligatur, ex *causa ciuili* computandum est, so wird dieses von einigen Auslegern unrichtig dahin erklärt, daß selbst der Grund der Verbindlichkeit allemal nur aus bürgerlichen Rechten herzuleiten sey. Der wahre Sinn der Worte ist dieser: — obgleich zwischen dem Herrn und seinen Sclaven keine völlig gültige bürgerliche, sondern nur eine eingeschränkte natürliche Verbindlichkeit statt findet; so muß doch, um überhaupt eine Verbindlichkeit annehmen zu können, die Sache nach eben den Grundsätzen beurtheilt werden, welche sonst in den Angelegenheiten römischer Bürger eine wahre Verbindlichkeit rechtfertigen (causa ciuilis). Daher heißt es auch in den gleich folgenden Worten: ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere seruo suo, quum omnino neque mutuum acceperit, neque vlla *causa* praecesserit *debendi*, nuda *ratio non* facit eum debitorem. Was unter den römischen Bürgern keine wahre Verbindlichkeit veranlaßt, kann auch zwischen dem Herrn und seinen Sclaven diese Würkung nicht haben i). Es ist also eine wahre petitio principii, wenn man die Würksamkeit solcher natürl. Verbindlichkeiten, von denen die bürgerlichen Gesetze nichts sagen, nach eben den Grundsätzen beurtheilen wollte, die von der natürlichen Verbindlichkeit in jener eigenen Rücksicht angenommen worden. Daß ferner die römischen Rechtsgelehrten, manche Klagen, die sich auf natürliche Zwangsrechte gründen, nicht anerkennen wollten, rührte sehr oft daher, weil die Gesetze deutlich dagegen waren k). Dazu gab auch die damalige Gerichtsverfassung sehr viel Anlaß, wobey so viel auf Formeln und Feierlichkeiten ankam. Anfangs hielt man es für schlechterdings nöthig, bey der Rechtspflege, eine buchstäbliche Befolgung der Gesetze zum Grunde zu legen, und daher kann der Satz: daß keine Klage im Gericht angenommen

men

i) FABER Rat. ad Pand. ad h. l.

k) L. 32. D. de reb. cred. L. 11. D. de oblig. et act. L. 33. D. de cond. indeb. L. 48. D. de rei vind. L. 14. §. 1. D. commun. diu.

men werden dürfe, ohne die Verordnung eines Gesetzes für sich zu haben. Dieses beweisen die Umwege, bey Anstellung mancher Klagen. Man braucht nur an den Fall des Caninius mit dem Pythius zu denken, den Cicero de offic. III. 14. so schön erzählt. Die Betrügerey des Pythius war gewiß, und doch hielt Cicero dafür, es habe keine Klage dagegen statt gefunden: nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas, in quibus ipsis, quum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus? respondebat: quum esset aliud simulatum, aliud actum. Nach und nach aber hat das römische Rechtssystem, eine ganz andere Gestalt erhalten. Die Prätoren erklärten die natürliche Billigkeit selbst gegen die Vorschriften des strengen Rechts für würksam, und fanden noch weniger Bedenken, in solchen Fällen, worüber die Gesetze nichts bestimmten, nach den Vorschriften des Vernunftrechts, Klagen in factum zu gestatten. Die Rechtsgelehrten folgten diesem Beispiele, und versuchten es in ihren Erläuterungen des Edicts, die Sache immer mehr zu befördern, bis sie endlich durch kaiserliche Constitutionen völlig außer Zweifel gesetzt wurde; und daher herrscht in dem neuern römischen Rechte, eine ganz andere Sprache.

Anstatt daß nach der gemeinen Meinung, die durch bürgerliche Gesetze nicht bestätigte natürliche Billigkeit ihre völlige gerichtliche Würkung nicht haben soll, sieht man das offenbare Gegentheil aus Gesetzen, worinn der Richter überall auf das Naturrecht und die natürliche Billigkeit verwiesen wird [1]). In diesen Gesetzen ist deutlich erklärt, daß die Klagen aus der natürlichen Billigkeit, ein Ausdruck, der hier immer das natürliche Zwangsrecht anzeigt, gültig sind, denn bediente man sich nicht hauptsächlich zu diesem Endzweck der actio in factum? Es kann also nicht geleugnet werden daß nach dem neuern römischen Rechte, die natürliche vollkommene Verbindlich-

1) L. 8. C. de Iudic. L. 7. D. de in int. rest. L. 90. D. de reg. Iur. L. 91. D. de verb. obl. L. 24. D. de his, qui sui vel al. iur. L. 13. §. 7. D. de excusat. tutor. L. 29. §. 4. D. mand. L. 2. 3. 4. 11. 14. §. 3. D. de praescr. verb.

bindlichkeit auch ohne besondere Zustimmung der bürgerlichen Gesetze, in den Gerichten eine Klage begründet, und daß es vielmehr unter die Ausnahmen gehört, wenn in diesem oder jenem Falle, die gerichtliche Würkung nach besondern Vorschriften, ganz oder zum Theil nicht statt findet; daß folglich kein Richter, ohne eine Ungerechtigkeit zu begehen, und selbst gegen die Gesetze zu handeln, die Klage wegen einer natürlichen Verbindlichkeit blos darum, weil sie nicht durch bürgerliche Gesetze besonders bestätigt worden, verwerfen könne, und daß um so mehr auch unsere Gerichte nach den nunmehr in Justinians Gesetzbuche enthaltenen allgemeinen Vorschriften, in allen Fällen, wo die Civilgesetze nichts bestimmen, den Grundsätzen des Naturrechts folgen, folglich auch blos darinn begründete Klagen zulassen müssen. Eben dieses ist noch weit weniger zu bezweifeln, wenn man die Verordnungen des Canonischen Rechts damit vergleicht, wie Hr. Prof. Weber S. 148 u. f. gezeigt hat, worüber ich der Kürze wegen nichts sagen kann, weil die Sache bey anderer Gelegenheit mehrmals vorkommen wird.

Auch die zweite Eintheilung der natürlichen Verbindlichkeiten, in solche, die das bürgerliche Recht durchaus verwirft, und solche, die zwar nicht bestätigt, aber auch nicht gemißbilligt sind, scheint in den Lehrbüchern noch manche Berichtigung nöthig zu haben, wenn sie der Wahrheit angemessen, und von allen Irrthümern frey werden soll. Eine gänzlich aufgehobene natürliche Verbindlichkeit, obligatio naturalis reprobata seu plane destructa, ist nach der gemeinen Erklärung vorhanden, wenn durch positive Gesetze einer natürlichen Verbindlichkeit alle Würkung genommen worden. Der unterscheidende Charakter soll darinn bestehen, wenn die Rechte Jemandem verstatten, dasjenige, was er vermöge der natürlichen Verbindlichkeit schon gegeben hat, durch die condictio indebiti zurückzufordern. Dagegen ist zu bemerken: 1) diese Unwürksamkeit gewisser natürlicher Verbindlichkeiten in den Gerichten, ist eigentlich nur die Folge des veränderten Verhältnisses, worinn diese oder jene sonst natürlich verbindliche Handlung, nach dem Willen der positiven Gesetze zu betrach-

betrachten ist. Daraus ergiebt sich von selbst, daß dieses Verhältniß allemal erst gehörig untersucht, und darnach die Würkung bestimmt werde m). Statt dessen hat man die ganze Theorie auf das letztere eingeschränkt, und den Hauptsatz selbst darüber fast ganz aus der Acht gelassen. Eben deswegen werden auch unter der Benennung: obligatio naturalis reprobata, manche Fälle gleich behandelt, die doch in mehr als einem Betrachte sehr verschieden sind. 2) Die Frage: ob mit dem veränderten Verhältnisse im bürgerlichen Zustande, die Behauptung einer noch fortdauernden natürlichen Verbindlichkeit aus gewissen Handlungen und Geschäften überall bestehen könne? ist dabey gar nicht gehörig untersucht worden. Die gemeine Theorie, welche nur von der Würksamkeit in Gerichten ausgehet, kann hierüber keine hinlängliche Erläuterung geben, denn Verbindlichkeit an sich, und gerichtliche Würkung derselben, sind zweierley. Jene kann allerdings an sich immer noch vorhanden seyn, obgleich diese nicht statt findet. Die Rechtsgelehrten drücken sich daher auch sehr unbestimmt aus, wenn sie diese Frage beantworten wollen n). Eine genauere Prüfung, ob und in wieferne das positive Recht, diese oder jene an sich natürlich erlaubte und verbindliche Handlung eigentlich verboten, oder nur in Ansehung der Rechtspflege für nichtig, ganz oder zum Theil unwürksam erklärt habe, würde natürlich Gelegenheit zu einer bestimmten Theorie gegeben haben. Eben so ist auch 3) das angegebene unterscheidende Kriterium, daß in Fällen einer obligationis reprobatae, die geschehene Zahlung zurückgefordert werden könne, nach Verschiedenheit jener gesetzlichen Vorschriften, näher zu bestimmen. Wenn gefragt wird, ob die Zurückforderung in gedachten Fällen selbst dem zu statten komme, der wissentlich etwas zahlte, wozu ihn kein Richter verurtheilen konnte, so dürfte uns die gemeine Lehre keine zureichenden Gründe an die Hand geben, um diese Frage in allen Fällen richtig zu beantworten. Und gleichwohl hätte doch schon

m) DONELLVS Comment. Iur. ciu. Lib. 12. c. 2. n. 50.

n) FROMMANN D. de obligat. nat. §. 61. VASQVIVS controu. illustr. XVI. 2.

schon der Unterschied, der in diesem Betrachte zwischen der Bürgschaft eines Frauenzimmers und den Hazardspielen, wie auch dem bösen Wucherer eintritt, etwas aufmerksamer auf die Sache machen können.

Verschiedne Rechtslehrer haben die zeither angeführte fehlerhafte Theorie noch reichhaltiger zu machen gesucht, indem sie sogar die an sich schon nicht erzwingbaren Pflichten, officia humanitatis, mit denen in eine Classe setzen, denen das bürgerliche Recht die gerichtliche Würkung entzogen hat o). Gewiß ist es, daß die Erfüllung derselben, durch keine Klage gefordert werden kann. Allein dies folgt schon aus der Natur dieser Pflichten, und sie können daher mit wirklichen Zwangspflichten, die nur durch positive Gesetze unerzwingbar geworden sind, schlechterdings ohne Widerspruch nicht für gleichartig gehalten werden. Andere Rechtslehrer p) machen es nicht viel besser, wenn sie die so genannten unvollkommnen Pflichten, mit der eingeschränkten natürlichen Verbindlichkeit vermengen, die zwar nicht klagbar ist, aber doch die Zurückforderung des einmal bezahlten ausschließt. Wahr ist es, auch die Erfüllung jener Pflichten der bloßen Menschenliebe, kann nicht wieder zurückgefordert werden. Allein der Grund davon ist nicht, wie bey den eigentlichen Zwangspflichten, die Verbindlichkeit an sich, sondern die freiwillige Leistung oder Weggabe dessen, was der andere zu fordern kein Recht hatte. Quia donare voluit sagen die Gesetze, z. B. L. 65. § 2. D. de cond. indeb. Da wo man sagen kann, daß die Verbindlichkeit an sich jene Zurückforderung ausschließt, kommt auch der Irrthum dem Bezahlenden nicht zu statten. Genug, daß er schuldig war. Es wird selbst condictio indebiti dadurch ausgeschlossen, die sich im

o) Eine solche Classification findet man beim WESTENBERG D. I. de cauff. oblig. c. 4. §. 9. u. f. HAHN ad WESENB. tit. de oblig. et act. n. 5.

p) GROTIVS de iure belli, lib. 2. c. 14. n. 6. LAVTERB. Comp. Dig. tit. de cond. ind. S. 200. HELLFELD iur. for. §. 829.

im Irrthume gründet. Sollte sich die Sache mit den nicht erzwingbaren Verbindlichkeiten eben so verhalten; so würde folgen, daß wenn Jemand etwa glaubte, seinem Wohlthäter eine Anleihe schuldig zu seyn, und aus Irrthum bezahlte, dennoch wegen der natürlichen Verbindlichkeit zur Wiedervergeltung, condictio indebiti wegfalle. Dieß wird wohl Niemand behaupten wollen q), und gleichwohl ist in den Fällen, wo die natürliche Verbindlichkeit an sich, die Zurückforderung ausschließt, auch unter den ebengedachten Umständen, die Retention und Compensation ohne Bedenken zulässig r). Inzwischen hat doch das römische Gesetzbuch in einigen besondern Fällen, den bloßen Liebespflichten die Würkung beigelegt, daß sie an sich schon gewisser Maßen der Zurückforderung einer, wenn gleich aus Irrthum, sine animo donandi geschehenen Zahlung, im Wege stehen s). Diese besondern Verordnungen hätte man billig als Ausnahmen von der Regel behandeln, und sie nicht auf alle übrigen Pflichten dieser Art ausdehnen sollen, wie **Schulting** c. 7. S. 19 bemerkt. Ueber den Verstand der Gesetzstellen, worauf man sich hauptsächlich beruft, nämlich die L. 32. §. 2. die L. 52. und 65. §. 2. de cond. ind. ist Hr. Prof. **Weber** t) nachzulesen. Man pflegt endlich im Allgemeinen nicht unbemerkt zu lassen, daß aus so genannten unvollkommenen Verbindlichkeiten, nicht selten durch bürgerliche Gesetze, **Zwangspflichten** gemacht worden. Daß aber dieser Fall sich nicht immer gleich bleibe, sondern auf mancherley Weise es zu geschehen pflegt, daß die Civilgesetze durch neue Bestimmungen (addendo) hier fast eben

q) Henr. COCCEII D. de antidoris, tit. 3. §. 9. in Exerc. cur. Lemg. 1722. Vol. II. Sam. COCCEII in Iur. contr. Lib. 12. tit. 6. qu. 5. DONELL. comment. iur. ciu. c. 2. §. quaesitum, Tom. II. nehmen hieraus den vorzüglichsten Grund für ihre Meinung her.

r) L. 6. D. de compens. ZOESIVS ad Pand. Lib XII. tit. 6. n. 6. 7. ROBERT. Sent. iur. ciuil. lib. 1. c. 6. BACHOV de act. Diss. IV. th. 16. SCHVLTING D. de obl. nat. c. 4. in comment acad. Tom. I. S. 13.

s) L. 32. §. 2. D. de cond. ind. SCHVLTING l. c. c. 6. u. 12.

t) WEBER D. de vsur. indeb. solutis, §. 7. S. 44.

eben die Modificationen beobachten, nach denen sie bey den natürlichen Zwangspflichten detrahendo verfahren, folglich jene Verbindlichkeiten bald durch Klagen, bald aber nur durch Einreden, durch die Gegenrechnung und Zurückbehaltung geltend gemacht werden können, diese verschiednen Fälle genau zu entwickeln und auf die wahren Gründe zurück zu führen, hat man sich nicht angelegen seyn lassen.

Der gewählten Ordnung nach muß nunmehr 4) über diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten etwas gesagt werden, welche in Ansehung der gerichtlichen Würkung durch bürgerliche Gesetze nur eingeschränkt sind. Einige Rechtslehrer, z. B. Westenberg, Hahn und Schulting, nennen sie obligatio naturalis *efficax*, weil sie doch nicht ganz aller Würkung durch die Gesetze beraubt worden. Von andern Rechtsgelehrten, z. B. dem Donell, wird sie *inefficax* genannt, weil sie nicht alle Würkungen hervorbringt, und neuere Schriftsteller, z. B. der Hr. GRR. Hellfeld im gegenwärtigen 26. §. nennen sie obligatio naturalis haud reprobata u). Fragt man nun, was hier für eine Einschränkung gemacht worden, so ist die Antwort folgende: aus solchen Verbindlichkeiten kann zwar nicht geklagt werden, aber alle andern gerichtlichen Würkungen haben sie. Man kann sie als Einrede brauchen, das Retentionsrecht deswegen ausüben, die Compensation darauf stützen, sich an die verpfändeten Sachen, ja selbst an die Bürgen halten, u. s. f. Diese Bestimmung giebt also zu erkennen, daß sich das Verhältniß aller natürlichen Verbindlichkeiten, in Rücksicht ihrer gerichtlichen Würkungen überhaupt nur auf zwey Fälle einschränke, entweder ist die natürliche Verbindlichkeit völlig ohne alle Kraft, oder sie bringt nur keine Klage hervor, und hat sonst alle Folgen bürgerlicher Verbindlichkeiten. Das unzulängliche dieser Grundsätze fällt bald in die Augen. Unter den Würkungen, die man diesen Verbindlichkeiten zuschreibt, findet man einige, die sich unmöglich völlig annehmen lassen, wenn aus der

u) Westenberg D. I. de cauff. obl. c. 4. §. 7. 8. Hahn ad Wesenb. tit. de obl. et act. n. 5. Schulting de nat. obl. c. 4. 5. Donellus Comm. Iur. ciu. XII. 2. 20. Tom. II. S. 6.

Verbindlichkeit nicht geklagt werden darf. Soll z. B. eine geschehene Verpfändung oder bestellte Bürgschaft zur Sicherheit dieser Verbindlichkeiten, alle ihre Würkungen hervorbringen, so muß nothwendig die Frage entschieden werden: wie weit gehen die Rechte des Gläubigers an das Pfand, oder den Bürgen? Treten alle Würkungen ein, die der Natur dieser Rechtsgeschäfte nach eintreten könnten? Man nehme also den Fall an: der Hausohn, dem ich Geld geliehen, hat mir zur Sicherheit dieser Verbindlichkeit eine Hypothek bestellt, oder ein Anderer leistete Bürgschaft wegen dieses Anlehns; kann ich nunmehr mit der Hypothek eben das vornehmen, was andere hypothekarische Gläubiger zu thun berechtigt sind, ich mag die Sache selbst besitzen, oder der Hausohn, oder ein Dritter. Darf ich gegen den Bürgen, wie in andern Fällen klagen, oder wenn er mir etwa die Einrede der abzutretenden Klage entgegen setzt, wie kann ich ihm hier in seinem Verlangen willfahren, da ich selbst kein Recht zu klagen habe? Wer diese Fragen etwa ohne Schwierigkeiten finden sollte, schreibt Hr. Prof. Weber S. 162, der beurtheile einestheils nicht alle Leser nach seinen Einsichten, anderntheils aber wird man wenigstens zugeben, daß es nicht verantwortlich sey, wenn unsere Lehrbücher und Systeme, hierüber nicht die mindeste bestimmte Aufklärung enthalten, sondern den Grundsatz, daß wegen einer blos natürlichen nicht klagbaren Verbindlichkeit, die Verpfändung sowohl als auch die Verbürgung gültig geschehen könne, in möglichst allgemeinen Ausdrücken hinwerfen, ohne sich im geringsten mit einer genauern Entwickelung zu befassen. Die Beweise dieser Behauptung werden in der Folge vorkommen. Es zeichnen sich aber, außer den bisher berührten Mängeln der gewöhnlichen Vorstellungsart, noch zwey ganz besonders aus, weil sie auf unser Rechtssystem im Ganzen genommen, sehr großen Einfluß haben.

Erstlich ist es nicht hinreichend zu sagen: eine **natürliche** Verbindlichkeit, deren gerichtliche Würkung nur zum Theil **eingeschränkt** worden, ist diejenige, woraus die Gesetze zwar keine **Klage** gestatten, wohl aber die übrigen Würkungen

kungen derselben anerkennen. Zu leugnen ist es nicht, daß es allerdings verschiedne Fälle giebt, wo Jemand nach dem **Naturrechte** vollkommen verpflichtet ist, einem Andern etwas zu leisten, und gleichwohl hat seine Verbindlichkeit in Gerichten nicht alle Kraft, sondern sie ist gewissermaßen eingeschränkt worden, weil der **Gläubiger** (S. 20) nicht durchgängig diejenigen Mittel brauchen darf, welche der Regel nach statt finden, um ein vollkommnes Recht geltend zu machen. Betrachtet man nun auf der einen Seite die ganze Summe dieser gerichtlichen Würkungen, so wird sichs auf der andern bald zeigen, daß die **Einschränkungen** hier sehr verschieden seyn können. Wie bekannt bringt jedes **Zwangsrecht** folgende Würkungen hervor, und zwar 1) unsere Forderung einzuklagen, 2) muß der Schuldner solche ganz und ohne Abzug, 3) zu der durch Gesetze oder Verträge festgesetzten Zeit berichtigen. Er ist 4) verbindlich, gerade das zu leisten, wozu er verbindlich gemacht worden, und nicht etwas **anderes** dafür. Ferner hat der Gläubiger 5) das Recht, seine **Schuld** gegen diese Forderung zu compensiren; 6) sich an die Pfänder und Bürgen zu halten. 7) Das vom **Schuldner** Bezahlte, wird ein wahres Eigenthum des **Gläubigers**, und eben deswegen hat jener kein Recht, das einmal abgelieferte wieder zurückzufordern; vielmehr darf der Gläubiger 8), wenn der Schuldner wider ihn eine **Klage** angestellt, gegen solche **widerklagend** einkommen, oder sich durch Einreden schützen. Da nun also die Rechte des Gläubigers, und die Würkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit sehr verschieden sind, so lassen sich auch dabey eben so viele Einschränkungen denken, als Fälle vorhanden sind, und gedacht werden können, wo bald die eine, bald die andere Würkung durch **bürgerliche** Gesetze entweder **ganz** oder nur zum **Theil** weggenommen worden. Solche Fälle giebt es wirklich in unsern Gesetzen, denn bisweilen darf wegen einer natürlichen Verbindlichkeit nur **nicht geklagt** werden, bald hat die **Klage** nicht alle ihre gewöhnlichen Würkungen, indem z. B. zwar nicht die **ganze** Schuld, sondern blos etwas davon, durch eine Klage gefordert werden darf; bald muß der Gläu-

biger etwas anders annehmen; bald darf er von dem ordentlichen Zahlungstermine keinen Gebrauch machen, sondern muß Nachsicht mit seinem Schuldner haben. Wer sieht hieraus nicht offenbar, daß die gemeine Lehre sehr mangelhaft sey, nach welcher die ganze Einschränkung der gerichtlichen Würkung einer natürlichen Verbindlichkeit blos darinn bestehen soll, daß nur die Klage gänzlich wegfalle, alle andern Würkungen derselben aber ihre vollkommne Kraft behalten. Sehr deutlich bestätiget diese Grundsätze der Jurist Paulus in der L. 10 D de obl. et act., und Julian, in der L. 16. § 4 D. de fideiuss., denn daß in beiden Gesetzen es heißen müsse, actio non competit, wie Gothofredus und Hotoman behaupten, ist ungegründet, wie der bekannte Jauch mit Recht bewiesen hat x). Noch mehr Gewißheit erhält diese Wahrheit, wenn man bedenkt, 1) daß sogar gegen den Pupillen, der ohne Consens des Vormundes contrahirt hat, eine Klage nicht schlechterdings unzulässig ist, weil er wenigstens für den Vortheil stehen muß, den er dadurch erhalten, wie in der L. 5. pr. D. de auct. tutor. vom Ulpian ausdrücklich behauptet wird y); 2) daß ferner in verschiednen Fällen dem Schuldner das Vorrecht ertheilt worden, nur in so fern mit der Execution angehalten werden zu können, als es sein standesmäßiges Auskommen verstattet z). Kann man ihn deswegen für weniger verbindlich halten, die ganze Schuld zu bezahlen? Gesetzt nun, er hätte sie wirklich bezahlt, weil er nicht glaubte, deswegen Noth leiden zu dürfen, kann er wohl die Zurückforderung mit Beifall Rechtens anbringen, um sich für seinen Irrthum zu entschädigen? Der Jurist Ulpian entscheidet diese Frage in der L. 9. D. de cond. indeb., wo es heißt: et maritus, quum nil facere possit, si do-

x) Hotomann Obs. Lib. III. c. 2. Iavch de negat. Pand. c. 14. n. 19.

y) Pommeresch D. de nat. oblig. thes. 22. Neller D. cit. §. 10. Tim. Faber Diss. 8. ad Instit. §. 12. Balck Electa, lib. I. c. 21. 22. 23.

z) L. 16—24. D. de re ind. Hellfeld D. de beneficio competentiae, in Opusc. Nr. 25.

si dotem soluerit, in ea causa est, vt repetere *non* possit. Hier liegt also, eine natürliche, in Ansehung ihres gerichtlichen Effects eingeschränkte Verbindlichkeit, zum Grunde, wo gleichwohl das Recht zu klagen, nicht gänzlich wegfällt, sondern nur in gewisser Rücksicht eingeschränkt worden ist. Es giebt noch mehrere solche Limitationen der Rechte des Gläubigers und der Würkung natürlich vollkommner Verbindlichkeiten, davon in der Folge das nöthige vorkommen wird.

Zweitens ist es nicht zu billigen, daß in verschiednen Rechtsmaterien, welche unstreitig hierher gehören, fährt Hr. Prof. Weber S. 168 fort, die natürliche Verbindlichkeit und deren Verhältniß in den Gerichten gar nicht untersucht, sondern ganz übergangen wird, gerade als ob das Anlehn eines Sohnes, die Bürgschaften der Frauenzimmer und die simpeln Verträge, die einzigen Gegenstände wären, wo diese Sache zur Sprache kommen kann. Man frage doch die Systeme und Handbücher des Privatrechts um Rath, was in Ansehung der natürlichen Verbindlichkeit Rechtens sey, wenn eine Schuld verjährt worden; wenn eine Cession wider das Anastasianische Gesetz geschehen ist; wenn der Vormund, welcher Schuldner oder Gläubiger des Minderjährigen war, ohne dieses anzuzeigen, die Vormundschaft übernommen, und sich dadurch nach positiven Gesetzen den Verlust seiner Befugnisse zugezogen; wenn der Gläubiger wegen unerlaubter Selbsthülfe nach dem Gesetz des Marcus sein Recht verloren; wenn der Schuldner nach der L. 2. C. ne liceat potent. von den bisherigen Verbindlichkeiten befreit worden ist, u. dgl. m. Dauert denn die natürliche Verbindlichkeit in diesen Fällen fort? Kann also, wenn der Schuldner aus Irrthum bezahlt hätte, von ihm auf die Zurückgabe gedrungen werden? Will man dieses nicht zugeben, so entsteht eine andere Frage: was von den übrigen Würkungen für Recht gehalten werden müsse, welche man da, wo die condictio indebiti nicht gebraucht werden kann, der natürlichen Verbindlichkeit zuschreibt? Wird nun in allen diesen Fällen der natürlichen Verbindlichkeit kaum gedacht, vielweniger das Verhältniß und die Würkung

kung derselben gehörig bestimmt, so kann wohl nicht geleugnet werden, daß der gewöhnliche Vortrag dieser Materie unvollständig und zweckwidrig, mithin eine andere und genauere Entwickelung der Sache, nach allen dabey eintretenden Verhältnissen höchst nöthig sey.

Bey der Auseinandersetzung dieser Materie ist vor allen Dingen zu bemerken, daß die natürliche Verbindlichkeit in einer dreifachen Rücksicht betrachtet werden kann; und zwar 1) überhaupt, im weitesten Sinne, nach welchem eine jede, in den Vorschriften des Naturrechts schon gegründete Pflicht darunter begriffen wird a); 2) in Rücksicht auf den bürgerlichen Zustand, wenn bestimmt werden soll, welche Pflichten die Glieder eines Staats als natürliche Verbindlichkeiten anerkennen müssen; 3) in Ansehung der gerichtlichen Würkung, wenn gefragt wird: in wie fern eine wirklich vorhandene natürliche Verbindlichkeit in Gerichten durchgesetzt werden könne? Natürliche Verbindlichkeiten in der erstern Bedeutung, welche sich auf keinen besondern Zustand des Menschen allein einschränken, aber auch keinen ausschließen, sind es, welche 1) der Mensch ohne Rücksicht auf den gesellschaftlichen Zustand zu beobachten hat, oder 2) aus dem Wesen irgend eines Zustandes, worinn sich der Mensch nur immer befinden mag, entstehen. Eine jede Handlung also, die in irgend einem Verhältnisse des Menschen, nach dem absoluten oder hypothetischen Naturrechte (S. 83) verbindlich ist, bringt in diesem Verstande eine natürliche Verbindlichkeit hervor, ob sie gleich unter andern Verhältnissen, und sobald wir einen besondern Zustand des Menschen zum alleinigen Gegenstande unserer Betrachtung annehmen, diese Würkung ganz verlieren, nicht nur unverbindlich, sondern gar unerlaubt werden kann. Da z. B. nach dem Naturrechte unverboten, folglich erlaubt und rechtsverbindlich sind, 1) die so genannten Glücks- oder Hazardspiele, 2) die Zinsen, welche die bürgerlichen Gesetze übersteigen, so irrt man nicht, wenn man in diesen Fällen

a) In dieser allgemeinen Bedeutung sagt Paulus in der L. 14. D. de reg. iur. — is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus (S. 66).

Fällen eine natürliche Verbindlichkeit im weitläuftigsten Verstande, annimmt. Der Mensch als Mensch hat unstreitig das Recht, diese Verbindung einzugehen, und folglich macht er sich verbindlich, zu erfüllen, was er versprechen konnte. Da man aber seinen Rechten und Befugnissen ausdrücklich und stillschweigend entsagen kann, so folgt nothwendig, wenn wir uns den Menschen in Verhältnissen denken, welche jene natürliche Freiheit aufheben, daß sodann auch jede Handlung und Verbindung, die nunmehr seiner Willkühr ganz entgegen ist, keinesweges mehr die Würkung haben kann, die sie außer diesem Zustande gehabt hätte.

Diese Betrachtung führt auf Grundsätze, von der Gültigkeit der **natürlichen** Verbindlichkeit im **bürgerlichen** Zustande. Unter allen hypothetischen Verhältnissen, worinn man sich die Menschen denken kann, ist unstreitig die **bürgerliche** Gesellschaft das wichtigste. Sie unterscheidet sich von allen übrigen Verbindungen durch ihren **Hauptzweck**, der in der **Sicherheit** und der möglichst erleichterten **Ausübung** aller **vollkommnen Rechte** besteht [b]). Die Absicht und Natur dieser Gesellschaft, geben der Summe von Rechten und Verbindlichkeiten ihrer Mitglieder, eine ganz andere Richtung. Entstehen auf der einen Seite aus dem Wesen einer solchen Verbindung manche Befugnisse und Verbindlichkeiten, die außer derselben nicht vorhanden sind; so erfordert auch auf der andern Seite ihr Zweck sehr oft, daß Handlungen, die dem Menschen als Menschen frey standen, folglich Rechte und Verbindlichkeiten veranlassen konnten, nunmehr ganz und gar seiner Willkühr und Befugniß entzogen werden müssen, folglich auch keine Quelle solcher Rechte und Verbindlichkeiten mehr seyn können, die außer diesem Zustande daraus entstehen würden (S. 67). Sobald wir uns ferner einen **Staat** denken, so ist dem Wesen desselben, mithin der Natur und der gesunden Vernunft nichts angemessener, als daß den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzgebers vollkomm-

b) Hr. Prof. **Maaß** über Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, und die bürgerl. insbesondere, Th. 1. Cap. 15. Halle 1794.

ner Gehorsam geleistet werde. Gesetzt nun, diese oder jene, nach dem absoluten Naturrechte erlaubte einseitige Handlung, die Schließung eines an sich eben so erlaubten Vertrags, wird von dem bürgerlichen Gesetzgeber schlechterdings verboten, wer wollte es wagen, zu behaupten, daß aus solchen, nunmehr ganz unerlaubten Handlungen, immer noch eine natürliche Befugniß und Verbindlichkeit der Staatsbürger fortdaure? Die Beispiele von Hazardspielen und Zinswucher können zur Erläuterung dienen. Es ist wahr, die Hazardspiele, der bürgerlich verbotene Zinswucher, sind den Gesetzen der Natur nicht zuwider. Sobald aber der verbietende Wille des Regenten sich ihnen entgegen stellt, so läßt sich auch nicht weiter annehmen, daß daraus noch eine natürliche Verbindlichkeit der Bürger statt finde; denn ist dieser einestheils nach den Vorschriften des Naturrechts verbunden, den Gesetzen des Staats, dessen Mitglied er ist, zu gehorchen, so läßt sich auch anderntheils, ohne offenbaren Widerspruch keine natürliche Verbindlichkeit geradezu wider solche Gesetze behaupten c). Frommann schreibt in s. Diss. de obl. nat. §. 48. — licentia imperantibus est, subditis facultatem faciendi, quod iuris naturalis permissiui est, adimere, ita vt hac facta ademtione eiusmodi personae a subiecto obligationis naturalis remouendae veniant. Etenim ad omnem constituendam obligationem duo principia, *voluntas* scilicet, et *potestas* requiruntur, quorum vnum si defecerit, *nulla nasci obligatio potest.* Et ideo licet in personis huiusmodi voluntas sese obligandi adsit, quum tamen *facultatem hoc faciendi* ius ciuile ipsis ademerit, obligatio illa *nullius* est effectus. Und im 73. §. fährt er fort — immo ne quidem contra conscientiam peccat debitor, qui tali obligationi, etiam quum possit, non satisfaciat. Beim Schulting in s. Diss. de nat. obl. cap. 3. S. 12 heißt es: — quum saecularis legislator totum negotium pro infecto habere queat, quumque illi, tanquam Dei ministro, obedientes nos esse oporteat, etiam propter conscientiam (Rom. XIII), modo fraus malitiaque, quas

c) L. 35. §. 1. L. 61. D. de verb. obl. L. 5. C. de pact. conu.

quas leges non praesumunt, exulet, nulla, nisi in *statu naturali*, quem non pauci, veteres etiam, cum *iure naturali* confundunt, hominisue religiosi animo obligatio reperitur, cuius nullum in iure ciuili extat vestigium, nulla ratio habetur. Sic transactio super alimentis propria auctoritate celebrata perinde habetur, ac si nil fuerit actum [d]). Uebrigens haben unsere Civilisten längst über die Frage gestritten: an lex ciuilis possit impedire ortum naturalis obligationis, wie man im **Merenda** [e]) sehen kann, und schon **Baldus** und **Bartolus** befanden sich darunter. Die Herren Theologen glaubten, ex capite conscientiae, ein Wort mit einreden zu müssen. Dadurch erhielt die Sache großes Interesse. — Wenn der Gegenstand der Frage gehörig bestimmt wird, so ist der ganze Streit sehr bald geschlichtet, wie die Stelle **Frommanns** beweist. Zugleich kann man daraus den Schluß machen, in wiefern die Behauptung derjenigen gegründet sey, welche den Concubinat, ob ihn gleich unsere Gesetze durchaus verbieten, dennoch für keine **Sünde** gehalten wissen wollen, indem weder das Naturrecht, noch die heilige Schrift dieser Verbindung entgegen sind. — Ist es denn nicht etwa auch ein **Naturgesetz**, schreibt Hr. Prof. **Weber** S. 177, und befiehlt nicht selbst die **Bibel**, daß wir der Obrigkeit, die Gewalt über uns hat, gehorchen, und der bürgerlichen Ordnung gehorsam seyn sollen? Alles also, was wider diese Ordnung anstößt, und eine Uebertretung der **bürgerlichen** Gesetze ausmacht, ist auch eben dadurch **wahre Uebertretung** des Naturrechts und der heiligen Schrift. Aus den angeführten Vordersätzen folgt, daß über das Daseyn oder Nichtdaseyn einer natürlichen Verbindlichkeit, in den vorkommenden Fällen, nicht leicht ein richtiges Urtheil gefällt werden kann, wenn nicht zuvörderst **bestimmt** wird, ob von dem **Menschen als Menschen**, oder von dem Mitgliede eines Staats, dem Bürger und Unterthan, die Rede sey. Freilich behaupten die allgemeinen Vorschriften des absolu-

d) SLEVOGT D. de obligat. naturali ex conuentione turpi, Ien. 1681.

e) MERENDA contr. iur. lib. I. c. 9.

absoluten Naturrechts: beleidige Niemanden, halte deine Verträge, laß einem Jeden das Seine, in allen Verhältnissen, worinn wir uns den Menschen denken können, in einer jeden gesellschaftlichen Verbindung, ihre unbezweifelte Gültigkeit, und es giebt nur wenig Fälle, wo eine vorhandene Collision bisweilen eine Ausnahme rechtfertigen. Allein, die Anwendung jener Grundsätze ist natürlich den Veränderungen unterworfen, die der besondere Zustand des Menschen, und zwar vorzüglich der bürgerliche mit sich bringt. Nie wird das Resultat dieser Anwendung treffend und richtig seyn, wenn nicht vorher außer Streit gesetzt worden ist, ob dasjenige, was im außergesellschaftlichen Zustande, Eigenthum des Menschen war, ob dieses auch noch für ein Eigenthum des Bürgers zu halten sey, von seinem freien Willen abhange, und ob die nämliche Handlung, welche dem Menschen als Menschen frey stand, auch eben so dem Mitgliede der bürgerlichen Gesellschaft erlaubt, und endlich ein Unternehmen, das im Naturzustande den Rechten Anderer entgegen seyn würde, in der bürgerlichen Gesellschaft von der nämlichen Beschaffenheit sey?

Diese Grundsätze leiten nun 2) auf die Entdeckung eines etwas engern Umfangs der natürlichen Verbindlichkeit, wenn wir solche nur auf diejenigen Pflichten einschränken, die dem Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft wirklich obliegen. Nach der oben bereits angegebenen doppelten Rücksicht, gehören hierher 1), die Verbindlichkeiten des Menschen, als Menschen betrachtet, kurz alle natürlichen Verbindlichkeiten im weiten Sinne des Wortes, in so fern keine positive Gesetze ihre Fortdauer aufhalten; 2) alle durch den bürgerlichen Zustand an sich veranlaßten und aus dem Wesen desselben entstehenden neuen Verbindlichkeiten, die ohne diesen Zustand gar nicht eintreten würden; besonders auch 3) die Verbindlichkeit der Staatsbürger, und Aller, die unter dem Gesetze der Gesellschaft stehen, den Vorschriften ihrer positiven Gesetze Folge zu leisten. Dieser Punct bedarf aber noch einer genauern Erläuterung, damit er richtig gefaßt und aller Mißverstand entfernt werde. Aus dem wahren und richtigen

Grund-

Grundsatze, daß die Bürger eines Staats natürlich verbunden sind, den Vorschriften der Civilgesetze gemäß zu leben, haben einige Gelehrte den Schluß gezogen und behauptet, daß man die sämmtlichen Verbindlichkeiten der Staatsbürger für natürliche halten müsse, denn so führt z. B. Faber f) aus mehrern Schriften anderer Rechtslehrer den Satz an: dari non nisi *vnicam*, scilicet naturalem obligationem, quasi ciuilis, quae dicitur, nil nisi qualitas istius censeatur. Sie haben zwar nicht ganz unrecht: wenn man aber deswegen behaupten wollte, die Eintheilung in natürliche und bürgerliche Verbindlichkeit sey folglich ohne Nutzen, oder ganz falsch, so würde der Irrthum sehr wichtig seyn. Da einmal alle Verbindlichkeiten sich auf Gesetze gründen müssen, so bleibt es doch immer ein wesentlicher Unterschied, ob in gewissen Fällen die Vernunftgesetze schon allein hinreichend sind, nach solchen eine Zwangspflicht bey der vorkommenden Handlung zu beweisen, oder ob man sich erst auf positive Gesetze beziehen muß. Eine an sich schon natürliche Verbindlichkeit geht oft viel weiter, als es nach dem positiven Gesetze seyn würde, weil Verbindlichkeiten dieser Art lediglich von der Vorschrift des letztern abhangen. Sobald ein bürgerliches Gesetz etwas zur Pflicht macht, ist es freilich auch eine natürliche Verbindlichkeit, dieses Gesetz zu befolgen. Allein, sobald von eigentlich bürgerlichen Instituten die Rede ist, läßt sich auch in diesem Betrachte, selbst eine natürliche Verbindlichkeit an sich nicht weiter annehmen, als es der Inhalt des Gesetzes mit sich bringt. Aus diesem richtigen Satze fließen Wahrheiten von der größten Wichtigkeit, darauf aber viele Rechtsgelehrte gar keine Rücksicht genommen haben, wie folgende Beispiele hinlänglich beweisen. 1) Der Erbe ist nach positiven Gesetzen schuldig, die Vermächtnisse zu bezahlen, jedoch nur so weit, daß wenigstens der vierte Theil der Erbschaft für ihn übrig bleibt. Wie sonderbar ist es daher nicht, daß ältere und neuere Rechtslehrer g) behaupten, er sey

f) Tim. Faber Diss. XVII. ad Inst. §. 2.

g) Schulting de oblig. nat. c. 13. Westenb. D. I. de causs. obl. c. 4. §. 13.

sey natürlich verpflichtet, solche ohne allen Abzug zu bezahlen, da doch das Testament, mit allen daraus herrührenden Rechten und Verbindlichkeiten ein bürgerliches Institut ist, und folglich auch keinen natürlichen Effect weiter haben kann, als das Civilrecht ihm beigelegt hat. 2) All Verbindlichkeiten, die das positive Recht erst eingeführt hat, gehen auch an sich nicht weiter, als der gerichtliche Effect derselben statt findet: dahingegen die natürliche Verbindlichkeit, welche auch ohne positive Vorschrift vorhanden seyn würde, dadurch selbst nicht aufhört, daß sie in den Gerichten nicht würksam ist. Wenn daher der Gesetzgeber verordnet, daß künftig aus einer bestimmten bürgerlichen Verbindlichkeit nicht weiter geklagt werden soll; so ist dieses eben so viel, als hätte er die Verbindlichkeit selbst aufgehoben; verordnet er aber solches von einer natürlichen Verbindlichkeit, so bleibt diese an sich fortdauernd. Diese wird auch 3) durch die Verjährung nicht aufgehoben, hingegen alle Verbindlichkeiten, die blos auf positiven Gesetzen beruhen, werden nach Verlauf der Verjährungszeit gänzlich vernichtet, so daß auch keine natürliche Verbindlichkeit mehr übrig bleibt. 4) Wenn bürgerliche Gesetze einer natürlich verbindlichen Handlung gewisse Feierlichkeiten vorschreiben, wie sie gültig geschehen sollen, so lässet sich nicht von allen Fällen, wo diese Feierlichkeiten nicht beobachtet worden, deswegen behaupten, es sey mit dieser Handlung auch gar keine natürliche Verbindlichkeit verknüpft. Ganz anders verhält sichs mit bürgerlichen Instituten, denn diese sind ganz und gar unverbindlich und unkräftig, sobald die vorgeschriebene Feierlichkeit nicht beobachtet worden, und es ist daher ganz falsch, in dergleichen Fällen gleichwohl noch eine natürliche Verbindlichkeit behaupten zu wollen. Man nehme den Fall an: ein Testamentserbe sey nichtig eingesetzt, ein Vermächtniß ungültig hinterlassen worden, so ist im erstern Falle kein gesetzlicher Nachfolger, und im letztern kein Erbe natürlich verpflichtet, die Verordnung des Verstorbenen, die nach dem Naturrechte gar nicht verbindlich macht, und nach dem Civil-

rechte

rechte ungültig ist, zu erfüllen h). Mehr von dem Unterschiede zwischen natürlichen und positiven Verbindlichkeiten findet man in folgenden Schriften i).

Vorausgesetzt nun auch, fährt Hr. Prof. Weber S. 184 fort, daß das wirkliche Daseyn einer natürlichen Verbindlichkeit nicht mehr zu bezweifeln ist, so entsteht dennoch eine neue Frage, deren Beantwortung uns zu der dritten Bedeutung der natürlichen Verbindlichkeit im strengsten Verstande des Civilrechts, vorzüglich des römischen, führen wird. Daß die natürliche Zwangspflicht in den Gerichten völlig würksam sey, muß der Regel nach behauptet werden, wie S. 139 gezeigt worden. Indessen giebt es verschiedne Fälle, wo der Gesetzgeber es für nützlich gehalten hat, die Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit, in gewisser Rücksicht mehr dem innern Gefühl von Recht und Unrecht zu überlassen, als einen äußern Zwang deswegen zu gestatten, und hierzu können mancherley Ursachen Anlaß geben k). Ist auf der einen Seite dem Staate daran gelegen, daß einem jeden mit Nachdruck zur Erlangung seines Rechts verholfen werde, so erfordert es auf der andern Seite der Endzweck des Staats eben so sehr, daß Jeder gegen ungerechte Anmaßungen seiner Mitbürger in die größte Sicherheit gesetzt werde. Hiermit aber würde es schon nicht bestehen, wenn die Zulässigkeit der Klagen ins Unendliche fortgehen sollte, und es dem vermeinten Gläubiger frey stünde, solche nach Gutbefinden aufzuschieben, und zu jeder ihm beliebigen Zeit davon Gebrauch zu machen. Dieses hat die Einführung der Verjährung nöthig gemacht. Giebt es Fälle, wo zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, ein solches bürgerliches Verhältniß eintritt, vermöge dessen die Gerichte den erstern nicht füglich

h) Frommann D. de obl. nat. §. 18. Schulting D. de nat. obl. c. 12. Huber Digr. Iust. Lib. 3. c. 34. 35.

i) Nettelbladt Syst. §. 155. Lyncker comm. iur. ciu. Lib. 1. tit. 1 §. 49. 56. 57. G. A. Struv Synt. Exerc. 1. §. 59. Voet ad Dig. lib. XXII. tit. 6. §. 1. Hellfeld §. 1188.

k) Donell. comm. iur. ciu. XII. 2. Frommann l. c. §. 35.

füglich im Wege Rechtens unterstützen können; so finden wir darinn den zweiten Grund der gerichtlichen Unwürksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten, und hier dienet die natürliche Verbindlichkeit zwischen Herrn und Sclaven, Vater und Kindern, die noch in seiner Gewalt stehen, zum Beweise. Drittens, ein jedes Versprechen, das mit Ueberlegung und im Ernst geschehen, und gehörig angenommen worden, bringt freilich die vollkommene Schuldigkeit hervor, es zu erfüllen: um aber Unvorsichtigkeit, Uebereilung, und Leichtsinn so viel als möglich von rechtlichen Handlungen zu entfernen, haben bürgerliche Gesetze, in einigen Fällen die Gültigkeit eines Vertrags oder gewissen Handlung, von einer gewissen Form abhängig gemacht, und wenn diese nicht beobachtet worden, die Rechtshülfe versagt. Viertens, gewisse Personen stehen in der bürgerlichen Gesellschaft in solchen Verhältnissen, daß sie der Versuchung Schulden zu machen, ganz besonders ausgesetzt sind, und dadurch sich und andern Nachtheil verursachen können. Um nun dieses nicht allein zu verhüten, sondern auch der Arglist solcher Leute, die unter jenen Umständen leicht einen ungebührlichen Gewinn machen würden, Einhalt zu thun, haben die Gesetzgeber für nützlich gehalten, dem Gläubiger, der solchen Personen Credit giebt, wenigstens das Klagerecht ganz oder zum Theil zu nehmen. Fünftens, von der sonstigen Folge des Zwangsrechts, daß nämlich ein Schuldner seinen Gläubiger völlig bezahlen muß, wenn er auch für sich nicht das geringste übrig behalten sollte, ist bisweilen nach den Regeln der Billigkeit, und aus andern Gründen eine Ausnahme nöthig, derentwegen positive Gesetze nicht gestatten, daß der Gläubiger das ganze Vermögen seines Schuldners zum Gegenstande seiner Befriedigung machen dürfe. In diesen Fällen kann gar nicht an der Existenz einer natürlichen Verbindlichkeit gezweifelt werden; sie ist aber nur nicht in den Gerichten völlig würksam, welcher Umstand ihren besondern Character bestimmt. Wie nun überhaupt in unsern Rechtsbüchern dasjenige, was an sich zwar wirklich vorhanden ist, jedoch die bürgerliche Gültigkeit und Würkung nicht hat, im eigentlichen Verstande natürlich genannt zu

werden

werden pflegt, so verstehen hauptsächlich die römischen Gesetze, unter der natürlichen Verbindlichkeit im strengsten Verstande, eine solche Verbindlichkeit, die an sich zwar nach Vorschrift der gesunden Vernunft, dem in der bürgerlichen Gesellschaft sich befindenden Menschen wirklich obliegt, jedoch den völligen gerichtlichen Effect, welcher der Regel nach mit einer Zwangspflicht verbunden ist, nicht hervorbringt.

Da die Worte naturalis, naturaliter in Gesetzen auf verschiedne Weise gebraucht werden, so ist darüber folgendes zu bemerken. Natürlich wird 1) alles dasjenige genannt, was wirklich geschieht, in der That vorhanden ist, und es wird daher dem entgegen gesetzt, was die Gesetze als geschehen annehmen und so behandeln, ob es gleich wirklich nicht geschehen ist [l]). 2) Wird das natürliche dem entgegen gesetzt, was durch Kunst oder Menschen hervorgebracht worden ist [m]). 3) Wird unter dem natürlichen dasjenige verstanden, was die Beschaffenheit einer Sache oder Handlung an sich schon mit sich bringt, und sich daher gleichsam von selbst verstehet, ohne daß es durch Gesetze besonders verordnet, oder durch Verträge ausgemacht werden darf, wiewohl in verschiednen Fällen ein anderes durch Verträge festgesetzt werden kann [n]). Natürlich wird 4) dem bürgerlichen entgegen gesetzt, wenn jenes dasjenige bezeichnet, was nach dem allgemeinen Natur- und Völkerrechte, unter allen gesitteten Nationen statt findet, dieses aber, was blos dem römischen Staat eigen ist [o]). Dieser Unterschied kann bey einer und eben derselben Sache eintreten, wenn sie an sich zwar dem Naturrechte, oder dem Völkerrechte angehört, aber durch bürgerliche

l) L. 49. D. de solut. L. 4. D. de rel. et sumt. fun. STRAVCH in Lex. partic. iur. Ien. 1719. S. 129.

m) L. 20. §. 1. D. de seruit. praed. rust. L. 1. §. 1. et 10. D. de aqua et aquae pluu.

n) L. 22. §. 3. D. locati L. 16. §. 4. D. de minor. STRAVCH de part. S. 129. n. 6. sq. Strubens Bed. Th. 3. Nr. 20.

o) §. 11. Inst. de rer. diuis. §. 40. eod. Pr. Inst. de vsuc. §. 4. Inst. de donat.

che Gesetze eine ganz besondere Einrichtung und Form erhalten hat, wie z. B. die väterliche Gewalt, die Ehe u. s. f. beweist. Vorzüglich aber wird 5), wie oben bereits angemerkt worden, das natürliche dem bürgerlichen in der Rücksicht entgegen gesetzt, daß unter jenem alles verstanden wird, was an sich zwar wirklich vorhanden ist, jedoch vermöge der bürgerlichen Gesetze diejenige Gültigkeit und Würkung nicht hat, die nach Vorschrift des bloßen Naturrechts statt finden würde. Das dominium *naturale*, welches die Frau an ihrem Brautschatze behält, die natürliche Verwandschaft, davon **Modestin** in der L. 4. §. 2. D. de grad. et affin. redet, der natürliche Vater beym **Paullus** in der L. 14. §. 2. D. de ritu nupt. und besonders die so genannten natürlichen Kinder, welche den legitimis entgegen gesetzt werden, bestätigen diese Begriffe hinlänglich. Diese Terminologie ward auf die Verbindlichkeiten übergetragen, und durch den Ausdruck: obligatio *naturalis*, eine an sich zwar vorhandene, aber in den Gerichten nicht völlig würksame Verbindlichkeit angezeigt. Die natürliche Verbindlichkeit heißt in Gesetzen 1) vinculum naturale, L. 59. D. de cond. ind., 2) vinculum aequitatis, L. 95. §. 4. D. de solut., 3) ratio naturalis, L. 5. §. 16. D. de agnosc. liber., 4) officium pietatis, L. 5. §. 17. D. de agnosc. lib., 5) aequitas naturalis, L. 1. D. de minor., 6) pudor, §. 1. Inst. de fideic. hered. Was allemal bey diesen Ausdrücken zu denken sey, lehrt der Zusammenhang jeder Gesetzstelle.

Nachdem der dreifache Begrif einer natürlichen Verbindlichkeit festgesetzt und erläutert worden, so trägt Hr. Prof. **Weber** S. 211 folgende allgemeine Regeln von der gerichtlichen Würkung derselben vor, um richtigere Grundsätze in dieser Materie einzuführen.

1) Eine jede natürliche Verbindlichkeit, die dem Menschen außer dem bürgerlichen Zustande obliegen würde, ist auch an sich in diesem Zustande vorhanden und fortdauernd; nur diejenigen Fälle ausgenommen, da das bürgerliche Verhältniß des Menschen eine solche Aenderung der Umstände

stände hervorbringt, daß die Verbindlichkeit damit nicht bestehen kann p).

2) Eine jede natürliche Zwangspflicht hat auch in den bürgerlichen Gerichten den völligen Effect, sie kann der Regel nach durch **Klagen** und **Einreden** geltend gemacht werden, außer in den Fällen, wo die Gesetze deutlich die gerichtliche Würksamkeit versagt, oder eingeschränkt haben q).

3) Wenn aber solche einschränkende Gesetze wirklich vorhanden sind, so verliert doch die natürliche Verbindlichkeit in Ansehung des gerichtlichen Effects nur so viel, als das **positive** Recht derselben ausdrücklich entzogen hat, mithin bleiben diejenigen Würkungen, die durch Gesetze nicht ausdrücklich aufgehoben sind, allerdings auch in Gerichten gültig.

4) Was an sich nur Liebespflicht ist, kann auch in Gerichten nie als erzwingbare Schuldigkeit gefordert werden, es wäre denn durch bürgerliche Gesetze das Gegentheil verordnet worden. Eine solche Erklärung ist aber, als Ausnahme von der Regel, so strenge zu erklären, daß weder von dem einen Falle auf den andern, noch von einer gerichtlichen Würkung auf alle übrige die Ausdehnung gemacht werden darf. Mit einem Worte: was an sich nur Liebespflicht ist, hat in Gerichten nicht mehr Kraft als die Gesetze **wirklich ertheilt** haben; die natürliche Zwangspflicht hingegen, hat alle gerichtliche Würkung, die ihr nicht ausdrücklich **genommen** ist.

Die **Ausnahmen** von der Regel: daß die natürliche Verbindlichkeit, die jeder Mensch im außergesellschaftlichen Zustande zu erfüllen hat, nicht nur in der bürgerlichen Gesellschaft fortdaure, sondern auch den völligen gerichtlichen Effect hervorbringe, lassen sich am deutlichsten in folgender Ordnung betrachten. **Erstlich** sind die Fälle zu erörtern, wo die bürgerlichen Gesetze eine nach dem Naturrechte an sich erlaubte und verbindliche Handlung verbieten, und durchaus ungültig erklären. Sodann folgen **zweitens** diejenigen Fälle, wo die Verbindlichkeit an sich allerdings vorhanden ist, jedoch die völlige gerichtliche Kraft und Würkung nicht statt findet.

p) SCHULTING de obl. nat. c. 3. S. 12.
q) NETTELBLADT Iur. pos. §. 281.

Hiebey aber ist folgender Unterschied, der in den Lehrbüchern mehrentheils nicht berührt wird, von der größten Wichtigkeit. Die bürgerlichen Gesetze haben die gerichtliche Würkung einer natürlichen Verbindlichkeit entweder schon in voraus dergestalt eingeschränkt, daß der völlige Effect gar keinen Anfang nehmen konnte, oder dieses ist **nicht geschehen**, sondern es ist blos einer **bisher** völlig würksamen Verbindlichkeit der weitere Effect, es sey nun ganz oder zum Theil, aus Gründen entzogen worden, die nach **natürlichen** Rechten keine Aufhebung oder Einschränkung der Verbindlichkeit hervorbringen. **Drittens** wird von den **Liebespflichten**, die durch positive Gesetze die Würkung einer Zwangspflicht entweder ganz oder zum Theil erhalten haben, und **viertens** von der Verstärkung der natürlichen, nicht völlig würksamen Verbindlichkeit durch den Eid, die Verpfändung und Bürgen, wie auch von der Aufhörung der natürlichen Verbindlichkeit gehandelt.

Was nun die **natürlich** erlaubten, aber **bürgerlich** verbotenen Rechtsgeschäfte anbetrift, so ist hiervon folgendes zu bemerken. — Es steht dem bürgerlichen Gesetzgeber frey, wie Hr. Prof. **Weber** S. 216 schreibt, einige Arten Rechte zu erwerben, die **außer** dem Staate gelten würden, **ganz** aufzuheben, andere nur unter gewissen Bedingungen zuzulassen, und ihre Gültigkeit durchaus von einer bestimmten Form abhängig zu machen; er darf ferner, um der ungebührlichen Verleitung, und den Folgen des Betrugs, des Irrthums u. s. f. vorzubeugen, gewisse Personen von Rechtsgeschäften ausschließen, und ihnen die Befugniß dazu versagen. Die **einzelnen** Fälle, welche hieher gehören, sind unter der **allgemeinen** Benennung, **verborene** Handlungen und Geschäfte, hier nur in so fern zu erwägen, als in Civilgerichten Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung ihrer zu entscheiden sind. Nach ihrer Beschaffenheit, und nach dem Grunde des bürgerlichen Verbots, sind zwar diese Fälle sehr verschieden; da einige derselben in der bürgerlichen Gesellschaft, als gemein schädlich und unerlaubt verboten worden, ja zum Theil als Uebertretungen der Strafgesetze in Verbrechen ausarten, und

in

in sofern vor die Criminaljustiz gehören, bey andern hingegen, die Gesetzgebung sich nur gewisser Personen, um ihren Schaden zu verhüten, angenommen, und selbige zu ihrem eigenen Besten von der Fähigkeit und Befugniß sich verbindlich zu machen, ausgeschlossen hat. Alle kommen aber darinn überein, daß zwischen der Verfügung des Gesetzes, und der Handlung dessen, der unter dem Gesetze steht, in sofern dieses ihm selbst die Befugniß zu jener Handlung durchaus versagt hat, ein offenbarer Widerspruch sich ergiebt. In dieser allgemeinen Bedeutung ist der Ausdruck: **verbotene** Handlungen, zu erklären; wie denn auch die römischen Rechtsgelehrten, sobald von Fällen dieser Art die Rede ist, sich der Worte: prohibet Lex vel Senatusconsultum, bedienen. Eben dadurch unterscheiden sich aber auch die Geschäfte, welche hier vorkommen, von solchen Fällen, wo die Gesetze nicht sowohl gewisse Arten Rechte zu erwerben, und sich verbindlich zu machen, ganz und gar aufheben, sondern vielmehr nur in gewisser Rücksicht die Rechtsverfolgung in den Gerichten nicht geschehen lassen wollen.

Wenn nun die Gültigkeit einer natürlich erlaubten und rechtsverbindlichen Handlung deswegen bestritten wird, weil solche durch **bürgerliche** Gesetze verboten sey, so muß vor allen Dingen dieses Gesetz gezeigt werden, weil derjenige, der einen natürlich gültigen Vertrag für sich anführt, so lange einen rechtmäßigen Anspruch hat, bis das Gegentheil durch deutliche Verordnungen bürgerlicher Gesetze bewiesen worden. Da aber die Rechtsgelehrten nicht selten geneigt sind, entweder wirklich gültige Handlungen, wider den Sinn der Gesetze unwürksam zu machen, oder dem Verbote allerhand ungegründete Einschränkungen anzuhängen, so ist es auch hier sehr nöthig, sich blos von den Gesetzen, und nicht von den Meinungen der Ausleger leiten zu lassen. Der juristische Köhlerglaube, dem die so genannte communis doctorum opinio zur Richtschnur dient, ist nirgend gefährlicher, als hier.

Damit aber von den verbietenden Gesetzen eine gerechte Anwendung gemacht wird, ist nöthig, die Handlung nur nach

solchen Gesetzen zu beurtheilen, die eigentlich dabey zur Vorschrift dienen sollen, und von diesen Gesetzen ist ferner eine richtige Auslegung zu machen. Nun ist, was das erstere betrift, bekannt, daß die Gültigkeit oder Ungültigkeit rechtlicher Geschäfte nach den Gesetzen des Orts zu bestimmen ist, wo die Handlung vorgenommen worden, wie die größten Rechtslehrer behaupten r). Die Meinung, daß der Richter die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte lediglich nur nach den Gesetzen seines Landes beurtheilen müsse, welche Voet sehr ausführlich vorträgt, ist nicht füglich anzunehmen, und er selbst gehet von seiner Behauptung am Ende wieder ab s). Der Satz ist in der gegenwärtigen Materie sehr wichtig; denn nicht nur die in Teutschland geltenden gemeinen Rechte, sondern auch die Landesgesetze und Statuten jedes Landes und Orts enthalten eine Menge Verordnungen, wodurch natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen verboten werden. Da aber diese Gesetze sehr von einander abweichen, so kommt oft der Fall vor, daß die Gesetze des Orts, wo das Geschäfte verrichtet worden, von den Rechten des Orts, wo daraus geklagt wird, nicht mit einander übereinstimmen, folglich muß von der obigen Regel Gebrauch gemacht werden. Sollen unter den Partheien Rechte und Verbindlichkeiten statt finden, so müssen ihre Rechtsgeschäfte unter solchen Umständen geschlossen seyn, daß sie diese Würkung haben konnten. Hieraus folgt, schreibt Hr. Prof. Weber S. 220, daß ein Vertrag, den die Gesetze des Orts, wo er eingegangen worden, verbieten, auch an andern Orten, wo er sonst erlaubt und verbindlich ist, nicht als gültig und klagbar angesehen werden könne. Wer an einem Orte, wo die Glücksspiele dergestalt erlaubt sind, daß auf den Gewinnst geklagt werden kann, eine Summe Geld verspielt, gegen den findet

r) Hvber de iure ciuit. Lib. III. Sect. 4. c. 1. Hertivs de collis. leg. Gies. 1688. Hommel Rhapf. Obf. 409. Seger D. de vi legum in territ. al. Lipf. 1777. Westphals Privatrecht, Th. 1. S. 2.

s) Voet ad Dig. Lib. I. tit. IV. P. II. de ftat. §. 5. fq. et §. 12.

findet auch an andern Orten, wo diese Spiele untersagt sind, eine Klage statt. Denn 1) das Verbot einer natürlich erlaubten Handlung, wozu Glücksspiele gehören, kann nicht außer Landes würken, der Kläger hat folglich durch das Spielen keine verbotene Handlung vorgenommen. Man kann also 2) nicht sagen, daß er seine Klage auf eine unerlaubte Handlung gründe, und etwas fordere, was wider die Gesetze anstößt, weil dort, wo er contrahirte, die Handlung erlaubt war, und folglich der Beklagte daraus eine natürliche Verbindlichkeit hatte. Diese ist der Regel nach in bürgerlichen Gerichten klagbar, wie oben S. 139 gezeigt worden. Der Schuldner kann sich auch um so weniger darauf berufen, daß diese Spiele da, wo er verklagt wird, verboten sind, weil dadurch nur derjenige das Recht zu klagen verliert, der die Gesetze dieses Orts übertreten hat. Dieses kann aber von dem Kläger nicht gesagt werden, und wenn also die Gesetze, wodurch die Hazardspiele verboten sind, nicht zugleich verordnen, daß auch eine anderwärts verspielte Summe nicht klagbar seyn soll, so darf der Richter die Klage nicht abweisen. Daß aber im umgekehrten Falle, wenn eine Spielschuld da, wo es die Gesetze verbieten, entstanden, solche an andern Orten, wo man dieses Spiel spielen darf, gleichwohl hier nicht klagbar sey, folgt aus den obigen Grundsätzen von selbst. Dem obigen Satze steht folgender zur Seite: alle Verträge, welche da, wo sie geschlossen worden, erlaubt und gültig sind, haben überall den völligen gerichtlichen Effect, und der Beklagte kann sich nicht damit schützen, daß das Versprechen, da, wo geklagt wird, verboten und ungültig sey. Gerade umgekehrt verhält sich die Sache in den Fällen, wo die Handlung nicht sowohl durch verbietende Gesetze verboten, als vielmehr nur dem Gläubiger das ius agendi verweigert wird t). Die eben angeführte Regel hat aber mehrere Ausnahmen, und zwar 1), wenn Unterthanen eines Landes in der Absicht, um den Gesetzen desselben auszuweichen, eine hier verbotene Handlung in einem fremden Lande, wo sie er-

t) Hommel Rhapf. Obf. 409.

laubt ist, vornehmen u). 2) Wenn das Versprechen nicht erfüllt werden kann, ohne daß eine Handlung vorgehe, eine Verbindung getroffen werde, die schon an sich nach den Gesetzen unsers Landes schlechterdings nicht geschehen soll, z. B. Personen wollten sich auswärts trauen lassen, da sie im Lande einander gar nicht heirathen können. 3) Wenn von solchen auswärtigen Verordnungen die Rede ist, wodurch erworbenen Rechten, oder der Verfassung und den Freiheiten unsers Landes offenbar zu nahe getreten wird x). Damit in allen diesen Fällen Niemanden Unrecht geschieht, müssen die verbietenden Gesetze richtig erklärt und angewendet werden, wovon aber in der Folge, bey der Anwendung der Gesetze überhaupt das nöthige gesagt werden soll; und ich komme daher zu den verschiednen verbotenen Handlungen, wie solche Hr. Prof. Weber S. 248 u. f. classificirt hat. Er schreibt daselbst: da die Gründe, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber bewogen wird, eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung zu verbieten, und für ungültig zu erklären, verschieden sind, und eben deswegen das Resultat nicht immer eben dasselbe ist, so läßt sich hieraus am schicklichsten eine Classification der einzelnen Fälle entwerfen. Der Grund des bürgerlichen Verbots ist entweder aus der Handlung an sich, ohne Rücksicht auf die Person der Contrahenten, oder aus dem persönlichen Verhältniß derselben herzuleiten; da denn im letztern Falle einige Personen zu ihrem eigenen Besten von allen oder einigen rechtlichen Handlungen ausgeschlossen sind, andere hingegen nicht sowohl aus dieser Ursache, sondern weil es außerdem die gemeine Wohlfarth erfordert, ihnen die Eingehung gewisser Rechtsgeschäfte nicht zu gestatten. Hieraus ergiebt sich, daß alle einzelne Fälle, die hieher gehören, in drey Classen getheilt werden können.

Die erste betrift die Handlungen, welche allgemein verboten sind, weil die uneingeschränkte Freiheit, sie zu unterneh-

u) Hartleben Spec. 9. med. 5. Voet l. c. §. 14. Herr RR. Eichmann, Th. 1. S. 159.

x) Seger Diss. cit. §. 5. Voet l. c. §. 1.

ternehmen, mit nachtheiligen Folgen verknüpft seyn kann. Hierher gehören 1) die so genannten Glücks- oder Hazardspiele, auch die künstlichen Spiele, wenn zu hoch gespielt wird; 2) der unerlaubte Wucher; 3) der commissorische Vertrag; 4) der Vergleich, wodurch künftigen Alimenten, ohne richterlichen Consens entsagt wird; 5) die Verabredung, daß statt der zur Führung eines Processes vorgeschossenen Kosten und der Zinsen davon, ein Theil des gewonnenen Vermögens abgetreten werden soll; 6) der Ankauf noch nicht eingeerndteter Früchte, für eine kleinere Summe, als der wahre Preiß derselben nach der Einsammlung beträgt; 7) die Schenkung über 500 Ducaten ohne gerichtliche Genehmigung.

Zur zweiten Classe, wo gewissen Personen die Freiheit, rechtliche Handlungen vorzunehmen, zu ihrem eigenen Besten bald ganz, bald nur in Rücksicht auf einige Arten der Rechtsgeschäfte, genommen worden, weil die Gesetze annehmen, es fehle ihnen die nöthige Einsicht, Ueberlegung und Freiheit des Willens dazu, oder daß sie doch wenigstens der Uebereilung und ungebührlichen Verleitung am meisten ausgesetzt sind, gehören 1) die Geschäfte der Unmündigen und Minderjährigen; 2) solcher Personen, die gerichtlich für Verschwender erklärt worden ohne Einwilligung ihrer Vormünder; 3) die Bürgschaft und sonstige Interceßion der Frauenspersonen; 4) nach einigen Landesgesetzen und Statuten, alle Rechtsgeschäfte der Frauenspersonen, ohne Zuziehung ihres Geschlechtsvormundes.

Zur dritten und letzten Classe gehören endlich diejenigen Fälle, wo das bürgerliche Verbot zwar auch nur gewisse Personen betrift, jedoch nicht um des eignen Besten derselben, auch nicht weil die Gesetze bey ihnen einen Mangel der natürlichen Freiheit zum Contrahiren, vermuthen, oder eine vorzügliche Gefahr der Verletzung befürchten; sondern weil es sonst die gemeine Wohlfarth erfordert, sie von dieser oder jenen rechtlichen Handlung gänzlich zu entfernen. So sind z. B. 1) nach verschiednen Gesetzen vom Erwerb der unbeweglichen Güter ausgeschlossen alle Fremde, Kirchen, Klöster und Juden. So darf 2) keinem Christen die Schuldfor-

derung eines Juden an einen Christen abgetreten werden; auch soll 3) die Cession nicht an einen Mächtigern geschehen. Den Richtern ist 4) das Annehmen der Geschenke, wenn gleich keine unerlaubte Absicht dabey vorkommt, verboten; so wie 5) den Advocaten jeder Vertrag, wodurch ihnen vor Ausgang des Processes auf den Fall, wenn solcher gewonnen worden, ein gewisser Vortheil versprochen worden. In diese Classe gehören auch 6) die verbotenen Heirathen unter gewissen Personen, theils wegen zu naher Blutsfreundschaft und Schwägerschaft, theils wegen anderer Ursachen, und endlich 7) die verschiedenen Polizeigesetze und andere bürgerliche Anordnungen, wodurch gewisse Personen von diesem oder jenem Gewerbe, von dieser oder jener Gattung der bürgerlichen Nahrung, der Kaufmannschaft, u. s. f. ausgeschlossen werden.

Hier ist nun die Hauptfrage zu bestimmen, was in Ansehung der natürlichen Verbindlichkeit in den sämtlichen angeführten Fällen zu behaupten sey. Von Verträgen, die an sich schon dem Naturrechte entgegen sind, ist hier eigentlich die Rede nicht, wiewohl es allemal eine merkwürdige Erscheinung in der Geschichte des menschlichen Verstandes bleibt, daß die Frage: ob zur Erfüllung solcher Verträge eine Verbindlichkeit statt finde, unter den Gelehrten streitig ist, ja sogar denkende Köpfe solche bejahen können? Grotius de iure belli Lib. 2. c. 11. §. 9. meint, daß obgleich Niemand durch sein Versprechen sich anheischig machen könne, eine wirklich unerlaubte Handlung vorzunehmen, dennoch wenn es einmal geschehen, der andere Contrahent schuldig sey, die versprochene Belohnung zu entrichten. Daß bürgerliche Gerichte hier keine Klage annehmen dürfen, ist in Gesetzen y) deutlich verordnet. Selbst die öffentliche Duldung einer unsittlichen und entehrenden Handlung ist noch nicht hinreichend, um neben der Strafloſigkeit derselben auch zugleich ein würksames Recht in bürgerlichen Gerichten zu behaupten. Verschiedne Rechtslehrer glauben zwar, daß nach römischen Rechten die öffentlichen Huren berechtigt gewesen sind, den versprochnen

y) L. 26. D. de verb. oblig. L. 6. C. de pact.

sprochnen Lohn gerichtlich einzuklagen z). Andere behaupten aber mit bessern Gründen das Gegentheil, weil turpitudo facti dadurch nicht aufhört, daß sie im Staate ungestraft bleibt; folglich alles Uebrige, was sonst von dergleichen Thaten überhaupt Rechtens ist, seine ungezweifelte Fortdauer behält, und weil, so viel das römische Recht betrift, die Unstatthaftigkeit einer Klage schon daraus klar erhellet, daß die Frage: ob der gegebene Lohn wieder zurückgefordert werden könne, nur nach den Grundsätzen, welche bey der condictio ob turpem causs. eintreten, behandelt wird a), wie die L. 4. §. 3. D. de cond. ob turp. caus. beweist. Konnte der Lohn schon durch eine Klage gefordert werden, so war der in diesem Gesetz angeführte Grund, quoniam solius dantis turpitudo versatur, offenbar wunderlich. Würde der Jurist die Sache nicht vielmehr geradezu daraus abgeleitet haben, weil die Zahlung aus einer sogar klagbaren Verbindlichkeit geschehen sey; und wie konnte dem Geber eine Schande vorgeworfen werden, wenn man ihn durch gerichtliche Klagen zur Zahlung hätte anhalten können?

Nach dem Naturrechte bestreiten Pufendorf und Barbeirak b), jene Lehre umständlicher, als es die Evidenz der Sache zu fordern scheint, und nichts ist leichter, als den Grotius aus seinen eigenen Grundsätzen zu widerlegen, schreibt Hr. Prof. Weber S. 268. Er behauptet selbst kurz zuvor, daß das Versprechen einer an sich unerlaubten Handlung schlechterdings ungültig und unverbindlich sey. Ist es denn nun nicht auch an sich schon unerlaubt, Andere zur Ausübung einer verbotenen That zu dingen? So wenig diese Zusage auf der einen Seite je verbindlich werden kann, eben so wenig mag

z) Struv Exerc. XVIII. th. 22. Thomas. ad Hvber Lib. XII. tit. 5. §. 3. Franzk. ad Pand. lib. 12. tit. 5. n. 10. Gundlings kleine teutsche Schriften, S. 442.

a) Hahn ad Wesenb. lib. XII. tit. 5. §. 4. Stryck ad Lavterb. de cond. ob turp. caus. in Mollenb. thes. S. 490. Voet ad Dig. lib. XII. tit. 5. §. fin. de Pvfendorf Tom. IV. Obs. 75.

b) In den Anmerkungen über Pufendorfs Natur- und Völkerrecht, Lib. III. c. 7. §. 6.

mag der andere Contrahent irgend ein Recht erlangen, nach begangenem Verbrechen die versprochene Belohnung dafür zu fordern. Was aber besonders diejenigen Rechtsgeschäfte betrift, welche an sich zwar natürlich erlaubt, hingegen bürgerlich verboten sind, so glaubt Barbeirak die Frage: ob und in wie fern eine Verbindlichkeit daraus entstehen könne, durch folgende Distinction richtig zu bestimmen. — „Wer einen Vertrag schließt, welchen die Civilgesetze verbieten, der contrahirt entweder mit einem Fremden, oder mit einem Mitbürger. Im ersten Falle war dem Fremden entweder das bürgerliche Verbot bekannt, oder nicht. Wußte er es, so kommt es wieder darauf an, von wem der erste Antrag zur Eingehung des verbotenen Handels geschehen ist. That ihn der Fremde: so ist der Bürger an sein Versprechen so wenig gebunden, daß er weder sein Wort erfüllen, noch den Fremden entschädigen darf; denn man muß in diesem Falle annehmen, daß der einheimische Contrahent die Sache nicht gehörig erwogen, vielmehr aus Uebereilung den Handel geschlossen hat, daher die Verbindlichkeit auf seiner Seite wegfällt. Nur was der Fremde wirklich bezahlt, oder gegeben hat, muß ihm wieder ersetzt werden. War es aber der Bürger, welcher den Handel zuerst antrug, so ist er zwar nicht zur eigentlichen Leistung dessen, was er versprochen hat, gehalten, wohl aber zur völligen Entschädigung des Fremden, denn hier kann man nicht sagen, daß er sich aus Leichtsinn zu dem Handel entschlossen hat. War endlich das bürgerliche Verbot dem Fremden nicht bekannt, so hat er ein vollkommnes Recht, auf die Erfüllung des Contracts, oder in deren Entstehung auf eine völlige Schadloshaltung zu dringen. Im zweiten Falle hingegen, wenn beide Contrahenten Bürger desjenigen Landes sind, nach dessen Gesetzen der Vertrag verboten ist, so handeln sie zwar beiderseits unrecht, jedoch stehen sie unter sich in dem Verhältnisse, daß keiner wider Willen des Andern von seiner Zusage abgehen darf, sondern solche erfüllen, oder den andern Theil entschädigen muß, denn da man wissentlich ein ungültiges Geschäft unternimmt, so entsagt man dem Rechte, es anfechten zu können. So lange inzwi-

inzwischen das eigentliche Geschäfte, welches die Gesetze verbieten, noch auf keiner Seite zur Ausübung gekommen ist, stehet es frey, von dem bloßen Versprechen wieder abzugehen. Z. B. man hätte sich verabredet, zu einer gewissen Zeit ein Hazardspiel zu spielen, so würde diese Zusage freilich nicht binden; wer aber wirklich gespielt, und eine gewisse Summe verlohren hat, wird allerdings dadurch verbindlich, so wie derjenige, welcher Contrebandewaaren zu liefern versprochen, und bereits Geld dafür empfangen hat, sich nicht entziehen kann, entweder die Waare zu liefern, oder den andern Theil gänzlich zu entschädigen."

Auf diese Meinung des **Barbeirak** antwortet Hr. Prof. **Weber**: daß diese Lehre theils mit Irrthümern untermengt sey, theils aber den ganzen Gegenstand bey weitem nicht erschöpfe, ist leicht zu erweisen. Ob der Unterthan mit einem **Fremden** oder mit seinem Mitbürger contrahirt, und ob der Fremde das Verbot gewußt habe, oder nicht, sind freilich Umstände, worauf **etwas**, aber nicht alles ankommt, wie bald gezeigt werden soll. Zuvörderst ist es falsch, daß in dem Falle, da dem **Fremden** das bürgerliche Verbot bekannt war, noch ein Unterschied zu machen sey, ob er, oder der einheimische Contrahent, den ersten Antrag zur Eingehung des Handels gemacht habe; denn vorausgesetzt, daß dieser erste Antrag nicht in einer listigen Beredung bestanden hat, so wußte ja der **Fremde** in beiden Fällen, daß der andere Contrahent kein Recht hatte, etwas zu versprechen, welches wider die Gesetze seines Landes streitet, und folglich bleibt die Sache immer dieselbe, es mag der Fremde oder der Einheimische den Handel zuerst in Vorschlag gebracht haben. Fällt im **ersten** Falle die Verbindlichkeit weg, so findet sie auch sicher im **zweiten** nicht statt. Hiernächst ist es unmöglich zu billigen, wenn **Barbeirak** da, wo er den bürgerlich verbotenen Vertrag unverbindlich hält, den Grund hieryon darinn setzt, weil man annehmen müßte, daß die Zusage in solchem Falle nicht mit gehöriger Ueberlegung geschehen sey. Eben hieraus will er auch die Nichtigkeit solcher Verträge, die an sich schon dem Naturrechte zuwider sind, beweisen. **Gundling**

macht sich in seinem Discours über das Natur- und Völkerrecht S. 190, über den Einfall des Barbeirak sehr lustig; denn müssen wir blos darum, weil die Handlung verboten ist, bey dem Urheber derselben einen Mangel der freien Ueberlegung annehmen, so muß man zugeben, daß Niemand mit völliger Freiheit den Vorsatz fassen könne, die Gesetze zu übertreten; so läßt sich kein dolus, welcher doch sicher Ueberlegung voraussetzt, weiter behaupten; so sieht es in der That um alle Imputation in rebus illicitis sehr mißlich aus. Endlich ist auch selbst die Entscheidung, die Barbeirak zuletzt vorträgt, offenbar unrichtig. Wird der Contract von den Unterthanen des Landes, nach dessen Gesetz er verboten ist, geschlossen, so giebt Barbeirak zwar zu, daß beide Contrahenten unrecht handeln, jedoch sollen sie unter sich dergestalt daran gebunden seyn, daß keiner wider Willen des andern davon abgehen dürfe. Ich begreife nicht, wie der Lehrer des Naturrechts dieses im Allgemeinen hat für wahr halten können, da er selbst behauptet, daß ein Versprechen, welches natürlich unerlaubt ist, keine Verbindlichkeit würke; und Verträge, welche die bürgerlichen Gesetze verbieten, eben dadurch auch natürlich unerlaubt sind. Soll ferner ein Vertrag gültig seyn, so muß der Gegenstand desselben von der Disposition der Contrahenten abhängen. Wie läßt sich aber dieses von Dingen behaupten, welche der bürgerliche Gesetzgeber der Willkühr der Unterthanen entzogen hat? Keine Verbindlichkeit, einem andern etwas zu leisten, läßt sich endlich denken, wofern nicht der letztere ein Recht hat, solches zu fordern. Wer wird ihm aber dieses Recht zugestehen, wenn die Sache durch bürgerliche Gesetze verboten ist. Hr. Prof. Weber trägt S. 274 folgende richtige Bestimmung dieser Materie vor. Er sagt: als Regel muß man überhaupt den Satz gelten lassen, daß keine natürliche Verbindlichkeit statt finde, um ein Versprechen zu erfüllen, welches die bürgerlichen Gesetze verbieten. Sieht man aber auf die verschiednen Bewegungsgründe der letztern zurück, so findet man, daß das bürgerliche Verbot sehr oft nur zum eigenen Besten der Contrahenten gegeben worden, um unüberlegte Zusagen zu verhüten.

Die

Die zweite Classe der verbotenen Rechtsgeschäfte (S. 163) enthält mehrere Fälle, wo eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung nur solchen Personen verboten ist, bey denen die Gesetze die natürliche Fähigkeit, rechtliche Geschäfte gehörig einzugehen, nicht annehmen; so wie es auch sonst in der obigen Classification nicht an Beispielen verbietender Gesetze fehlt, welche blos zur Beförderung mehrerer Gewißheit, zur Erleichterung des gerichtlichen Beweises, zur Verhütung eines übereilten Versprechens, und der daraus entstehenden Läsion, die Gültigkeit und den Bestand einer rechtlichen Handlung an gewisse Formalitäten binden, oder gewisse Verträge verbieten (S. 64). In allen diesen Fällen kann es in Rücksicht auf die einzelnen Subjecte, welche die Handlung vorgenommen haben, und nach individuellen Umständen gar wohl seyn, daß eine natürliche Verbindlichkeit durch einen obgleich bürgerlich verbotenen Vertrag gewürkt werde. Die Ursache ist leicht einzusehen; denn das Geschäfte ist an sich nicht unerlaubt, enthält an sich nichts, dem allgemeinen Besten nachtheiliges. Die Gesetze wollen auch nicht, daß es gänzlich unterbleiben soll, ihre Absicht ist nur, allen Leichtsinn, Uebereilung und ungebührliche Verleitung davon zu entfernen. Giebt es nun auf der einen Seite Geschäfte, wobey dieses vorzüglich zu befürchten ist; Personen, die sehr leicht dergleichen ausgesetzt sind, und erkennen wir eben hieraus eine gegründete Veranlassung des bürgerlichen Verbotes, so lehrt dagegen auf der andern Seite die Erfahrung, daß die Beschaffenheit der Umstände, das wahre Verhältniß der Personen und ihrer Handlungen in einzelnen Vorfällen oft ganz anders ist, als der Gesetzgeber es im Allgemeinen zum Grunde legt. Die gehörige Beurtheilungskraft und Kenntniß in Rechtsgeschäften, welche er bey gewissen Personen der Regel nach vermißt, findet sich oft bey einzelnen Subjecten in ihrer ganzen Vollkommenheit. Da also die Absicht des bürgerlichen Verbots nur dahin gehet, die aus jenen Ursachen zu befürchtenden Mißbräuche zu verhüten, so befreien sie gewiß denjenigen nicht von aller Verbindlichkeit, der überzeugt ist, daß die von ihm vorgenommene Handlung

mit

mit den Mängeln, welche die Gesetze der Regel nach dabey vermuthen, in der That nicht behaftet sey. Will er den Vorschriften des Naturrechts Gehör geben, so muß er sich schuldig finden, sein Versprechen zu erfüllen. Wie jedoch überhaupt das Daseyn einer natürlichen Verbindlichkeit an sich, von dem gerichtlichen Effecte derselben nicht abhängt, so ist es auch hier wieder eine andere Frage, ob und in wie ferne in solchen Fällen, die dem Contrahenten für seine Person obliegende Verbindlichkeit gerichtlich würksam sey, oder nicht? Wir dürfen, um hierauf richtig zu antworten, nur einen Grundsatz, wovon wir bereits oben Gebrauch gemacht haben, wieder in Erinnerung bringen: daß nämlich der bürgerliche Gesetzgeber nur auf das Ganze sein Augenmerk richten, die Personen und Sachen nur so nehmen könne, wie sie gemeiniglich sind, und daß der Richter hiernach bey der Erklärung und Anwendung der Gesetze verfahren müsse. Eben diese Wahrheit wird uns auch sehr leicht davon überzeugen, daß die Gerichte verbunden sind, in den gedachten Fällen die Personen und Geschäfte nur so zu behandeln, wie sie der Gesetzgeber einmal angesehen wissen will. Wenn daher das Gesetz gewisse Personen von allen oder einigen Rechtsgeschäften darum ausschließt, weil ein Mangel der erforderlichen Freiheit des Willens und gehöriger Ueberlegung bey ihnen zu vermuthen ist, so behandelt die Justiz sämtliche zu einer solchen Classe gehörende Personen, vermöge ihrer gesetzlichen Unfähigkeit zu contrahiren, als solche, die aus der Handlung gar nicht verbunden sind, ohne die natürliche Verbindlichkeit einzelner Subjecte, als eine bloße Gewissenssache vor ihr forum zu ziehen; weil ohnehin der Mensch nicht genug Einsichten besitzt, um das vor seinen Augen verborgene Gewissen seines Mitmenschen erforschen, und ein richtiges Urtheil darüber fällen zu können c). Die treffliche Bemerkung Mösers über den wichtigen Unterschied des wirklichen und förmlichen Rechts d), kann

c) Großing allgem. Toleranz-System, S. 48. Hr. Prof. Garve in den Anmerk. zu Cicero's Büchern von den Pflichten, Th. 1. S. 30.

d) Westphälische Beiträge zum Nutzen und Vergnügen, 1780. Nr. 30. und in der Berl. Monatsschr. 1783. S. 506.

kann auch hier zur Erläuterung dienen, wenn man sie auf die Fälle anwendet, da der Richter die vorkommenden Rechtssachen nach Eigenschaften und Folgen behandeln muß, welche die Gesetze im Allgemeinen voraussetzen, obschon der gegebene Fall an sich eine Ausnahme davon machen sollte. Nur so viel haben die Gesetze selbst verordnet, daß die Geschäfte dieser Personen gewissermaßen durch nachherige Genehmigung zur völligen Gültigkeit gelangen können; daß die geschehene Erfüllung, wenn der Schuldner wußte, daß er nicht belangt werden konnte, und doch bezahlte, nicht zurückgefordert werden darf, und daß endlich der Handel von denen nicht anzufechten ist, welche bey Eingehung desselben betrüglich zu Werke gegangen sind. In allen übrigen Fällen der ersten und dritten Classe hingegen, wo die Gesetze nicht zum Besten der contrahirenden Theile selbst, wegen einer zu vermuthenden Unbedachtsamkeit, Uebereilung, oder ungebührlicher Verleitung, sondern weil außerdem die gemeine Wohlfarth solches erfordert, diese oder jene Handlung verboten haben, bleibt es bey der Regel, daß auch keine natürliche Verbindlichkeit statt finde, dergleichen Verträge zu erfüllen; und es irren daher Stryk und Barbeirak, wie Pufendorf mit Recht behauptet, wenn sie den Glücksspielen, ob sie gleich bürgerlich unerlaubt sind, dennoch eine natürliche Verbindlichkeit beilegen e). Nur in den Fällen der dritten Classe entsteht die Frage: ob derjenige, von dem die versprochene Leistung selbst keinesweges gefordert werden kann, nicht wenigstens verbunden sey, den andern völlig zu entschädigen? — Man unterscheide, ob der Contrahent, welcher entschädigt seyn will, mit Recht eine Unwissenheit des bürgerlichen Verbotes vorschützen könne, oder nicht? In diesem letztern Falle hat er gar keinen Anspruch; im erstern hingegen ist er unstreitig befugt, das vergütet zu verlangen, was ihm durch den rückgängig gewordenen

e) Stryck ad Lavterb. lib. XI. tit. 5. n. 14. in Mollenb. thes. S. 407. Barbeyrac traité du Ieu, Liv. 3. ch. 9. §. 15. 16. Pvfendorf ius nat. lib. 3. c. 7. §. 6.

wordenen Handel entgeht f), es wäre denn, daß sein Mitcontrahent in einer gleichfalls untadelhaften Unwissenheit der gesetzlichen Vorschrift sich befunden hätte. Bey Geschäften der **ersten** Classe kann die Frage von der Entschädigung nicht leicht vorkommen, wie sichs gleich zeigt, wenn man die einzelnen Fälle durchgeht; bey Handlungen der **zweiten** Classe aber kommt es nur darauf an, ob derjenige, den die Gesetze sonst nicht verbindlich halten, sich in dolo befindet, da denn der Handel selbst bey Kräften bleibt; in den Fällen der 3ten Classe hingegen muß oft, des dolus ungeachtet, die Erfüllung selbst nachbleiben, z. B. wenn Grundstücke an Jemand verkauft sind, der sie nicht erwerben darf; und dann entsteht häufig die Frage, ob der Schaden zu vergüten sey. Nach Anleitung dieser Grundsätze ist nun unter andern die Frage: in wie fern den Frauenspersonen aus der Bürgschaft eine natürliche Verbindlichkeit obliege? sehr leicht zu bestimmen. Es giebt Rechtslehrer g), welche diese Bürgschaften selbst nach dem Naturrechte für unverbindlich erklären. Diese Meinung braucht nicht widerlegt zu werden. Ob aber die Frauenzimmer, nachdem sie durch bürgerliche Gesetze von allen Intercessionen ausgeschlossen sind, nicht wenigstens immer noch **natürlich** verbindlich bleiben, das zu erfüllen, wozu sie sich anheischig gemacht haben, darauf ist nach obigen Grundsätzen die Antwort diese: da der Bewegungsgrund des positiven Gesetzes dahin geht, ungebührliche Verleitungen und übereilte Zusagen zu verhüten, so hat die Frauensperson, welche überzeugt ist, daß dergleichen bey der von ihr übernommenen Bürgschaft nicht obgewaltet habe, allerdings eine **natürliche** Verbindlichkeit auf sich, ihr Versprechen zu erfüllen, wenn gleich in bürgerlichen Gerichten, den Fall eines dolus ausgenommen, keine Rücksicht darauf genommen wird. Eben so ist die Frage zu entscheiden: ob den Frauenspersonen, welche nach Vorschrift der Gesetze unter beständiger Vormundschaft stehen, eine **natürliche** Verbindlichkeit obliege, wenn sie ohne Zuziehung ihres Curators sich in Rechtsgeschäfte eingelassen

f) L. 27. C. de evict. L. 7. C. comm. vtr. ind.
g) SCHILTER Exerc. 28. §. 1.

lassen haben? Hier giebt es drey verschiedne Meinungen. Einige h) halten dafür, es trete gar keine natürliche Verbindlichkeit ein. Andere i) behaupten, daß eine natürliche Verbindlichkeit in solchen Fällen allerdings vorhanden sey, doch habe keine Klage statt, ja die geleistete Zahlung könne sogar zurückgefordert werden. Die dritte Meinung geht endlich dahin, daß nicht allein den Frauenzimmern unter gedachten Umständen eine natürliche Verbindlichkeit wirklich obliege, sondern diese auch selbst in bürgerlichen Gerichten dergestalt würksam sey, daß, die alleinige Klage ausgenommen, alle übrigen Effecte einer Zwangspflicht statt fänden k). Dieß ist im Allgemeinen betrachtet unrichtig, schreibt Hr. Profess. Weber S. 285, weil aus der gesetzlichen Anordnung dieser Curatel von selbst folgt, daß die Rechtsgeschäfte der Frauenspersonen, ohne Zuziehung ihres Vormundes der Regel nach gar keinen rechtlichen Bestand behaupten können. Die bisherigen Grundsätze wendet Hr. Prof. Weber S. 285—318 auf die natürliche Verbindlichkeit der Pupillen und der Minderjährigen an.

Es ist zwar bereits S. 72 etwas von der Nichtigkeit solcher Handlungen gesagt worden, welche gegen gebietende oder verbietende Gesetze unternommen worden. Da diese Materie aber hier noch deutlicher wird, weil mehr Grundsätze, worauf es dabey ankommt, vorgekommen, so will ich die vortreflichen Bemerkungen des Hrn. Prof. Webers S. 321 darüber anführen. Es heißt daselbst: wenn die Gesetze eine Handlung verbieten, oder als durchaus nothwendig vorschreiben, so wird eben dadurch den Staatsbürgern die moralische Befugniß versagt, gegen die Verordnung des Gesetzes zu handeln. Daher versteht sich die Nichtigkeit alles dessen,

h) Berlich P. II. Concl. 17. n. 24. Tiraqvell. de leg. connub. IV. 14. Mevius ad Ius Lub. I. 10. 3. Thomas. ad Hvber. Inst. III. 14. 2. S. 280.

i) Carpzov P. II. Const. 15. Def. 7. n. 9. Möller ad Const. Sax. P. II. Const. 15. n. 60. Philippi Vsus pract. Inst. Lib. III. Ecl. 60. n. 11.

k) Hvber ad Inst. III. 14. 2.

was gegen dergleichen Anordnungen unternommen worden, von selbst. Schon die gesunde Vernunft überzeugt uns hiervon, weil die Gültigkeit und rechtliche Würkung der Rechtsgeschäfte vor allen Dingen voraussetzt, daß man sowohl überhaupt, als auch in der Art und Weise, wie sie geschehen sind, befugt war, sie zu unternehmen l). Unstreitig muß aber erst ausgemacht seyn, daß der vorkommende Handel an sich oder wegen nicht gehörig beobachteter Form, den gebietenden oder verbietenden Gesetzen wirklich zuwider sey. Hr. HR. Hommel bemerkt daher Obs. 695 sehr richtig: formalia cambii, testamenti, aut alius scripturae ab exteris regionibus nobis allatae conformia praesumuntur, moribus et legibus populi illius a quo veniunt; nec audiendus, qui legalitatem sine ratione adducta neget, sed debet aliquid positiuum adferre, quod praesumtionem illam infringat. Die Anwendung dieser Grundsätze kann also in den Fällen keinen Zweifel leiden, wo die Handlung Gesetzen zuwider ist, nach welchen sie gar nicht, oder doch nur in einer bestimmten Form geschehen soll. Von Gesetzen, die ihrer Absicht nach nur in Ermangelung besonderer Privatdispositionen zur Richtschnur dienen sollen, und daher allerdings eine andere Bestimmung der Partheien zulassen, ist hier die Rede nicht, sondern davon handelt Hr. Prof. Weber S. 366 u. f. Mit jenen schlechterdings gebietenden oder verbietenden Gesetzen läßt es sich aber ohne Widerspruch nicht verbinden, daß es den Staatsbürgern erlaubt seyn sollte, dem Gesetz nach Gutbefinden entgegen zu handeln. Die Freiheit, dem bürgerlichen Verbote zu entsagen, würde aber eine solche Befugniß mit sich führen, und folglich ist die zweite Regel, daß gegen verbietende oder schlechterdings gebietende Vorschriften der Gesetze, keine Entsagung statt finde, eben so klar und über alle Zweifel hinweg, als die erstere m). Weil aber dennoch in einigen Fällen diese Regel gewissermaßen Ausnahmen zu haben scheint, wo verbotene Rechtsgeschäfte nichts destoweniger aufrecht bleiben, auch hin und wieder

l) Pvfendorf in Iur. nat. Lib. 3. c. 7. §. 6. in fin.

m) L. 7. §. 14. L. 38. D. de pact. L. 7. C. vnde vi. L. 6. C. de pact. L. 15. D. de condit. instit.

wieder eine Entsagung dagegen zugelassen wird; so hat dieses in manchen Systemen des natürlichen und bürgerlichen Rechts zu verkehrten und fehlerhaften Vorstellungen der Sache überhaupt Gelegenheit gegeben; denn anstatt diese besondern Fälle für das, was sie wirklich sind, zu nehmen, und sie als nähere Bestimmungen, höchstens als Ausnahmen zu betrachten, gerieth man auf den Abweg, jene allgemeinen Sätze fast gänzlich außer Acht zu lassen, und dagegen aus den Merkmalen der besondern Fälle, wo die Gesetze von der Regel abweichen, wiederum allgemeine Vorschriften zu bilden, mithin dasjenige, was dem Gesetzgeber nur bey gewissen Fällen zum Bewegungsgrunde gedient hatte, schon sofort als Regel für mehrere Fälle anzunehmen. **Grotius** und mit ihm verschiedne Rechtsgelehrte halten dafür, daß eine verbotene Handlung nur sodann für **nichtig** gehalten werden müsse, wenn das Gesetz dieses ausdrücklich verordnet habe [n]). Was aber die Natur der Sache schon mit sich bringt, braucht nicht erst durch besondere gesetzliche Vorschriften befohlen zu seyn, und da überdieses die L. 5. C. de legib. dieser Meinung schlechterdings widerspricht, so ist sie unmöglich zu rechtfertigen. Andere [o]) lassen zwar die Nichtigkeit der gesetzwidrigen Handlung als Regel gelten, aber sie fügen im Allgemeinen die Ausnahme hinzu, daß, wenn die Gesetze etwas bey Strafe verbieten, ohne zugleich die Handlung selbst für nichtig zu erklären, sodann zwar die Strafe eintrete, das verbotene Geschäfte aber bleibe gültig. Diese Meinung hat aber ebenfalls keine gültige Grundsätze für sich; vielmehr ist die Nichtigkeit der Handlung als natürliche Folge des bürgerlichen Verbotes, hier desto weniger zu bestreiten, da der Gesetzgeber durch Androhung der Strafe noch ernstlicher zu erkennen giebt, daß Niemand befugt seyn soll, diese Handlung zu unternehmen. Die Strafe, welche von der Unternehmung des verbotenen Handels noch mehr zurückhalten soll, kann also kein Mittel

n) Aug. Wilh. MEIER comm. de nullitate sentent. sanabili et insan. Gött. 1777. §. 5. PÜTTER theoria de nullitate, §. 17. 20. VOET ad Dig. tit. de leg. n. 16.

o) VINNIVS Quaest. lib. I. cap. 1.

werden, sich die zur Gültigkeit des Geschäfts erforderliche moralische Befugniß beizulegen. Wenn in einigen Fällen dieses zu geschehen scheint, so ist nach Anleitung der besondern Beschaffenheit derselben der Grund hiervon zu erforschen, woraus sich bald ergeben wird, daß in andern Fällen keinesweges eben dasselbe zu behaupten sey. Wenn eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs sich wieder verheirathet, so wird zwar die gesetzliche Strafe vollstreckt, aber die verbotene Ehe selbst nicht cassiret. Der Grund hiervon ist leicht einzusehen, und liegt darinn, weil die zweite Verheirathung an sich und überhaupt den Gesetzen nicht zuwider ist, sondern das Verbot sich nur auf eine gewisse Zeit beschränkt, folglich eine gänzliche Aufhebung der zweiten Ehe theils über die wahre Absicht des Gesetzgebers hinausgehen, theils mit noch schädlichern Folgen verknüpft seyn würde, als diejenigen sind, welche das Verbot der zu frühen Heirath verhüten soll, ohne einmal die letztere selbst, nachdem die Ehe bereits vollzogen worden, verhindern zu können. Eben der Umstand, daß die Gültigkeit eines verbotenen Geschäfts an sich weniger nachtheilig werden kann, als die erste Unternehmung desselben, ferner, daß die Aufhebung des verbotenen Geschäfts überwiegende schädliche Folgen veranlassen würde, ist als die Ursache zu betrachten, warum die zwar verbotenen aber doch dispensationsfähigen Ehen unter Anverwandten, desgleichen nach verschiednen Landesgesetzen, die ohne Einwilligung der Eltern wirklich vollzogenen Heirathen nicht wieder getrennt werden. Wie wenig also dasjenige, was hier nach den besondern Verhältnissen eintritt, für alle übrigen Fälle, wo die Gesetze etwas bey Strafe verbieten, als Regel gelten könne, wird ohne weitere Erinnerung einem Jeden von selbst einleuchten. Uebrigens ist auch die bekannte Regel: vtile per inutile non vitiatur, hierbey nicht außer Acht zu lassen, wenn die Vorschrift des Gesetzes eigentlich nur diese oder jene Modification der Handlung, imgleichen gewisse Arten der Nebenverträge untersagt, oder die Gültigkeit eines Geschäfts auf gewisse Quantitäten eingeschränkt haben sollte; da denn nicht der ganze Handel, sondern nur in so fern, als dabey die Gesetze übertreten werden,

für

für nichtig zu halten ist p). Endlich wird die Regel aufgestellt, daß den verbietenden Gesetzen, welche vorzüglich nur das Interesse gewisser Personen zum Grunde haben, von den letztern gültig entsagt werden könne q); man fügt aber so viele Einschränkungen dazu, daß schon dadurch diese Regel ein mißliches Ansehen erhält; z. B. wenn von solchen verbietenden Gesetzen, welche zugleich mit die gemeine Wohlfarth zum Vorwurfe haben, von Personen, welche wegen ihres Alters, Geschlechts ꝛc. nichts zu ihrem Nachtheile vornehmen können, von Rechten, wobey zugleich das Interesse eines Dritten obwaltet, die Rede ist, woraus denn am Ende nichts weiter erhellet, als daß man den sichersten Weg erwählt, wenn man die Zulässigkeit der Entsagung der Regel nach verneinet, und nur in so fern Ausnahmen davon anerkennet, als die Rechte selbst solche in einzelnen Fällen bestätigt haben. So z. B. kann eine Frauensperson nach Justinianischen Rechten in gewissen Fällen dem Vellejanischen Rathsschluß gültig entsagen r), aber die in Praxi angenommene Meinung, daß die erwähnte Entsagung durchgängig zu Recht bestehe, ist dem wahren Sinne und der Analogie des römischen Rechts keinesweges angemessen.

Mit der zeither erläuterten Lehre von der Nichtigkeit solcher Handlungen, welche gegen verbietende Gesetze unternommen werden, steht auch die Frage in Verbindung, ob und in wie ferne dasjenige, was zur Erfüllung verbotener Rechtsgeschäfte gegeben worden, wieder zurückgefordert werden könne? Die Auseinandersetzung derselben hat Hr. Prof. Weber S. 333—362 vorgetragen, wohin ich so lange verweise, bis diese Materie in der Folge vorkommen wird.

p) L. 1. §. 5. D. de verb. obligat. c. 37. de reg. iur. in 6to. L. 29. D. de vsur. L. 34. pr. C. de donat. L. 36. §. 3. C. eod. VINNIVS sel. quaest. lib. 1. c. 1. AVERAN. Interpr. L. 2. c. 3. n. 11. 12.

q) HOMMEL Rhapf. Obf. 273. HARTLEBEN ad Pandect. Spec. 8. Hr. RR. Eichmann Th. 1. S. 34 ff.

r) Nov. 94. c. 2. Nov. 118. c. 5.

Zeither ist von natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften gehandelt worden, und nunmehr soll von solchen verbindlichen Handlungen, welche zwar die bürgerlichen Gesetze nicht verbieten, die aber dennoch in den Gerichten nicht völlig würksam sind, gehandelt werden. Dergleichen natürliche Verbindlichkeiten, schreibt Hr. Prof. Weber S. 263, lassen sich denken, einmal, wenn ihnen durch bürgerliche Gesetze der völlige gerichtliche Effect schon im voraus versagt worden ist; und zweitens, wenn einer bisher völlig würksamen Verbindlichkeit die fernere Würkung im Wege Rechtens aus solchen Gründen versagt wird, die nach natürlichen Rechten keine Aufhebung der Zwangspflicht selbst zuwege bringen. Beide Gegenstände kommen darinn mit einander überein, daß der Regel nach in den Fällen, welche dazu gehören, das Daseyn und die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit an sich, im bürgerlichen Zustande keinen Zweifel leidet, sondern nur die gerichtliche Würkung durch positive Gesetze eingeschränkt worden ist. Hieraus erwachsen verschiedne Folgen und Verhältnisse, welche beiden gemein sind. — Eben die Gründe, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber bewogen werden kann, gewisse natürlich erlaubte Handlungen zu verbieten, und den Staatsbürgern alle rechtliche Befugnisse zu dergleichen Handlungen gänzlich zu versagen, können auch zum Theil in andern Verhältnissen zur Veranlassung dienen, daß gewissen Rechtsgeschäften, ohne eben solche durchaus zu verbieten, nur die völlige Würksamkeit in Gerichten nicht gestattet wird. Es treten aber auch hierbey noch manche besondere Ursachen ein. Inzwischen lassen sich doch die einzelnen Fälle im Allgemeinen, nach den Hauptgründen der Gesetzgebung, auf drey Classen reduciren. Es giebt Verbindlichkeiten, welche in bürgerlichen Gerichten nicht völlig würksam sind, 1) weil sie mit gewissen positiven Bestimmungen der Privatgeschäfte nicht übereinstimmen; 2) andere, weil das persönliche Verhältniß der Partheien sowohl überhaupt, als auch besonders ihre gegenseitige Verbindung den Gesetzgeber bewogen hat, die völlige gerichtliche Würkung nicht zu gestatten, und wiederum andere 3), weil die Gesetze

nach

nach den Regeln der Billigkeit, dem Schuldner gegen das strenge Recht des Gläubigers einige Nachsicht ertheilt wissen wollen. Man hat dabey auf den nächsten Hauptgrund der bürgerlichen Vorschrift Rücksicht genommen, da es sonst nicht zu leugnen ist, daß freilich einige einzelne Fälle nicht in eine dieser Classen allein, sondern gewissermaßen auch zugleich in eine andere gerechnet werden dürften. Schwierigkeiten dieser Art sind überhaupt in unserer Wissenschaft nicht zu vermeiden, man mag bey dem Vortrage eine Methode zum Grunde legen, welche man will. Z. B. das beneficium competentiae, welches die Gesetze den Soldaten und Vasallen ertheilen, kann in einem und andern Betrachte sowohl in der zweiten, als auch in der dritten Classe seinen Platz behaupten; weil inzwischen fauor debitoris hier den nächsten Grund der gerichtlichen Unwürksamkeit ausmacht, so scheinet es zweckmäßiger zu seyn, diese Fälle in die dritte Classe, wo überhaupt die gedachte Rechtswohlthat vorkommt, zu rangiren.

Ehe über die einzelnen Fälle der ersten Classe etwas gesagt werden kann, ist im Allgemeinen noch etwas über die Frage zu bemerken, ob und in wie ferne es den Partheien frey steht, in ihren Privatangelegenheiten Rechte und Verbindlichkeiten anders zu bestimmen, als es die Regel des Civilrechts mit sich bringen würde? Es folgt nicht, schreibt Hr. Prof. Weber S. 367, daß eine Verabredung oder andere Privatdisposition darum gleich ungültig oder unwürksam sey, weil sie mit gewissen positiven Bestimmungen nicht übereinkommt. Freilich, wenn aus einer positiven Vorschrift die Absicht des Gesetzgebers deutlich erhellet, daß dadurch den Privatverfügungen gewisse Gränzen gesetzt werden sollen, wenn schlechterdings gebietende oder verbietende Gesetze die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit gewisser Privatdispositionen bestimmen, so hat es kein Bedenken, daß die Gültigkeit der letztern, und mit derselben ihre gerichtliche Würksamkeit von der Uebereinkunft mit den Vorschriften des Gesetzgebers abhängt. Davon ist oben gehandelt worden. Anders verhält sich aber die Sache, wenn die Gesetze überhaupt nur in den Angelegenheiten des Privatverkehrs gewisse Regeln festsetzen,

wornach der Richter in vorkommenden Fällen die rechtlichen Folgen des Eigenthums und anderer Realrechte, der Verträge ꝛc. bestimmen soll. Dadurch wird den Mitgliedern des Staats das Recht nicht entzogen, durch Verträge und einseitige Handlungen über sich und ihr Vermögen zu disponiren; vielmehr sind ihre Verfügungen so lange vollkommen rechtsgültig, bis ausdrückliche Gesetze, die Handlung entweder ganz ungültig erklärt, oder die gerichtliche Hülfe versagt haben. Der Hr. v. Moser s) bemerkt sehr richtig: der natürlichen Freiheit, die einem jeden Menschen auch in despotischen Staaten vergönnt bleibt, ist nichts gemäßer, als daß, wenn einige Personen über ihre Privatangelegenheiten paciscren, dieses pactum ohne weitere Confirmation gültig sey, und in contradictorio darauf gesprochen werden müsse; es wäre denn, daß die Gesetze bey einem oder dem andern Falle wirklich das Gegentheil statuirten. Wenn inzwischen einzelne Mitglieder der bürgerlichen Societät sich in diesen oder jenen Rechtshandel einlassen, diesen oder jenen Vertrag mit andern schließen, so lassen sie es sich selten angelegen seyn, und die wenigsten sind überhaupt fähig, auf alle mögliche künftige Fälle mit Rücksicht zu nehmen, und was dabey Rechtens seyn solle, in voraus gehörig zu bestimmen. Wie viele Ehen werden nicht geschlossen, ohne daß die wichtigsten Angelegenheiten beider Ehegatten, worüber in der Folge Streit entstehen kann, durch Verträge unter ihnen im voraus reguliret werden; wie mancher Kauf-Tausch-Leih-Contract ꝛc., ohne bey Eingehung desselben an die möglichen Fälle der Gefährde, des Betrugs, der Nachlässigkeit ꝛc. zu denken, oder solche durch wechselseitige Vereinbarung zu bestimmen. Was die Natur der Sache, die Vorschriften des Vernunftrechts in solchen Fällen mit sich bringen, ist nicht so ausgemacht, als die Resultate in der Rechenkunst, wo die Data und die Regeln des Verfahrens so bestimmt sind, daß keiner mit Vernunft solche anders denken kann, mithin, wie viele Personen auch immer eine Aufgabe ausrechnen, die Summe bey allen doch immer dieselbe seyn muß. Nicht mit eben der Evidenz, folgt in juristischen Proble-

s) v. Mosers Familienstaatsrecht, Th. 2. §. 125. Nr. 6.

Problemen die Schlußfolge immer aus den Vordersätzen. Die Entscheidung dessen nun, was die Partheien selbst unbestimmt gelassen haben, lediglich dem Ermessen des Richters anheim stellen, so wie er etwa glaubt, daß die Natur der Sache und die Regeln des Vernunftrechts den vor sich habenden Fall entscheiden, würde eben so viel seyn, als eine gleiche und sichere Justizpflege von einem bloßen Ungefehr erwarten wollen. Um dieß zu verhüten, und überall Ordnung und Ruhe des Ganzen zu befördern, hat die Gesetzgebung selbst die von der freien Willkühr der Bürger abhängenden Privatangelegenheiten mit in ihr Gebiet gezogen, die Rechte und Verbindlichkeiten der Contrahenten bestimmt, damit es für jeden Fall nicht an gewissen Regeln zur Entscheidung vorkommender Streitigkeiten fehlen möge; z. B. wenn ein Kauf- oder Pachtcontract geschlossen worden, wie es gehalten werden soll, wenn die verkaufte oder verpachtete Sache unbrauchbar ist, wenn eine oder beide Parteien sich säumig in Leistung des Schuldigen bewiesen, wenn ein Dritter die Sache evincirt, u. d. m. Wenn aber solchergestalt in den Gesetzen für die vorzüglichsten Fälle möglichst gesorgt, die Natur eines jeden Geschäfts genau bestimmt, der ganze Inbegrif von Rechten und Verbindlichkeiten, welche daraus entstehen können, berichtigt ist, so läßt sich doch der Regel nach bey diesen gesetzlichen Bestimmungen nur die Absicht annehmen, damit dasjenige, was die Contrahenten selbst nicht reguliret haben, nicht ganz ohne gewisse Vorschrift dem Gutbefinden der Gerichte überlassen bleiben möge. Die Regenten, schreibt der Hr. Präs. v. Tevenar in seinem Versuch über die Rechtsgel. S. 8 vortreflich, sind in Absicht der Privatgeschäfte der Unterthanen mehr Rathgeber, als Gebieter; ihre Aufmerksamkeit muß nur darauf gerichtet seyn, daß sich Ruhe, Sicherheit und Wohlfarth über das Ganze verbreite. Wie es also einem jeden frey steht, selbst in der Welt eine Rolle zu spielen, oder sich in ein Kloster zu begeben, und anstatt seiner Vernunft die Klosterregeln zur Norm seines Lebens zu machen; so ist auch den Parteien unbenommen, die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung ihrer Rechtsgeschäfte selbst zu bestimmen,

stimmen, oder es dieserhalb bey den gesetzlichen Vorschriften zu lassen, vorausgesetzt, daß das Civilrecht durch wirklich verbietende Gesetze ihnen diese Befugniß nicht entzogen, oder den Richter nicht ganz bestimmt angewiesen hat, auf andere Privatverfügungen keine Rücksicht zu nehmen. Wenn daher der Hr. GJR. Pütter t) schreibt: was aber Dinge sind, die das Recht der Natur auf willkührliche positive Bestimmung ankommen läßt, da ist doch bey weitem noch nicht die Folge, daß solche Dinge ohne Unterschied durch gesetzliche Vorschriften der höchsten Gewalt bestimmt werden müssen; so wird ein Jeder aus Gründen, die oben bereits angegeben worden, sehr leicht einsehen, daß diese gesetzlichen Bestimmungen an sich und überhaupt genommen sehr nöthig sind, um weitläuftige Rechtshändel und üble Folgen zu verhüten, welche unvermeidlich sind, wenn alles, was die Parteien selbst nicht schon im voraus bestimmt haben, dem schwankenden Ermessen der Gerichte Preis gegeben wird. Wenn aber dieser berühmte Schriftsteller hinzufügt: vielmehr ist es für die natürliche Freiheit nur gar zu wesentlich, daß darinn jedem Menschen, jeder Familie, jeder Gesellschaft ungebundene Hände gelassen werden, ihre Einrichtung nur nach ihrem Gutdünken und nach Befinden ihrer Umstände zu machen, so ist hiebey noch zu erinnern, daß durch die alleinige Bestimmung der Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung der Privatgeschäfte des Unterthanen, nicht sofort seine natürliche Freiheit eingeschränkt, noch ihm die Befugniß genommen wird, selbst in vorkommenden Fällen ein anderes zu verabreden und zu beschließen, sondern daß durch dergleichen bürgerliche Anordnungen nur angedeutet wird, was man in Dingen, die man selbst unbestimmt gelassen hat, im Wege Rechtens zu erwarten habe. Nur dann erst wird ihre natürliche Freiheit eingeschränkt, wenn neben der gesetzlichen Bestimmung zugleich den Privatdispositionen, welche etwa davon abweichen sollten, die rechtliche Würksamkeit versagt wird. Selbst das römische Recht, ob es gleich in einzelnen Fällen mehrere Einschränkungen

t) Hr. GJR. Pütter in den Beitr. zum teutschen Staats- und Fürstenrechte, Th. 2.

gen dieser Art enthält, als wir nach unserer heutigen Verfassung annehmen dürfen, setzt doch überhaupt die Regel fest: pacta dare legem contractui, obligationum causas pactione immutari posse, contractum ex conuentione legem accipere u), und man darf sich nur an die so genannten naturalia oder die adminicula contractuum x) erinnern, um den vielfältigen Gebrauch von diesen Regeln zu zeigen. In emtionibus heißt es in der L. 43. D. de pact., scimus quid praestare venditor debeat, quidque contrario emtor. Quodsi in contrahendo aliquid *exceptum* fuerit, id *seruari* debet. Bey dem Allen aber ist nicht zu leugnen, daß die Gesetze hin und wieder die erwähnte Befugniß der Contrahenten sehr eingeschränkt haben, indem sie theils gewisse Formen der Verträge zwar nicht schlechterdings gebieten, aber doch nur ihnen die völlige Würksamkeit in Gerichten zugestehen; theils in Ansehung der vorkommenden Rechtsgeschäfte gewisse Merkmale und Folgen unbedingt festsetzen, dergestalt, daß alle Verpflichtungen, welche entweder mit jenen Formen, oder mit diesen einmal angenommenen Grundsätzen und Fragen nicht übereinkommen, als blos natürliche Verbindlichkeiten im strengsten Verstande, in bürgerlichen Gerichten nicht mit völliger Würkung geltend gemacht werden können.

Was nun die einzelnen Fälle solcher natürlichen Verbindlichkeiten betrift, welche mit den bürgerlichen Bestimmungen der Privatgeschäfte nicht übereinkommen, und eben deswegen den völligen gerichtlichen Effect nicht haben, so gehören nach dem römischen Rechte hierher 1) die simpeln Verträge y) oder die so genannten pacta nuda; 2) die Nebenverträge, welche nicht sofort bey Eingehung eines contr. bon. fid. geschlossen worden; und 3) diejenigen Verträge, deren Inhalt mit der Natur des Hauptgeschäfts, so wie solche in bürgerli-

u) L. 23. 27. D. de reg. iur. L. 7. D. de pact. L. 1. D. depos.

x) L. 72. D. de contr. emt. vend.

y) L. 7. §. 5. L. 45. D. L. 10. C. de pact. L. 15. D. de praescr. verb. L. 27. C. loc. cond. PAVLLI Sent. lib. II. tit. 14.

gerlichen Gesetzen bestimmt ist, nicht übereinkommt z). Die genauere Auseinandersetzung dieser Materie, gehört zu der Lehre von Contracten.

Von der zweiten Classe, zu welcher diejenigen Fälle gehören, wo das persönliche Verhältniß der Parteien überhaupt, und besonders in ihrer gegenseitigen Beziehung, eine gerichtliche Unwürksamkeit natürlicher Verbindlichkeiten veranlaßt haben, ist zu bemerken, daß das römische Recht in dieser Hinsicht ebenfalls mancherley Einschränkungen enthält, von denen einige zwar in unsern Gerichten ganz wegfallen, andere aber allerdings noch ihre Anwendung finden. Die einzelnen Gegenstände sind 1), die Verbindlichkeit der Sclaven; 2) die natürliche Verbindlichkeit solcher Personen, die noch in der väterlichen Gewalt stehen; 3) insbesondere die aus einer Geldanleihe herrührende natürliche Verbindlichkeit dieser Personen; 4) die gerichtliche Würkung der Verträge, welche in Ansehung eines Dritten geschlossen worden; 5) die Schenkungen unter Ehegatten. Wie bekannt, ist auch eine Einschränkung des gerichtlichen Effects der natürlichen Verbindlichkeit, blos aus billiger Nachsicht gegen den Schuldner gemacht worden, und auf diese Verordnungen gründet sich die Rechtswohlthat, daß einem Schuldner zur Befriedigung seines Gläubigers, bisweilen durch richterliche Hülfe nicht mehr genommen werden darf, als es der standesmäßige nothwendige Unterhalt desselben zuläßt.

Ich komme nunmehr auf die Vorschriften des Civilrechts, wodurch der bisherige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit in der Folge ganz oder zum Theil wieder aufgehoben wird. Ueber die Gründe dieser Gesetze bemerkt Hr. Prof Weber S. 414 folgendes. — Ursachen, welche nach dem Naturrechte an sich den Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht befreien, noch die Befugniß des Gläubigers einschränken würden, können gleichwohl einen bürgerlichen Gesetzgeber in manchen Fällen veranlassen, dergleichen

z) Io. Bernh. FRIESE de pacto adiecto, Ien. 1694. th. 12. 13. LANGSDORF Tract. de pactis et contr. Roman. Manh. 1777. §. 178.

gleichen Aufhebung oder Einschränkung zu verordnen. Es ergiebt sich aus den besondern Merkmalen der einzelnen Rechtsmaterien, welche hierher gehören, vorzüglich ein vierfacher Grund der bürgerlichen Legislation; wornach sich die besondern Fälle am bequemsten ordnen, und die weitern Verhältnisse deutlich entwickeln lassen. Eine wirklich vorhandene, und bisher völlig klagbare Verbindlichkeit kann nämlich ihre Würkung in der Folge wiederum verlieren,

I) weil der Gläubiger die zur gerichtlichen Verfolgung seines Rechts bestimmte Zeit versäumet hat, wie die Verjährung der Klage und die Präclusion vorzüglich bey entstandenem Concurse der Gläubiger beweisen.

II) Zur Strafe des Gläubigers, wegen Uebertretung verbietender oder gebietender Gesetze. Dieses kommt vor 1), wenn ein Schuldner oder Gläubiger eines Minderjährigen die Vormundschaft des letztern übernimmt, ohne die Forderung anzuzeigen, 2) wenn eine Schuldforderung dem Anastasianischen Gesetze zuwider abgetreten worden, oder 3) dieses an einen Mächtigern geschehen ist; 4) wenn der Gläubiger, um seine Befriedigung zu erhalten, sich der verbotenen Selbsthülfe bedient hat.

III) Weil die Gesetze aus Gründen der Billigkeit dem Schuldner die Erlaubniß geben, von einem sonst gültigen Vertrage, wegen veränderter Umstände wieder abzugehen, obgleich das natürliche Zwangsrecht ihm dieses nicht erlaubt.

IV) Wenn endlich das förmliche Recht dem Gläubiger zuwider ist, dergestalt, daß er seines an sich gerechten Anspruchs durch den Proceß verlustig wird. Hierher gehören alle die Fälle, wo Jemand fato Processus um seine gerechte Forderung gebracht, insbesondere, wenn ein wirklicher Schuldner durch ungerechte rechtskräftige Urtheile absolviret worden a).

Von der natürlichen Verbindlichkeit in allen diesen Fällen überhaupt, bemerkt Hr. Prof. Weber S. 421 sehr richtig:

a) L. 28. L. 60. D. de cond. ind. Henr. Coccei D. de vero debitore absoluto, in Tom. II. Exerc. S. 874. Brockes Obseruat. Nr. 1.

tig: die Frage: ob der Schuldner, welchen die Civilgesetze solchergestalt von den gerichtlichen Ansprüchen des Gläubigers lossprechen, eben dadurch auch von der natürlichen Verbindlichkeit befreiet werde, ist in Ansehung der Folgen, welche davon abhängen, sehr wichtig; denn in so fern wir solche bejahen, oder verneinen, in so fern müssen wir auch hin und wieder die Compensation, die Zurückforderung des Gezahlten, das Retentionsrecht, die Bürgschaft und Verpfändung in den bisher angeführten Fällen zum Theil für gültig erklären, zum Theil aber verwerfen. Im Allgemeinen ist jene Frage unter den Rechtsgelehrten eigentlich noch nicht zur Erörterung gekommen; man pflegt sich nur in Rücksicht auf einige einzelne Fälle damit zu beschäftigen, bey den mehresten aber wird sie gar übergangen; vorzüglich hat man über die natürliche Verbindlichkeit eines Beklagten, welcher durch ungerechten richterlichen Ausspruch absolviret worden, gestritten. Man ist aber dabey von beiden Seiten auf Behauptungen gerathen, die, wenn sie im Zusammenhange der Lehre geprüft werden, nicht füglich anzunehmen seyn dürften. **Cocceji**, welcher sich gegen die natürliche Verbindlichkeit in jenem Falle erklärt, stellt bey dieser Gelegenheit den Satz auf, daß auch in andern Fällen, z. B. der Verjährung ꝛc., wo bürgerliche Rechte den Schuldner befreien, die natürliche Verbindlichkeit desselben gänzlich wegfalle, denn, sagt er, ihm steht ja die condictio indebiti zu. Dieses hat aber kein Gesetz im Allgemeinen verordnet, und der angeführte Grund ist also erst zu erweisen. Das sicherste, um alle Verwirrung zu vermeiden, ist wohl, wenn wir zuvörderst auf diejenigen Grundsätze zurückgehen, welche uns die Natur der Sache an die Hand giebt, und sodann unser Augenmerk auf die positiven Gesetze selbst richten. Daß nun einestheils die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit von dem gerichtlichen Effecte derselben nicht abhange, und anderntheils die Einschränkung der gerichtlichen Würksamkeit auf das strengste zu erklären sey, ist bereits oben (S. 162) deutlich gezeigt worden. Dieses leitet uns aber auf folgende Bemerkungen, welche die Sache ganz erschöpfen.

I) Wenn

I) Wenn die Verordnung der Civilgesetze nur dahin geht, daß der Gläubiger künftig mit seiner Klage nicht weiter gehört werden soll, so versteht es sich von selbst, daß nicht allein die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners, sondern auch zum Besten des Gläubigers der übrige gerichtliche Effect fortdaure, den ihm die Gesetze nicht wirklich abgesprochen haben.

II) In so fern aber die Gesetze dem Gläubiger nicht blos die richterliche Hülfe versagen, sondern ihre Absicht auch dahin gehet, ihm eine sonst gegründete Forderung abzusprechen, nicht blos die Ausübung seiner Befugnisse einzuschränken, sondern ihn seines ganzen Rechts an sich verlustig zu erklären, in so fern hört auch auf Seiten des Schuldners selbst die natürliche Zwangspflicht auf; denn vorausgesetzt, was nicht leicht Jemand leugnen wird, daß die Gesetze gewisse Handlungen des Gläubigers mit dem ganzen Verluste seines Rechts ahnden können, so kann ja nicht füglich den Schuldner eine natürliche Verbindlichkeit treffen, wenn das bürgerliche Verhältniß macht, daß auf Seiten des Gläubigers gar kein Recht mehr vorhanden ist. Es kann zwar oft den Pflichten des Anstandes und der Menschenliebe gemäß seyn, daß der Schuldner doch bezahle, welches aber von manchen persönlichen Verhältnissen beider Theile abhängt, die bey eigentlichen Zwangspflichten gar nicht in Betrachtung kommen.

III) Verliehrt endlich der Gläubiger seine bisherigen Ansprüche nicht sowohl, weil ihn die Gesetze einer an sich gegründeten Forderung verlustig erklären, als vielmehr weil nach förmlichen Rechten angenommen wird, daß seine vermeinte Forderung doch nicht gegründet sey, so müssen die Gerichte in der Folge den Schuldner beständig als einen solchen ansehen, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit weiter obliegt, wenn gleich an sich das wirkliche Recht auf der Seite des Gläubigers seyn mag. Darauf kann aber, wenn einmal förmliches Recht vorhanden ist, nicht weiter Rücksicht genommen werden. Im Allgemeinen können wir nun aus den bisherigen Grundsätzen schon so viel folgern, daß in Fällen, wo das erstere Verhältniß eintritt,

dem Gläubiger immer noch die Befugniß verbleibe, sich durch Compensation, Retention u. s. f. zu dem Seinigen zu verhelfen, wenn er gleich mit einer Klage nicht mehr gehört wird. Hingegen ein Gläubiger, dem bürgerliche Vorschriften der zweiten Art sein Recht an sich absprechen, kann solches natürlich weder durch Klagen, noch durch andere Rechtsmittel geltend machen. Und gesetzt auch, daß der Schuldner aus einem Irrthum etwas bezahlt hätte, so kann doch der eigentlichen condict. indeb. keine Forderung entgegen gesetzt werden, deren sich der Gläubiger ganz verlustig gemacht hat. Ein anderes ist indessen von einer freiwillig und wissentlich geleisteten Zahlung zu behaupten. Eben diese Grundsätze müssen auch angewandt werden, wenn endlich drittens das förmliche Recht den Schuldner absolviret hat. Zahlt er nun noch freiwillig, so kann er freilich nichts zurückfordern. Aber eine aus Irrthum geleistete Zahlung würde ihn allerdings dazu berechtigen, gesetzt auch, daß der Gläubiger eine wahre Schuld beweisen wollte; denn diese Beweisführung kann ihm der Richter nicht füglich gestatten, weil der Schuldner einmal rechtskräftige Absolution, mithin das förmliche Recht, für sich hat. So verhält sich die Sache nach allgemeinen Grundsätzen und Begriffen; ob die positiven Gesetze damit übereinstimmen, darüber soll nunmehr etwas gesagt werden.

Die eben vorgetragene Theorie beruht auf sichern Vernunftgründen, bemerkt Hr. Prof. **Weber** S. 425, und man kann daher, ohne klare und ganz bestimmt redende Vorschriften der Civilgesetze, in der Anwendung nicht davon abgehen. In der L. 19. D. de cond. ind. heißt es: si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet. Die Stelle betrift unstreitig solche Verordnungen des Civilrechts, welche dem Gläubiger blos die Klage entziehen, und in so fern den Schuldner befreien, nicht aber solche Gesetze, wodurch der Gläubiger seines ganzen Rechts verlustig erklärt wird. Deutlicher wird dieses in der L. 9. §. 4. D. ad Sctm. Maced. auseinander gesetzt, wo die Worte vorkommen: hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum *actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.*

Es

Es ist also, wie ein jeder sieht, in den einzelnen Fällen vor allen Dingen die bürgerliche Disposition ihrem ganzen Inhalte nach genau zu prüfen, und zuförderst auszumachen, ob dem Gläubiger das ganze Recht an sich abgesprochen, mithin der Schuldner überhaupt von der Forderung frey erklärt ist, oder ob nur gewisse Rechtsmittel dem Gläubiger versagt worden sind, wonächst sich über die Fortdauer der natürlichen Verbindlichkeit und deren im Gericht noch statt findende Würkung der Aufschluß bald ergeben wird. So z. B. darf der Gläubiger, welcher die zur Verfolgung seines Rechts bestimmte Zeit versäumt hat, in der Folge zwar nicht weiter klagen, allein nirgends haben ihn die Gesetze seines ganzen Rechts verlustig erklärt, und ich trage daher auch kein Bedenken, zu behaupten [b], daß die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners fortdaure, und die Klage abgerechnet, in Gerichten immer noch anerkannt werden müsse, obgleich einige Rechtslehrer [c] dieses nicht zugeben wollen. Ihre Einwendung, daß nämlich bey eingetretener Verjährung anzunehmen sey, daß der Gläubiger sich seines Rechts begeben habe, ist in der That sehr unbedeutend. Die Gesetze wissen durchaus nichts von dieser vermutheten Dereliction, noch weniger haben sie solche als einen Grund, der dem Naturrechte unbekannten Verjährung angegeben [d], wohl aber wird man überall finden, daß die Gesetze nach Ablauf einer gewissen Zeit, dem Gläubiger blos die Befugniß zu klagen, absprechen, keinesweges aber das Recht desselben und die Verbindlichkeit des Schuldners an sich aufheben; nur ist zu bemerken, daß hier nicht von der Usucapion die Rede ist, wo ich mein Recht verliere, weil es ein anderer erworben hat, sondern blos von der extinctiven Verjährung, wo die Rechtshülfe blos darum versagt wird, weil ich meiner Seits innerhalb einer gewissen Zeit nicht darauf angetragen habe. Entsteht daher

b) BACHOV de pignor. Lib. 5. cap. 3. S. 369 sq.

c) COCCEII D. de vero debitore absoluto, Sect. 2. §. 21 sq. VASQVIVS Quaest. illustr. P. I. c. 53.

d) L. 1. D. de vsucap. L. 5 D. pro suo. BARBEYRAC in not. ad GROT. Lib. 2. c. 4. §. 6. LEYSER Spec. 451. med. 1.

die Frage: ob der Schulder, der nach abgelaufener Verjährungszeit bezahlt hat, sein Geld wieder fordern könne, so hat die verneinende Antwort in den Fällen ohnehin schon kein Bedenken, wo der Schuldner wußte, es habe keine Klage gegen ihn statt, und doch bezahlte, imgleichen wo eine Unwissenheit des Rechts ihn zur Zahlung veranlaßte, weil die Gesetze denen hier nicht helfen, die ein Lucrum machen wollen e). Wie aber, wenn der Schuldner in facto irrte, wenn er nicht wußte, daß die Verjährungszeit schon verstrichen sey, welches bey Erben sehr oft der Fall seyn kann. Die mehresten Rechtslehrer f) gestatten dem Schuldner die Zurückforderung des Gegebenen, welches man freilich bey denen nicht sonderbar finden wird, die ihn selbst von der natürlichen Verbindlichkeit freysprechen. Mehr Aufmerksamkeit verdient es, die nämliche Behauptung sogar bey denen g) zu finden, die doch sonst zugeben, daß der Verjährung ungeachtet, die natürliche Verbindlichkeit fortdaure. Da der Grund, worauf jene sich berufen, offenbar falsch ist, so verdient doch untersucht zu werden, worauf diese sich gründen. — Sie nehmen eine so genannte natürliche durch bürgerliche Gesetze ganz destruirte Verbindlichkeit an, und vergleichen den Fall mit der Bürgschaft der Frauenspersonen. Dieses ist aber falsch; denn die gesetzliche Zeit, nach deren Ablauf dem Schuldner die Verjährung zu statten kommt, ist ausdrücklich nur der Klage des Gläubigers vorgeschrieben, hingegen dem Schuldner geben die Gesetze nichts mehr als eine Einrede gegen die Klage des Gläubigers, welches der Ausdruck praescriptio temporis in den Gesetzen an sich schon mit sich bringt, und alle einzelnen Gesetze deutlich beweisen h). Wenn daher eine natür-

e) L. 9. C. ad Leg. Falcid. L. 7. D. de iur. et facti ign.

f) HAHN ad WESENB. L. 12. tit. 6. n. 6. MÜLLER ad STRVV Exerc. 18. th. 33. WERNHER lectiss. comment. ad Pand. T. I. II. Frf. 1779. tit. de cond. indeb.

g) BACHOV ad TREVTL. Disp. 48. th. 3 lit. h.

h) tot. tit. C. de praesc. 30 vel 40 ann. Hr. Prof. Weber in den Beiträg. zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden 1795. 1stes St. Nr. 1.

natürliche Verbindlichkeit an sich vorhanden ist, der Buchstabe des positiven Rechts aber blos die Klage des Gläubigers ausschließt, so müssen ja die übrigen Würkungen der natürlichen Verbindlichkeit gültig bleiben, und folglich kann der Schuldner in keinem Betracht berechtigt seyn, das Bezahlte zurückzufordern, womit L. 40. D. de cond. indeb. aufs deutlichste übereinstimmt, wo es heißt: si quidem eius caussa exceptio datur, cum quo agitur, *solutum* repetere potest, *vbi vero in odium eius cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur*.. Alle diese wichtigen Gründe sollen gleichwohl durch die einzige L. 37. D. de fideiuss. widerlegt werden können, weil es daselbst heißt: si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor *non tenetur*, quoniam *erroris fideiussio nulla est*. Gilt also, sagt man, nach abgelaufener Verjährungszeit die Bürgschaft nicht, so haben wir ja das unstreitigste Kennzeichen einer gänzlich reprobirten Verbindlichkeit, und folglich muß auch der Schuldner berechtigt seyn, das Bezahlte zurückzufordern. Einigen Schein hat dieses Argument wirklich, und da es die berühmtesten Rechtslehrer als richtig anerkannt haben, so ist es leicht zu erklären, wie die darauf gegründete zeither widerlegte Meinung so herrschend hat werden können. Bey genauer Prüfung findet man, daß diese Stelle das nicht beweist, was sie beweisen soll, und zwar aus folgenden Gründen; denn 1) wird in dem Gesetz gar nicht gesagt, daß die Bürgschaft deswegen nicht gelten soll, weil sie wegen einer natürlichen durch bürgerliche Gesetze für ganz unwürksam erklärten Verbindlichkeit bestellt worden, sondern es wird zur Ursache angeführt, quoniam *erroris* fideiussio nulla est. Man schließt daher wohl ein wenig zu voreilig von der ungültigen Bürgschaft, auf die an sich ganz verworfene natürliche Verbindlichkeit, bey welcher die Bürgschaft ohne Würkung seyn würde, wenn auch gar kein Irrthum obwaltete, z. B. ich hätte für eine Spielschuld Bürgschaft leisten lassen. Vorausgesetzt also, daß der Jurist in dem Gesetz von Bürgschaften nach abgelaufener Verjährung handelt, so ist er mehr auf unserer Seite als wider uns, weil er nicht wegen einer

aufgehobenen Verbindlichkeit an sich, sondern nur des Irrthums wegen die Bürgschaft für ungültig erklärt. Damit kann es aber recht gut bestehen, daß dem Schuldner, wenn er auch aus Irrthum bezahlte, die condictio indebiti nicht gestattet wird, weil 2) wenn dem Gläubiger einmal, wegen eingetretener Verjährung die Klage durch die Gesetze ausdrücklich versagt wird, er freilich in der Folge nicht anders als durch die eigene Bewilligung des Schuldners wieder darzu gelangen kann, folglich auch nicht blos durch die Bestellung eines Bürgen, es wäre denn, daß von Seiten des Schuldners eine Entsagung der Einrede der Verjährung damit verbunden worden. Dieses fällt aber bey dem vorausgesetzten Irrthume weg, folglich ist der Wortverstand des Gesetzes seiner Klage immer noch entgegen. Die Zurückforderung des Bezahlten hingegen, ist dem Schuldner in keinem Gesetze eingeräumt worden. Ueberhaupt aber steht es 3) noch sehr dahin, ob in der angeführten L. 37. D de fideiuss. von der eigentlichen Verjährung die Rede sey. Es heißt zwar: si quis, postquam tempore transacto liberatus est etc. Allein die Inscription des Gesetzes zeigt auf eine andere Stelle, die es sehr wahrscheinlich macht, daß die angeführten Worte von etwas anders zu verstehen sind. Es war eine Hauptregel des römischen Rechtssystems, daß nach dem strengen Rechte keine Verbindlichkeit nur auf eine gewisse Zeit gültig seyn solle, und daß folglich der Ablauf einer gewissen Zeit nie ipso iure eine Verbindlichkeit aufhebe, wenn gleich der Billigkeit wegen, die Klage des Gläubigers, durch Einreden unkräftig gemacht werden konnte. Diesen Grundsatz trägt Paullus, von dem die L. 37. D de fideiuss. herrührt, in der L. 44. D de oblig. et act. mit folgendn Worten vor: circa diem duplex inspectio est. Nam vel *ex die* incipit obligatio, aut confertur *in diem*. Ex die veluti Calendis Martis dare spondes? Cuius natura haec est, vt *ante* diem non exigatur. Ad diem autem: vsque ad Calendas dare spondes? Placet vero ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. Nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conuenti, vel doli

mali

mali exceptione summoueri poterit. Wie daher in diesem Falle dem Schuldner gegen die Strenge des Rechts mit einer Einrede geholfen wird, so erfordert es auch die Billigkeit, daß eine nach Verlauf der Zeit, aus Irrthum bestellte Bürgschaft nicht verbindlich seyn könne. Wenn nun derselbe Rechtsgelehrte in der andern Stelle sagt: si quis postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est, so ist es gewiß nicht wider die Regeln der Hermeneutik, wenn wir diese letzten Worte, in Beziehung auf eben den Gegenstand erklären, wovon in der l. 44. D. de obl. et act. die Rede ist, mithin nicht von der Verjährung, welche blos die Klage des Gläubigers ausschließt, sondern von solchen Fällen, wo die Schuld selbst nur eine Zeitlang dauert, und mit dem Ablauf einer gewissen Frist die natürliche Verbindlichkeit an sich aufhört, obgleich den Vorschriften des strengen Rechts erst mittelst einer Einrede begegnet werden muß. Die weitern Folgen sind leicht zu entdecken.

Wie die zeither vorgetragenen Grundsätze auf die Lehre von der Präclusion der Concursgläubiger, und die übrigen Fälle, wo eine natürliche Verbindlichkeit vorhanden ist, anzuwenden sind, kann ich hier nicht zeigen, sondern verweise auf den Hrn. Prof. Weber S. 434 u. f., so wie ich auch von den schönen Bemerkungen des Hrn. Prof. Webers über die Erklärung und Anwendung der Gesetze, nach welchen der Richter im Fall einer Collision der positiven Rechte verfahren muß, nichts anführen kann.

Ich komme nunmehr auf die natürlichen Gewissenspflichten, oder die so genannten unvollkommnen Verbindlichkeiten, welche durch positive Gesetze die Würkung einer Zwangspflicht erhalten haben. Von Privatdispositionen, Verträgen, Vermächtnissen u. s. w., schreibt Hr. Prof. Weber S. 466, wodurch eine Gewissenspflicht in Zwangspflicht übergehen kann, habe ich hier nicht zu handeln, sondern ich betrachte diesen Gegenstand als Würkung der positiven Gesetze, welche hin und wieder, was an sich nur unerzwingliche Pflicht der Menschenliebe seyn würde, als wirkliche Zwangs-

pflicht behandelt wissen wollen. Daß dieses nur unter gewissen Umständen, und in sehr bestimmten Fällen geschehen könne, versteht sich von selbst, weil bey Pflichten dieser Art zu viel von individuellen Verhältnissen abhängt, weil es meistens unmöglich seyn würde, die besondern Umstände auszumitteln, worauf hier alles ankommt; und weil der Gesetzgeber sonst die Freiheit des Bürgers zu sehr beeinträchtigen würde. Wenn aber dennoch **Ulpian** in der L. 10. §. 1. D. de iust. et iure die ganze Summe aller gesetzlichen Vorschriften auf folgende Hauptregeln zurückführt: honeste viuere, neminem laedere, suum cuique tribuere, so war es schon manchem Ausleger ein Aergerniß, das honeste viuere als einen Gegenstand des Zwangsrechts aufgeführt zu finden. **Gebauer** i) hält dafür, daß Ulpian hätte kürzer wegkommen können, und das einzige: neminem laede schon hinreichend gewesen wäre. Wer aber weiß, was die Alten unter den praeceptis einer Wissenschaft verstanden, dem wird es einleuchten, daß die Absicht des römischen Rechtsgelehrten nur gewesen sey, uns die Hauptgrundsätze zu bezeichnen, worauf am Ende die ganze bürgerliche Legislation beruhet, und da möchte **Gebauer** mit dem einzigen Satze: **beleidige Niemanden**, wohl zu kurz kommen; denn allerdings giebt es Civilgesetze, die sich nicht hierauf, sondern lediglich auf das Decorum gründen. Selbst die Erklärung **Hubers** k), welcher schreibt: non modo est regula vitae, sed etiam indicat propositum iuris conditorum, quod nihil in arte bonis moribus aduersum tradere velint, vnde rerum inhonestarum nulla obligatio, facultas etc. erschöpft die Sache nicht ganz; denn nicht genug, daß die Gesetze nichts gegen das Decorum enthalten; sie wollen es auch hin und wieder zur Ausübung gebracht wissen, und daher soll der Satz, honeste viuere, eigentlich so viel anzeigen, daß ein Theil der Civilgesetze in den Regeln des Anständigen gegründet sey. Dahin gehören denn nun vorzüglich die Vorschriften, wornach in gewissen Fällen dasjenige, was an sich nur Gewissenspflicht seyn würde, als wirkliche Zwangspflicht behan-

i) Ordo Instit Lib. I. tit. I.
k) Hvber ad Inst. Lib. I. tit. I. §. 8.

behandelt werden ſoll, worüber in folgenden Schriften [1]) eine genauere Erläuterung vorgetragen worden.

Es gehört nicht in den Plan der gegenwärtigen Erörterung, dieſe in der Wiſſenſchaft der Geſetzgebung überaus wichtigen Gegenſtand von der Seite, wie die Legislation ihn eigentlich behandeln ſollte, weiter zu verfolgen. Man kann es nicht leugnen, daß unſere bürgerlichen Geſetze in dieſem Betrachte noch hin und wieder einige Ergänzung leiden, und daß es ſehr zu wünſchen wäre, wenn manche Dinge, die an ſich freilich zu den ſo genannten unvollkommnen Verbindlichkeiten gehören, durch poſitive Vorſchriften, durch verſicherte Belohnungen, oder angedrohte Nachtheile mehr eingeſchärft, und ein ſtärkerer Antrieb zur Erfüllung ſolcher, auf das gemeine Wohl den wichtigſten Einfluß habenden Pflichten gegeben würde. Ich habe nur dasjenige, was die Civilgeſetze hierüber wirklich enthalten, etwas näher zu erläutern. Meine vorzügliche Abſicht iſt, die Mißbräuche und Irrthümer, welche ſich in dieſer Hinſicht in die Schule der Rechtsgelehrten, und von da in die Gerichte eingeſchlichen haben, ins Licht zu ſetzen. Nicht immer haben die Geſetze, wenn ſie Pflichten der Menſchenliebe als eigentliche Schuldigkeit vorſchreiben, ſofort klagbare Verbindlichkeiten daraus gemacht, ſondern hin und wieder wegen des an ſich unvollkommnen Rechts, nur eine Einrede geſtattet. So z. B. erlauben 1) die römiſchen Geſetze zwar nicht, den Freigelaſſenen durch Klagen zu zwingen, daß er ſeinem Patron gewiſſe Dienſte leiſten müſſe, aber ſie verordnen doch, daß die Pflichten der Dankbarkeit an ſich, die Forderung einer Vergeltung für die wirklich geleiſteten

1) Io. Tob. RICHTER D. de obligatione imperfecta ex honeſtate, iuris ciuilis auctoritate perfecta, Lipſ. 1751. Chr. Henr. BREVNING D. de ciuili obligatione et actione ex praeceptis humanitatis, Lipſ. 1768. Ant. SCHVLTING de auguſta hominis innocentia ad legem boni, in *Eius* comment. acad. Tom. II. S. 213. Io. Sam. STRYCK de iure liciti ſed non honeſti, Hal. 1733. Io. Paul KRESS D. Ius ſummum, ſumma iniuria, Chr. Fr. SCHOTT D. an iuſtum eſſe poſſit, quod non eſt honeſtum, Tub. 1756. in *Eius* Diſſ. iur. nat. Tom. I. S. 182. Henr. de COCCEII D. de antidoris, in Exerc. curioſ. Vol. II. S. 859.

Dienste ausschließen sollen, gesetzt auch, daß sie nicht in der Absicht, um eine edle Pflicht zu erfüllen, geleistet worden, sondern ein Irrthum dabey obgewaltet hätte m), welcher sonst in andern Fällen die condictio indebiti begründen würde. Eben dieses finden wir auch 2) bey dem Brautschatze, den eine Person von ihrer Mutter, Grosmutter, oder andern Verwandten wirklich erhalten hat; denn ob sie gleich vorher nicht hätte darauf klagen können, so soll doch die Liebespflicht an sich hier die Würkung haben, daß, wenn auch das Heirathsgut nicht in der Absicht gegeben worden, um eine unerzwingliche Tugend auszuüben, sondern aus der irrigen Meinung, daß es Schuldigkeit gewesen, solches zu bestellen, dennoch das Gegebene als Nichtschuld keinesweges zurückgefordert werden dürfe n). Wenn 3) die gesetzliche Vorschrift, z. B. L. 31. D. de re iud., oder auch in besondern Fällen der Indult des Landesregenten dem Schuldner, da er seine Gläubiger nicht sofort mit baarem Gelde befriedigen kann, eine Nachsicht bewilligt; wenn 4) der Donatarius von seinem Wohlthäter keine Verzugszinsen fordern darf o); so liegt es hier ohnehin in der Natur der Sache, daß dadurch nur eine Einrede gegen den klagenden Gläubiger bewürket wird. In andern Fällen finden wir nun freilich, daß Liebespflicht an sich als klagbare Schuldigkeit vorgeschrieben worden, z. B. daß 5) der Vater, ja in gewissen ganz besondern Fällen auch die Mutter der heirathenden Tochter, einen Brautschatz mitgeben müsse p), und daß 6) Kinder ihre verarmten Eltern, und diese jene zu ernäh-

m) SCHVLTING de oblig nat. cap. 6.

n) L. 52. §. 1. D. de cond. ind. SCHVLTING l. c. S. 18. in f. COCCEII Ius contr. lib. 12. tit. 6. qu. 5.

o) L. 22. D. de donat. GELTZE Tr. an et quatenus vsurae ex mora a quantitatis donatore exigi possint, etc. Ien. 1768. de PVFENDORF Obs. T. II. Obs. 73.

p) L. 19 D. de ritu nupt. L. f. C. de dot. prom. L. 14. C. de iure dot. SCHVLTING l. c. c. 7. HOMB. zu VACH D. de obligat. patr. ad constit. dotem etc. VINNIVS Quaest. Lib. II. c. 14.

ernähren schuldig sind q), welches letztere nach natürlichen Zwangspflichten mit der Erziehung aufhört, nach bürgerlichen Rechten aber fortdauert.

Ueber die nähere Bestimmung des gerichtlichen Zwangsrechts in Fällen dieser Art, schreibt nun Hr. Prof. Weber S. 437 weiter: es verlohnt sich kaum der Mühe, die Frage zu berühren: ob dasjenige, was an sich Liebespflicht seyn würde, nachdem es einmal durch bürgerliche Gesetze wirklich vorgeschrieben worden, als Zwangspflicht zu behandeln sey, oder ob es doch noch eine unerzwingliche Verbindlichkeit bleibe? Tobias Richter hat darüber in seiner angeführten Dissertation eine umständliche Untersuchung angestellt, deren Resultat dahin gehet, daß durch Vorschrift des Gesetzgebers die Sache in das Gebiet des Zwangsrechts übergehe. — Quis vnquam dubitauit! Es versteht sich von selbst, daß in den Fällen ein anders zu behaupten sey, wo die Civilgesetze eine Liebespflicht nur als solche in Anregung bringen, nicht aber befehlsweise vorschreiben, wovon wir unter andern in L. 1. §. 3. D. de peric. et comm. rei vend. und in der L. 12. D. de administr. tutor. Beispiele finden. Wenn aber dergleichen mehr anrathende und empfehlende Bestimmung in den Gesetzen nicht angetroffen wird, so ist billig anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch seine Vorschriften perfecte zu verbinden, die Absicht gehabt habe. Inzwischen leitet uns selbst die Natur der Sache, und die innere Beschaffenheit der gegenwärtigen Materie hierbey auf folgende Grundsätze, welche die Gerichte billig nie außer Acht zu lassen haben.

I) Was an sich nur Gewissenspflicht seyn würde, gehört lediglich in den besondern Fällen, welche die Gesetze ausdrücklich genannt haben, vor das äußere Forum; in allen übrigen Fällen darf der Richter die Gränzen nicht überschreiten, welche Paullus in der L. 12. § 3. D. de admin. et peric. tut. angiebt, wo es heißt: etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae seruanda arbitrio est. Ich sage aber mit Fleiß: was an sich nur Gewissenspflicht seyn würde; denn

II) irrig

q) Schulting D. de oblig. natur. c. 7. Grotius de iure belli, lib. 2. c. 7. §. 4.

II) irrig wäre es, wenn man verlangen wollte, daß in allen den einzelnen Fällen, wo dergleichen positive Vorschriften anzuwenden sind, auch immer eine der so genannten unvollkommenen Verbindlichkeiten wirklich vorhanden seyn müsse, folglich derjenige von Erfüllung der bürgerlichen Legislation sich dispensiren dürfe, welcher zeigen wollte, daß er seiner Seits an sich auch nicht imperfecte zu dem gehalten sey, was die Civilgesetze ihm auflegen. Dieses gehörig nach allen individuellen Verhältnissen auszumitteln, würde einestheils in unzähligen Fällen fast unmöglich seyn, und anderntheils mit der Absicht der Gesetzgebung nicht übereinkommen, welche hier nicht sowohl die Erfüllung einzelner Liebespflichten an sich, als vielmehr gewisse Forderungen der Billigkeit und des Anständigen nach einigen Verhältnissen im Ganzen zum Vorwurfe hat; weshalb auch ihren Vorschriften im Allgemeinen nachzuleben ist, ohne auf das wirkliche Verdienst des einen, und die wirkliche Liebespflicht des andern Theils in bestimmten Vorfällen weiter Rücksicht zu nehmen, es wäre denn, daß die Gesetze selbst dergleichen Ausnahmen verordnet hätten, z. B. daß Jemand aus gewissen Ursachen seine Notherben von der künftigen Succession gänzlich ausschließen könne, u. d. m.

III) Inzwischen versteht es sich von selbst, daß bey Anwendung der bürgerlichen Gesetze, welche uns Verbindlichkeiten auflegen, die an sich zu den nicht erzwinglichen gehören, allemal auf die Verhältnisse, welche die Legislation im Allgemeinen dabey voraussetzt, insbesondere aber auf die Art der Würkung, welche solchen Verbindlichkeiten ausdrücklich beigelegt ist, genaue Rücksicht genommen, die ganze Rechtshülfe darauf beschränkt, und keine weitere Ausdehnung gestattet werden müsse. Es haben daher diejenigen nicht unrecht, welche behaupten, daß der Vater nicht schuldig sey, der Tochter aus seinem Vermögen einen Brautschatz mitzugeben, wenn jene selbst Vermögen hat r). Eben daher folgt auch von selbst, daß in Fällen, wo die Gesetze nur eine Einrede wegen Verbindlichkeiten dieser Art gestattet haben, der gerichtliche Effect

r) WALCH Intr. in contr. Sect. I. cap. 2. mbr. 1. §. 15. edit. 3.

fect ohne Ungerechtigkeit nicht weiter extendirt werden dürfe, und daß Liebespflichten an sich nur in so fern die Kraft einer Zwangspflicht bekommen können, als der bürgerliche Gesetzgeber dieses ausdrücklich verordnet hat. Ich vermuthe wohl, daß manche Leser die bisherigen Anmerkungen eben um der auffallenden Evidenz willen, vielleicht ganz überflüßig finden möchten. Allein eine Menge Unrichtigkeiten, welche hin und wieder noch ihre Anwendung finden, wie gleich durch Beispiele gezeigt werden soll, beweisen es nur zu deutlich, daß man jene Grundsätze gerade in den Streitigkeiten, welche sofort ihre Entscheidung daraus hernehmen, fast gänzlich außer Acht gelassen hat, und daß mithin eine nähere Anrege derselben nicht überflüßig sey.

Zu den Mißbräuchen und Irrthümern, welche nach und nach in dieser Hinsicht eingeschlichen sind, hat ein unrechter Gebrauch der Lehren des Christenthums in gerichtlichen Streitigkeiten, vorzüglich aber auch die unrichtige Erklärung einiger Gesetze Anlaß gegeben. Wem ist z. B. unbekannt, 1), daß sogar angesehene Rechtslehrer die Injurienklagen für unrecht und verwerflich gehalten haben, weil sie mit den Grundsätzen der christlichen Sittenlehre im Widerspruch stünden [s]). Nicht weniger sind 2) auch einige Gesetze [t]), welche im Allgemeinen den Richter auf die Billigkeit verweisen, jedoch unter dem Worte aequitas blos die Vorschriften des natürlichen Zwangsrechts verstehen, dennoch dahin gemißdeutet worden, daß man am Ende gar unter dem Vorwande, es sey Vorschrift des Christenthums, bey gänzlich fehlenden vollkommnen Verbindlichkeiten die so genannte imploratio iudicis ecclesiastici ad euitandum peccatum zu brauchen pflegte [u]). Ein Mißbrauch, welcher sich dergestalt verbreitet hatte, daß mehrere Rechtslehrer es für nöthig hielten,

s) Hr. HR. Schmidt im Lehrb. von Klagen, § 1253. und Hr. Prof. Ernst Schmidts Comment. über diese Stelle.

t) L. 4. §. 1. D. de eo quod certo loco, L. 90. L. 183. D. de reg. iur. L. 8. C. de iudic.

u) Fr. Al. KÜNHOLD D. de imploratione officii iudicis actionum forensium vicario, Lipsi. 1720.

ten, sich mit einer genauern Widerlegung desselben zu beschäftigen x). Wenn nun gleich dieser Irrthum sich überhaupt in der Anwendung merklich verlohren, ja in protestantischen Gerichten als allgemeiner Grundsatz gänzlich außer Gebrauch gekommen, so findet man doch in mancher besondern Hinsicht noch immer fortdauernde ähnliche Unrichtigkeiten und Mißbräuche des richterlichen Amtes. Dahin gehört 3) der Satz, der noch in den neuesten Schriften vorkommt, daß, obgleich die so genannte unvollkommene Verbindlichkeit nicht durch Klagen würksam gemacht werden könne, dennoch die vorhandene Liebespflicht an sich die condictio indebiti eben so, wie die Zwangspflicht unstatthaft mache y), da doch die Gesetze selbst dieses nur in einigen besondern Fällen verordnet haben, woraus man keine Regel fürs Allgemeine machen sollte. Wenn hiernächst 4) in der L. 183. D. de reg. iur. gesagt wird: etsi nil facile mutandum est ex solemnibus, tamen vbi *aequitas* euidens poscit subueniendum est, so ist es gewiß nicht weniger unschicklich, unter Beziehung auf diese Stelle bloße Pflichten der Menschenliebe, ohne weitere besondere Vorschrift der positiven Gesetze vor die Gerichte zu ziehen, als es widerrechtlich ist, nach gedachten Worten die Beobachtung der Testamentsfeierlichkeiten in mehrern Fällen nachzulassen, als die Gesetze selbst ausdrücklich angeführt haben. Denn der ganze Zusammenhang jener Worte des Marcellus in der L. 7. D. de in integr. restit. zeigt es deutlich, daß sie eigentlich nur auf die Ursache aufmerksam machen sollen, warum denen, die ihrer Abwesenheit wegen die Form des Processes nicht gehörig beobachten können, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden soll, woraus also das Unschickliche der weitern Anwendung von selbst deutlich wird. Ueberhaupt ist es ein bekannter Fehler, dessen sich die Ausleger des römischen Rechts sehr oft schuldig machen, daß sie die in dem Titel de regulis iuris vorkommenden Rechtsprincipien nach Maaßgabe des Wortverstandes, als allgemeine gesetzliche Vorschrif-

x) Boehmer Ius eccles. Lib. 1. tit. 32. Wagner Medit. ad Boehm. de action. Sect. I. c. 2. §. 29.

y) Hellfeld Iurispr. forens. §. 829.

Vorschriften anwenden, ohne zu bedenken, daß diese Fragmente sich häufig nur auf einzelne Rechtsmaterien beziehen, oder auch blos zur Erläuterung besonderer Anordnungen des ältern Civilrechts dienen sollen, und daß es daher desto nöthiger sey, mit Hülfe der Inscription den eigentlichen Zusammenhang der Worte genau zu prüfen. Noch weniger ist aber 5) auf solche so genannten Rechtsregeln zu achten, die man gar nicht einmal in den Gesetzen selbst antrift, sondern welche nur von den Auslegern bey Gelegenheit gewisser einzelner Vorschriften aufgestellt sind. Dahin gehört vorzüglich das bekannte: quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli. Die Gesetze sagen dieses eigentlich gar nicht. Was sie wirklich enthalten, und woraus eigentlich der gedachte Satz entstanden ist, sind die Worte des Paulus in der L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluu. arc. act., wo es heißt: vtilem actionem vel interdictum mihi competere aduersus vicinum, si velim aggerem *restituere* in agro eius, qui *factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nil nocitvrus est.* Haec *aequitas* suggerit, etsi *iure* deficiamur. Den besondern Fall aber, worauf sich dieser Gedanke bezieht, ergeben die Anfangsworte der gedachten Stelle noch genauer: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, vt aqua *mihi noceret.* Wer sieht also nicht, daß jene Regel, wie sie gewöhnlich lautet, hier gar nicht vorkommt. Es soll der Nachbar berechtigt seyn, auf meinem Lande einen Damm wiederherzustellen, weil mir dieses ganz unschädlich ist, hingegen ihm zum Nachtheil gereichen würde, wenn die Herstellung unterbliebe. Die Worte: prodesse potest, zeigen also in natürlicher Verbindung mit den vorhergehenden an, daß wirklicher Nachtheil durch gewisse Unternehmungen auf fremden Grund und Boden abgewandt werden soll. Nicht aber wird der Nachbar berechtigt, blos zu seinem Vortheil sich des Meinigen zu bedienen, gesetzt auch, daß ich in der That nicht den mindesten Schaden davon hätte. Der gewöhnliche Satz: quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli, so wie man ihn außer jenem Zusammenhange anführt, verleitet natürlich zu Mißbräuchen und Eingriffen in

die

die Freiheit und Rechte des Privateigenthums, welche die Gesetze selbst nicht billigen. Dieser Verstand der Regel kommt auch mit ihrer Quelle schon darum nicht überein, da der Eigenthümer nach Vorschrift des Gesetzes auf dem Seinigen nur etwas zulassen soll, nicht aber für schuldig erkläret wird, dasjenige, was ihm unschädlich ist, einem andern zu leisten; folglich ist der allgemeine Satz: ad id poteris compelli, wiederum zu willkührlich von den Auslegern hinzugesetzt worden, und dem Wortverstande nicht gehörig angemessen. Es hat sich Georg Beyer z) darüber sehr nachdrücklich erklärt, ob er sich gleich auf andere Weise irrt, wenn er eine eben nicht gegründete allgemeine Regel aufstellt, davon in der L. 2. nichts steht, denn das Gesetz redet ja ausdrücklich von dem, was Jemand auf fremden Grund und Boden, nicht aber auf dem Seinigen zu unternehmen befugt sey, und auch da läßt sich nicht behaupten, daß der Eigenthümer allemal schuldig sey, zu leiden, was ihm nicht schadet, und einem andern nutzt, sondern es beschränkt sich alles auf die besondern Fälle, wo die Gesetze es ausdrücklich vorgeschrieben haben, und in diesen besondern Fällen ist der gedachte Grundsatz ratio legis, mit nichten aber eine allgemeine Vorschrift.

Die zeither aufgestellte Theorie hat Hr. Prof. Weber auf mehrere Rechtsgeschäfte angewendet, nämlich auf die Frage: ob ein Dienstbote, den seine Krankheit hindert, die schuldige Arbeit zu verrichten, dennoch den völligen Lohn zu fordern berechtigt sey; ob Geschwister einander zu ernähren schuldig sind; ob jeder Erbe in seinem Gewissen verbunden sey, den letzten Willen des Verstorbenen ganz zu erfüllen, ohne von den bürgerlichen Gesetzen, wornach derselbe entweder ganz oder zum Theil nicht bestehen würde, Gebrauch zu machen. Endlich beschließt Hr. Prof. Weber sein vortreffliches Buch, mit neuen Grundsätzen über das Pfandrecht wegen blos natürlicher Verbindlichkeiten; über die Bürgschaft in Ansehung einer blos natürlichen Hauptverbindlichkeit; über den Eid; über den Satz: ob und in wie fern Verträge und Rechts-

z) Beyer Exercitationes thematum ex vario iure selectarum, Lipſ. 1703. Exerc. 1. §. 4.

Rechtsgeschäfte, die an sich nicht völlig würksam sind, durch das Constitutum und die nachherige Genehmigung klagbar werden können, und von der Aufhörung natürlicher Verbindlichkeiten.

Rechtsgelehrte, die nicht unter die Empiriker und Rabulisten gehören, werden diesen kurzen Auszug aus diesem 42 Bogen starken classischen Werke gewiß mit Vergnügen lesen, und wenn sie solches noch nicht kennen sollten, dadurch veranlaßt werden, sich dasselbe anzuschaffen.

§. 27. 28.

Zeither sind die wichtigsten allgemeinen Wahrheiten vorgetragen worden, welche mit den Begriffen, die mit den Worten Gesetze und Verbindlichkeiten zu verbinden sind, in der genauesten Verbindung stehen, und deren Kenntniß jedem gründlichen Rechtsgelehrten unentbehrlich ist. Unter diese allgemeinen Wahrheiten gehört auch die Entwickelung des Begrifs der Rechtsgelehrsamkeit, und ihrer wesentlichen Eigenschaften. Die Erklärung dieser Wahrheiten wird nunmehr erst recht faßlich, nachdem die Natur und Beschaffenheit der Rechte und Verbindlichkeiten, womit sich die Rechtsgelehrsamkeit beschäftigt, und der Gesetze, woraus sie entstehen, ausführlich erläutert worden.

Man braucht das Wort Rechtsgelehrsamkeit auf zweierley Art, nämlich objectivisch und subjectivisch. Was das heiße, setze ich als aus der Logik bekannt voraus. Objectivisch genommen versteht man unter der Rechtsgelehrsamkeit, den Inbegrif aller Wahrheiten von Rechten und Verbindlichkeiten, wie solche zum Unterrichte wissenschaftlich geordnet worden. Wird das Wort Rechtsgelehrsamkeit subjectivisch gebraucht, so ist sie die wissenschaftliche Kenntniß des Inhalts der Gesetze, und die Fertigkeit, solche auf die rechtlichen Handlungen der Menschen anwenden zu können.

Die Rechtsgelehrsamkeit besteht aus zwey Theilen, nämlich der Theorie und der Praxis. Erstere ist der Inbegrif aller Wahrheiten von dem rechten Verstande der Ge-

setze, der wahren Beschaffenheit derjenigen Handlungen, womit sich die Rechtsgelehrsamkeit beschäftigt, und der sämmtlichen Folgen, welche mit rechtlichen Handlungen verbunden sind, wie Herr HR. Claproth a) ausführlich gezeigt hat. Die Theorie besteht also gar nicht, wie sich so viele Rechtsgelehrte einbilden, blos aus Antiquitäten und der Rechtsgeschichte. Ein wahrer gründlich gelehrter theoretischer Rechtsgelehrter, muß sich folgende Fähigkeiten nach ihrem ganzen Umfange zu erwerben suchen.

Er muß erstlich die Geschicklichkeit haben, den richtigen Verstand der Gesetze, nach seinem ganzen Umfange angeben zu können, weil er sonst beständig bey der Anwendung fehlen wird. Jedes Gesetz handelt gemeiniglich nur von einer oder etlichen Handlungen, die zur Abfassung des Gesetzes Gelegenheit gegeben haben. Die Absicht des Gesetzgebers bey Gebung seiner Gesetze geht aber dahin, daß sie auf alle gleiche Fälle angewendet werden sollen. Eben deswegen ist es die Pflicht des theoretischen Rechtsgelehrten, den rechten Verstand jedes einzelnen Gesetzes anzugeben, und sodann festzusetzen, ob dieser oder jener Fall, der Absicht des Gesetzgebers gemäß nach dem Gesetz beurtheilt werden muß. Finden sich bey dieser oder jener Handlung verschiedne Umstände, die dem Gesetze entgegen zu seyn scheinen, so ist auszumachen, ob das Gesetz dennoch angewendet werden könne.

Zweitens muß ein theoretischer Rechtsgelehrter eine genaue Kenntniß von allen Handlungen besitzen, welche man rechtliche Handlungen nennt, und das sind alle diejenigen, in Ansehung deren Rechte und Verbindlichkeiten statt haben. Nach der verschiedenen Beschaffenheit dieser Handlungen, richten sich die Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien. Weil nun kein Recht und keine Verbindlichkeit mit der andern verwechselt werden darf, so muß jeder gründlich gelehrte Rechtsgelehrte die Natur der rechtlichen Handlungen vollkommen kennen.

Drittens

a) Hr. HR. Claproths Vorrede zu s. Grundsätzen von Verfertigung der Relationen.

Drittens gehört zur Theorie der Rechtsgelehrsamkeit die genaueste Bekanntschaft mit den Folgen, die aus allen und jeden rechtlichen Geschäften entstehen. Alle Arten der Klagen und Einreden, der ganze Proceß, stehen damit in der genauesten Verbindung. Welcher gründliche Rechtsgelehrte weiß es nicht, daß eine Klage viel vortheilhafter gebraucht wird, als die andere, daß die eine Proceßart große Vorzüge vor einer andern hat? Und alles dieses lehrt die Theorie der Rechtsgelehrsamkeit.

Was gehört denn nun aber zur Praxis der Rechtsgelehrsamkeit? Sie besteht, wie Hr. HR. Claproth schreibt, in der Fertigkeit, die Gesetze auf die vorkommenden Fälle richtig anzuwenden, die rechtlichen Geschäfte der Vorschrift der Gesetze gemäß einzurichten, und die entstandenen Streitigkeiten gesetzmäßig zu untersuchen und zu entscheiden. Die Praxis der Rechtsgelehrsamkeit enthält also die Regeln und Grundsätze, wie die Gesetze auf die vorkommenden Fälle dem Willen des Gesetzgebers gemäß angewendet werden sollen. Hierzu ist die schärfste Beurtheilungskraft und die größte Gegenwart des Geistes nöthig. Sehr oft ist eine Handlung von sehr verschiednen Umständen begleitet, daher einige Rechtsgelehrte diese, andere wiederum jene Entscheidung für gesetzmäßig erklären. In solchen Fällen die richtige Entscheidung zu treffen, ist keine leichte Sache. Bey manchen Fällen ist es zweifelhaft, nach welchen Gesetzen derselbe beurtheilt werden muß, weil mehrere, verschiedne Verordnungen enthaltende Gesetze, passend zu seyn scheinen. Zur Praxis rechnet man ferner die Grundsätze von der bestmöglichsten Einrichtung bürgerlicher Handlungen. Um dabey nichts zu versehen, muß ein Rechtsgelehrter alle möglichen Einwendungen kennen, die sich einem Geschäfte entgegen setzen lassen, und solchen vorzubeugen wissen, wozu viel Einsicht, Erfahrung und Behutsamkeit nöthig ist. Sehr oft kann sich der eine oder der andere Theil, viel vortheilhaftere Umstände verschaffen, als die Natur des geschlossenen Geschäfts eigentlich mit sich bringt, wenn der Advocat, der als Consulent gebraucht wird, die nöthige Einsicht dazu hat. Alle diese Umstände müssen auch in der

gehörigen Form und mit den deutlichsten Worten vorgetragen werden. Endlich rechnet man zur Praxis der Rechtsgelehrsamkeit den ganzen Proceß.

Theorie und Praxis nach der angegebenen Erklärung, lassen sich gar nicht von einander trennen, und es zeigt daher Unverstand an, zu fragen, welche von beiden den Vorzug verdiene [b]? Formelkram, und eine historische Kenntniß vom Laufe des Processes, wozu man durch Abschreiben und Actenlesen gelangen kann, machen den so genannten Schlendrian aus, verdienen aber nicht den Namen der juristischen Praxis.

Derjenige nun, der eine wissenschaftliche und folglich gründliche Kenntniß, von der Theorie und Praxis der ganzen Rechtsgelehrsamkeit besitzt, heißt ein **Rechtsgelehrter**, Iureconsultus, im weitläuftigsten Verstande. Davon ist verschieden ein **Gesetzverständiger**, Iurisciens, oder derjenige, der viel von der Rechtsgelehrsamkeit weiß, aber nicht wissenschaftlich und gründlich. Sowohl die **Rechtsgelehrten** als die **Gesetzverständigen**, werden auf mancherley Weise von einander unterschieden [c]. Es gehören hierher

1) **Rechtsverständige**, Iurisperiti, oder solche Rechtsgelehrte, die zwar die ganze Rechtsgelehrsamkeit wissenschaftlich verstehen, aber keinen Gebrauch davon machen.

2) **Rechtslehrer**, Antecessores, die öffentlich dazu bestellt werden, über die Rechtsgelehrsamkeit zu lesen [d].

3) **Rechtskluge**, Iurisprudentes, welche von der Rechtsgelehrsamkeit Anwendung machen. Dieses kann auf dreierley Weise geschehen, und deswegen werden einige davon **Rechtsconsulenten**, andere **Richter**, und andere **Advocaten** genannt.

Ein **Rechtsconsulent**, Ictus im strengsten Verstande ist derjenige, der andere über vorgetragene Fälle belehrt, was die Gesetze darüber verordnen.

Ein

b) Io. Tob. CARRACH D. de conflictu Theoriae et Praxeos Iuris, Hal. 1736. Mart. Gottl. PAVLI D. de Theoriae et Praxis iuridicae discordia, Lipſ. 1747.

c) Hr. GR. Nettelbladt vom Ursprunge derer Rechtsgelehrten, im 2ten Stück der Hallischen Beiträge.

d) WALCH de Icto Antecessore.

Ein **Richter** iſt derjenige, der in Sachen ſeiner Gerichtsverwandten die Gerichtsbarkeit verwaltet.

Ein **Advocat** iſt derjenige, welcher den Parteien in ihren Rechtshändeln beiſteht.

Von dieſen ehrwürdigen Perſonen iſt wohl zu unterſcheiden

1) Leguleius, der keine wiſſenſchaftliche, ſondern blos eine hiſtoriſche Kenntniß der geſetzlichen Verordnungen hat, ſie zwar den Worten nach weiß, und überall mit ſeiner Rechtskenntniß prahlt, aber in den Geiſt derſelben nicht eingedrungen iſt, und deswegen eine falſche Anwendung der Geſetze macht.

2) Rabula, dem es zwar nicht an wiſſenſchaftlicher Kenntniß der Geſetze fehlt, aber an Rechtſchaffenheit des Charakters, und der daher den Inhalt der Geſetze zum Schaden Anderer falſch anwendet.

3) Empiricus, der nicht das Geringſte von der Theorie verſteht, ſondern blos den Schlendrian erlernt hat, durch Handarbeiten in den Gerichtsſtuben und bey Advocaten e).

Man kann es nicht leugnen, daß Rechtsgelehrte, welche die Rechtsgelehrſamkeit **wiſſenſchaftlich** verſtehen, und zugleich von ihrer Kenntniß **Gebrauch** machen, mehr Achtung verdienen, als bloße **Rechtsverſtändige**, jene mögen nun den Inhalt der Geſetze zum Unterrichte für andere vortragen, oder als Richter, Conſulenten, und Advocaten, die Geſetze anwenden. Die **Geſetze anwenden** heißt beſtimmen, was dem Willen des Geſetzgebers in Anſehung einer Handlung gemäß iſt. Wenn dieſes gehörig geſchehen ſoll, muß man 1) den richtigen Verſtand der auf dieſen Fall paſſenden Geſetze anzugeben im Stande ſeyn, und 2) eine vollkommene Kenntniß der Handlung haben, worauf die Geſetze angewendet werden ſollen. Der richtige Verſtand eines jeden Geſetzes, wird durch die **Auslegung**, die **Erklärung** deſſelben, herausgebracht. Was von der **Erklärung** und An-

e) Io. Chriſtph. SPITZ D. de Iurisconſulto a iurisperito, leguleio et rabula quam maxime diuerſo, Erf. 1769.

wendung der Gesetze zu merken ist, soll nunmehr gezeigt werden.

§. 29.

Die **Rechtsgelehrsamkeit**, objectivisch genommen, ist der Inbegrif aller aus den Gesetzen herausgezogenen und wissenschaftlich geordneten Grundsätze von den Rechten und Verbindlichkeiten der Menschen. Wie viel kommt also nicht auch in dieser Rücksicht, auf die rechte **Erklärung** der Gesetze an? Die Wissenschaft, welche lehrt, wie man sich die Fertigkeit erwerben kann, die Gesetze richtig zu erklären, heißt die juristische Auslegungskunst, die juristische Hermeneutik. Es giebt eine große Anzahl Schriften über die juristische Auslegungskunst, unter denen **Eckardt** am meisten zu empfehlen ist f). Die Gesetze mögen noch so deutlich abgefaßt, und in der Landessprache gegeben worden seyn, so erfordern sie eine Erklärung, die auf die sämmtlichen Grundsätze von Recht und Unrecht gegründet ist. Ohne eine von Rechtsgelehrten geschehene Erklärung, wird durch die besten Gesetze der Zweck derselben niemals erreicht werden, weil Gesetzgebung und Anwendung derselben gewisse Regeln voraussetzt, die der gemeine Bürger weder zu erlernen noch zu verstehen im Stande ist. Mit der Festsetzung des bloßen Wortverstandes der Gesetze, ist die Absicht derselben noch lange nicht erreicht, wie jeder einsehen wird, der dasjenige weiß, was zur Erläuterung der so genannten **logischen** Auslegung der Gesetze vorgetragen wird. Der gelehrteste Theologe, Humaniste und Arzt ist nicht vermögend, durch bloße wörtliche Erklärung eines Gesetzes, diejenigen

f) MERCERII Conciliator, s. ars conciliandor. quae in iure contr. videntur, ed. 5. c. REINHOLD, Berl. 1722. 8. HOTOMANNI Interpr. iuris in *Eius* Oper. Alb. GENTILIS Lection. ad Ius ciuile, FORSTER de interpret. iuris, in OTTON. Thes. Tom. II. VELTHEMII Ars interpr. leg. Rom. HORN de interpr. iurid. Viteb. 1733. HOLDERIEDER D. de principiis interpr. legum adaequatis ad L. 17. D. de leg. Lipſ. 1736. C. A. RITTER D. de regul. interpr. iurid. praeſtant. Lipſ. 1741. Chr. Henr. ECKARDT Hermeneuticae iuris libri duo, c. not. WALCHII, Lipſ. 1779. 8.

je igen Wahrheiten herauszubringen, die ein einsichtsvoller Rechtsgelehrte entdecken und beweisen kann. Dazu wird aber die Kenntniß der ganzen Rechtsgelehrsamkeit erfordert. Wenn gleich das neue Preußische Gesetzbuch, die höchste Stufe der Vollkommenheit erreicht hätte, so würde dennoch die Absicht des großen Friedrichs des Einzigen nicht erreicht werden können, wenn nicht Rechtsgelehrte dasselbe zum Unterrichte für andere erklären wollten. Die Zweideutigkeit der Worte, oder weil der Sinn derselben nicht mit der Absicht des Gesetzgebers übereinstimmt, die Undeutlichkeit des Inhalts, oder weil mehrere Gesetze einander zu widersprechen scheinen, erfordern schlechterdings die Erklärung der Gesetze. Ein Gesetz erklären heißt den Willen des Gesetzgebers, den er durch die Worte des Gesetzes zu erkennen gegeben hat, anzeigen. Um den Willen des Gesetzgebers sicher herauszubringen, muß vor allen Dingen festgesetzt werden, was die einzelnen Worte des Gesetzes nach dem Sprachgebrauche anzeigen, und ob die Verbindung derselben, nach den Regeln der Sprachlehre oder Grammatik, einen vernünftigen Sinn und Gedanken annehmen lässet. Da es unvernünftig seyn würde, anzunehmen, der Gesetzgeber habe bey den gebrauchten Worten seines Gesetzes etwas anders gedacht, als alle diejenigen bey diesen Worten denken, welche die Sprache verstehen, so muß der Regel nach behauptet werden, der Wortverstand des Gesetzes sey der Sinn desselben, und zeige folglich den Willen des Gesetzgebers vollkommen deutlich an g). Es müssen auch die Worte in der Bedeutung genommen werden, die durch den Sprachgebrauch damals mit solchen verbunden worden, als das Gesetz gegeben wurde. Alsdenn aber, wenn solche Umstände vorhanden sind, woraus offenbar folgt, daß der Gesetzgeber die Worte nicht so verstanden habe, wie es der Sprachgebrauch erfordert, oder er habe entweder mehr oder weniger dabey gedacht, als man nach den Worten des Gesetzes denken muß, ist es nöthig, die Worte in einem andern Verstande zu gebrauchen, und man darf keinen Schluß

g) Hr. RR. Eichmanns Erklär. 1. Th. S. 98.

mehr von dem Wortverstande des Gesetzes auf den Willen des Gesetzgebers machen. Es sagt daher der Jurist **Marcellus** in der L. 69. D. de legat. III. sehr richtig: non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem.

Weil nun die Erfahrung lehrt, daß die Worte der Gesetze nicht allemal den **Willen** des Gesetzgebers ausdrücken, sondern oft etwas anders dabey anzunehmen ist, so muß der Wortverstand eines Gesetzes zugleich auch mit der **Absicht** des Gesetzgebers und dem **Grunde** des Gesetzes verglichen, und festgesetzt werden, ob dieser jenem nicht etwa widerspricht. Die Absicht und der Grund des Gesetzes giebt den Sinn desselben auf das sicherste zu erkennen, und wird daher die Seele der Gesetze genannt h). Alles was wider den Sinn des Gesetzes ist, das ist auch wider das Gesetz selbst. In der L. 6. §. 1. D. de verb. sign. bemerkt **Ulpian** sehr richtig: verbum ex *legibus* sic accipiendum est, tam ex legum *sententia*, quam verbis, und damit stimmt **Paullus** in der L. 29. D. de leg. überein, wo es heißt: in *fraudem* legis facit, qui saluis verbis legis, *sententiam* illius circumuenit. Der Grund des Gesetzes besteht in der Ursache, warum ein Gesetz diese und keine andere Verordnung enthält. Ist in einem Gesetz der Grund ausdrücklich angeführt worden, so braucht sich der Ausleger des Gesetzes nicht zu bemühen, solchen zu entdecken, sondern er bedient sich desselben bey der Erklärung, es mag der wahre oder der falsche Grund seyn, weil der Gesetzgeber hinlänglich zu erkennen gegeben, nach welchen Absichten man seinen Willen, den das Gesetz enthält, beurtheilen soll. Bisweilen gilt diese Regel aber nicht, nämlich alsdenn: wenn der Gesetzgeber durch eine deutliche Erklärung, oder durch stillschweigende Einwilligung zu erkennen gegeben hat, daß man das Gesetz nicht nach dem darinn enthaltenen Grunde erklären soll. Ist aber von dem Grunde des Gesetzes nichts darinn gesagt, so muß der Ausleger desselben sich schlechterdings Mühe geben, denselben zu entdecken, weil er den Sinn des Gesetzes anzeigt,

h) FABER D. de anima legum, Tub. 1752.

zeigt, und folglich ein Theil desselben ist i). Der Grund des Gesetzes läßt sich am sichersten, durch die Vergleichung der Staatsverfassung und der Zeitumstände entdecken. Sehr oft führt auch die Gelegenheit des Gesetzes, oder die Umstände, welche als die Ursache zu betrachten sind, warum das Gesetz damals gegeben wurde, am sichersten auf die Entdeckung des Grundes eines Gesetzes k).

§. 30.

Ein Gesetz, das völlig deutlich ist, muß der Richter nach seinem ganzen Inhalte anwenden, wenn es auch gleich hart und strenge scheinen sollte. Der Kaiser Justinian erklärt in der Nou. 82. c. 10. iudex non debet esse clementior lege, womit die L. 19. D. de offic. Praes. und die L. 8. §. 2. C. ad Leg. Iul. de vi publ. zu verbinden sind. In der L. 1. C. de Legib. rescribirt der Kaiser Constantin, inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere, welches auch in der L. 9. C. de Legib. geäußert wird. Der Jurist Ulpian drückt sich in der L. 12. §. 1. in f. D. qui et a quib. manum. darüber folgendergestalt aus: ipsa igitur quae diuertit, omnes omnino seruos suos manumittere vel alienare *prohibetur: quia ita faciunt verba*, vt ne eum quidem seruum, qui extra ministerium eius mulieris fuit, vel in agro vel in prouincia, possit manumittere vel alienare, *quod quidem perquam durum est; sed ita lex scripta est.*

Weil aber dieses sehr unbillig zu seyn scheint, so haben einige Rechtslehrer l) dem Richter die Freiheit zugeschrieben,

i) Aug. Fr. Müller D. de rationibus legum inuestigandis ad L. 20. et 21. D. de legib. Erf. 1714. Ferd. Aug. Hommel Pr. an decet Ictum rationes legum ignorare, Lipſ. 1734. Herm. Ern. Rvmpel Pr. de legum rationibus, quae in ipsis legibus minus adcurate exhibentur, Erf. 1765.

k) Io. Eisenhardt D. de occasione legis, Helmst. 1683. Conr. Henr. Hepke D. de occasione et ratione legis, Hanov. 1754.

l) Hommel Rhapſ. Obſ. 439. Leyser Spec. III. med. 6. 7.

wegen einer überwiegenden Billigkeit der Strenge der Gesetze ausweichen zu können, wie es von den Prätoren geschehen sey, und der Herr v. Leyser ist gar der Meinung, ein Richter könne sich über den Mangel der Solennitäten bey einer letzten Willensverordnung und Contracten wegsetzen, wenn nur der Wille des Testators und der Contrahenten deutlich am Tage liege.

Diese Meinung ist aber gefährlich, denn wer weiß es nicht, wie viel Ungerechtigkeiten die Prätoren bey Abfassung und Anwendung ihrer Edicte begangen haben. Selbst die römischen Rechtsgelehrten äußerten oft ihre Mißbilligung über die Ungerechtigkeiten, die unter dem Scheine der Billigkeit begangen würden, da die Frage, was billig und unbillig sey, sich sehr oft nicht völlig sicher entscheiden lasse. In der L. 14. pr. D. de diu. temp. praescr. bemerkt Scävola: de accessionibus possessionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola *aequitate*, und Paulus äußert in der L. 91. §. 4. D. de verb. oblig. folgenden vortreflichen Gedanken: est haec quaestio de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iurisscientiae *pernicioſe* erratur. Heutzutage würde es nicht besser gehen, wenn man dem Richter die Freiheit zugestehen wollte, nach seinen Begriffen von Recht und Billigkeit zu entscheiden, und daher sprechen ihm die größten Rechtslehrer [m]) das Recht ab, nach der Billigkeit zu entscheiden, wenn harte Gesetze angewendet werden müssen. Ein deutliches Gesetz nach der Billigkeit

m) BERTVCH D. de eo, quod circa aequitatem iniquum est, Erf. 1736. Henr. Gottfr. BAVER Pr. de aequitatis in iure vsu, Lipſ. 1761. Io. Dietr. MEELMANN Orat de decisione causarum ex legibus aequi et boni, Kil. 1778. HARTLEBEN Med. ad Pand. Vol. I. P. I. Spec. IV. med. 9. 10. Carrachs rechtl. Erörterung der Frage: ob in Teutschland eine Gerichtsobrigkeit unter dem Vorwande der Billigkeit von den Gesetzen abweichen könne, in den Hall. Anz. v. J. 1764. Nr. 44. Westphals Untersuchung der Frage: ob ein ohne die vorgeschriebene Form gemachtes Testament, des vorhanden gewesenen außerordentlichen Nothfalls wegen gültig sey, in Hrn. D. Koppe's Magaz. Th. 2. S. 293.

ligkeit erklären, ist eine Abänderung des Gesetzes, welche wohl der Gesetzgeber vornehmen darf, aber nicht der Richter. Kommt ihm das Gesetz hart vor, so muß er glauben, daß vielleicht der Gesetzgeber einen besondern Grund gehabt habe, warum dasselbe so von ihm abgefaßt worden, um diesen darf er sich aber nicht bekümmern, wenn das Gesetz deutlich ist, nach der L. 21. D. de leg., wo es heißt: et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa ex his quae *certa* sunt, subnectuntur.

Gegen die Richtigkeit dieser Grundsätze darf man den Umstand nicht anführen, daß die Gesetze selbst den Richter anweisen, mehr nach der Billigkeit als nach dem strengen Rechte zu urtheilen, weil in der L. 90. D. de reg. iur. die Worte vorkommen: in omnibus quidem, maxime tamen in iure, *aequitas* spectanda est, und in der L. 8. C. de iud. gesagt werde: placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae *aequitatisque*, quam *strictii iuris* rationem, auch der Jurist Marcellus in der L. 183. D. de reg. iur. den schönen Gedanken geäußert habe: etsi nihil facile immutandum est ex solemnibus, tamen, vbi *aequitas euidens* poscit, subueniendum. In diesen Stellen wird weiter nichts gesagt, als dieses: bey Erklärung der Contracte, solle man nicht blos bey den dürren Worten stehen bleiben, sondern hauptsächlich auf den Willen der Contrahenten Rücksicht nehmen; bey Anwendung der Gesetze dürfe nicht blos auf die Subtilitäten der Rechtsgelehrten und das strenge Recht gesehen werden, sondern zugleich auch auf die Billigkeit; bey Ertheilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand könne man nicht gelinde genug seyn n).

Wie man aus der Vergleichung aller Gesetze, worinn auf die Billigkeit verwiesen wird, sieht, so hat der Richter folgende

n) WIELING Iurispr. restit. S. 190. CVIACIVS ad PAVLI Quaest. GIPHANIVS ad Leg. 90. de reg. iur. n. 3. GOTHOFREDVS ad tit. de reg. iur. S. 730. Pet. FABER ad leg. 90. tit. de reg. iur. Hr. RR. Eichmann a. a. O. S. 104. Hr. HR. Glück a. a. O. Th. 1. S. 210.

folgende Vorschriften zu befolgen, wenn er nicht wider die Billigkeit handeln will.

Er darf 1) nie bey den bloßen Worten der Gesetze stehen bleiben, sondern er muß zugleich auf die Absicht Rücksicht nehmen, die durch das Gesetz erreicht werden soll. In der L. 18. D. de leg. sagt **Celsus**, benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conseruetur.

2) Müssen alle zur Sache gehörende Umstände in genaue Erwägung gezogen werden. Findet nun der Richter bey dem vor sich habenden Falle die Beschaffenheit aller Umstände so, daß sich gar nicht mit Wahrscheinlichkeit daran zweifeln lässet, der Gesetzgeber würde selbst, bey dem gegenwärtigen Falle eine Ausnahme von seinen Verordnungen gemacht haben, so kann er das Gesetz so anwenden, wie es geschehen muß, um einen unverdienten Schaden zu entfernen. Der Jurist **Modestinus** drückt sich in der L. 25. D. de leg. über solche Fälle sehr schön folgendergestalt aus: nulla enim iuris ratio, aut *aequitatis* benignitas patitur, vt, quae salubriter pro *vtilitate* hominum introducuntur, ea nos *duriore* interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad seueritatem.

3) Kann und soll der Richter auf die besondern Eigenschaften und Verhältnisse der Personen Rücksicht nehmen. In der L. 4. §. 1. D. de incend. äußert der Kaiser **Antoninus** folgenden edlen Gedanken: ex personarum conditione et qualitate, diligenter aestimandae sunt poenae, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam caussa postulabit. Da dieses von Criminalfällen gelten soll, so ist es bey bürgerlichen Angelegenheiten noch mehr zu behaupten. Eben deswegen sieht man auch bey Streitigkeiten über die Rechte der Ehegatten gegen einander, der Eltern gegen die Kinder, und umgekehrt, der Herrschaft gegen das Gesinde, auf die besondern Eigenschaften, Umstände und Bedürfnisse dieser Personen.

4) Ist es der Billigkeit gemäß, daß in zweifelhaften Fällen, wo die ausdehnende und einschränkende Erklärung gleich starke Gründe für sich hat, der Richter die gelindere Meinung

Meinung o) wählen muß, das heißt diejenige, die am meisten mit den Grundsätzen des Naturrechts übereinstimmt, und am wenigsten strenge ist. Daher heißt es in der L. 9 D. de reg. iur.. semper in *obscuris*, quod *minimum* est, sequimur, und in der L. 3. D. de his quae in testam. del. wird gesagt: in re *dubia benignioremi* interpretationem sequi, non minus iustum est, quam tutius.

5) Bey bürgerlichen Streitigkeiten verdient allemal diejenige Erklärung den Vorzug, nach welcher eine rechtliche Handlung gültig bleibt, anstatt sie für ungültig zu erklären, nach der L. 12. und 21. D. de reb. dub.

6) Bey Zuerkennung einer Strafe muß der Richter eher für die Absolution, als die Condemnation, mehr für die gelindere als die härtere Strafe geneigt seyn, wie in der L. 42. D. de poen. und der L. 155. §. 2. D. de reg. iur. gesagt wird.

Da ich im 26. §. nichts von dem wahren Verstande des Wortes **Billigkeit**, aequitas, gesagt habe, und die Sache hier deutlicher wird, so bemerke ich folgendes darüber p).

1) Im Gegensatze des **strengen Rechts** (ius summum, ius strictum, rigor iuris), wird zur **Billigkeit** alles dasjenige gerechnet, was dem Naturrechte gemäß ist, und ius nannte man dasjenige, was nach positiven Gesetzen für gesetzmäßig gehalten werden mußte. In der L. 32. D. de pecul. kommt der Gedanke vor: licet hoc *iure* contingat, tamen *aequitas* dictat etc., und in der L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluu. arc. act. heißt es: haec *aequitas* suggerit, etsi *iure* deficiamur. Man brauchte auch folgende Ausdrücke, nämlich aequitas naturalis. L. 1. D. de minor., naturalis ratio, Pr. Inst. de nupt. L. 5. §. 16. D. de agnosc. lib. L. 7. §. 7. D. de acquir. rer. dom., officium pietatis, L. 5. §. 17. D. de agnosc. vel alend. lib., pudor, §. 1. Inst. de fideic. hered.

2) Wird

o) Rivinus D. de benigna Ictorum interpretatione, Vit. 1752. Nettelbladt Syst. §. 230.

p) Hr. HR. Glück im Comment. 1. Th. S. 193. Hr. RR. Eichmann ebend. 1. Th. S. 88.

2) Wird eine natürliche nicht verworfene Verbindlichkeit, die Billigkeit genannt, z. B. in der L. 95. §. 4. D. de solut.

3) Heißt Billigkeit alles, was der Sinn des Gesetzes (S. 216) mit sich bringt, und hier muß auf folgende Regel Rücksicht genommen werden: nur alsdenn, wenn die Absicht, welche durch das Gesetz unmittelbar erreicht werden sollte, durch eine buchstäbliche Erklärung desselben nicht erreicht werden würde, darf der Richter den Verstand des Gesetzes, mit billiger Rücksicht auf die vorhandenen Umstände, der Absicht des Gesetzes gemäß entweder ausdehnen oder einschränken q). Der Jurist Modestinus zeigt den Unterschied inter *verba* legis et *mentem* legislatoris durch ein schönes Beispiel in der L. 13. §. 2. D. de excusat. Uebrigens besteht der Unterschied zwischen der Billigkeit des Richters und dem strengen Rechte darinn, daß nach letzterm immer nur auf die allgemeine Regel gesehen werden soll, vermöge der erstern aber zugleich auf die guten und übeln Folgen Rücksicht genommen wird, welche die strenge Anwendung der Regel verursachen würde. Daher wird zu der Billigkeit des Richters 1) die vernünftige Erwägung der zu beurtheilenden Handlungen gerechnet r), und 2) die Freiheit, die durch die Gesetze eingeführte Ungleichheit so viel als möglich zu mildern, und beständig auf die menschliche Schwachheit Rücksicht zu nehmen s).

§. 31. 32.

Die Gesetze werden entweder von dem Gesetzgeber selbst erklärt, oder dieses geschieht von Rechtsgelehrten. Im ersten Falle heißt die Erklärung der Gesetze die legale, im letztern aber wird sie die Doctrinalerklärung genannt. Die legale Gesetzerklärung theilen die Rechtslehrer in die authentische Auslegung der Gesetze, und in die Usualinterpre-

q) Kress D. de aequitate, c. 1. §. 13. not. d. Idem de iure summo, c. 2. §. 6. 7.

r) L. 52. §. 2. D. ad Leg. Aquil.

s) Huber Digr. Iust. Lib. 1. c. 5. §. 3. Kress D. de aequit. c. 1. §. 18.

terpretation. Eine **authentische** Auslegung der Gesetze nennt man es, wenn der **Gesetzgeber** das unverständliche Gesetz selbst erklärt hat. Eine **Usualinterpretation** hingegen ist es, wenn die in den **Gerichten** entstandene Erklärung eines dunkeln Gesetzes von dem Gesetzgeber ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt worden.

Um die Natur und Beschaffenheit der **authentischen** Auslegung der Gesetze gehörig kennen zu lernen, ist folgendes zu bemerken.

1) Wenn der Verstand eines Gesetzes, durch die vorhandenen Regeln der Doctrinalerklärung herausgebracht werden kann, so hat man nicht nöthig, den Regenten um seine eigene Erklärung zu befragen, sondern die Parteien müssen sich mit der vom Richter gegebenen Erklärung des Gesetzes begnügen. Alsdenn muß aber freilich die authentische Auslegung gesucht werden, wenn der Verstand eines Gesetzes so zweifelhaft ist, daß schlechterdings nach den bloßen Regeln der Doctrinalerklärung keine sichere Meinung angenommen werden kann, oder es ist befohlen, diese Auslegung in jedem Falle zu suchen [t].

2) Ob ein Gesetz so beschaffen sey, daß es nur vom Gesetzgeber ausgelegt werden könne, darüber hat blos der Richter zu entscheiden, und nicht die Parteien.

3) Auch die **authentische** Auslegung eines Gesetzes darf nicht wider den **Wortverstand** streiten, und wenn dieses behauptet werden muß, so hat der Regent keine Auslegung eines alten Gesetzes vorgenommen, sondern ein **neues** Gesetz gegeben, mithin darf diese Erklärung nicht auf vergangene Handlungen angewendet werden, sondern es gelten die im 21. §. vorgetragenen Grundsätze [u].

4) Weil

t) Nov. 82. c. 14. Nov. 113. c. 1. Leyser Spec. 1. med. 4. Eckardt Herm. Iur. § 28. Schulting D. pro Resc. Imp. Rom. §. 3. Rivini D. de benigna interpr. §. 3. Lange D. de eo quod obseruand. circa interpr. thes. 36.

u) L. 1. L. 9. L. f. C. de Legib. Nov. 134. Pr. Rivinus l. c. §. 4. Beyer ad Inst. Pos. 3. Leyser Spec. 1. med. 4. Olearii Progr. de authent. interpr. a legislatore expectanda, Lips. 1708.

4) Weil die **authentische** Gesetzerklärung vom Gesetzgeber ertheilt wird, so darf sich kein höchstes Gericht derselben anmaßen, als wenn es dazu bestellt worden x).

In Rücksicht auf die wahre Beschaffenheit der **Usual-erklärung** eines Gesetzes verdient hauptsächlich folgendes bemerkt zu werden.

1) Es kann dieselbe nur bey wirklich dunkeln Gesetzen gebraucht werden, denn wenn ein offenbarer Irrthum dazu Gelegenheit gegeben, so darf auf eine solche Erklärung weiter keine Rücksicht genommen werden, nach der L. 39. D. de legib. wo es heißt: quod non *ratione* introductum, sed *errore* primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

2) Zur Gültigkeit derselben werden alle Eigenschaften erfordert, welche ein gültiges Gewohnheitsrecht haben muß.

Hr. RR. **Eichmann** behauptet S. 109 seiner Erklärungen der Pandecten, die **Usualinterpretation** müsse den Regeln der Auslegungskunst gemäß seyn, weil sie sonst zwar eine neue Gewohnheit einführe, wenn alle Eigenschaften eines Gewohnheitsrechts vorhanden wären, aber für eine Art der Auslegung könne sie nicht gehalten werden y), wie folgendes Beispiel beweise. — Nach der Halsgerichtsordnung Art. 162 soll der **dritte** Diebstahl mit dem Tode bestraft werden. Man nehme nun an, in einem Lande sey bisher nur alsdenn auf die Todesstrafe erkannt worden, wenn die **drey** Diebstähle zusammen einen **großen** Diebstahl ausmachten. Der Regent wußte diese Erklärung der Halsgerichtsordnung, und hat sie stillschweigend genehmigt. Hier kann man sagen: es sey eine **Usualinterpretation** des 162. Artikels der Halsgerichtsordnung vorhanden. Hingegen wenn man diese Stelle im Lande bisher so verstanden, daß nicht eher auf die Todesstrafe des Diebes gesprochen werden dürfe, als wenn er schon einmal

x) HARTLEBEN Med. ad Pand. Spec. 2. med. 4.

y) ECKARDT Herm. iur. §. 38. SCHROETER Pr. de interpretatione vsuali eiusque fonte duplici, Vit. 1713. WIBEKING D. de incommodis per interpretationes vsuales et obseruantias in iurisprudentiam inuectis, Frf. ad Viadr. 1748.

einmal bestraft worden, und gleichwohl hatte er seitdem wieder zweimal gestohlen, und diese beiden letzten Diebstähle machten zugleich einen großen Diebstahl aus; der Regent hat auch diese Erklärung stillschweigend genehmigt, so ist dieses ein Gewohnheitsrecht, aber keine Usualinterpretation, schreibt Hr. RR. Eichmann, weil diese Erklärung ganz den Grundsätzen der Auslegungskunst entgegen, und dem Sinne des Gesetzes gewiß nicht gemäß ist. Vermöge der Usualinterpretation ist die Summe von fünf Gülden, in der Halsgerichtsordnung Art. 160, auf fünf Ducaten gesetzt worden.

Zum Beschluß dieses Paragraphens bemerke ich noch, daß einige Rechtslehrer z) diese beiden Arten der legalen Gesetzerklärung für keine wahre Interpretation und Erklärung der Gesetze halten wollen, weil der Gesetzgeber nicht schuldig sey, sich nach den Regeln der Auslegungskunst zu richten, wie es von den Rechtsgelehrten geschehen müsse, sondern er könne den Verstand eines undeutlichen Gesetzes angeben, wie er wolle; in diesem Falle habe er aber in der That ein neues Gesetz gegeben, wo folglich von keiner authentischen Gesetzauslegung die Frage sey. Was hingegen die Usualinterpretation anbetreffe, so müsse man sie blos für eine Art des Gewohnheitsrechts halten. In beiden Fällen beruhe also die Kraft der Interpretation nicht allemal auf einer richtigen Angabe des Verstandes eines dunkeln Gesetzes, sondern sie weiche vielmehr oft von dem Wortverstande ganz ab, und die authentische Gesetzerklärung beruhe auf dem Willen des Gesetzgebers, die Usualinterpretation aber auf einer Observanz und dem Gerichtsgebrauche.

Auf diese Argumente antworten andere Rechtslehrer a) mit Recht: da beide Arten der Gesetzerklärung nicht nur im römi-

z) Eckardt loc. cit. Lib. I. c. 1. §. 37. 38. Wiebeking Diss. cit. Hartleben Spec. II. med. I.

a) Nettelbladt Syst Lib. I. Sect. III. §. 227 239. Hofacker Princ. Iur. ciu. Tom. I. Lib. I. c. 4. §. 150. Woltaer Obs. Fasc. I. Obs. 1. Hr. GR. Höpfner im Comment. §. 24. S. 40.

römischen Rechte angeführt werden, z. B. in der L. 1. L. 9. L. 12. C. de Leg. und in der L. 37 38 D de leg., desgleichen in der Nov. 113. c. 1. Pr., sondern auch der Gesetzgeber am besten wissen muß, was er durch sein Gesetz verordnen wollen, man auch im gemeinen Leben den Satz für richtig hält, daß jeder für den besten Ausleger seiner eigenen Worte gehalten werden müsse, so ist diese Eintheilung nicht zu verwerfen.

§. 33.

Nach Anleitung dieses Paragraphens, muß über den richtigen Verstand und die verschiednen Bedeutungen des Wortes **Observanz** der Gerichte, etwas gesagt werden. Unter dem Worte **Gerichtsgebrauch**, Observanz der Gerichte, versteht man die in den Gerichten, bey der Untersuchung und Entscheidung der Processe angenommene Gewohnheit und Verfahrungsart, welche seit langer Zeit auf die nämliche Art und Weise befolgt worden. Der Gegenstand solcher Observanzen ist verschieden. Bisweilen ist die Einrichtung dieses oder jenes Theils der Gerichtsverfassung durch eine **Observanz** entstanden, z. B. daß in manchen Gerichten die Beisitzer schwarz, oder in Mänteln erscheinen müssen, daß die Gerichtsacten geheftet werden, u. d. m. Ferner ist der Gegenstand des Gerichtsgebrauchs sowohl die **Proceßform**, als auch die **Anwendung der Gesetze** selbst. Unter der Proceßform versteht man die Art und Weise, rechtliche Angelegenheiten im Gericht zu betreiben. Hier rühren sehr viele Handlungen, welche dabey vorkommen, aus einer gerichtlichen Observanz her. In den Gesetzen kommen folgende Benennungen des Gerichtsgebrauchs vor, als ius iudiciorum, L. 3. C. de dot. prom., mos legum vsitatus, L. 32. C. de transact., quotidianus iudiciorum vsus, §. 6. Inst. de satisd., solitus iudiciorum ordo, L. 4. C de sent. et interl.

Bey der **Anwendung** der Gesetze äußert sich der **Gerichtsgebrauch** auf eine doppelte Weise, nämlich 1) bey der Auslegung eines undeutlichen Gesetzes, und 2) bey der Entscheidung eines in den Gesetzen nicht bestimmten Falls, wo die Gerichte selbst eine Bestimmung angenommen haben.

Erfah-

Erfahrungen dieser Art, die von klugen und einsichtsvollen Richtern, bey Verwaltung der Gerichtsbarkeit gesammelt worden, sind ein vortreffliches Hülfsmittel, die Rechtsangelegenheiten der Gerichtsverwandten nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit zu behandeln, und sie verdienen alsdenn die größte Aufmerksamkeit, wenn in allg meinen Gesetzen nichts darüber verordnet worden. Solche gerichtliche Observanzen, erlangen durch die Länge der Zeit und die stillschweigende Genehmigung des Regenten die Kraft eines Gewohnheitsrechts, wie in der L. 38. D. de leg. gesagt wird, wo es heißt: in *ambiguitatibus*, quae ex *legibus* proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem, *vim legis* obtinere debere.

Für einen solchen **Gerichtsgebrauch** darf man aber die gleichen Entscheidungen der Spruchcollegien, oder die so genannte gemeine Meinung der Rechtsgelehrten nicht halten, wenn sie den Gesetzen offenbar entgegen sind, es mögen dergleichen Aussprüche auch noch so alt seyn, weil die Richter und Spruchcollegien keine Gesetzgeber sind [b]). Der Kaiser **Justinian** erklärt sich in der L. 13. C. de sent. et interl. sehr deutlich gegen diese Meinung, wo es heißt: nemo iudex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putauerit, sequendum, non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, *quum non exemplis, sed legibus iudicandum sit*, — sed omnes iudices nostros veritatem, et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus.

Diesen evidenten Grundsätzen gemäß, behaupten einige unserer einsichtsvollsten Rechtsgelehrten [c]), könne man nicht mehr die Meinung älterer Rechtslehrer billigen und befolgen, daß der **verlierende** Theil nicht zugleich auch zum Ersatz al-

b) GRIEBNER D. de obseruantia collegiorum iuridicorum, REINHARDT ad CHRISTIN. Vol. I. Obs. 3. PVFENDORF Proc. Luneb. P. III. c. 22. § 16.

c) Hr. Prof. **Weber** von Proceßkosten, §. 10. 11. Hr. HR. **Glück** a. a. O. Th. 1. S. 219. ZIEGLER Dicastice, Concl. 39. §. 30.

ler Proceßkosten verurtheilt werden könne, wenn er die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, und Entscheidungen eines oder mehrerer Spruchcollegien für sich habe, die in ähnlichen Fällen gegeben worden d). Erwägt man, schreibt Hr. HR. Glück, was bereits Ziegler bemerkt hat, daß gemeine Meinungen der Rechtsgelehrten nicht selten gemeine Irrthümer sind, und daß sich bey der großen Menge juristischer Schriften unmöglich herausbringen lasse, welche Meinung die mehresten Stimmen für sich habe; daß es ferner bey den Behauptungen der Rechtsgelehrten nicht darauf ankomme, wie viele eben diese Behauptung billigen, sondern ob sie sich auf Gesetze gründe, wie die L. vn. §. 6. C. de vet. iur enucl. sagt, so hat es wirklich keinen Anschein der Gerechtigkeit für sich, zu behaupten, das bloße Ansehen der Rechtsgelehrten sey hinlänglich, den verlierenden Theil von der Erstattung der Proceßkosten zu befreien, da er wissen muß, daß der Richter blos nach den Gesetzen sprechen soll, und nicht darnach, was die Rechtsgelehrten für richtig halten. Bedenkt man ferner, daß, wenn die Entscheidung des Richters gegen die angeführten praeiudicia iuris ausfällt, sodann vermöge des Urthels der verlierende Theil als derjenige zu behandeln sey, der ohne Beistand des Rechts, das, was in andern Fällen erkannt worden, gebraucht, mithin in iure geirrt hat, daß überdieß dieser Irrthum ein solcher ist, welchen der sachfällige Theil hätte vermeiden können, wenn er die Thatumstände und Rechtsgründe der beygebrachten Entscheidungen sorgfältiger geprüft, und mit seiner eigenen Rechtssache verglichen hätte; daß es endlich offenbar ungerecht ist, wenn der obsiegende Gegner einen solchen nicht zu entschuldigenden Irrthum des andern Theils, mit seinem Schaden durch die Einbuße der Proceßkosten entgelten solle; erwägt man alles dieses ohne Vorurtheil, so wird man es gewiß nicht unbillig finden, wenn man in unsern Tagen jene alte Meinung zu verlassen angefangen hat.

Dieser

d) Brvnnemann Proc. ciuil. c. 27. n. 78. Reinhardt de erroribus Pragmat. in doctr. de compens. expens. §. 30. Lauterbach D. de expensis, th. 44. Leyser Spec. 88. med. 1. Hofmanns Reichspr. Th. 1. §. 797.

Dieser richtigen Grundsätze ungeachtet, darf es nicht geleugnet werden, daß die Behauptungen gründlicher Rechtsgelehrten, in zweifelhaften Fällen, worüber die Gesetze entweder gar nichts, oder doch nichts völlig bestimmtes enthalten, wenn sie nicht wider das Naturrecht oder die Analogie des Rechts streiten, Aufmerksamkeit verdienen e). Eine Behauptung von einem streitigen Rechtssatze, welche die mehresten Spruchcollegien und Obergerichte für richtig halten und befolgen, wird die **Praxis** genannt.

§. 34. 35.

Auch die **Doctrinalerklärung** theilen die Rechtslehrer verschieden ein (S. 222); denn sie rechnen die **grammatische** und die **logische** Erklärung der Gesetze dazu. Bestimmt man den Verstand eines Gesetzes blos nach der Bedeutung, welche die Worte desselben vermöge des Sprachgebrauchs haben, so heißt die Erklärung des Gesetzes die **grammatische** f), die philologische. Sucht man aber den Sinn eines Gesetzes, durch die Vergleichung des Wortverstandes mit dem Grunde und der Absicht des Gesetzes anzuzeigen, so nennt man diese Art der Doctrinalerklärung die **logische** Erklärung des Gesetzes, desgleichen die philosophische. Einige Rechtsgelehrte unterscheiden von diesen beiden Arten der Gesetzerklärung, eine **dritte**, nämlich die **politische** Erklärung der Gesetze g). Sie soll in der Untersuchung bestehen, ob ein Gesetz nicht wider die heutige Beschaffenheit der Sitten und Landesverfassung

 streite,

e) CARRACH D. de conflictu theoriae et praxeos, Hal. 1736. TEXTOR D. de auctoritate interpretum iuris, Alt. 1670. Hr. OAR. v. **Quistorp** im peinl. Rechte, 5te Aufl. 1794. 1ter Th. S. 12.

f) I. H. BOEHMER Exercit. de interpretationis grammaticae fatis et vsu vario in Iure Romano, in Exercit. ad Pand. Tom. I. Io. Aug. ERNESTI Prol. pro grammatica interpr.

g) Chr. God. FELLER D. de interpretatione legum politica, Altorf. 1719. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exerc. II. §. 8. not. a. HARTLEBEN Spec. II. med. 3.

streite, und folglich keine Anwendung davon gemacht werden könne. Was von dieser Meinung zu halten sey, werde ich bey der Erklärung der so genannten logischen Gesetzerklärung anführen.

Wenn man die Natur und Beschaffenheit der **grammatischen Erklärung** der Gesetze dem einzigen Mittel, ein wirklich einsichtsvoller Rechtsgelehrter zu werden, genau kennen lernen will, so muß man folgende Wahrheiten niemals vernachlässigen. — Worte sind die Kennzeichen unserer Gedanken; wer also die Worte in eben dem Verstande nimmt, worinn wir sie nehmen, der weiß unsere Gedanken. Diese Wahrheit bestätigt die L. 7. §. 2. D. de suppel. legata, wo es heißt: etsi prior atque potentior est quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse, existimatur. Den Verstand der Worte bestimmt der **Sprachgebrauch**, und dieser ist entweder ein allgemeiner oder ein besonderer. Der Regel nach wird vermuthet, daß man ein Wort so gebraucht habe, wie es allgemein gebraucht wird. Hierauf gründet sich folgende hermeneutische Regel: **jedes Wort** eines Gesetzes muß so lange in dem **Verstande** genommen werden, den es nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch der Nation hat, die sich nach dem Gesetz richten soll, bis man deutlich sieht, es sey hier ein von dem Sprachgebrauch abweichender Sinn anzunehmen. Daher heißt es auch in der L. 69. D. de legat. III. — *non aliter* a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud senssisse testatorem.

Bey ganzen Redesätzen, muß man nicht blos den Sinn jedes einzelnen Wortes wissen, sondern auch anzugeben im Stande seyn, was ein Wort in Verbindung mit andern anzeigen soll. Alles dieses lehret die **Grammatik** oder Sprachlehre. Weil Worte durch Verbindung mit andern, oft eine zweifache oder gar dreifache Bedeutung bekommen, und folglich dadurch eine Ungewißheit entsteht, was für Gedanken mit einem solchen Satze zu verbinden sind, so muß in dergleichen Fällen diejenige Bedeutung des zweideutigen Wortes angenommen werden, die mit der **Sache**, wovon das Gesetz handelt,

delt, das heißt mit dem Subject und dessen Prädicat am besten übereinstimmt h).

Eine andere wichtige Regel ist folgende: da kein verständiger Mensch Worte hersagt, oder schreibt, die nichts anzeigen sollen, so darf man auch von keinem Worte eines Gesetzes annehmen, es habe keinen Sinn, vielmehr muß man glauben, daß jedes Wort etwas zur deutlichen Willenserklärung des Gesetzgebers beitragen soll. In der L. 7. §. 2. D. de suppel. leg. wird gesagt: nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitauerit.

Zur richtigen Erklärung der Gesetze im Corpus Iuris Romani, wird nun eine genaue Kenntniß der lateinischen Sprache, nach ihrer verschiedenen Güte nothwendig erfordert. Die Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die Pandecten zusammengetragen worden, haben zu verschiednen Zeiten gelebt, wo der Verstand vieler einzelnen Worte, und der Gang der Sprache merklich von einander abwichen, obgleich nicht geleugnet werden kann, daß mehrentheils alle Gedanken in den besten Ausdrücken vorgetragen worden. Hier muß man diejenigen Schriften als Hülfsmittel brauchen, worinn die verschiednen Bedeutungen der Worte auseinander gesetzt worden i). Am schwersten sind die Fragmente vom Scävola, Afrikanus, Paulus und Papinianus zu verstehen. Bisweilen liegt der Grund, warum ein Gesetz schlecht lateinisch ist, in den Zusätzen und Abänderungen der Verfasser der Pandecten,

h) L. 67. D. de regul. iur. — quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipitur, quae rei gerendae aptior est. L. 69. D. de leg. — in ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio quae vitio caret.

i) C. A. Duckeri Opuscula de latinitate veterum Ictorum, Lugd. Bat. 1711. et Lipsi. 1772. G C. Kirchmaier Opuscula sex rarissima de latinitate Digestorum et Institutionum, collecta a G. S. Madihn Hal. 1772. B. Brissonii Opus de verb. significatione, studio Heineccii et Boehmeri Hal. 1743. fol. Vicat Vocabularium Iuris vtriusque, Tom. IV. Neap. Ed. II. 1760. Eckardt de latinitate et stilo veterum Ictorum, in *Eius* Hermen. Lib. I. c. 3.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0289
DFG

welche Stellen man Tribonianismen zu nennen pflegt k). Eben deswegen darf man niemals den Grundsatz aus der Acht lassen, daß die Worte desjenigen Juristen, aus dessen Schriften das Gesetz ein Fragment ist, und die Worte der Verfasser der Institutionen oder Pandecten, aufs genaueste unterschieden werden müssen, weil letztere oft einen ganz andern Gedanken hereingetragen haben l), obgleich dieser nunmehr als gesetzliche Verordnung gilt, weil es Justinian ausdrücklich befohlen hat, wie die Praef. Dig Const. I. §. 7. beweist, es müßte denn eine solche verfälschte Stelle einer andern, die den ächten Sinn des alten Rechtsgelehrten enthält offenbar widersprechen, in welchem Falle diese den Vorzug behauptet m). Ein anderes sehr zu empfehlendes Hülfsmittel, den richtigen Verstand eines Gesetzes herauszubringen, besteht, wie bekannt, in der Vergleichung aller, aus der nämlichen Schrift eben desselben Rechtsgelehrten in den Pandecten vorkommenden Stellen, welches die Ueberschriften der Gesetze anzeigen n), und wovon bereits S. 206 ein wichtiges Beispiel vorgekommen.

Noch größere Schwierigkeiten finden sich, bey der Erklärung der Gesetze aus dem Codex und den Novellen, weil es hier noch weit schwerer ist, den damaligen Sprachgebrauch mit völliger Gewißheit angeben zu können; und in den Verordnungen der christlichen Kaiser muß sehr oft auf den Sprachgebrauch der Kirchenlehrer Rücksicht genommen werden o). Ferner muß man diejenigen Constitutionen, die von den Verfassern

k) FINESTRES in Diss. praelim. ad Hermog. §. 40.

l) NOORDKERK ad Leg. Petr. c. 2. §. 15. Iac. GOTHOFREDVS ad L. 5. Cod. Theod. de testam. VOORDA in Elect. c. 22.

m) Hr. Domherr Püttmann in den Interpr. c. 19. S. 89. de TOVLLIEV Collect. S. 163.

n) REINOLD Oratio de inscript. leg. Dig. et Cod. in WIELING Iurispr. restit. LABITTVS de vsu indic. Pand. BRENCKMANN D. de legum inscript.

o) CELLARIVS de barbarismis et idiotism. serm. lat. c. 7. D. Io. Aug. WOLF c. Resp. D. Chr. Fr. POHL D. de latin. eccles. in Cod. Theod. Lipsi. 1774.

fassern des Codex zerrissen worden sind, da sie doch anfangs eine einzige Constitution waren, wieder völlig zusammenzustellen suchen, welches dadurch allein mit Sicherheit geschehen kann, wenn man einerley Ueberschrift und Unterschrift aufsucht.

Außer diesen Hülfsmitteln, den wahren Wortverstand der römischen Gesetze herauszubringen, gehören ferner hierher die Vergleichung der Parallelstellen, die Uebersetzung der Institutionen vom Theophilus, die Basilika, und selbst die Glossen p).

Alle auf die Erklärung eines Gesetzes verwendete Mühe ist vergebens, wenn sichs am Ende zeigt, daß gewisse Worte oder Redensarten für Ausdrücke des Gesetzgebers gehalten worden, da sie es doch nicht sind; das heißt mit andern Worten, wenn man findet, das Gesetz enthalte eine falsche Lesart. Dergleichen falsche Lesearten trift man nicht nur in neuern Gesetzen an, sondern hauptsächlich zeigt sich dieses bey den römischen auf uns gekommnen Gesetzen. Zur Herstellung der rechten Lesart der Gesetze, bedient man sich der juristischen Critik q) Daß viele Gesetze im Corpus Iuris voller solcher Fehler sind, darüber wird man sich nicht weiter wundern, sobald man auf die Natur der Sache Rücksicht nimmt. Das Corpus Iuris ist von fehlerhaften Manuscripten abgedruckt worden, und beym Abdruck hat man noch mehr Fehler dazu gemacht, denn welches Buch in der Welt hat nicht Druckfehler. Viele Abschreiber der alten Gesetze waren unwissende Personen, welche die Figuren der Buchstaben gar oft nicht recht kannten, und die Abkürzungen oft nicht lesen konnten, überdieses bedienten sie sich selbst willkührlicher Zeichen und Abbre-

p) WIELING Orat. pro Glossatoribus, in Lect. iur. ciuil. Traiect. ad Rhen. 1740.

q) BRVNQVELL Comm. de vsu critices in iure, in Opusc. S. 1094. Iac. GOTHOFREDI Praef. ad Animadu. suas, HEINECCII Praef. ad BYNCKERSHOECK Obseru. de artis criticae vtilitate in Iurisprudentia, deque boni critici officio, et in Opusc. Tom. III. S. 23. BEST de ratione emendandi leges.

viaturen bey ihrem Abschreiben r). Dadurch mußten nothwendig Worte und Redensarten in Gesetzen entstehen, davon im Original nichts stand. Sie zogen auch Randglossen in den Text, wie viele Beispiele beweisen s). Ferner vernachlässigten sie, bey den Fragmenten aus Erklärungen des Edicts, die Worte des Edicts, und die Erklärung des Rechtsgelehrten gehörig zu unterscheiden; so wie sie auch keinen Unterschied machten zwischen den Worten des Anfragenden, und der Antwort des Rechtsgelehrten auf die Frage, in den Schriften, welche solche Fragen enthielten t). Noch zahlreicher zeigen sich die Schreibefehler bey der Trennung zusammengehörender Worte in Gesetzen, und der Zusammenziehung zweier Worte in eins. Ueber diese Schreibefehler klagen selbst Cicero und andere Römer u). Die Glossatoren, welche nichts von Geschichte, Antiquitäten und dem Geiste der lateinischen Sprache verstanden, haben die Fehler der Manuscripte außerordentlich vermehrt. Von diesen fehlerhaften Handschriften wurden die verschiednen Ausgaben des Corpus Iuris besorgt, und daher weichen die gemeine Lesart, die Florentinische und die Haloandrinische so sehr von einander ab. Wer kann also wohl an der Nothwendigkeit der juristischen Critik im Corpus Iuris des Justinians zweifeln? Aber hier kann die Sache noch weit schlimmer gemacht werden, wenn man die richtigen Regeln der Critik bey Verbesserungen der falschen Lesearten vernachlässigt. Unter diesen Regeln verdienen hauptsächlich folgende die größte Aufmerksamkeit.

1) Ohne

r) Andr. Chr. EICHENBACH D. qua exhib. criticorum σημειωσεις, in Diss. acad. S. 215.

s) van de WATER Obseru. Lib. I. c. 15. Lib. II. c. 9. et 20. Lib. III. c. 4. WALCH ad ECKART. S. 41.

t) GALVAN de Vsufr. c. 11. n. 8. c. 14. in f. van de WATER l. c. S. 203. DVARENI Disput. Lib. 2. c. 28.

u) CICERO ad Quint. fratr. Lib. III. Ep. 5. MARTIAL. Epigr. 8. GELLIVS Lib. 7. c. 20. SENECA in controu. lib. 1. c. 7. SYMMACHVS Epist. lib. 1. Ep. 18. FORNERIVS Rer. quot. lib. IV. c. 2. 3. 26. 27. MERCER. Concil. S. 20. BYNCKERSH. Praef. ad Obseru. WALCH hist. crit. lat. ling. c. 8. §. 13. CLERICVS de arte crit. Vol. II. Sect. 1. c. 1. 2.

1) Ohne eine wahre Nothwendigkeit, darf keine Veränderung eines Wortes oder Ausdrucks, in irgend einem Gesetze vorgenommen werden. Eine solche Nothwendigkeit ist erst alsdenn vorhanden, wenn die Regeln der Grammatik augenscheinlich beweisen, daß ein Sprachfehler vorhanden sey. Wenn man aber mit dem Geiste der Gesetzsprache nicht bekannt ist, wird man oft etwas für unrichtig erklären, was sehr wohl verstanden werden kann. So hat z. B. Cujaz ad l. 6. D. ad Leg. Corn. de fals. und Gothofredus ad L. 1. Cod. Theod. de hered. petit. für *dulci* officio functus in der L. 1. C. de his quae sibi adscr. lesen wollen, *lucis* officio functus. Wer aber weiß, daß dulce officium gut lateinisch ist, und sich zu dem Ausdrucke, quod ex communi parentum voto agitur sehr gut schickt, der wird jene Verbesserung für falsch halten müssen, da sie dem Sprachgebrauche widerspricht x).

2) Muß die Verbesserung eines oder mehrerer Worte schlechterdings geschehen, so sind

a) die besten Manuscripte zu Rathe zu ziehen, folglich darf ein Rechtsgelehrter mit der Diplomatik, als der Kunst, die Aechtheit der Manuscripte zu beurtheilen, und sie lesen zu können, nicht unbekannt seyn y), und er muß wissen, was es für Handschriften von den Justinianischen Gesetzbüchern giebt, worüber der Hr. GJR. Walch die besten Nachrichten gesammelt hat z). Da es heutzutage wenig Manuscripte mehr giebt, weil man solche nach dem Abdruck verdarb, um die Fehler der abgedruckten Gesetze zu verbergen, so müssen

b) critische Ausgaben des Corpus Iuris, und der einzelnen Theile davon gebraucht werden.

Unter den critischen Ausgaben der Pandecten sind diejenigen die berühmtesten, worinn die Florentinischen Pandecten ganz oder größtentheils abgedruckt worden, und dazu gehören

x) Bynckershoeck Obs. Lib. 1. c. 9. Hr. RR. Eichmann in d. Erkl. 1. Th. S. 125.

y) Mabillon de re diplomatica, Paris. 1709. Baring Clauis diplomat. Han. 1754.

z) Walch ad Eckardt. S. 100. 123. 135. 140.

ren 1) Digestorum s. Pandectarum Libri L. ex Florent. Pandectis repraesentati per Francisc. Tavrellivm, Flor 1553. f. 2) Ius ciuile MSS. librorum ope infinitis locis emendatum et perpetuis notis illustratum, L. Russardo auctore, Lugd. 1560 f. Antw. 1567. 1570. 8. 3) Corpus Iuris ciuil. c. not. Ant. Contii, Paris. 1562. Vol. IX. 8.; 4) Digesta, s. Pandectae, curante Iac. Vintimillio, Par. 1548. Vol. IX.; 5) Sacr. Princ. Iustiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti Digestorum, s. Pandectarum libri L. opera et diligentia, L. Charondae, Antw. 1575. fol. 6) Corpus Iuris ex recens. Gebaveri cura Spangenb. Gott. 1776. Tom. I. 7) Corpus iuris ciuilis diligentia Io Fr Plitt, Hag. Com. 1789. Tom. I. Unter den Abdrücken der Pandecten, welche nicht die Florentinische Lesart befolgen, verdienen bemerkt zu werden 8) Digestorum s. Pandectarum iur. ciuil. Rob. Stephani Par. 1527. Vol. 5. 8., 9) Digestorum s. Pandectarum libri L. editi Norimbergae per Gregor. Haloandrvm 1529. 4.; 10) Digestorum s. Pand. iuris ciuilis libri L. ad exemplar Florentinum et Haloandrinum nec non vulgatas editiones quam diligentissime collati, passimque emendati cura Lud. Miraei Par. 1552. Vol. VII. 8. Was noch weiter für critische Ausgaben zu gebrauchen sind, und welche Abdrücke der Institutionen, des Codex und der Novellen für critisch zu halten sind, ist vom Hrn. **Brenkmann** und den GJR. **Walch** gezeigt worden [a]).

c) Bedient man sich bey Festsetzung der richtigen Lesart, der griechischen Uebersetzungen, die von Justinians Gesetzen gemacht worden, weil die Verfasser derselben die damals vorhandenen Handschriften dabey brauchen konnten, und zum Theil selbst daran gearbeitet haben, wodurch oft fehlerhafte Lesarten verbessert worden [b]), jedoch sind diese Uebersetzungen

a) Brenckmann histor. Pand. Lib. III. c. 4. Walch ad Eckardt. S. 129.

b) Leibnitz noua meth. discendae et docendae iurisprud. S. 124. Mercerii Concil. leg. S. 51. Contii Disp. I. c. 6. Bestivs in rat. emend. leg. S. 40. Bynckershoeck Praef. ad Obseruat. Hoffmahn Diss. X. ad Pand. §. 2.

setzungen, welche die Basilika enthalten, oft mit Vorsicht zu gebrauchen c).

Außer den erläuterten beiden Regeln ist 3) folgende beständig anwendbar: man nehme auf die Abkürzungsarten Rücksicht, deren sich die Abschreiber in den damaligen Zeiten bedienten. Unter diese gehörten die Siglae, welches einzelne Buchstaben waren, wodurch ganze Worte ausgedrückt wurden d); z. B. die Buchstaben S. P. Q. R. sollten Senatus Populusque Romanus ausdrücken, die Buchstaben D. M. A. den Gedanken: Dolus malus abesto Andere Abkürzungen wurden durch die Notae vorgenommen, welches gewisse Zeichen waren, die ein oder mehrere Worte ausdrückten, z. B. ☉S. hieß Senatus Populusque Romanus e). Am gewöhnlichsten bediente man sich des Geschwindschreibemittels, daß man gewisse Buchstaben oder ganze Silben gar nicht ausschrieb, sondern einen Buchstaben oder eine Silbe zweimal las. Dieses geschahe hauptsächlich alsdenn, wenn ein Wort auf das andere folgte, das sich mit eben dem Buchstaben, oder mit eben der Silbe anfieng, womit sich das vorstehende endigte. Diese Abkürzungsart hieß geminatio, und kommt in dem Florentinischen Manuscript der Pandecten häufig vor. Anstatt zu schreiben negotia agere, schrieben sie negotiagere; für facere recusauit, facere cusauit; für necesse esset, necesset; für casibus vsa, casibusa. So muß man z. B. in der L. 11. §. 3. D. de iureiur. anstatt eame lesen eam a me; in der L. 45. pr. D. de fideic. lib. soll es heißen defendendum anstatt defendum; in der L. 3. §. 6. D. ad exhib. steht exhibitis da es exhibitis iis heißen sollte f) Der Kaiser Justinian verbot zwar in der Const. omnem §. 8. und in der L. 2. §. 22.

c) ECKARDT in herm. Lib. I. c. 7. §. 304. ibique WALCH S. 548.

d) NICOLAI tr. de siglis veterum, Lugd. Bat. 1703.

e) CVIACIVS in Obs. XII. 40. Hr. RR. Eichmann 1. Th. S. 128.

f) LABITTVS in vsu ind. leg. S. 48. WIELING Iurispr. restit. S. 193. BYNCKERSHOECK Obs. S. 57. 271. 381. 442. ECKARDT l. c. Lib. I. c. 2. §. 61.

§. 22. C. de vet. iur. enucl., sich bey dem Abschreiben seiner Gesetzsammlung solcher Abkürzungsmittel zu bedienen. Aber nicht zu gedenken, daß schon die Manuscripte derjenigen Gesetze und anderer Schriften, woraus die Theile des Corpus Iuris Auszüge enthalten, mit solchen Abkürzungen geschrieben waren, welche selbst die Verfasser der Pandecten nicht recht lesen konnten, wodurch sie veranlaßt wurden, falsche Auszüge zu machen, zu deren Berichtigung folglich ein heutiger Rechtsgelehrter die Kenntniß dieser Dinge braucht g), so hat man nach den Zeiten Justinians gar kein Bedenken getragen, die Gesetzbücher mit Abkürzungen zu schreiben, wie das Florentinische Manuscript beweist, welcher Umstand zugleich anzeigt, daß es nicht unter der Regierung des Justinians abgeschrieben seyn kann h). Die Beurtheilung aller dieser Abkürzungen erfordert die größte Vorsicht, damit sie nicht falsch verstanden werden i).

4) Hat man nach den zeither erläuterten Grundsätzen, die Stelle im Corpus Iuris geprüft, welche man erklären will, um überzeugt zu werden, daß man wirklich eben die Worte vor sich habe, wie sie von den Verfassern der Justinianischen Gesetzsammlung gebilligt worden, so kann man erst zur Erklärung derselben übergehen, ohne befürchten zu müssen, daß man eine vergebliche Arbeit gethan habe, wenn sichs in der Folge zeigt, daß die für richtig gehaltene Lesart falsch gewesen. Auf diese Art gehen alle Humanisten, bey Erklärung der classischen Schriftsteller zu Werke. Von richtig befundenen Gesetzstellen, sucht man nunmehr den Wortverstand derselben, mit Anwendung aller grammatischen Regeln zu entwickeln. Hierbey ist beständig eine wichtige Frage diese: ob nicht so genannte eingeschaltete Stellen, welche von der Gesetzcommission des Justinians

g) CICERO pro Murena, PITHOEVS in Aduers. II. 15. FORNER. Rer. quot. III. c. 2. 5. PETIT. in Obs. II. c. 1. REINOLD ad MERCER. S. 44. NOODT Prob. II. 5. III. 3. 5. NOORDKERCK Obs. c. 1.

h) BRENCKMANN histor. Mseti Flor. Lib. 2. c. 3.

i) BYNCKERSHOECK Obs. I. 23. BEST de emend. leg. I. 1. Sect. 12. n. 3.

Justinians herrühren, oder Tribonianismen in der zu erklärenden Gesetzstelle befindlich sind. Wie bereits (S. 232) gesagt worden, darf man diese Zusätze oder Abänderungen ebenfalls nicht anders, als wörtlich erklären; nichts destoweniger beruht doch die Gewißheit des Wortverstandes von dem Gesetz, das man erklären will, gewissermaßen mit auf dem Umstande, daß man weiß, was für Worte als solche Tribonianismen anzusehen sind, und welche Worte und Ausdrücke von dem Rechtsgelehrten herrühren, aus dessen Schriften das Gesetz ein Fragment ist. Als Beispiel kann man die L. 9. §. 2. D. de supell. leg. annehmen, schreibt Hr. HR. Glück S. 233, in welchem Gesetz die Worte: vbique si non in vsu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, unerklärbar wären, wenn man nicht ein Emblema Triboniani annähme, denn ohne Zweifel war von einem Fall die Rede, wo die Sache sub pacto fiduciae verpfändet worden, und der Gläubiger ein interimistisches Eigenthum hatte; weil aber zu Justinians Zeiten diese fiducia abgeschafft war, so setzte die Gesetzcommission anstatt der Worte: si non *fiduciae* creditoris, si non in *vsu* creditoris k). Damit man aber nicht solche Aenderungen oder Embleme annimmt, wo wirklich keine sind, so wird zur Beurtheilung jedes Gesetzes die richtigste Kenntniß der Chronologie der römischen Rechtsgelehrten, und die sorgfältigste Benutzung der Quellen, aus welchen die Verfasser der Pandecten u. s. f. geschöpft haben, das heißt der Bruchstücke von römischen Rechtsgelehrten, welche fragmentweise im Corpus Iuris vorkommen, erfordert, und überdieses sind die Bruchstücke des Gregorianischen, Hermogenianischen, und Theodosianischen Codex damit zu vergleichen, um herauszubringen, ob die Verordnung, welche ein Gesetz enthält, wirklich zu den Zeiten des Rechtsgelehrten, oder des Kaisers, von dem das Gesetz ist, vorhanden gewesen. In der nämlichen Absicht ist nöthig, durch den Gebrauch der Ueberschrift eines Gesetzes in den Pandecten oder dem Codex, die von der Gesetzcommission zerstückelten Stellen in die vorige Verbindung zu bringen, um

k) van de WATER Obs. I. 10.

um sowohl den ganzen Zusammenhang prüfen zu können, als auch von den so genannten legibus fugitiuis zu entdecken, wo sie eigentlich hingehören. So steht z. B. die L. 6. D. de trans. gar nicht in der rechten Verbindung, und sie gehört zu der L. 1. D. testam. quem. aper., weil beide Stellen aus des Caii lib. 17. ad edict. prouinc. genommen sind, denn in der L. 1. §. 8. kommt die abgerissene Stelle, welche die L. 6. D. de trans. ausmacht, in ihrem gehörigen Zusammenhange vor l).

5) Vor der wirklichen Aufnahme einer andern Leseart, müssen in dem falsch scheinenden Gesetze diejenigen Worte und Silben von einander getrennt werden, die zeither nicht gehörig unterschieden worden sind m), und Worte zusammengezogen werden, die zeither getrennt gewesen, denn man findet, daß z. B. id eo steht, wo ideo stehen soll, und hae res für haeres. Weil die Alten mit Quadratbuchstaben schrieben, ohne Punctum, Komma, und andere Unterscheidungszeichen zu machen, so muß man vor allen Dingen sehen, ob nicht durch eine andere Interpunction, als die zeitherige war, der richtige Verstand eines Gesetzes herausgebracht werden kann, ohne Worte oder Silben wegzustreichen n).

6) Ist schlechterdings eine Aenderung nöthig, so fange man erst blos mit Buchstaben und Silben an, weil die Abschreiber hier sehr oft gefehlt haben, denn sie schrieben z. B. boluntas für voluntas, Menerua für Minerua, leber für liber, majester für magister, et für vt, propter für praeter, pupilla für puella, aut für haud o).

7) Kann

l) Hr. HR. Glück a. a. O. 1. Th. S. 235. Eckardt l. c. Lib. 1. c. 5. §. 169.

m) Avgvstin. in emend. lib. 1. in fine, Brenckmann hist. Micr. Flor. II. 4. Fornerivs rer. quot. IV. 17.

n) Forner. l. c. Noodt Probab. I. 4. Bynckershoeck Obs. II. 15. IV. 14.

o) Forner. l. c. IV. 6. 10. 11. 15. 20. 30. Bynckershoeck l. c. I. 6. Best l. c. S. 25. Cviacivs Obs. II. 20.

7) läßt sich auf diese angeführte Art, kein richtiger Sinn eines Gesetzes herausbringen, sondern es müssen schlechterdings ganze Worte weggestrichen und andere dafür hingesetzt werden, so ist es zwar nicht zu vermeiden, nur müssen hier die besten Mscpte von dieser Stelle, und die besten Abdrücke der Institutionen, Pandecten oder Codex, wohin solche gehört, gebraucht werden. Enthalten weder Mscpte noch gedruckte Bücher einen Fingerzeig, wie die Stelle zu verbessern sey, so muß man andere Gesetze aus dem nämlichen Zeitalter und von ähnlichen Fällen, die Analogie des Rechts, und endlich das Naturrecht zu Rathe ziehen, um eine gegründete Meinung herauszubringen. Einige Gesetze haben dergleichen gewaltsame Emendationen deswegen nöthig gehabt, weil Glossen in solche aufgenommen worden, die man freilich herausstreichen mußte. Einen solchen Zusatz enthielt z. B. die L. 5. §. 1. D. de his, qui effuder. in den Worten: sed si quis coenaculi, ipse solus aquae tenebitur, anderer Beispiele nicht zu gedenken p), wie Hr. RR. Eichmann S. 131 mit Recht bemerkt.

§. 36.

Hat man den Wortverstand eines Gesetzes nach den Grundsätzen der grammatischen Interpretation herausgebracht, so muß man diesen gefundenen Sinn prüfen, und bestimmen, ob der ganze Wille des Gesetzgebers, der das Gesetz veranlaßt hat, nunmehr bekannt sey oder nicht. Dieses muß aus dem Zwecke des Gesetzes und der Ursache beurtheilt werden, welche das Gesetz veranlaßt hat. In dieser Beurtheilung besteht die so genannte logische Gesetzerklärung, denn diese untersucht die Absicht und den Beweggrund des Gesetzgebers, und beurtheilt darnach, ob man bey dem bloßen Wortverstande stehen bleiben könne, oder ob die Worte ausgedehnt, oder eingeschränkt werden müssen. Dieser dreifache Unterschied hat die Rechtslehrer veranlaßt, die Benennungen, eine blos

p) Avgvstin. Emend. l. 2. IV. c. f. Byncker shoeck Obseruat. iur.

blos erklärende Auslegung der Gesetze, interpretatio declaratiua, eine ausdehnende Auslegung der Gesetze, interpretatio extensiua, eine einschränkende Auslegung der Gesetze, interpretatio restrictiua, anzunehmen.

Von der Natur der logischen Auslegung überhaupt ist hauptsächlich folgendes zu bemerken. — Wenn der Gesetzgeber in seinem Gesetz selbst den Grund und die Ursache angezeigt hat, warum das Gesetz dieses oder jenes gebietet oder verbietet, so braucht sich der Ausleger nicht viel Mühe zu geben, den Grund des Gesetzes aufzusuchen und festzusetzen. Nur muß er in dergleichen Fällen sicher wissen, daß in einem Gesetz der wahre Grund angeführt worden, weil bisweilen aus besondern nicht bekannten Ursachen, ein unrichtiger, oder doch wenigstens nicht der Hauptgrund des Gesetzes darinn angeführt worden, wie viele Beispiele q) beweisen; dieses wird aber nicht vermuthet, und daher muß man sich hüten, den in einem Gesetze angeführten Grund, ohne Ursache für unzureichend zu erklären r). Steht der Grund eines Gesetzes nicht darinn, oder wenigstens nicht der Hauptgrund, so muß solcher aufgesucht werden; und hier sind die Geschichte der Veranlassung des Gesetzes, die genaue Bekanntschaft mit der damaligen Staatsverfassung, den damaligen Sitten und Gebräuchen, der herrschenden Denkungsart, den Zeitumständen, u. s. f. die besten Hülfsmittel s) Der Grund des Gesetzes bestimmt den ganzen Umfang des Willens des Gesetzgebers, und wird deswegen die Seele des Gesetzes genannt, wie S. 216 gezeigt worden. Man hüte sich aber, den nächsten Grund des Gesetzes, mit dem entferntern zu verwechseln. Uebrigens darf der Gesetzausleger seine Erklärung des Gesetzes blos auf die Absicht des Gesetzgebers gründen, die er im Gesetz deutlich zu erkennen gegeben hat, und diese Absicht

q) RVMPEL D. de legum rationibus (S. 217), WALCH ad ECKARDT. S. 26. GLÜCK Praecognita, §. 35.

r) HAVCK D. de rationibus Ictorum veterum falso suspectis, Trai. ad Rhen. 1734. in OELRICH Thes. Tom. I. S. 314.

s) EINERT D. de legum rationibus earumque inuestigandarum regulis, Lips. 1771.

sicht muß aus dem Zusammenhange der Worte des ganzen Gesetzes, aus dem Zusammenhange des ganzen Gesetzes mit den vorhergehenden und darauf folgenden über den nämlichen Gegenstand, und aus den historischen Umständen der Gesetzgebung beurtheilt werden t). Die Grundsätze hiervon können sowohl bey einzelnen Gesetzen, wenn sie verschiedne Verordnungen über mehrere Fälle enthalten, angewendet werden, als bey ganzen Büchern der Pandecten. Man sieht leicht ein, daß wenn eine Menge von Gesetzen über einerley Gegenstand, in einem Titel zusammengestellt worden, diese deswegen mit einander selbst in einer Art von Verbindung stehen müssen. Daraus folgt, daß die Erklärung jedes einzelnen Gesetzes so beschaffen seyn müsse, daß sie nicht mit den übrigen vor- und nachstehenden Gesetzen im offenbaren Widerspruche steht. Wenn gleich die Ordnung der Pandecten nicht die beste ist, so hat dennoch die gebrauchte Stellung der einzelnen Gesetze ihren Zusammenhang, den die Verfasser der Pandecten u. s. f. zur Absicht gehabt u). Eben deswegen muß bisweilen ein Gesetz, welches in **allgemeinen** Ausdrücken abgefaßt worden, nichts destoweniger **speciel** verstanden werden, wegen der Materien, wozu es gehört, und der Ordnung des Titels, in dem es steht, und man darf es nur auf eine gewisse Classe von Gegenständen anwenden. So handelt z. B. das **siebente** Buch der Pandecten von **persönlichen** Servituten, das darauf folgende **achte** aber von **Realservituten.** Dieses **letzten** Umstandes wegen, darf der **letzte** Titel dieses **achten** Buchs, ob es gleich in der Rubrik allgemein heißt de seruitutibus, doch nur von **Realservituten** verstanden werden, folglich auch die zu diesem Titel gehörenden L. 4. 8. 15. 16. 18., wie gelehrte Ausleger behaupten x). Sehr oft läßt sich auch unter den einzelnen Gesetzen

t) HVFELAND D. de Legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecutione petendo, Ienae 1785. **Westphals** Untersuchung der Frage: ob — (S. 218).

u) Hr. GR. **Roch** in der Diss. de ordine legum in Pandectis, Giess. 1784.

x) WIELING Lect. I. 17. Hr. HR. **Glück** Th. 1. S. 242.

eines Titels, eine gute Ordnung und Verbindung herausbringen, so daß mehrere Gesetze, wenn sie gleich Bruchstücke aus ganz verschiednen Schriften eines oder mehrerer Rechtsgelehrten sind, nur eine einzige Periode ausmachen, wie die drey ersten Gesetze unsers Titels de iustitia et iure beweisen. Gesetze, die keine Periode bilden, sind durch folgende Bindewörter vereinigt worden, nam, enim, sed, autem, vero, etiam, idem, item igitur, itaque, et, ideo, ergo, imo, u. s. f. wie die L. 7. 8. Lib. I. tit. I., die L. 1. und 2. tit. II. die L. 1. 2. 4. 6. 10. 11. 12—14. 20. 21. 26—28. 29. 30. 33—36. 39—41. tit. III., die L. 1—4. 5. 15. 16. tit. V., die L. 2—4 tit. VI. und andere mehr beweisen, schreibt Hr. HR. Glück S. 242. Andere Gesetze stehen zwar nicht der gebrauchten Bindewörter wegen, aber doch in Rücksicht auf den Inhalt, mit einander in Verbindung, z. B. die L. 10 — 16. 32 — 40. Lib. I. tit. III. Diese Ordnung und Verbindung dient zum Beweise, daß manches Gesetz der Pandecten, wegen des Inhalts und Zusammenhangs des Titels, in dem es steht, nunmehr **allgemein** zu verstehen sey, obgleich die darinn vorgetragene Regel, von dem Juristen, aus dessen Schriften sie genommen worden, dort blos zur Entscheidung eines **besondern** Falles, oder zur Erläuterung eines besondern Gegenstandes oder Gesetzes gebraucht worden. Z. B. mag die L. 18. D. de poenis dienen, wo die Worte vorkommen: cogitationis poenam nemo patitur. Dieses Gesetz ist eine Stelle aus der Schrift des **Ulpians** über das Prätorische Edict: quod quisque iuris etc., wie die Ueberschrift des Gesetzes, verglichen mit der Inscription der L. 1. und 3. D. quod quisque, beweist. Es würde aber eine falsche Erklärung dieser L. 18. seyn, wenn man sie blos auf jenes Edict allein einschränken wollte, da sie doch eine **allgemeine** Verordnung enthalten soll, weil sie in dem Titel, de poenis, welcher allgemeine Verordnungen über Verbrechen und Strafen enthält, steht, wie **Cujaz** y) gezeigt hat. Aus diesem Beispiele, kann man auf die Wichtigkeit folgender Regel bey der Auslegung der römischen Gesetze, schließen:

bey

y) CUIACIUS in Obs. VIII 27.

bey Erklärung der Fragmente römischer Juristen, aus deren Schriften die Pandecten zusammengetragen worden, dürfen wir niemals auf die Verbindung und den Zusammenhang sehen, worinn sie in der Schrift des Juristen selbst gestanden, sondern wir müssen jedes einzelne Gesetz nunmehr so verstehen und erklären, wie es die neue Verbindung erfordert, in welche es jetzt durch die Verfasser der Pandecten gebracht worden z).

So gewiß die Grundsätze von der Erklärung der Gesetze aus ihrer Ordnung und ihrem Zusammenhange, sehr oft das einzige Mittel sind, einen richtigen Verstand herauszubringen, und zu beweisen, so wenig ist es zu leugnen, daß auch nicht selten kein Gebrauch davon gemacht werden darf, denn die Verfasser der Pandecten haben nicht überall auf den richtigen Zusammenhang der einzelnen Gesetze Rücksicht genommen, wenigstens ist es ihnen nicht geglückt, die richtigste Ordnung zu treffen, und daher stehen in manchen Titeln die Gesetze in keiner andern Ordnung, als wie sie den Verfassern der Pandecten, bey dem Durchlesen der Schriften der alten Rechtsgelehrten vorgekommen sind. Als den Beweis von dieser Behauptung, kann man den 4. 14. 16. 18—22. Titel des ersten Buchs der Pandecten annehmen. Ferner läßt sich in dem Titel de adoptionibus nur bis zum 21. Gesetz eine Verbindung herausbringen, und die übrigen Gesetze müssen für abgebrochene Sätze gehalten werden. Und so fehlt es auch dem Titel de transact. an einem natürlichen Zusammenhange. Ueberhaupt scheint es der Gesetzcommission an der Geschicklichkeit gefehlt zu haben, überall die beste philosophische Ordnung zu beobachten. Sie haben wahrscheinlich über den ganzen Inhalt eines Titels keinen richtigen Plan vor der Ausarbeitung festgesetzt, sondern nur bey dem Zusammentragen eine Ordnung hereinzubringen gesucht, wie es ihnen möglich war a). Bey allen den Gesetzen nun, wo schlechterdings kein Zusammenhang des zu erklärenden Gesetzes, mit den

z) Hr. Domhr. **Püttmann** in den Interpret. et Obseruat. S. 89. VOORDA Electa, c. 22.

a) Hr. D. und Prof. **Hufeland** in der S. 243 angeführten gelehrten Abhandl. §. 5.

vorhergehenden und nachfolgenden Gesetzen des nämlichen Titels gezeigt werden kann, weil man offenbare Widersprüche und Ungereimtheiten herausbringt, wenn man die Verbindung zu Hülfe nimmt, muß die Cujazische Auslegungsart gebraucht, und auf die Inscription des Gesetzes, den Namen, das Alter, die Schreibart und bekannten Grundsätze des Rechtsgelehrten, von dem das Gesetz herrührt, ferner auf die Vergleichung desselben mit dem ganzen Inhalte des Buchs, woraus es genommen worden, Rücksicht genommen werden, um eine vernünftige Erklärung davon geben zu können. Als Beispiel mag die L. 5. §. 1. D. de pign. et hyp. dienen, wo gesagt wird: inter *pignus* autem et *hypothecam* tantum nominis sonus differt. Diese Worte würden der L. 9. §. 2. D. de pign. act. offenbar widersprechen, worinn der Unterschied zwischen einem Faustpfande und einer Hypothek vorkommt, wenn man nicht durch die Ueberschrift der L. 5. Marcianus lib. singul. ad formulam hypothecariam belehrt würde, daß in diesem Gesetz blos von der hypothekarischen Klage gehandelt wird, und folglich nach dem §. 7. Inst. de act. keine falsche Behauptung enthalte [b]).

Ist nun nach den zeither vorgetragenen und andern hermeneutischen Regeln, der Wortverstand eines Gesetzes herausgebracht worden, so läßt sichs durch eine angestellte Prüfung bald entdecken, was die Absicht und der Wille des Gesetzgebers bey diesem Gesetz gewesen seyn müsse. Bisweilen sieht man, daß sein Wille mehr umfaßt habe, als nach den bloßen Worten des Gesetzes behauptet werden kann. In dergleichen Fällen, sagen die Rechtslehrer, muß der Inhalt des Gesetzes auf mehr Fälle ausgedehnt werden, als die Worte desselben anzeigen, nämlich auf alle diejenigen, wo der Grund des Gesetzes vollkommen paßt, obgleich die Worte dieses nicht sagen. Diese Erklärung nennt man die **ausdehnende Erklärung eines Gesetzes.**

Nicht selten geht die Absicht eines Gesetzgebers nicht auf alle Fälle, welche man nach den Worten annehmen könnte, und hier muß das Gesetz **eingeschränkt** erklärt, und nur auf die

b) Hr. HR. Glück im Commentar, Th. 1. S. 244.

die Fälle angewendet werden, die der Gesetzgeber deutlich angezeigt hat. Eine solche Erklärung der Gesetze heißt die einschränkende Gesetzerklärung.

Von diesen beiden Fällen, wo die ausdehnende oder die einschränkende Gesetzerklärung statt hat, ist ein dritter Fall zu unterscheiden, wenn Gesetze zu erklären sind, bey denen man ganz allein bey dem Wortverstande stehen bleiben, und nur das als die Verordnung des Gesetzgebers ansehen muß, was die Worte deutlich anzeigen. Die in solchen Fällen gebräuchliche Gesetzerklärung wird die declaratorische oder die declarativische Gesetzauslegung genannt. Einige Rechtslehrer c) halten diese Auslegungsart für einerley mit der grammatischen. Darauf antwortet der Herr RR. Eichmann S. 135, durch die grammatische Auslegung wird die Dunkelheit gehoben, wovon der Grund in den Worten liegt, hingegen durch die declarativische wird die Dunkelheit, von welcher der Grund nicht in denen Worten, sondern in andern Umständen liegt, in Deutlichkeit verwandelt.

So leicht es ist, bey den vorgetragenen Begriffen der dreierley Arten der logischen Auslegung der Gesetze, etwas unterscheidendes zu denken, so schwer wird es, von diesen Erklärungsarten überall den rechten Gebrauch zu machen. Die Rechtslehrer stellen zwar folgende Regeln als Hülfsmittel bey der Anwendung auf; 1), wo der Grund des Gesetzes anwendbar ist, da muß auch die Vorschrift desselben auf eine von den dreierley Arten angewendet werden; und 2) wo der Grund des Gesetzes ganz wegfällt, in dergleichen Fällen kann auch kein Gebrauch davon gemacht werden. Diese beiden Regeln leisten nicht immer das, was man davon erwartet. Man stößt auf Gesetze, wo bey einzelnen Gegenständen desselben der Grund des Gesetzes nicht anwendbar zu seyn scheint, und wo man dennoch wider den Willen des Gesetzgebers handeln würde, wenn man das von ihm gegebene Gesetz nicht anwenden wollte, wie Averranius d) gezeigt hat. Im

c) Hvhnivs in obs. sel. ad tit. de iust. et iure, obs. 5.

d) Averan. Interpr. V. 10. 2. sq.

Macedonianischen Rathsschlusse wurde befohlen, es soll Niemand, der einem in der väterlichen Gewalt stehenden Kinde, baar Geld gelehnt hat, weder beim Leben des Vaters, noch nach seinem Tode etwas wiederfordern. Der Grund des Gesetzes war, den Kindern alle Gelegenheit abzuschneiden, Geld zu ihrer liederlichen Lebensart geborgt zu bekommen, wodurch sie alsdenn leicht verleitet werden könnten, ihrem Vater nach dem Leben zu trachten, damit sie nur sein Vermögen erhielten, um den quälenden Gläubiger zu befriedigen e). Nun nehme man den Fall an, es hätte Jemand einem tugendhaften Sohne, ohne Wissen und Willen seines Vaters baar Geld geborgt, und dieser hat sich damit große Vortheile verschafft? Darf in diesem Falle etwa die Verordnung des Macedonianischen Rathsschlusses nicht angewendet, sondern vielmehr die Klage des Gläubigers auf die Bezahlung des Darlehns für gegründet erklärt werden? Nein, das darf nicht geschehen, denn die Verordnung des Gesetzes ist ganz allgemein, und sagt nichts von solchen Ausnahmen f). Hier tritt die hermeneutische Regel ein: von der Anwendung eines allgemeinen Gesetzes, darf in einzelnen Fällen keine Ausnahme gemacht werden, wenn gleich der Grund des Gesetzes wegen eines besondern Umstandes nicht statt hat; oder mit andern Worten: wenn gleich eine oder mehrere Personen, die Eigenschaften nicht haben, die sonst gewöhnlich bey Personen, Sachen und Handlungen, wovon das Gesetz handelt, anzutreffen sind, und folglich den Grund des Gesetzes ausmachen, so muß dennoch dieses Gesetz nach seinem ganzen Umfange angewendet werden; denn der Gesetzgeber kann nur auf das Ganze, auf die gewöhnlichen, beständig vorkommenden Fälle, die Gesetze einrichten, und nicht auf die einzelnen Ausnahmen, die bisweilen vorkommen, schreibt Hr. Prof. Weber g). In der L. 5. D. de leg. wird daher richtig gesagt: ad ea potius debet aptari ius, quae et *frequenter* et *facile*, quam

e) L. 1. pr. D. ad Sctm. Maced. §. 7. in f. Inst. quod cum eo —

f) L. 9. §. 2. D. ad Sctum. Macedon.

g) Hr. Prof. Weber von Verbindlichk. S. 460.

quam *quae perraro eueniunt*, womit die L. 4. D. de leg. übereinstimmt, wo es heißt: ex his, quae forte *vno* aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur. Bey dieser Beschaffenheit der Sache kann allerdings unter den Gegenständen des Gesetzes sehr oft einer sich finden, bey dem die Umstände, die der Gesetzgeber als gewöhnlich voraussetzt, nicht angetroffen werden, oder die Folgen, die sonst aus einer Handlung entstehen, für diesesmal nicht eintreten. Dieser Ausnahme von der Regel ungeachtet, muß doch das Gesetz in dergleichen Fällen gelten, weil sonst der ganze Zweck des Gesetzes vereitelt werden könnte. Die Hazardspiele sind deswegen verboten, damit die Unterthanen ihr Vermögen nicht durchbringen sollen, und am Ende der Staat mit Bettlern, Betrügern und Müßiggängern angefüllt werde. Man setze nun, ein reicher Banquier hat zu seiner Erhohlung 10 Louisd'or verspielt, dem dieser Verlust nichts schadet. Sollte dieser wohl der gesetzlichen Strafe, die auf die Hazardspiele gesetzt ist, entgehen können? Gewiß nicht. Die Gesetze verbieten den Unmündigen deswegen ein Testament zu machen, weil sie die Einsicht nicht haben, die dazu nöthig ist, um die ganze Sache gehörig zu überlegen. Quia nullum eorum animi iudicium sagen die Gesetze von ihnen, z. B. §. 1. Inst. quib. non est permiss. facere test. Gesetzt nun, ein Mensch von 13 Jahren hätte alle Verstandeskräfte und Einsichten, die zur besten Abfassung eines letzten Willens hinlänglich sind: darf er also wohl eine letzte Willensverordnung errichten? Nein —

Die andere hierher gehörende Regel ist folgende: wenn die Ursache, warum der **Grund** einer allgemeinen Verordnung nicht anwendbar ist, nicht von bloßen individuellen und außerordentlichen Eigenschaften eines gewissen Subjects hergenommen worden, sondern wenn in einer ganzen Anzahl mehrere Fälle und Verhältnisse schon durch die Natur der Sache, oder die Vorschrift besonderer Gesetze solche Bestimmungen eintreten, wornach gerade das Gegentheil von dem zur Regel wird, was den Beweggrund einer allgemeinen Verordnung ausmacht, so kann mit Recht von dem fehlenden Grunde des Gesetzes auf die Unanwendbarkeit desselben geschlossen werden.

Z. B. da die Gesetze die Handlungen eines Minderjährigen, die er ohne Einwilligung seines Vormundes vorgenommen hat, deswegen für ungültig erklären, weil diese Personen aus Mangel an den gehörigen Einsichten, dadurch in großen Schaden gebracht werden könnten, so kann man leicht einsehen, daß der Grund dieses Gesetzes alsdenn nicht eintrete, und folglich solches auch nicht angewendet werden könne, wenn der Minderjährige als Meister in seiner Kunst, ohne Vormund gehandelt hat, und folglich dieses Geschäfte bestehen müsse, ja er darf nicht einmal die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen suchen. Die Ursache hiervon ist nicht diese, weil angenommen wird, gerade der Minderjährige, von dem jetzt die Rede ist, habe mehr Einsicht als andere seines gleichen, sondern weil der Vertrag sich auf ein bürgerliches Geschäfte und Verhältniß bezieht, wobey eine ganz andere Regel ihre Anwendung findet, als diejenige ist, worauf sich die allgemeinen Gesetze von Verträgen und Geschäften der Unmündigen sich gründen. Darf der Minderjährige eine Handlung öffentlich treiben, so würde der Gesetzgeber sich widersprechen, wenn er ihm auf der andern Seite in Ansehung eines solchen Geschäftes die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zugestehen wollte h).

Ich habe S. 166 den Satz angeführt, daß von verbietenden Gesetzen eine richtige Auslegung gemacht werden müsse. Damit die zeither vorgetragenen Grundsätze von der Auslegung der Gesetze mehr Interesse erhalten, welches gewiß dadurch geschieht, wenn die Anwendbarkeit derselben durch wichtige Beispiele gezeigt wird, will ich die Bemerkungen des oft erwähnten gelehrten Hrn. Prof. Webers, über diese Materie einrücken. Es heißt S. 224 seines mit philosophischem Scharfsinn geschriebenen Buches von Verbindlichkeiten: — wenn die Auslegung der Gesetze ein Uebel ist i), so ist es klar, daß unbestimmte und zweideutige Gesetze es nicht weniger sind, als

h) Hr. Prof. Weber von Verbindlichk. S. 235. HELLFELD Iurispr. forens. §. 458. n. 1.

i) Beccaria von Verbrechen und Strafen, §. 4. 5. Herr Präs. v. Trevenar im Versuch über die Rechtsgel. S. 537.

als welche nothwendiger Weise die Auslegung nöthig machen. Die Rechtsgelehrten empfehlen hier vor allen Dingen die Regel: alle Gesetze, welche die natürliche Freiheit einschränken, mithin auch diejenigen, welche natürlich erlaubte Handlungen verbieten, sind strenge zu erklären [k]). Allein, genau erwogen, ist auch hier, wie bey aller Auslegung der Gesetze, nur auf den Sinn des Gesetzes Rücksicht zu nehmen. Ist dieser durch die Worte genau erschöpft, oder geht es nicht auf alles, was der Ausdruck unter sich begreift, so muß man freilich bald bey den Worten stehen bleiben, bald einschränken; aber nicht gerade darum, weil von einem verbietenden Gesetze die Rede ist, sondern weil bey allen dunkeln Gesetzen das nämliche eintritt [l]). Sind unsere Richter überhaupt nicht an den Buchstaben der Gesetze durchaus gebunden, so ist nicht abzusehen, warum bey legibus correctoriis eine Ausnahme gemacht werden soll, wenn der Sinn des Gesetzes offenbar weiter geht, als der strenge Wortverstand. Das gebe ich indessen gern zu, daß in zweifelhaften Fällen, wo die ausdehnende Erklärung nichts überwiegendes für sich hat, der Richter mehr geneigt seyn müsse, die gelindere Meinung vorzuziehen [m]). Wenn übrigens der Gesetzgeber eine Handlung, oder einen Vertrag im Allgemeinen verboten hat, so sind auch alle dahin gehörenden Unterarten so lange als unerlaubt anzusehen, bis man deutlich zeigen kann, daß diese oder jene Gattung von dem allgemeinen Verbote ausgenommen sey, oder daß der Grund und die Absicht des Gesetzes in einer einzelnen Gattung gänzlich wegfalle [n]).

Von

k) RIVINVS D. de benigna etc. (S. 221), POLAC D. de noxia et incongrua fauorabilium et odiosorum interpretatione, Frf. 1728. HELLEELD Iurispr. forens. §. 1118.

l) VOET ad Dig. tit. de legib. n. 44., dessen Grundsätze FORSTER de iuris interpr. c. 2. §. 2. sq. weiter ausgeführt hat. WESTENB. Dig. tit de leg. §. 32.

m) L. 9. D. de reg. iur. L. 3. D. quae in test. del. NETTELBLADT Iurispt. posit. §. 230.

n) Beispiele hiervon findet man in des Hrn. Prof. Webers Erörterung der Frage: wie weit erstreckt sich eigentlich bey Verpfändungen das Verbot der so genannten legis commissoriae? Kiel 1784.

Von der eigentlichen Bedeutung der Worte und deren gewöhnlichen Umfange ist nicht eher abzugehen, als bis man deutlich sieht, daß der Gesetzgeber es gewollt habe o). Hieraus ist nun leicht zu erklären, in wie fern von den beiden Regeln: wo der Grund des Gesetzes nicht statt findet, da fällt auch die Verordnung desselben hinweg; und im Gegensatze, wo der Grund des Gesetzes eintritt, da muß auch die Vorschrift desselben beobachtet werden, bey der Erklärung verbietender Gesetze Gebrauch zu machen sey. Es kann dieß mit glücklichem Erfolg geschehen, wenn der Gegenstand des Gesetzes in seinen Unterarten durch gewisse Verhältnisse dahin bestimmt wird, daß Zweifel entstehen, ob das gesetzliche Verbot sich mit darauf erstrecke, oder nicht; wenn eine Handlung an sich zwar wohl eine Gattung derjenigen, die das Gesetz verbietet, ausmachen dürfte, allein die besondere Beschaffenheit, wodurch sie sich von den übrigen Unterarten trennt, (differentia specifica), auf solchen Merkmalen beruhet, welche die Anwendung des Gesetzes zweideutig machen. Hier sagt man mit Recht: vbi eadem ratio, ibi eadem dispositio, oder cessante ratione legis, cessare debet eius dispositio. Auffallend unrichtig aber werden beide Sätze angewandt, wenn man die gelegentliche **Veranlassung** des Gesetzes p), mit dem wahren **Grunde** desselben, und besonders die erste Regel, wenn man eine gewisse **Aehnlichkeit** des **Grundes** mit der **Gleichheit** desselben vermischt q), und das bürgerliche Verbot

o) VOET ad Dig. tit. de leg. n. 20.

p) Die Verordnung des Sctm. Maced. ist anzuwenden, wenn auch der Gläubiger aus Gefälligkeit und ohne Zinsen geliehen haben sollte (S. 248), obgleich ein improbus foenerator das Gesetz veranlaßt hat. Ulpian unterscheidet die Gelegenheit und den Grund des Gesetzes sehr gut, in der L. 1. §. 5. D. de postul. wo es heißt: — feminas prohibet edictum pro aliis postulare, et *ratio* quidem *prohibendi:* ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis caussis se immisceant; — *origo* vero introducta est a Carsania, improbissima femina, quae inuerecunde postulans et magistratum inquietans *causam* dedit edicto.

q) FRANZKIVS ad Pand. tit. de leg. n. 26 sq. HARTLEBEN Spec. 2. med. 2. FORSTER l. c. verb. quando etc.

bot auf Handlungen ausdehnen will, welche von dem Gegenstande des Gesetzes durchaus verschieden sind, und zu einer ganz andern Classe von Geschäften gehören. Es kann seyn, daß der Grund der Verordnung dabey ziemlich zutreffe; allein dieß berechtigt den Richter nicht, ein Mehreres für unerlaubt zu halten, als die Gesetze selbst wirklich verboten haben. Wenn also zum Beyspiel das Gesetz verbietet, gewissen Personen Geld anzuleihen; so läßt sich mit Recht nicht behaupten, daß auch derjenige das Gesetz übertreten habe, welcher ihnen kein Geld, sondern Waaren geborgt hat: denn immerhin mag der Grund, warum das erstere verboten worden, auch bey dem letztern gleichfals eintreten, so folgt doch daraus höchstens nur so viel, daß der Gesetzgeber das Eine so gut, wie das Andere, hätte verbieten können, ja ich will auch die Folge, daß er es billig verbieten müßte, nicht einmal bestreiten. Allein so lange man zugeben muß, daß Geld anleihen, und Waaren auf Credit verkaufen, zwey ganz verschiedene Dinge sind, so lange kann auch der Richter darum, weil jenes untersagt ist, noch nicht sofort auch das Letztere unerlaubt erklären, ohne einen gesetzwidrigen Eingrif in die Rechte der gesetzgebenden Macht zu thun. Seiner Pflicht und der Gränzen seines Amts eingedenk, kann er sich kein anderes Raisonnement über die Sache erlauben, als dieses: damit gewissen Leuten die Gelegenheit zur Ausschweifung und verschwenderischen Lebensart genommen werde, hat der Gesetzgeber verboten, ihnen Geld anzuleihen; es wäre zu wünschen, daß ihnen auch keine Waaren geborgt werden dürften; jedoch, da die Gesetze hievon nicht reden, so ist es für erlaubt zu halten, bis sie es wirklich verbieten. Noch ein Beispiel solcher unschicklichen Extensionen, ist die von vielen angenommene Meinung, daß es den Handwerksleuten, welche bey ihrer Handthierung Geräusch machen, verboten sey, in der Nachbarschaft eines Gelehrten ihre Wohnung zu miethen, damit dieser in seinen Meditationen nicht gestört werde. In der L. vn. C. de stud. liber., woraus man dieses herleiten will, ist von Geräusch machenden Handwerkern, und deren gemietheten Wohnungen nicht ein Wort enthalten.

halten. Die Verordnung will nur, daß die Hörsäle in den öffentlichen Gebäuden so angelegt werden sollen, damit kein Docent durch den allzunahen Vortrag eines andern gestört werde. Man muß also, wie ein berühmter Gelehrter r) richtig bemerkt, eine sehr ausdehnende Interpretation zu Hülfe nehmen, um jenen Satz aus diesem Gesetz herzuleiten. Uebrigens ist daran gar nicht zu zweifeln, daß eine Handlung, ob sie gleich an sich in einer ganz andern Form, als von welcher in dem verbietenden Gesetz die Rede ist, erscheinet, dennoch für unerlaubt, mithin für unverbindlich zu halten sey, wenn erweißlich ist, daß im Grunde die Absicht, das Gesetz zu übertreten, dabey obgewaltet, und man nur, um das bürgerliche Verbot zu eludiren, der Sache eine andere Wendung gegeben, das ist, in fraudem legis gehandelt habe s). Wenn Jemand Leuten, denen er kein Geld leihen darf, zu dem Ende Waaren borgt, damit sie sich dadurch bey andern Personen baares Geld verschaffen können; so ist dieser Handel freilich unerlaubt und unverbindlich, aber nicht sowohl wegen Gleichheit des Grundes bey dem Darlehne und dem Creditiren der Waaren an sich, als vielmehr, weil in der That die Absicht der Partheien auf den eigentlich verbotenen Gegenstand selbst gerichtet gewesen ist, und es ihnen unmöglich frey stehen kann, durch dergleichen vorsätzliche Einleitungen, den Zweck des Gesetzgebers zu vereiteln. Gleichwie indeß überhaupt demjenigen der Beweis obliegt, welcher behauptet, daß eine gewisse Form der Handlung nur zum Scheine gebraucht, die wahre Absicht aber auf eine andere Art von Geschäften gerichtet gewesen sey t), so ist auch am allerwenigsten zu vermuthen, daß eine rechtswidrige Intention dabey obgewaltet, und man die gegenwärtige Einrichtung des Geschäftes nur zu dem Ende beliebt habe, um eine verbotene

r) Hr. GTR. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 885. WALCH Introd. in controu. S. 393. ed. 2dae.

s) L. 29. D. de leg. VOET ad Dig. Lib. I. tit. 1. n. 6. HELLFELD Iurispr. forens. §. 302.

t) Hr. v. Tevenar in der Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 32. u. f.

verbotene Sache der Kenntniß des Richters zu entziehen [u]). Wenn daher die Handlung an sich [x]) den Gesetzen nicht entgegen ist; so ist sie auch allemal so lange für gültig und rechtsverbindlich zu erkennen, bis derjenige, von dem sie angefochten wird, erweisen kann, daß in der That ein verbotenes Geschäfte dadurch bezielet worden sey. Ob aber gleich im Ganzen die Vermuthung in diesem Stüke wider ihn ist; so liefert doch oft die individuelle Beschaffenheit des Handels, und die nähere Prüfung der dabey eintretenden Nebenumstände zu seinem Vortheile solche dringende Wahrscheinlichkeitsgründe, daß er sich derselben zu Führung des ihm obliegenden Beweises mit gutem Erfolg bedienen kann [y]).

Ueber den Mißbrauch der Regel: wo der Grund des Gesetzes wegfällt, da kann auch die Verordnung desselben nicht eintreten, habe ich bereits bey einer andern Gelegenheit [z]) einige Anmerkungen gemacht, schreibt Hr. Prof. Weber, S. 234. Hier ist es nöthig, etwas ausführlich davon zu handeln, weil gerade in den Fällen, welche zu dieser Materie gehören, die Chikane am mehresten Gelegenheit nimmt, unter dem Vorwande der gedachten Regel, manche in der That verbotene Handlungen als gerecht und gültig darzustellen; denn eben darum, weil das Factum an sich, und nach

u) L. 14. §. 5. D. qui et a quib. manum.

x) Um bey der bekannten Regel: quilibet praesumitur bonus, aller Misdeutung gänzlich zu entgehen, darf man nur folgende Erklärung bemerken. — Regula haec pertinet tantum ad quaestionem de alicuius facti dubii *commissione*, non vero ad facti *regulariter iniusti*, iustificationem; quasi circumstantiae ad iustificationem pertinentes sint praesumendae. Facta, quae *vt plurimum* mala sunt, bona praesumi non possunt. Regula igitur tunc recte adplicatur, quando aliquis neque actum physicum neque moralem confitetur. Qui vero actum physicum legibus repugnantem negare non potest, de eo etiam praesumitur, quod moraliter contra leges peccauerit. Io. Christ. QVISTORP D. de moderaminis inculpatae tutelae probatione, Rost. 1765. §. 1.

y) Beyspiele davon findet man bey dem Hrn. v. Leyser Spec. 158. med. 4. 5.

z) Reflexionen zur Beförderung, u. s. f. S. 64. u. f.

den Vorschriften des Naturrechts, nicht unerlaubt ist, wird man desto leichter der Versuchung ausgesetzt, es auch bürgerlich erlaubt und gültig zu glauben, sobald die Anwendung des positiven Verbots nur mit irgend einem Schein kann bestritten werden. Wenn man die wirklichen Handlungen der Menschen in concretis betrachtet, so kommen sehr oft Fälle vor, wo bey einzelnen Subjecten der Grund eines allgemein verbietenden Gesetzes wegfällt, und wo man doch sehr unrecht schließen würde, daß darum die Verordnung nicht anwendlich sey. Z. B. die Hazardspiele sind verboten, weil sie zur Verschwendung und zum Müssiggange führen. Man setze nun, daß einige wirklich reiche Leute, denen ein Verlust von etlichen Dukaten nicht die mindeste Unbequemlichkeit verursachen kann, zu ihrer Erhohlung das verbotene Spiel mitgemacht haben. Sollten diese wohl der gesetzlichen Strafe entgehen können? Sicher nicht. Ein Handel mit Minderjährigen ohne Vormund ist darum noch nicht für gültig zu achten, weil etwa dieser Minderjährige schon hinlängliche Beurtheilungskraft, Erfahrung und Kenntniß besitzen mag, und bey ihm die jugendliche Uebereilung, mithin der Grund des Gesetzes nicht anzunehmen ist. Dagegen darf er die Geschäfte nicht anfechten, die er zwar ohne Vormund, jedoch als Meister einer gewissen Kunst oder Handthierung geschlossen hat; ob es gleich so ausgemacht noch nicht ist, daß bey aller Geschicklichkeit in einem besondern Gewerbe, dennoch die jugendliche Flüchtigkeit nicht einen schädlichen Einfluß auf den Handel gehabt haben sollte. Worinn liegt die Verschiedenheit? Von dem fehlenden Grunde des Gesetzes, ist auf die Unanwendlichkeit desselben nur zu schliessen, wenn nach der Beschaffenheit des vorkommenden Falles die ganze Absicht des Gesetzgebers wegfällt [a]). Wenn aber diese dahin gehet, daß eine gewisse Handlung eben darum allgemein verboten und ungültig seyn soll, weil sie der Regel nach nichts taugt, so ist von der Anwendung eines allgemein verbietenden Gesetzes in einzelnen Fällen darum noch keine Ausnahme zu machen, weil etwa gerade ein oder anderes Individuum die-

a) VOORDA Interpr. Lib. I cap. 1.

diejenige Beschaffenheit nicht haben sollte, welche sonst gewöhnlich bey Personen, Sachen und Handlungen dieser Art einzutreten pflegt, und eben darum einen Beweggrund des Gesetzes ausmacht. Die Schwierigkeiten in der Anwendung nicht zu gedenken, ob z. B. der Minderjährige wirklich die Einsicht und Kenntniß besitze, die ihm zugeeignet wird? würde es vielmehr unstreitig widersprechend, und der Absicht des Gesetzgebers entgegen seyn, wenn man hierauf Rücksicht nehmen wollte. Die Legislation kann hier nur auf das Ganze, nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge, ihr Augenmerk richten [b]), kann ihre Vorschriften nicht auf die Eigenheit eines jeden besondern Falles, sondern nur auf solche Verhältnisse und Folgen bauen, welche die Dinge gemeiniglich haben [c]); und wenn gleich unter dem allgemeinen Gegenstande des Gesetzes manches Individuum vorkommt, wobey die Umstände, welche der Gesetzgeber als gewöhnlich voraussetzt, nicht zutreffen, die Folgen, welche gemeiniglich damit verknüpft sind, nicht zu befürchten stehen: so erfordert es doch die Sicherheit des gemeinen Wesens, ja die ganze Absicht und das Ansehen der Legislation, daß einer allgemeinen Verordnung durchgängig nachgelebt, mithin auch eine willkührliche Handlung, welche schädliche Folgen haben kann, und eben darum verboten worden ist, durchgängig unterlassen, nicht aber den Mitgliedern des Staats freygestellt werde, das Gesetz unbeobachtet zu lassen, wenn nach ihrer oft irrigen Meinung, die Sache unter den damaligen Umständen nicht für nachtheilig zu achten seyn sollte. Das Verbot, nicht mit

b) L. 5. D. de legib.

c) L. 4. L. 8. D. de legib. Christ. Thomasius D. de legitima viuentis, cap. 3. §. 4. Averan. Interpr. Lib. 5. c. 10. n. 2. Strubens Bedenk. Thl. 2. Nr. 104. und 120. Nach diesen Grundsätzen ist allerdings in vorkommenden Fällen die Frage: ob eine Handlung erlaubt und gültig sey, zu beurtheilen. Daß übrigens der Criminalrichter auf jede auch individuellen Eigenschaften und Verhältnisse Rücksicht nehmen müsse, insofern die Moralität der Handlung, mithin die Strafwürdigkeit davon abhängt, versteht sich von selbst. de Boehmer in Medit. ad C. C. C. Art. 179. §. 1. seq.

brennender Tobackspfeiffe an öffentlichen Oertern, in Ställen, Scheuren und Waldungen zu gehen, ist zur gemeinen Sicherheit höchstnothwendig. Wer also die Handlung unternimmt, dem wird die Ausflucht, daß er mit aller nöthigen Vorsicht zu Werke gegangen sey, und unmöglich Schaden dadurch hätte verursacht werden können, in keine Wege zu Statten kommen, weil dergleichen angebliche Vorsorge viel zu unsicher und schwankend ist, als daß der Staat bey einer gefährlichen Handlung es darauf ankommen lassen, und sich dabey völlig beruhigen könnte. Wenn hingegen die Ursache, warum der Grund einer allgemeinen Verordnung wegfallen soll, nicht aus jenen blos individuellen und ausserordentlichen Eigenschaften gewisser Subjecte hergenommen wird, sondern wenn andere Verhältnisse hinzukommen, welche im Allgemeinen schon durch die Natur der Sache, oder die Vorschriften derer Gesetze dergestalt bestimmt sind, daß bey ihnen grade das Gegentheil von dem zur Regel wird, was den Beweggrund einer allgemeinen Verordnung ausmacht; so kann mit Recht von dem fehlenden Grunde des Gesetzes auf die Unanwendlichkeit desselben geschlossen werden. Hat nemlich der Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgeschrieben, daß seine Verordnung nichts desto weniger auf dergleichen Fälle ebenfalls angewandt werden sollte, so muß man billig annehmen, daß er in Ansehung ihrer es bey dem bewenden lassen wolle, was die Natur der Sache und besondere Gesetze darüber bestimmen, und zwar um so mehr, weil gemeiniglich in Fällen dieser Art, die Legislation mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde, wenn man ihre Vorschriften anders erklären wollte. Dieß ist nun der Fall mit dem Minderjährigen, welcher als Meister einer gewissen Kunst gehandelt hat. Hier fällt der Grund des Gesetzes weg, allein nicht deswegen, weil gerade dieser Minderjährige von der jugendlichen Flüchtigkeit eine Ausnahme macht, sondern weil der Handel sich auf ein bürgerliches Verhältniß beziehet, wobey eine ganz andere Regel eintritt, als diejenige, worauf die allgemeinen Gesetze von Geschäften solcher Personen sich gründen. Darf der Minderjährige eine gewisse Kunst, eine gewisse Hand-

thierung

thierung öffentlich treiben, so würde sich die Legislation widersprechen, wenn sie ihm auf der andern Seite in Ansehung eines solchen Gewerbes die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zueignen wollte. Durch ausdrückliche Gesetze ist es inzwischen nicht bestimmt, daß in Fällen dieser Art die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statt finden sollte, wenn gleich einige aus L. 6. C. de muner. patr. L. 1. C. de his qui ven. aetat. L. 3. C. si minor se maior. solches herleiten wollen, daher Lauterbach [d]) die ganze Lehre in puncto iuris, wie er sich ausdrückt, für unrichtig hält, und sie nur als ein Gewohnheitsrecht gelten lassen will, zu welcher Quelle mit ihm auch andere Rechtslehrer [e]) in diesem Stücke ihre Zuflucht nehmen. Ich glaube aber, daß es weder nöthig, noch zuträglich sey, zur Bestärkung solcher Wahrheiten, welche durch vernünftige Auslegung geschriebener Gesetze, und die Analogie des Rechts erweislich sind, ein mislliches Gewohnheitsrecht herbeyzurufen: denn was aus jenen hergeleitet werden kann, bedarf der Gewohnheiten und Observanzen nicht. Diese sind überdem ungewiß, und meistens schwer zu beweisen, wenn man die Rechtslehrer nicht als unverwerfliche Zeugen davon gelten lassen will; eine Erfahrung, welche sich selbst in der gegenwärtigen Materie sogleich bestätigt; denn die angeführten Rechtsgelehrten getrauen sich schon nicht, das würkliche Daseyn der gedachten Gewohnheit im allgemeinen, sondern nur in Ansehung der minderjährigen Kaufleute zu behaupten, und hierauf fangen sie erst an, ex ratione iuris weiter zu argumentiren, wie es die Stelle ergiebt, welche der Hr. v. Leyser, am angezeigten Orte, aus einem Gutachten seiner Facultät anführt: „Nun mag zwar nach eingeführter Gewohnheit ein minderjähriger Kaufmann in Sachen, so die Kaufmannschaft angehen, wider einen getroffenen Handel keinesweges restitutionem in

d) Lavterbach D. de iure in curia mercator. vsitat. §. 46.

e) Mevivs ad Ius Lubec. P. 3. tit. 6. art. 21. n. 26. Stracha de mercatura, P. 3. n. 26. Leyser Spec. 60. Med. 6. 7. 8.

integrum suchen, welches ex identitate rationis nicht unbillig auf die Handwerksleute in denen ihr Handwerk betreffenden Handlungen erstreckt wird.“ Man kann die ganze Sache weit kürzer fassen, und wird sie gewiß ungleich genauer treffen, wenn man sie lediglich nur auf folgenden ungezweifelten Grundsatz zurück führt: was die Gesetze von den Rechtsgeschäften der Minderjährigen aus der Ursache verordnen, weil sie einen Mangel an gehöriger Ueberlegung und nöthiger Kenntniß bey ihnen voraussetzen, das kann unmöglich auf diejenigen Verhältnisse angewandt werden, in welchen der Staat selbst den Minderjährigen für einen Meister einer gewissen Kunst, eines gewissen Gewerbes oder Handthierung öffentlich anerkennet. Hieraus folgt nun, a) daß dieses nicht allein von Kaufleuten, sondern von allen übrigen Künsten und Gewerben gelten müsse, z. B. wenn ein Minderjähriger die Doctorwürde erhalten hat, oder als Advocat und Procurator bey einem Gerichte [f]) angenommen worden ist; b) daß es nur von denen Minderjährigen zu verstehen sey, welche öffentlich dazu autorisirt worden sind, eine gewisse Kunst oder Profession im Staate treiben zu dürfen [g]). Hat man hingegen keinen andern Grund, als die Praxis und das Gewohnheitsrecht, so bleibt die Sache schwankend und ungewiß. In den mehresten Fällen, wird man vermittelst dieser beyden Grundsätze, einer unschicklichen Anwendung der obigen Regel, sehr leicht entgehen können. Man kann aber, um die Sache von allen Seiten zu berichtigen, folgendes annoch hinzufügen: wenn die Gesetze eine Handlung, die an sich und nach dem Naturrechte nicht unerlaubt ist, verbieten, und solche ungültig erklären, so geschieht es gemeiniglich darum, weil sie leicht üble Folgen nach sich ziehen kann, nicht aber allein nur in so fern wirklich üble Folgen damit verknüpft sind, die Handlung wirklich gemisbraucht worden ist. Es ist daher vergeblich, wenn man, um dem Gesetze auszuweichen, beweisen will, der gegenwärtige Vorgang hätte keine nach-

f) Voet ad Pand. Lib. 4. tit. 4. n. 50. Vinnivs Select. quaest. Lib. I. c. 13.

g) Hellfeld Iurispr. forens. §. 449.

nachtheilige Folgen zuwege gebracht; z. B. wenn reiche Leute Pharao gespielt haben: — er sey nicht gemisbraucht worden, z. B. eine Frau hätte mit völliger Freiheit und Ueberlegung, ohne dazu beredet zu seyn, sich verbürget. Die Absicht der Gesetzgebung geht unstreitig dahin, Misbräuche, die entstehen können, zu verhüten, und eben darum ist es besser, daß eine Handlung, welche dergleichen leicht befürchten läßt, durchgängig unterbleibe, als daß die Gesetze dann erst, wenn der Vorgang wirklich Schaden angerichtet hat, ihren Beystand versprechen [h]). Ich kann daher denen nicht beypflichten, welche dafür halten, daß Lex commissoria bey Verpfändungen nur in so fern verboten sey, als wirklich ein unerlaubter Wucher dadurch begangen wird; indem die Gesetze den erwähnten Vertrag, in seinem ganzen Umfange überhaupt verbieten, weil er sehr leicht zum Vortheil eines gewinnsüchtigen Gläubigers, und zum Schaden des in Verlegenheit sich findenden Schuldners gemisbraucht werden kann. Gesetzt nun auch, daß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, die Fälle, da die Handlung wirklich nachtheilige Folgen hat, oder gemisbraucht wird, seltner sind, als das Gegentheil; so erfordert es doch oft das gemeine Beste, daß auch zu solchen, wenn gleich nicht ganz gewöhnlichen Fällen, die Gelegenheit durch ein allgemeines Verbot verhütet werde [i]). Unrecht ist es daher, wenn man dasjenige, was der Gesetzgeber zum Grunde seiner Verordnung anführt, nur als eine besondere Bestimmung (differentia et determinatio specifica) gewisser Fälle, worauf sich das Verbot nur beschränken soll, betrachtet, und dadurch den Uebertreter des Gesetzes veranlaßt, wohl gar

h) Voet ad tit. de legib. n. 5.

i) Voet l. c. — Necessitas pariter ac vtilitas publica saepe exigit, ob crimen vitiumque in *paucos* forte cadens, legem in omnes promiscue sanciri. Quod si cui durum atque absurdum videatur, aequali iure cum improbis censeri bonos, cogiter, longe fore absurdius, impunita per leges esse maleficia, aut quibusdam lubrico aetatis luxuque res suas perire, quae tamen euenirent, si non in omnes lex lata esset. Arg. L. 51. §. 2. D. ad Leg. Aquil.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684861/phys_0319 DFG

einen Beweis zu fordern, daß bey seiner Handlung jene besondere Bestimmung wirklich zutreffe. So z. B. ist in Meklenburg den Landbegüterten zwar die Verlegung und Niederlegung einzelner Bauern und Hüfner frey gelassen, jedoch in Ansehung ganzer Dörfer folgendes verordnet worden: „So viel aber die gänzliche Niederlegung der Dörfer und Bauerschaften betrift, aus welcher Verarmung und Verminderung der Unterthanen entsteht, so soll solche eigenmächtige Niederlegung eines Dorfes, an sich in der Regel gänzlich verboten, hingegen ein jeder Eigenthumsherr schuldig seyn, solches sein Vorhaben jedesmal zuerst dem engern Ausschuß anzuzeigen, welcher sodann an Uns davon seinen gutachtlichen Bericht abstattet, damit wir darauf wegen einer solchen, bey einem Gute vorgehenden, in das allgemeine Beste einschlagenden Hauptveränderung, die Nothdurft weiter Landesfürstlich verfügen können k). Hier, sagt man, ist die eigenmächtige Niederlegung ganzer Dörfer nicht durchgängig und überhaupt, sondern nur die besondere Species, aus welcher Verarmung und Verminderung der Unterthanen entstehet, verboten. Wenn also der Gutsherr ein ganzes Dorf niedergelegt hat, ohne solches vorher gehörig anzuzeigen, und die Landesfürstliche Bestimmuug zu erwarten, so hat er darum, die den Uebertretern des Landesvergleichs überhaupt bestimmte Strafe noch nicht sogleich verwirkt; sondern es muß erst bewiesen werden, daß mit seiner Unternehmung wirklich eine Verminderung und Verarmung der Unterthanen verknüpft sey. Nach dieser Erklärung würde zuvörderst die ganze Vorschrift in der That dahin gehen, daß eine wirkliche Verminderung und Verarmung der Unterthanen, nur nicht ohne landesherrliche Bestätigung geschehen dürfe. — Die Worte des Gesetzes bestimmen aber ausdrücklich, daß die eigenmächtige Niederlegung eines Dorfes in der Regel gänzlich verboten, hingegen ein jeder Eigenthumsherr schuldig seyn soll, solches sein Vorhaben jedesmal zuerst dem engern Ausschuß anzuzeigen. Kein Eigenthumsherr ist also befugt, ohne solche

k) Mecklenb. Erbvergleich, §. 380. Hr. HR. Elsäßer in den Beyträgen zum Kanzleywesen, S. 41.

che vorherige Anzeige und darauf erfolgte landesfürstliche Einwilligung die Niederlegung eines ganzen Dorfs vorzunehmen; auch selbst in dem Falle nicht, wenn nach Beschaffenheit der Umstände wirklich keine Verminderung oder Verarmung der Unterthanen damit verknüpft seyn sollte. Dieß ist eine Sache, die dem alleinigen Ermessen des Gutsherrn unmöglich überlassen werden kann, sondern lediglich von der Bestimmung des Landesherrn abhängt. Man sieht hieraus, wie sehr die Worte: aus welcher Verarmung und Verminderung der Unterthanen entstehet, gemisdeutet werden. Sie enthalten offenbar nichts anders als den Grund, warum Niemand die Handlung eigenmächtig unternehmen soll. Wenn inzwischen ein Gesetz offenbar nur den wirklichen Mißbrauch einer sonst natürlich erlaubten Handlung verwerfen sollte, so würde es nicht weniger ungerecht seyn, wenn man darum die ganze Handlung durchgängig als verboten und ungültig ansehen wollte. Diejenigen, welche behaupten, daß der Arzt von dem Kranken, dessen Heilung er zu besorgen hat, nichts kaufen dürfe, machen sich dieser unschicklichen Auslegung der Gesetze schuldig. Die L. 3. D. de extraord. cognit. woraus man solches gewöhnlich herleiten will, erklärt den Kauf nur in dem Falle für ungültig, wenn der gewinnsüchtige Arzt den Kranken auf eine ungebührliche Art dazu vermocht hätte. Si medicus, heißt es, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per aduersa medicamenta inferendo, *compulit*, vt ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: inciuile factum Praeses prouinciae coerceat, remque restitui iubeat. Der Hr. von Leyser [1]) bemerkt daher sehr richtig: noluit Vlpianus in ista lege 3. ius generale facere, verum tantum improbitatem, eius, de quo agit, medici coercere. Es liegt also dem, der einen solchen Kauf anfechten will, der Beweis ob, daß der Arzt die Einwilligung des Kranken durch unerlaubte Mittel bewirket habe, worüber jedoch der Hr. v Leyser a. a. O. weiter nachzulesen ist.

§. 37.

1) Leyser Spec. 189. med. 8.

§. 37.

Bey Erklärung der Gesetze und der Anwendung derselben, geschieht sehr oft der sogenannten Rechtsanalogie (analogia iuris) Erwähnung, und daher muß der Begrif und die Natur derselben ebenfalls unter den allgemeinen Wahrheiten von der juristischen Auslegungskunst erläutert werden m); leider findet man aber über diese wichtige Materie, verschiedene Meynungen in den Schriften der Rechtslehrer. Ohne die Grundsätze von den verschiedenen Arten der sogenannten logischen Gesetzerklärung vorauszuschicken, läßt sich die Sache nicht deutlich vortragen. Die logische Auslegung findet statt, schreibt Hr. RR. Eichmann, S. 132., wenn zwar die Worte des Gesetzes selbst nicht dunkel, aber doch solche Umstände vorhanden sind, woraus man schliessen kann, daß der Gesetzgeber mehr oder weniger bey dem Gesetz gedacht habe, als ausgedrückt ist. Hier bestimmt sie den Sinn des Gesetzes nach dem Grunde desselben, und ist nach den verschiedenen Bestimmungen auch selbst verschieden. Nämlich wenn man auf den Grund des Gesetzes siehet, so kann sich finden,

1) Daß nach demselben die Worte mehr sagen, als der Sinn des Gesetzgebers zu erkennen giebt. Hier muß man das Gesetz so auslegen, daß die Worte nach dem Sinne desselben eingeschränkt werden. Dieses heißt die einschränkende Auslegung n). So heißt es z. B. in den Gesetzen, daß, wenn der Gläubiger, seinen Schuldner quittiret hätte, und die Quittung wäre dreyßig Tage alt, der Gläubiger nicht sollte vorgeben können, daß er das Geld nicht empfangen habe.

m) Kvlpis Orat. de analogia iuris, in opusc. Slevogt D. de argumentis legum caute formandis, Ien. 1707. Freisleben Pr. de ratiocinatione ex argumento legum. Dan. Nettelbladt D. de decisione casuum secundum analogiam, Hal. 175'. Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. I. S. 125. Hr. HR. Glück im Comment. 1. Thl. S. 254.

n) P. Fr. Romani D. de interpretat. restr. Lipsi. 1672. Willenberg Exerc. de valore legum ob deficientem rationem non cessante, Ged. 1720.

habe o). Allein diese Verordnung kann man doch nicht von dem Falle verstehen, da der Gläubiger die Quittung selbst noch in Händen hat. Es fällt hier offenbar der Grund des Gesetzes weg, und man erkennet hieraus, daß der Sinn der gedachten Verordnug auf diesen Fall nicht gehet. Es wird ein Gläubiger nicht leicht so unüberlegt handeln, daß er seinem Schuldner eine Quittung ausstellen, und auch dreißig Tage lassen sollte, wenn er das, worüber er quittiret hat, nicht erhält. Sollte aber doch ein Gläubiger so sorglos seyn; so würde er sich selbst wegen des daraus folgenden Nachtheils Vorwürfe machen müssen. Die Streitigkeiten, welche auf diese Art entstehen könnten, wenn ohne Nachtheil eine Quittung in den Händen des Schuldners gelassen würde, könnten üble Folgen haben. Da in diesen Umständen der Grund des Gesetzes liegt; so läßt sich derselbe bey dem angenommenen Falle nicht denken. Uebrigens aber ist noch zu bemerken, daß Exempel, welche einem Gesetze hinzugefügt sind, dasselbe nicht einschränken. Wenn daher z. B. der Landesherr in Ansehung der Weibspersonen überhaupt etwas verordnet, und eine reiche Frau zum Exempel anführet; so kann deswegen das Gesetz nicht blos auf reiche Frauenzimmer eingeschränket werden p).

2) Kann es auch seyn, daß nach genauer Erwägung des Grundes des Gesetzes sich findet, daß die Worte mit dem Sinn desselben übereinkommen. Hier entsteht eine blos erklärende Auslegung (interpretatio iuris declaratiua), welche bestimmt, daß die Worte des Gesetzes den Sinn desselben ausdrücken. Es sind zwar verschiedene Rechtsgelehrte, welche diese Art der Auslegung ganz verwerfen; allein ich glaube doch, daß man dieselbe annehmen kann, weil oft solche Gesetze erst alsdenn uns deutlich werden, wenn wir eine Meditation darüber anstellen. Z. B. der Landesherr giebt ein Gesetz, worinn er ausdrücklich verordnet, daß seine Unter-

o) L. 14. §. 2. C. de non num. pecun.

p) Lyncker Vol. 1. Ref. 163. n. 19. Strubens Bedenk. 2 Thl. S. 215.

terthanen sich darnach richten sollen. Jetzt entsteht Zweifel, ob der Landesherr alle und jede Unterthanen verstanden habe, oder blos die beständigen und nicht auch die zeitigen. Man sucht, um den Sinn des Gesetzes zu bestimmen, den Grund auf, und da siehet man ganz deutlich, daß der Landesherr nicht nur die beständigen, sondern auch die zeitigen Unterthanen verstanden habe. Es giebt auch verschiedne Rechtsgelehrte, welche diese Art der Auslegung als eine grammatische ansehen; allein es ist diese Meynung irrig. Durch die grammatische Auslegung wird die Dunkelheit gehoben, wovon der Grund in den Worten liegt; hingegen durch die declarativische wird die Dunkelheit, von welcher der Grund nicht in den Worten, sondern in andern Umständen liegt, in Deutlichkeit verwandelt q).

3) Kann sich auch finden, daß der Sinn des Gesetzes weiter geht, als die Worte desselben. Hier kommt die ausdehnende Auslegung vor, welche bestimmt, daß der Sinn des Gesetzes weiter geht, als die Worte. Bey dieser Art der Auslegung muß man immer die Regel vor Augen haben: wo der Grund eines Gesetzes vorhanden ist, da findet auch das Gesetz selbst statt. Z. B. es ist bisher unter den Soldaten üblich gewesen, daß sie sich auf den Hieb geschlagen haben. Der Landesherr verbietet daher den Soldaten, sich fernerhin herumzuhauen. Können nun wohl die Soldaten, sich auf den Stich schlagen? — Nein; es muß hier eine ausdehnende Auslegung statt finden. Einige wollen zwar behaupten, daß die angegebene Regel bey Strafgesetzen eine Ausnahme leide; allein man hat nicht nöthig, diese Ausnahme zu machen, wenn wirklich solche Umstände vorhanden sind, daß man sich einer logischen Auslegung bedienen kann. Bey der ausdehnenden Auslegung argumentirt man, das heißt: man folgert Wahrheiten aus dem Grunde des Gesetzes, die in den Worten des Gesetzes nicht liegen. Die Folge selbst, welche man auf diese Art aus einem Gesetze

q) So hat Hvnnivs in Obs. sel. ad tit. Pand. de iust. et iure, obs. 5. die grammatische Auslegung mit der declarativischen verwechselt.

Gesetze ziehet, heißt argumentum legis r). Hieraus entspringt die Analogie des Rechts, welche überhaupt darinn besteht, daß etwas mit den Grundsätzen des Rechts, die sich auf Positivgesetze gründen, überein kommt. Im engern Verstande aber besteht sie besonders darinn, wenn man von dem, was bey einem gewissen Falle Recht ist, darauf schließt, daß dieses auch bey einem ähnlichen Falle Recht sey.

Nachdem dieses vorausgeschickt worden, lassen sich die Grundsätze von der Natur der Rechtsanalogie deutlicher vortragen. Diese Materie bleibt immer etwas dunkel, wenn man auch mit den darüber, von den größten Humanisten und Rechtsgelehrten aufgestellten, und für richtig anerkannten Grundsätzen, vollkommen bekannt ist, und blos durch Beyspiele kann man sich eine hinlängliche Kenntniß verschaffen. Aus der Kirchengeschichte und den Schriften der Kirchenväter ist bekannt, wie Hr. D. Ernesti beständig bemerkte, daß die Worte analogia fidei nichts weiter bedeuten, als regula fidei. Dieser Sinn muß also auch mit den Worten analogia iuris verbunden werden. Wenn dieses aber in jedem einzelnen Falle richtig geschehen sey, das läßt sich nicht allemal deutlich empfinden, und dadurch mögen einige Rechtslehrer veranlaßt worden seyn, die Sache durch Festsetzung eines andern Begrifs der Sache deutlicher erklären zu wollen. Verschiedene solche Begriffe, hat Hr. HR. Glück, S. 254 des ersten Theils seines Commentars, angeführt und für unrichtig erklärt. Zu weit dehnen offenbar diejenigen den Begrif der Analogie aus, heißt es daselbst, welche darunter den Schluß von einer allgemeinen Disposition auf einzelne darunter gehörige Fälle verstehen wollen, indem unleugbar ist, daß in dergleichen Fällen die Entscheidung der Sache nicht sowohl aus der Analogie, sondern vielmehr aus dem Gesetze selbst hergenommen werde. Zu enge Grenzen setzet man hingegen dem Begriffe der Analogie, wenn man ihn blos auf Aehnlichkeit der Fälle einschränkt, und solche in eine extensive Auslegung der Gesetze, oder wie sich andere ausdrücken, in einen Uebertrag der Entscheidung eines bestimmten Falls auf einen

r) Rivini D. de benigna Ictor. interpr. §. 5.

einen andern wegen Gleichheit der bestimmenden Umstände setzet, weil man auch denn zu der Analogie seine Zuflucht nehmen muß, wenn von entgegen gesetzten Fällen der Entscheidungsgrund in einer unentschiedenen Rechtsfrage hergeleitet wird, damit kein Widerspruch und keine Ungereimtheit entstehet; denn wer wird glauben, daß der Gesetzgeber eine seiner Absicht und Willensmeinung zuwider laufende Entscheidung wolle statt finden lassen? Andere denken sich daher unter der Analogie des Rechts, eine von ähnlichen oder entgegengesetzten Fällen genommene Entscheidung einer in den Gesetzen nicht entschiedenen Rechtsfrage. Noch andere sagen, sie bestehe in einer Uebereinstimmung mit andern bekannten Rechtswahrheiten, welche in den positiven Gesetzen gegründet sind.'

Hr. HR. Glück trägt folgende Erläuterung dieser Materie vor, und schreibt, S. 253 — alle logische Gesetzauslegung beruhet auf dem Grundsatze der Uebereinstimmung mit der Absicht und dem Willen des Gesetzgebers, vermöge welcher a) bey vorhandener Gleichheit des gesetzlichen Grundes vermuthet werden muß, der Gesetzgeber habe in dem nicht ausdrücklich angezeigten Falle eben dasselbe verordnen wollen, was er in dem angezeigten verordnet hat; dahingegen er b) bey Verschiedenheit der Gründe in dem entgegen gesetzten Falle auch das Gegentheil von dem, was er verordnet hat, wolle statt finden lassen. Wer demnach ein Gesetz logisch erklärt, argumentirt ex ratione legis, und dehnet entweder nach Maßgabe derselben das Gesetz auf ähnliche Fälle aus, oder schließt vom Gegentheil auf die Unanwendlichkeit desselben. Das Resultat in dem einen, wie in dem andern Falle, heißt Analogie des Rechts. Ich stelle mir also überhaupt genommen, darunter nichts anders vor, als eine in dem Gesetz nicht enthaltene, aber aus der Absicht und den Bestimmungsgründen des Gesetzgebers gefolgerte Entscheidung eines zweifelhaften Rechtsfalles. Nach verschiedenheit der Art und Weise, wie die Entscheidung ex ratione legis gefolgert wird, ist sie entweder diejenige, welche durch ein Argument von ähnlichen Fällen, oder diejenige, welche

che durch einen Schluß von entgegen gesetzten Fällen gefunden wird. Die Analogie der erstern Art ist die gewöhnlichste, und wird daher die Analogie des Rechts im strengen Verstande[f]) genannt. Sie differirt auch nach dem Unterschiede der positiven Gesetze, aus deren Geiste sie gleichsam gezogen wird; und in dieser Rücksicht läßt sich eine Analogie des römischen, kanonischen, des teutschen Staats- Privat- Peinlichen- und des Lehnrechts gedenken[t]).

Wenn man bey dem Beweise einer Rechtswahrheit aus der Analogie des Rechtssystems, keine Fehler begehen will, so muß man auch folgende Grundsätze befolgen. Man hat nämlich

1) Darauf zu sehen, daß keine Verschiedenheit der Personen, auf welche sich einerley Rechte nicht anwenden lassen, vorhanden sey. Eben deswegen darf von den römischen Sklaven weder auf unsere Leibeigene, noch von beyden auf unser Miethgesinde geschlossen werden, weil eine offenbare Verschiedenheit der Personen eintritt. So gilt auch kein Schluß von den römischen Prätoren und den Gouverneurs in den römischen Provinzen auf unsere heutigen Richter. Wider diesen Satz haben gleichwohl viele Rechtsgelehrte, nicht blos im römischen und teutschen Privatrechte, sondern auch in anderen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit gehandelt.

2) Es darf der Grund und die Ursache des Gesetzes, welches analogisch angewendet werden soll, dem vor sich habenden Falle nicht entgegen seyn, weil der Grund aller Analogie, blos in der Uebereinstimmung mit dem Willen und der Absicht des Gesetzgebers besteht. Dieser Regel gemäß kann z. B. kein Schluß gemacht werden, von dem teutschen Reichsstaatsrechte auf das Territorialstaatsrecht, weil das teutsche Reich, als ein besonderer Staatskörper betrachtet, von den einzelnen

f) L. 10. 11. 12. 13. D. de legib.

t) Schnaubert Progr. de analogia iuris publici Imperii in fontibus iuris publici S. R. I. territoriorum non numeranda, Helmst 1785. Geisler Prol. de analogia iuris publici, Vit. 1784. Wilh. Gottl. Tafinger von der Analogie des teutschen Privatrechts, 1ster Thl. Ulm, 1787. 8.

einzelnen Territorien des teutschen Reichs ganz verschieden ist, und daher vorausgesetzt werden muß, daß der Gesetzgeber, indem er die Reichsverfassung durch die Gesetze bestimmte, das ganze teutsche Reich, und nicht die einzelnen Territorien desselben, zum Gegenstande seiner Gesetzgebung gewählt habe, folglich kann auch seine Absicht, oder die Analogie seiner Gesetze auf die Territorialverfassung um so weniger ausgedehnt werden, weil man sonst annehmen müßte, daß von einer positiven Staatsverfassung auf alle, sie mögen noch so verschieden seyn, geschlossen werden könne, welches aber höchst ungereimt seyn würde [u]).

3) Ist bey der Analogie der Gesetze jederzeit auf die besondere Beschaffenheit derselben Rücksicht zu nehmen, ob nämlich dasjenige Gesetz, woraus man argumentiren will, so beschaffen sey, daß eine Analogie darauf begründet werden könne. Aus der Rechtsgeschichte ist bekannt, daß die römischen Gesetze und auch die eigentlichen teutschen Verordnungen sehr verschieden sind, und eben deswegen kann hier keine Schlußfolge von der Aehnlichkeit der Fälle gebilligt werden. Dahin gehören erstlich solche Gesetze, welche ein besonderes Recht für gewisse Personen oder Sachen enthalten [x]); denn von diesen Verordnungen darf keine Ausdehnung auf andere Fälle weiter gemacht werden, als wo es deutlich erklärt ist, wenn gleich bey andern nicht angeführten Fällen, eben der Grund des Gesetzes angewendet werden könnte, denn hier muß vielmehr der Schluß vom Gegentheile gemacht und behauptet werden, daß das Gesetz dasjenige nicht wolle, was nicht ausdrücklich gesagt worden [y]). Ferner gehören hierher alle diejenigen Gesetze der Pandecten und des Codex, welche Auszüge aus den Gutachten der römischen Rechtsgelehrten, oder den Entscheidungen der Kaiser enthalten, weil sich solche auf bloße einzelne Rechtsfälle, davon genauere Umstände uns größtentheils unbekannt sind, beziehen. Hier gilt kein Schluß weder von der Aehnlichkeit der Fälle, noch von dem Gegentheile.

u) Schnavbert l. c. §. 5.
x) L. 14. D. de legib.
y) Noodt ad Dig. Lib. I. tit. 3. S. 15.

theile z). Es müssen diese Bruchstücke nur dem Wortverstande gemäß, und, wenn die Worte dunkel sind, mit deutlichen Rechtssätzen übereinstimmend erklärt werden, weil die Absicht bey den ertheilten Rechtsgutachten, und den erlassenen Rescripten und Decreten, nicht diese war, neue Rechtsgrundsätze aufzustellen, sondern zeither bekannt gewesene auf die vorgetragenen Fälle anzuwenden a). Eben dieser Grundsatz findet auch bey der Erklärung der Decretalen im Corpus iuris canonici statt b). Daß überhaupt bey den Schlüssen vom Gegensatze, oder als Folgen, große Behutsamkeit angewendet werden müsse, haben berühmte Rechtsgelehrte durch Beyspiele gezeigt c). Weil übrigens die Ueberschrift der Gesetze anzeigt, aus welches Rechtsgelehrten Schriften solches genommen worden, oder ob es ein Auszug eines Rescripts oder Decrets sey, so muß auf diese Ueberschriften bey der Erklärung der Gesetze beständig Rücksicht genommen werden d). So viel von der Analogie des Rechts überhaupt; bey der Erklärung der einzelnen rechtlichen Geschäfte wird noch manches hierher gehörendes vorkommen, und dadurch diese wichtige Materie interessanter werden.

Ich habe zeither, die äußerst wichtige Materie von der Auslegung der Gesetze zu erläutern gesucht; da nun bey dem richtigen Vortrage aller Theile der Rechtsgelehrsamkeit

z) HAMBERGER in Opusc. S. 59. SCHELTINGA D. de emancipat. P. I. c. 4. §. 2. in FELLENBERG Iurispr. Anteiust. Tom. 2. S. 500. REINHOLD in Opusc. S. 581. MARCKART Recept. lect. P. II. S. 161.

a) ECKARDT Hermeneut. iur. Lib. I. c. 5. §. 201. 221. NOODT in Dioclet. c. 2.

b) Illustr. PÜTTMANN in Prob. S. 195. BACH D. de his, quae imputantur in quartam fiduciarii, §. 10.

c) de TOVLLIEV in Collectan. Diss. 13. §. 18. S. 358. NOODT Iul. Paull. c. 7.

d) BRENCKMANN de vtilitate Inscriptionum. REINHOLD de Inscriptionibus Pandectarum et Codicis, in WIELING Iurispr. Tom. II. BRVNQVELL Prolus. de vtilitate ex comparatione omnium eiusdem Inscriptionis in Dig. capitum capienda, in Opusc. n. 6.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0329
DFG

alles darauf ankommt, daß keine falsche Erklärung der Gesetze zum Grunde gelegt worden, so müssen die allgemeinen Wahrheiten von der juristischen Auslegungskunst auf das vollständigste erläutert werden, und deswegen will ich solche hier nochmals kurz zusammen fassen, wie es von dem seel. Hrn. Prof. Hofacker[e]) geschehen ist. Dieser achtungswürdige Mann schreibt: ein jedes Gesetz besteht aus Worten, welche einen bestimmten Sinn haben, solcher ist aber oft zweifelhaft, weil entweder der Ausdruck zweydeutig ist, oder weil der eigentliche Verstand der Worte des Gesetzes, und der Wille des Gesetzgebers, verschieden ist. Eben deswegen müssen die Gesetze erklärt und gezeigt werden, was der Gesetzgeber dadurch verordnen wollen.

Die Bestimmung des Verstandes der Gesetze kann nun entweder von dem Gesetzgeber selbst gegeben werden, oder es geschieht solches von den Rechtsgelehrten, weil sie von ihm das Recht dazu erhalten haben. Der Gesetzgeber ist der vorzüglichste Ausleger seiner Gesetze, weil er am besten weiß, was er durch ein Gesetz verordnen wollen, und daher geht die von ihm herrührende Auslegung eines Gesetzes derjenigen vor, die von Rechtsgelehrten geschehen ist. Es geschieht dieselbe 1) entweder ausdrücklich, ohne darauf zu sehen, ob das erklärte Gesetz von ihm selbst, oder von seinem Vorgänger in der Regierung herrührt[f]), in welchem Falle sie die authentische genennt wird, oder 2) stillschweigend, wenn er die Erklärung eines Gesetzes billigt, die sich auf einen längern Gebrauch, oder auf Aussprüche der Gerichte gründet[g]). Diese Art der gesetzlichen Auslegung, nennt man zum Unterschiede von jener, die usuelle. Wird der Verstand eines Gesetzes, blos nach Grundsätzen der juristischen Auslegungskunst angegeben[h]), so nennt man die Erklärung des Gesetzes die Doctrinalauslegung. Von dieser Art und Weise, die Gesetze zu erklären, kann und muß bey allen Arten der Gesetze

e) Hofacker Princ. Iur. Roman. Tom. I. S. 119.
f) L. 1. L. 9. L. 12. C. de legib.
g) L. 37. D. de legib. L. 38. D. eod.
h) L. vlt. in fin. C. de legib.

Gesetze i) Gebrauch gemacht werden, mithin findet sie auch bey Privilegien k) statt.

Wenn bey der doctrinellen Erklärung eines Gesetzes, blos der Wortverstand desselben angezeigt wird, so heißt sie die grammatische l). Durch Hülfe derselben wird der Wortverstand der Gesetze herausgebracht, wenn Schwierigkeiten vorkommen, die ihren Grund entweder in dem ungewöhnlichen Ausdrucke haben, solcher mag einzelne Worte oder die Verbindung derselben mit andern betreffen, oder weil die rechte Leseart erst festgesetzt werden muß. Die Prüfung der rechten Leseart wird nothwendig, wenn man ein Wort gar nicht lesen kann m), oder man stößt auf Abkürzungen, oder sogenannte Varianten, u. d. m.

Ist es zweifelhaft, ob durch das Gesetz wirklich dasjenige verordnet werden sollen, was man durch die Festsetzung des Wortverstandes herausgebracht hat, oder mit andern Worten, ob der Wille des Gesetzgebers und die grammatische Erklärung des Gesetzes von einander abweichen n), so bedient man sich der sogenannten logischen Erklärung der Gesetze, welche sich blos mit der Prüfung des eigentlichen Willens des Gesetzgebers beschäftigt, ohne einzig und allein auf den Wortverstand seiner Verordnungen Rücksicht zu nehmen. Nach angestellter logischen Erklärung zeigt sich, ob der Wille des Gesetzgebers und der Wortverstand seiner Verordnung völlig gleich sind oder nicht, und wenn das letzte behauptet werden muß, ob er mehr oder weniger verordnen wollen. Hieraus entsteht ein dreyfacher Unterschied der logischen Erklä-

i) Pütter D. de iure et officio summorum Imper. tribunalium circa interpretat. Leg. Imp. in Opusc. ad rem. iud. Imp. n. 4.

k) Pütter Pr. de iure et officio iudicis circa interpretat. priuilegiorum, Ib. n. 5. Id. Pr. de iure et offic. summ. Imp. tribun. c. interpr. priuileg. caesar. Ib. n. 6.

l) Boehmer de interpretationis grammat. vsu et fatis, in Exercit. ad Pand. Tom. I.

m) Boehmer D. de scripturis non legibilibus, in Exerc. T. IV. c. 1. 2. Eckardt. l. c. Lib. 1. c. 2.

n) L. 17. D. de legib. L. 29. seq. D. eod.

klärung der Gesetze, und dieses hat die Abtheilung derselben, in die blos erklärende, in die ausdehnende, und in die einschränkende veranlaßt o).

Damit man sicher zu bestimmen im Stande ist, was der Gesetzgeber wirklich durch ein Gesetz verordnen wollen, welchen Verstand folglich sein Gesetz habe, so muß eine Prüfung und Beurtheilung desselben vorgenommen werden, und dabey bedient man sich theils der in positiven bürgerlichen Gesetzen enthaltenen Grundsätze, theils solcher, die sich auf die natürliche Billigkeit gründen. Die Beweisgründe der ersten Art sind verschieden. Einige stützen sich auf ganz sichere Ursachen, und dahin rechnet man die genaue Uebereinstimmung des ganzen Inhalts einer Verordnung p), ferner sogenannte Parallelstellen, es mag nun von der nämlichen Sache, oder vom Gegentheile darinn die Rede seyn, desgleichen den Grund des Gesetzes, welcher, wie bekannt, in den äußern und innern oder wahren eingetheilt wird q). Für nicht so sichere Quellen, woraus der ganze Verstand eines Gesetzes genommen werden kann, muß man die äußerlichen oder politischen Verhältnisse halten, die bey dem zu erklärenden Gesetze Aufmerksamkeit verdienen. Man rechnet hierher die ganze Staatsverfassung der Nation, welche nach dem Gesetz leben soll, ihre Gebräuche, die Einsichten und die Denkungsart der Gesetzgeber. Es ist bekannt, was die Rechtsgelehrten, von dem Einflusse der Stoischen Philosophie,

o) Mit der interpretatio restrictiua muß die interpretatio *stricta* nicht verwechselt werden, welche alsdenn eintritt, wenn man blos bey den Worten stehen bleiben muß, daher es z. B. heißt: jede Stipulation muß stricte verstanden werden.

p) L. 24. D. de legib.

q) Der Sinn (mens) eines Gesetzes und der Grund desselben, (ratio) sind genau zu unterscheiden. Jener faßt alles in sich, was der Gesetzgeber durch ein Gesetz erreichen wollen; dieser ist die Ursache, warum das Gesetz gegeben worden. Aus dem Grunde des Gesetzes, wenn solcher gewiß ist, kann man zwar den Willen des Gesetzgebers leicht entdecken; er ist aber weder das einzige Mittel dazu, und man kann auch nicht allemal blos dabey stehen bleiben.

sophie, auf die in den Gesetzen vorkommenden Behauptungen, für verschiedne Meinungen haben, und in wie fern bey der Erklärung der Gesetze darauf Rücksicht genommen werden könne r). Die Wahrheit der Sache kann nicht geleugnet werden; nur muß aus diesem Umstande nicht mehr geschlossen werden, als geschehen soll, denn es würde sonst eben so unüberlegt seyn, als wenn unsere Nachkommen die heutigen Rechtsgelehrten für **Wolfianer** und **Kantianer** erklärten, weil in ihren Schriften Gedanken enthalten sind, die mit der gesunden Vernunft übereinkommen, und folglich von Philosophen und Rechtsgelehrten gebraucht werden müssen s). Wenn endlich die Auslegung der Gesetze dergestalt geschieht, daß kein Widerspruch des erklärten Gesetzes mit der natürlichen Billigkeit gezeigt werden kann, so ist dieses kein Fehler, sondern eine Folge davon, daß gewisse natürliche Gesetze durch die bürgerlichen schlechterdings nicht für unkräftig erklärt werden können.

Nunmehr will ich die vorzüglichsten Regeln anführen, nach welchen die von dem Gesetzgeber geschehene Erklärung eines Gesetzes zu beurtheilen ist. Wenn der Ausdruck eines Gesetzes so undeutlich ist, daß man weder den Wortverstand desselben, noch die eigentliche Willensmeinung des Gesetzgebers herausbringen kann, so darf sich Niemand das Recht zueignen, ein dergleichen Gesetz nach den Grundsätzen der **doctrinellen** Gesetzerklärung bestimmen zu wollen, sondern es muß dieses dem Regenten gemeldet werden, und er kann nun das unverständliche Gesetz entweder authentisch erklären, oder ein neues Gesetz geben t). Sind die Worte des Gesetzes zwar dunkel, es läßt sich aber gleichwohl ein deutlicher

r) Eu. Otto Orat. de stoica IC. veterum philosophia, Boehmer Pr. de Philosophia IC. stoica. Schavmburg Tr. de inrisprudentia veter. IC. rom. stoica, Ien. 1745. 8.

s) Io. Guil. Hoffmann D. de dialectica veterum IC. in *Eius* Melet. ad Pand. Phil. Cavlini Progymnasmata de veterum. IC. Philosophia, Neap. 1779. 4.

t) L. 1. L. f. C. de legib.

Verstand herausbringen, so muß das Gesetz den Grundsätzen der Billigkeit gemäß erklärt werden.

Bey Gesetzen, welche zwar dem Wortverstande nach ganz deutlich sind, wo es aber dennoch auch höchst wahrscheinlich ist, daß der Gesetzgeber etwas anders gewollt haben könne, als der Wortverstand anzeigt, ist folgender Unterschied zu machen. Enthält das Gesetz, über dessen Anwendung Zweifel vorhanden sind, eine ganz deutliche und bestimmte Verordnung über den gegenwärtigen Fall, so muß man bey dem deutlichen Wortverstande stehen bleiben, und das Gesetz buchstäblich anwenden, wenn die Folge davon auch gleich hart seyn sollte, obgleich der Gesetzgeber das Recht hat durch eine authentische Erklärung eines solchen Gesetzes, die Härte desselben zu mildern[u]). Kann aber nicht gesagt werden, daß der gegenwärtige Fall in einem solchen Gesetze wirklich bestimmt sey, man findet auch in keinem andern Gesetze die nöthige Bestimmung darüber, so ist die ausdehnende Erklärung dieses Gesetzes nöthig, wobey hauptsächlich auf den wahrscheinlichen Willen des Gesetzgebers Rücksicht genommen wird[x]), und dieses kann auf zweyerley Weise geschehen. Eine ausdehnende Erklärung des vorhandenen Gesetzes ist nämlich zulässig, wenn der Grund dieses Gesetzes auf den vorhandenen Fall vollkommen anwendbar ist, oder wohl gar wegen der Gleichheit (paritatem) auf solchen noch weit besser angewendet werden kann, als in den deutlich bestimmten Fällen[y]), und eine solche ausdehnende Auslegung hat selbst bey peinlichen Gesetzen, wenn sie nicht unter

u) L. 12. §. 1. D. qui et a quib. manum. L. 1. C. de legib. VINNIVS Qu. select. I. 2. FREHER Sulpicius s. de aequitate comment. in Thes. OTTON. To. IV.

x) KVLPIS Orat. de analogia iuris in Opusc. Io. Phil. SLEVOGT D. de argumentis legum caute formandis, Ien. 1707. Dan. NETTELBLADT D. de decisione casuum sec. analogiam, Hal. 1751.

y) Beyspiele findet man in der L. 32. D. ad Leg. Aquil. L. 47. D. solut. matrim.

ter die außerordentlich scharfen gehören[z]), bey Gesetzen, wodurch ältere Gesetze abgeändert oder eingeschränkt werden, statt. Die ausdehnende Erklärung eines gewissen Gesetzes, darf ferner sodann vorgenommen werden, wenn ein ähnlicher Grund eintritt, das heißt, wenn der Grund des anzuwendenden Gesetzes zwar nicht bey dem im Gesetz benannten, und dem gegenwärtigen nicht angeführten Fall, gleich stark ist; beyde Fälle haben aber doch viel mit einander gleiches[a]), und diese Auslegung befolgt man bey günstigen Rechtsangelegenheiten (causis fauorabilibus), bey allen Verhältnissen, welche nicht unter die odiosa gehören, bey peinlichen Sachen und bey Gesetzen, welche Abänderungen enthalten. Alsdenn darf aber von keiner dieser beyden Gattungen der ausdehnenden Erklärung Gebrauch gemacht werden, wenn das zu erklärende Gesetz, eine wider das gemeine Recht laufende Verordnung enthält, z. B. ein besonderes Recht (ius singulare), oder Privilegium ist[b]).

Wenn endlich der zu entscheidende Fall, in einem Gesetz weder deutlich bestimmt, noch auch gänzlich unbestimmt gelassen ist, sondern das Gesetz enthält eine zu allgemeine Verordnung darüber, so darf zwar der Regel nach eine solche allgemeine Verordnung nicht zu sehr eingeschränkt, und dieselbe deswegen für unanwendbar erklärt werden, weil von mehrern Ursachen, wodurch die Abfassung des Gesetzes nöthig geworden, die eine oder die andere gar nicht anwendbar ist, oder wenigstens doch nur die schwächere Ursache für anwend-

z) L. 7. §. 3. D. ad Leg. Iul. Maiest. L. 2. §. 29. D. ad SC. Tertull. L. cit. 32. ad L. Aquil. Bey einem zweifelhaften Falle in peinlichen Sachen befolgt man daher die Regel: Nachtheilige Verordnungen (odia) müßen eingeschränkt, und Strafgesetze vortheilhaft für den Uebertreter derselben erklärt werden, L. 42. D. de poen. L. 155. §. f. D. de regul. iur.

a) L. 12. D. de leg. L. 13. D. eod. Ein sehr deutliches Beyspiel zu dieser Regel, enthält die gesetzliche Vormundschaft nach dem ältern römischen Rechte, Pr. Inst. de tutel. parent. legit. RAEVARD de auctorit. prudent. c. 10. sqq.

b) L. 14. D. de legib. L. 15. D. eod.

bar gehalten werden muß c); gleichwohl sind die deutlich im Gesetz benannten Fälle, nach einer einschränkenden Auslegung eines solchen Gesetzes, für ausgenommen zu halten, wenn unvernünftige Folgen (absurdum) entstehen müßten d), sobald man eine ganz allgemeine Anwendung des Gesetzes gelten lassen wollte, z. B. dieses Gesetz käme dadurch mit einem andern, es sey positiven e) oder natürlichen f), in Widerspruch. Die nämliche einschränkende Erklärung, ist bey dergleichen allgemeinen Verordnungen nöthig, wenn es ausgemacht ist, der Gesetzgeber habe auf einen bestimmten Grund dabey Rücksicht genommen, und dieser kann gleichwohl bey dem gegenwärtigen Falle nicht angenommen werden g).

Wir haben zeither verschiedne Benennungen, die in der Lehre von der Auslegung der Gesetze vorkommen, kennen lernen; zum Beschluß dieser Materie bemerke ich nur noch, daß einige Rechtsgelehrte drey Gattungen der doctrinellen Erklärung der Gesetze annehmen, nämlich die grammatische, logische und die politische h). Sie verstehen unter letzterer diejenige Erklärungsart, welche untersucht, ob und in wie fern die Gesetze, deren wir uns bedienen, dem heutigen Zustande und der Verfassung unserer Zeiten angemessen, und daher anwendbar sind oder nicht. — Daß diese Erklärungsart, welche bey Entwickelung des wahren Sinnes der Gesetze auf die Sitten und Verfassung derjenigen Zeiten Rücksicht nimmt, für

c) L. 15. §. f. D. de milit. test. L. 1. §. 3. D. de aleat.

d) L. 19. D. de legib.

e) L. 26. D. de legib. L. 28. D. eod.

f) Diesen Grundsätzen gemäß muß ein Privilegium eingeschränkt erklärt werden, wenn die ausdehnende Erklärung desselben andern Personen ihre Rechte nehmen, oder die natürliche Freyheit dergestalt aufheben würde, daß ein Monopolium vorhanden wäre, LEYSER Spec. 10. med. 7. Strubens rechtl. Bed. Thl. 4. Nr. 21.

g) Beyspiele kommen vor in der L. 6. §. 2. D. de iure patron. L. 2. § 1. 2. D. ad Sctm. Vell.

h) HARTLEBEN ad Pand. Spec. 2. med. 3. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. 2. §. 8. not. a. Christ. God. PELLER D. de interpretatione legali politica, Alt. 1719.

für welche sie unsprünglich sind gegeben worden, von großer Wichtigkeit, ja unentbehrlich sey, um sowohl von den in Teutschland geltenden fremden, als auch einheimischen ältern Gesetzen, z. B. der peinlichen Gerichtsordnung Carls des 5ten, eine richtige Anwendung zu machen, hat keinen Zweifel; denn so kommen z. B. in dem römischen Gesetzbuche viele Verordnungen vor, die sich auf blos römische, in Teutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, desgleichen Gesetze, die nach Heidenthum und Despotismus der heidnischen Kaiser schmecken, und auf christliche Staaten durchaus keine Anwendung leiden i). Eben so macht auch der seit den Zeiten Carls des fünften sehr veränderte Zustand der teutschen Staaten, viele Verordnungen der peinlichen Gerichtsordnung heutiges Tages ganz unanwendbar. Allein deswegen glaube ich doch nicht, schreibt Hr. HR. Glück, S. 223. daß die sogenannte politische Gesetzgebung eine besondere Gattung der Gesetzerklärung ausmache, sondern ich rechne sie mit zu der philosophischen.

§. 38. 39.

Im 27. §. habe ich bereits bemerkt, daß die Erklärung des Begrifs der Rechtsgelehrsamkeit, und die Grundsätze von den verschiednen Eintheilungen derselben, unter die wichtigsten allgemeinen Wahrheiten gehören, welche in diesem Titel der Pandecten vorgetragen werden müssen. Was unter der Rechtsgelehrsamkeit überhaupt genommen, zu verstehen sey, und was man bey der wahren theoretischen und praktischen Rechtsgelehrsamkeit, zu denken habe, ist ebenfalls in der angeführten Stelle gesagt worden. Nunmehr sollen auch die übrigen Eintheilungen der Rechtsgelehrsamkeit angeführt, und ihr Begrif kurz erläutert werden. Auch hier erklären einige Rechtslehrer Behauptungen für falsch,

i) Zum Beyspiel dient das iuramentum per genium Principis L. 2. C. de reb. cred. et iureiur. Man sehe Iul. Frid. Malblanc Doctr. de iureiurando, Lib. III. c. IV. §. 67. S. 149. Mehrere Beyspiele liefert Henr. Ern. Kestner D. de iurisprudentia paganizante, Rintelii 1713.

falsch, welche von andern als richtig angenommen werden. Der Hr. GRR. Hellfeld, Hr. Prof. Hofacker, und Christian Thomasius unterscheiden iurisprudentia legislatoria, consultatoria, und iudiciaria[k]). Diese Eintheilung soll sich aber nach der Behauptung anderer Rechtslehrer[l]) nicht hierher schicken, weil sie nicht aus dem wahren Begriffe der Rechtsgelehrsamkeit hergeleitet werden könne. Die Rechtsgelehrsamkeit setze allemal bereits vorhandene Gesetze voraus, und beschäftige sich folglich nicht mit Gesetzen, die erst gegeben werden sollen, denn dieses sey ein Gegenstand der gesetzgebenden Klugheit, oder der Politik der Gesetzgebung, welche in der Klugheit bestehe, die besten, dem Staate nützlichsten Gesetze bekannt zu machen. Die gerichtliche und außergerichtliche Rechtsgelehrsamkeit, müsse man für eine Unterabtheilung der praktischen Rechtsgelehrsamkeit halten.

Die Rechtsgelehrsamkeit objectivisch genommen, wird ferner anders eingetheilt, wenn man auf die Quellen derselben Rücksicht nimmt, und wieder anders nach Verschiedenheit der Gegenstände, worauf sich die in den Gesetzen enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten beziehen[m]).

Die Quellen der Rechtsgelehrsamkeit sind entweder natürliche Gesetze, oder positive, und deswegen ist die Rechtsgelehrsamkeit entweder die natürliche, oder die positive. Die in Teutschland geltenden positiven Gesetze sind entweder einheimische oder auswärtige, folglich giebt es auch eine einheimische und auswärtige Rechtsgelehrsamkeit. Weil die einheimischen Gesetze entweder allgemeine oder besondere sind, muß ferner die gemeine, und die besondere einheimische Rechtsgelehrsamkeit unterschieden werden. Zu der auswärtigen Rechtsgelehrsamkeit gehört die römische, die kanonische, und longobardische Rechtsgelehrsamkeit, weil die in Teutschland recipirten Gesetze,

k) Chr. THOMASIVS in Programmat. Hal. 1724. nr. 8. S. 25. HOFACKER Princ. iur. Rom. Tom. I. S. 9.

l) NETTELBLADT in Syst. element. doctr. propaed. iurispr. posit. German. commun. §. 44. Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. I. S 260.

m) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 136.

Gesetze, theils römische, theils kanonische, theils longobardische sind.

Nach Verschiedenheit der Gegenstände, worüber die Gesetze Rechte und Verbindlichkeiten festgesetzt haben, theilt man die Rechtsgelehrsamkeit in die theoretische oder praktische. Es betreffen nämlich die Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit entweder die Rechte und Verbindlichkeiten an sich, oder die Art und Weise wie richtliche Geschäfte betrieben werden müssen. Jenen Theil der Rechtsgelehrsamkeit nennt man die theoretische Rechtsgelehrsamkeit, und diesen die praktische Rechtsgelehrsamkeit, welche Begriffe aber von der im 27. §. angeführten Eintheilung unterschieden sind. Die ganze praktische Rechtsgelehrsamkeit n) wird von dem Hrn. GR. Nettelbladt folgendergestalt abgetheilt. Sie betrift nämlich entweder blos solche rechtliche Geschäfte, worüber bereits Acten vorhanden sind, und hier wird sie von ihm die Kunst mit Akten umzugehen, genannt. Zu derselben gehören, 1) die Referirkunst, oder die Wissenschaft aus Acten einen Vortrag zu thun; 2) die Decretirkunst o), welche lehrt, wie rechtliche Erkenntnisse abgefaßt werden

n) Nettelbladts Abhandlung von der praktischen Rechtsgelehrsamkeit überhaupt, deren Theilen, Quellen und Hülfsmitteln, wie auch der Art und Weise dieselbe zu lehren und zu lernen, Halle, 1764. Desselben Anleitung zur ganzen praktischen Rechtsgelehrsamkeit, Halle, 1784. 8. Pütters Anleitung zur juristischen Praxis, Göttingen, 1780. 8.

o) Just. Henn. Böhmers Anleitung zum geschickten Gebrauch der Akten, Halle, 1734. Ferd. Aug. Hommels Anleitung Gerichtsakten gehörig zu extrahiren, u. s. w. Halle 1790. Knorrs Anleitung zu Referirung der Akten, Halle, 1758. Ach. Ludw. Schmidts Anweisung, wie die Regeln der Kunst zu referiren angewendet werden müssen, Jena, 1766. Walchs Einleitung in die Wissenschaft aus Akten einen Vortrag zu thun, Jena, 1773. v. Tevenar Anmerkungen über die Kunst zu referiren, Magd. 1772. Claproths Grundsätze von der Verfertigung der Relationen, 4te Ausg. Püttmanns Referir- und Dekretirkunst, Leipzig, 1783. Carl Ferdinand Hommels teutscher Flavius, Baireuth, 1775.

werden sollen; 3) die Registraturwissenschaft p), wie Akten und Urkunden in den Archiven und Registraturen aufbewahrt werden sollen.

Wenn die praktische Rechtsgelehrsamkeit solche rechtliche Geschäfte zum Gegenstande hat, wodurch ganz neue Akten entstehen, so nennt sie Hr. GR. Nettelbladt, die eigentlich sogenannte praktische Rechtsgelehrsamkeit, und diese ist wieder nach Verschiedenheit der Geschäfte verschieden. Nämlich sie kann entweder Staatsgeschäfte, oder solche Angelegenheiten zum Gegenstande haben, die den öffentlichen Zustand betreffen. Hier heißt sie die praktische Staatsrechtsgelehrsamkeit q). Sind Privatgeschäfte der Gegenstand derselben, oder solche Angelegenheiten, welche den öffentlichen Zustand nicht betreffen, so wird sie die praktische Privatrechtsgelehrsamkeit genannt. Diese wird eingetheilt in die gerichtliche praktische Privatrechtsgelehrsamkeit, wenn die Geschäfte mit Zuziehung eines Richters vorgenommen werden, und die außergerichtliche praktische Privatrechtsgelehrsamkeit r), wobey kein Richter nöthig ist.

Zu

p) Pütters Abhandl. von Archiven, in der Anleit. zur juriſt. Praxis. Thl. 1. S. 265. u. f. Claproths Grundsätze von Einrichtung und Erhaltung der Registraturen, Göttingen, 1783. Phil. W. L. Fladt, Anleitung zur Registraturwissenschaft, Frkfrt. und Lpz. 1764, 4. 1765. 8. Iac. WENCKERI Apparatus et instructus archiuorum, Arg. 1713. *Eiusdem* Collectan. archiui et Cancellarii iura, Arg. 1715.

q) Joh. Jac. Mosers Einleitung zu den Canzleygeschäften, Hanau, 1750. 8. Fr. C. v. Mosers Versuch einer Staatsgrammatik, Frkf. am Mayn, 1749. 8. Dessen Abhandl. von Abndung fehlerhafter und unanständiger Schreiben nach dem Gebrauch der Höfe und Canzleyen, Frkf. am Mayn, 1750. Pütters Anleitung zur juriſtiſchen Praxis u. ſ. f. Nettelbladts Anleitung zur juriſtiſchen Praxis, u. ſ. f. Becks Versuch einer Staatspraxis, Wien, 1754. Lünigs Schauplaz des Europ. Canzleyceremoniels, in Dessen Theatr. ceremon. Joſ. v. Sonnenfels über den Geschäftsſtyl, Wien, 1787.

r) Becks vollständiges Formularbuch, Frkfr. 1756. 4. Volkmanns Notariatskunst, Jen. 1763. 4. Rohrs Vorrath von auserlesenen

Zu der gerichtlichen praktischen Privatrechtsgelehrsamkeit gehört der sogenannte Proceß s), und die Lehre von den Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit t).

In einer andern Rücksicht auf die Gegenstände, theilt man die Theile der Rechtsgelehrsamkeit in Haupttheile und Nebentheile derselben, und versteht unter letztern solche, welche Rechtswahrheiten enthalten, die blos eine gewisse Gattung von Sachen oder Personen betreffen. Hierher gehört das Wechselrecht, Handelsrecht, Kriegsrecht, Bürgerrecht, Adelsrecht, Dorf- und Bauernrecht, Polizeyrecht, Cammeralrecht, Bergwerksrecht, Postrecht, u. s. f. Unter die Haupttheile der Rechtsgelehrsamkeit gehören, wie bekannt, das Naturrecht, Völkerrecht, Staatsrecht, Kirchenrecht, Lehnrecht, Criminalrecht, Privatrecht.

§. 40. 41.

Von der Anwendung der Gesetze ist zwar im 28. §. bereits etwas gesagt worden; hier muß aber diese wichtige Materie noch weiter aus einander gesetzt werden. Ein Gesetz anwen-

erlesenen Contracten, Lpz. 1754. 4. Kuppermanns praktisches Handbuch, Lpz. 1790. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte, Göttingen, 1786. Stryck Cautelae contractuum, Berl. 1753.

s) Joh. And Hofmanns teutsche Reichspraxis, Frkfr. 1765. 8. Claproths Einleitung in den ordentlichen und summarischen Proceß, 3. Bde. 3. Ausgabe. Oeltze Anleitung zum ordentl. Civilproceß, Jen. 1782. 8. Vollständige Erläuterung des gemeinen Teutschen und Sächsischen Processes, Lpz. 1792. 4 Bde. 8. Vollständige Erläuterung aller summarischen Proceßarten, Leipz. 1795. 3 Bde. Danz Grundsätze des ordentlichen und summarischen Processes, Tübingen, 1795. 2 Bde. 8. Estors Anfangsgründe des gemeinen- und Reichsprocesses, 4 Thle. 4. Frankfurt, 1752.

t) Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, 3te Ausg. Leipzig, 2 Bde. 8. Claproths Rechtswissenschaft von Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, Göttingen, 1789. Fredersdorfs Anweisung für angehende Justitzbeamte und Unterrichter, Lemgo, 1774. 3 Bde. 4.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0341
DFG

anwenden, heißt bestimmen, was es von einer gewissen Handlung verordnet. Wenn dieses gehörig geschehen soll, so muß man 1) das Gesetz, welches angewendet werden soll, nach seinem ganzen Inhalte richtig verstehen; 2) die Handlung, von welcher die Frage ist, völlig kennen, weil der geringste Umstand bey einer Handlnng auf die Anwendung der Gesetze den größten Einfluß hat, wie S. 211 gezeigt worden u). Zu einer hinlänglichen Kenntniß der Handlung, auf welche die Gesetze angewendet werden sollen, kann ein Rechtsgelehrter auf verschiedne Weise gelangen, und zwar

1) Durch das Geständniß desjenigen, den man für den Urheber der Handlung hält, oder der wenigstens gegen eine Handlung, worauf es bey der Anwendung der Gesetze ankommt, nichts einwendet. Was die Gesetze von der Beschaffenheit, und den rechtlichen Folgen einer jeden Art des Geständnisses festgesetzt haben, kann hier nicht aus einander gesetzt werden, sondern wird in der Folge vorkommen.

2) Kann ein Rechtsgelehrter, durch den sogenannten Beweis, zu der nöthigen Kenntniß der Handlung, worauf die Gesetze angewendet werden sollen, gelangen. Unter dem Beweise in Rechtsangelegenheiten, versteht man diejenige Handlung, wodurch man den Richter von der Wahrheit eines zweifelhaften Umstandes, worauf etwas ankommt, zu überzeugen sucht. Zu Hervorbringung dieser Ueberzeugung, bedient man sich der sogenannten Beweismittel, welche entweder in der Aussage glaubwürdiger Zeugen, oder in dem Inhalte gültiger Urkunden, oder in der Einnehmung des Augenscheines, oder in der Zuschiebung des Eydes, oder auch in Vermuthungen bestehen. Die Beschaffenheit und Wirkung aller dieser verschiednen Beweismittel, kann hier ebenfalls nicht erklärt werden, sondern kommt zu seiner Zeit vor x).

Bisweilen

u) Arg. L. 52. §. 2. D. ad leg. Aquil.

x) v. Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß, Magd. u. Leipz. 1780. 8.

Bisweilen sollen die Gesetze auf Handlungen angewendet werden, von denen der Richter nicht anders die erforderliche Kenntniß erlangen kann, als wenn ihm Kunstverständige ihr Urtheil nach den Regeln ihrer Kunst und Wissenschaft bekannt gemacht haben. Diese Rechtsangelegenheiten sind sehr mannichfaltig und verschieden. Es gehören hierher Gränzstreitigkeiten, Baustreitigkeiten, Besichtigungen todter oder verwundeter Personen, Bestimmungen des Werthes einer Sache, u. d. m. Dieser Beweis durch Kunstverständige erfordert ebenfalls eine ausführliche Erläuterung, welche an dem gehörigen Orte vorkommen wird. — Hr. HR. Claproth schreibt in seiner Vorrede zu den Grundsätzen von Verfertigung der Relationen: So nothwendig die Fähigkeit, den Sinn der Gesetze und Gewohnheiten zu bestimmen, einem jeden Rechtsgelehrten ist, eben so nothwendig und unentbehrlich ist ihm die Kenntniß von der Beschaffenheit und den Eigenschaften der bürgerlichen Handlungen, welche den Gegenstand der Gesetze ausmachen. Nach der Verschiedenheit dieser Handlungen, richten sich die Gerechtsame und die Verbindlichkeiten der Partheien. Wenn es also nicht gleichgültig ist, die eine Verbindlichkeit oder Gerechtsame für die andere anzunehmen, so wird es wohl die unumgängliche Nothwendigkeit erfordern, die bürgerlichen Handlungen nach ihren Eigenschaften genau kennen zu lernen, um in der Bestimmung derselben keinen Fehler zu begehen.

§. 42.

Ich komme auf die allgemeinen Wahrheiten von der sogenannten cautelarischen Rechtswissenschaft (Iurisprudentia cauens, cautelaris, heurematica). Sie gehört mit zu der Praxis der Rechtsgelehrsamkeit; denn ein Theil derselben besteht in der vorsichtigen Einrichtung der rechtlichen Geschäfte. Die Vorsichtigkeits- und Klugheitsregeln, welche bey Abschliessung rechtlicher Geschäfte angewendet werden müssen, lehret die Cautelarjurisprudenz. Man muß sie deswegen für höchst nöthig und empfehlungswürdig

halten, weil die Eintracht der Bürger dadurch erhalten, und die Processe vermindert werden. Ein praktischer Rechtsgelehrter muß nicht nur die Form und den Vortrag rechtlicher Geschäfte richtig abzufassen wissen, sondern er muß auch alle Einwendungen und die nachtheiligen Folgen kennen, die aus einem rechtlichen Geschäfte gewiß entstehen, oder doch bisweilen entstehen können, und er muß nicht nur im Stande seyn, diesen nachtheiligen Folgen vorzubeugen, sondern auch die Fertigkeit besitzen, dem geschlossenen Geschäfte die beste Wirkung zu verschaffen. Die römischen Gesetze beweisen es deutlich, wie viel Klugheitsregeln, Vorsichts- und Rechtsmittel die damaligen Rechtsgelehrten erfunden haben, um die bürgerlichen Geschäfte auf alle mögliche Art und Weise zur Vollkommenheit zu bringen, das strenge Recht zu mildern und den Chikanen vorzubeugen y). Beyspiele sind die Codicillarklausel, die Socinische Cautel, die mystische Erbeseinsetzung, die Mucianische Caution, das Verbot des Erblassers die versiegelte Pupillarsubstitution beym Leben seines unmündigen Kindes zu eröfnen, der kommissorische Vertrag beym Kauf, das pactum addictionis in diem, des Vorkaufs, des Wiederkaufs, der Reue, des vorbehaltenen Eigenthums, der ausbedungenen Hypothek, des constituti possessorii und andere mehr.

Cautelen sind Mittel, welche die Gesetze an die Hand geben, wodurch allem möglichen Nachtheil, der aus einem Geschäfte entstehen kann, vorgebeugt, und der höchste Grad der Vortheile zum Besten der Contrahenten bewirkt werden soll z). Sie sind entweder allgemeine, welche bey den mehresten rechtlichen Geschäften gebraucht werden können, oder besondere, die nur bey diesem oder jenem Geschäfte ihre Anwendung

y) Henr. Brenckmann Diatr. de Eurematicis, Lugd. Bat. 1706.

z) Hert de iurispr. cauente, Giess. 1706. Heineccii Comment. de iurispr. cauente, in Opusc. minor. nr. VIII. S. 301.

wendung finden. Unter die merkwürdigsten allgemeinen Cautelen[a]) gehört 1) die Begebung aller Einreden, die sich auf Betrug, Irrthum, die Verjährung u. s. f. gründen; 2) der Gebrauch der Eydesklausel; 3) die Klausel bey Verpfändung aller meiner Güther; 4) die Protestationen und Vorbehaltsklauseln. Eine allgemeine Cautel ist es ferner, dafür zu sorgen, daß es bey einem Proceß, der in der Folge über ein rechtliches Geschäft entstehen kann, nicht an den nöthigen Beweismitteln fehlet, daß kein rechtmäßiges Mittel vernachläßigt werde, wodurch alle aus einem Geschäfte entspringenden Verbindlichkeiten auf das stärkste befestigt werden können[b]). Besondere Cautelen nennt man diejenigen Regeln der Klugheit, von denen sich nur bey diesem oder jenem rechtlichen Geschäfte Gebrauch machen lässet. Ihre Anzahl ist sehr groß, und ich werde mich bemühen, solche bey den einzelnen bürgerlichen Handlungen so vollständig als möglich anzuführen. Folgende Beyspiele können diese Materie etwas erläutern. Wenn die Zeugen zu einem Kranken gerufen werden, der ein Testament machen will, so ist es klug gehandelt, daß sie sich vor dem Testamentsactus mit dem Erblasser in eine Unterredung einlassen, um sichere Beweise seines Verstandes aus seinen Reden herzunehmen. Wer ein Grundstück verkauft, handelt vorsichtig, wenn er sich das Eigenthum desselben so lange vorbehält, bis er wegen seiner Forderung völlig befriedigt worden. Wer ein Landguth pachtet, muß sich zu seiner Sicherheit von dem Verpachter alles versprechen lassen, was bey erlittenen Unglücksfällen, welche einen Remiß veranlassen, Rechtens seyn soll. Wer sich von dem Ehemanne eine Hypothek bestellen lässet, handelt vorsichtig, wenn er nicht anders damit zufrieden ist, als wenn die Ehefrau sich erklärt hat, daß die Sache ihr nicht zugehöre. Mit der Anführung dieser Cautelen haben sich viele achtungswürdige Rechts-

a) Nettelbladts prakt. Rechtsgelehrs. S. 17 u. f.

b) Hr. RR Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 149.

gelehrte beschäftigt c). Alle solche Cautelen dürfen, wie sichs von selbst versteht, nicht wider die Gesetze seyn, denn sonst heissen sie unerlaubte, und diese haben nicht nur keine rechtliche gute Folgen, sondern vielmehr oft böse Wirkungen, ja ziehen bisweilen Strafe nach sich. Hierher gehören alle diejenigen sogenannten Cautelen, welche auf den Betrug anderer Personen abzwecken, oder wodurch die Gesetze unkräftig gemacht werden sollen, oder wodurch eine verbotene Handlung den Schein einer erlaubten bekommen soll. Eine solche unerlaubte Cautel ist es z. B., wenn ich mit demjenigen eine Schlägerey anfange, von dem ich weiß, daß er als Zeuge wider mich werde gebraucht werden.

§. 43.

Wenn man die Natur und Beschaffenheit des positiven Privatrechts (S. 69), in Rücksicht auf ganz Teutschland sowohl, als auf die einzelnen Länder dieses Staats, gehörig kennen lernen will, so muß man auch mit den schweren Grundsätzen von der Verbindlichkeit dieser Art von Gesetzen gehörig bekannt seyn. Es ist bereits S. 50 der Satz angeführt worden; daß jedes Gesetz als eine Regel und Vorschrift zu betrachten sey, wornach die Bürger des Staats, für welche das Gesetz gegeben worden, ihre freien Handlungen einzurichten, vollkommen verbindlich sind. So wichtig die ausführliche Erläuterung dieser Rechtswahrheit ist, eben so schwer wird es, dieses in Ansehung aller in Teutschland vorhandenen Pri-

c) Petr. Conr. Brederodii Eurematicon, proponens cautelas contractuum actuumque inter vivos, successionum, easque quae ad Processum civilem pariter ac criminalem pertinent, Tom. III. Bas. 1590. Frkf. 1612. Ien. 1681. 8. Sam. Stryck Cautelae contractuum, Berol. 1753. *Eiusd.* Cautelae testamentorum, Hal. 1738. *Eiusd.* Tract. de cautel. iurament. Hal. 1732. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Errichtung der Testamente, 3 Thle. Gött. 1786. Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, 2 Thle. Lpz. 1793. Gmelin von Aufsätzen über Verträge überhaupt und Schuldverschreibungen insbesondere, Tübing. 1790. 8.

Privatgesetze (S. 283) völlig deutlich zu zeigen d). Der Begrif eines solchen positiven Gesetzes zeigt sogleich, daß blos die Unterthanen eines Landes und Staats solche zu befolgen schuldig sind (S. 50). Unterthan ist jeder, der sich der obersten Gewalt im Staate unterwerfen muß. In Teutschland haben wir ein sogenanntes allgemeines Privatrecht, und besondere Landesprivatrechte. Die zu jenem gehörenden Gesetze verbinden alle Reichsunterthanen, welche die Oberherrschaft des teutschen Reiches auch in Ansehung ihrer als rechtmäßig anerkennen müssen, und dazu gehören selbst die Reichsstände als Mitglieder des teutschen Staatskörpers. Dieses sieht man bey Entscheidung der Processe, und anderer Rechtsangelegenheiten, welche Reichsstände betreffen, es mag von einem Contract, oder der Gültigkeit eines Testaments, u. s. f. die Rede seyn e).

Was aber die Verbindlichkeit der einzelnen besondern teutschen positiven Privatgesetze betrift, so kann solche schlechterdings nicht auch auf den Regenten desjenigen Landes erstreckt werden, wo diese Gesetze von den Unterthanen befolgt werden müssen, weil sich nach richtigen Begriffen von den Rechten und Pflichten desjenigen, dem die Verwaltung der Regierungsrechte in einer Gesellschaft von Staatsbürgern, die eine Monarchie vorstellen wollen, sie mag groß oder klein seyn, aufgetragen worden, nicht behaupten läßt, daß er schuldig sey, in seinen eigenen Privatangelegenheiten solche schlechterdings eben so zu befolgen, wie andere im Lande lebende

d) Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. I. S. 69. Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 1. S. 272. Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 149.

e) Leyser Spec. 41. med. 5. Hartleben Med. ad Pand. Vol. I. P. I. Spec. 5. med. 2. Pütter de normis decidendi successionem illustrium controuers. §. 13. Gerstlachers Corp. iuris publ. et priuati, S. 24. Selchow in den Rechtsfällen, 2. Band, S. 70. Westphals Abhandlung vom Gebrauch des Justinianischen Rechts in der Privatrechtsgelehrsamkeit der erlauchten Personen des teutschen Reichs, Halle, 1779. 4.

Personen. Da dieser Satz mit sehr wichtigen Folgen verbunden ist, so haben viele Rechtsgelehrte darüber ihre Behauptungen vorgetragen, in denen sie sehr abweichen. Einige Rechtsgelehrte machen, wie Hr. RR. Eichmann bemerkt, einen Unterschied zwischen vis coactiua atque directa i. e. in conscientia, und zwischen einer vollkommenen und unvollkommenen Verbindlichkeit des Fürsten [f]). Einige behaupten schlechtweg, der Fürst sey an seine Gesetze gebunden [g]). Sie berufen sich auf das Edict der Prätoren: quod quisque iuris in alterum statuerit, vt ipse eodem iure vtatur. Ferner sagen sie: wenn der Regent im Spiel etwas verlohren, oder in einem Vertrage etwas versprochen habe, so könne er sich der Verbindlichkeit nicht entziehen, ohne ungerecht zu handeln, das im Spiel Verlohrne zu bezahlen, und das Versprochene zu leisten. Darauf antworten die Gegner, und namentlich Hr. RR. Eichmann: a) Der Regent ist kein Unterthan, Privatgesetze werden nur für Unterthanen gegeben [h]). Gemeiniglich wird auch in den Gesetzen ausgedruckt, ob alle Unterthanen oder nur einige an dieselben gebunden seyn sollen. Ist das erstere geschehen, so kann man den Regenten nicht nach solchen beurtheilen, weil er nicht zu den Unterthanen gehört; ist aber das letztere, so kann man ihn noch weniger für verbindlich halten, nach diesem Gesetz sich zu richten, weil es nur eine Classe von Unterthanen in Verbindlichkeit setzt. b) Nicht nur nach dem allgemeinen Staatsrecht, sondern auch nach dem römischen Rechte, ist der Regent an die Privatgesetze nicht gebunden [i]), weil schon Augustus und auch die folgenden Kaiser ausdrücklich von der Verbindlichkeit aller Privatgesetze frey gesprochen wurden [k]), obgleich einige Rechtsgelehrte diese Befreiung nur von den

f) Lindheimer D. de Principe legibus soluto.
g) Hommel. Rhapf. Obf. 480.
h) L. 4. D. de recept. L. 13. §. 4. D. ad Sctm. Treb.
i) L 31. D. de legib. Nov. 23. c. 2. Nov. 105. c. 2. Dio Cassius Hist. Lib. 53.
k) Merill. Obf. VIII. 19. Wachendorf D. de Principe legibus soluto, in Triad. Diff. nr. 1. Trai. 1730. 8. Hvber Digreff. Lib. 1. c. 18.

den sogenannten legibus caducariis verstanden wissen wollen [l]), andere aber die Feyerlichkeiten der rechtlichen Handlungen (solennia iuris) darunter verstehen [m]). Mehrere Nachfolger des Augusts haben sich zwar freiwillig ihren Gesetzen unterworfen, um ihre Unterthanen dadurch aufzumuntern, desto williger die Gesetze zu befolgen. Die Gesetze [n]), wo dieses gesagt wird, beweisen aber weiter nichts, als daß sie sich zuweilen ihren Gesetzen unterworfen, und können keine Regel enthalten. c) Der Ausspruch des Prätors, der auch in dem Justinianischen Rechte angenommen ist, geht die Richter und Partheien an, welche die Urtheile, so von den erstern den letztern gesprochen worden, in ähnlichen Fällen auch zur Entscheidung wider sich brauchen lassen mußten. Richter und Gesetzgeber sind aber doch wohl ganz verschiedne Personen. d) Ist gar nicht daran zu zweifeln, daß der Regent dasjenige, was er im Spiel verlohren, und das, was er sonst durch einen Vertrag versprochen, bezahlen müsse, aber nicht deswegen, weil die Gesetze, welche er seinen Unterthanen gegeben hat, dieses verlangen, sondern weil auch schon nach dem natürlichen Rechte, an welches auch Regenten gebunden sind, Verträge, dergleichen auch die Spiele sind, gehalten werden müssen. Jedoch ist kein Zweifel, daß alsdenn der Regent unter seinen Gesetzen stehe, wenn er sich durch einen Vertrag hierzu verbindlich gemacht hat. Dieses gilt auch von unsern Reichsständen, welche in Geschäften mit fremden Staaten und Personen, die keine Mitglieder des teutschen Reichs sind, nach dem Völkerrechte und dem natürlichen Rechte sich beurtheilen lassen müssen, hingegen in Geschäften mit ihren Mitständen und andern Mitgliedern des teutschen

l) CVIACIVS in Observat. Lib. XV. 30. LECTIVS in Orat. de vita et scriptis Vlpiani, in OTTON. Thes. T. I. GOTHOFREDVS in Not. ad Leg. Iul. et Pap. c. 30. AVGVSTINVS De Legib. et Setis, c. 18. HEINECC. in Antiq. Lib. I. tit. 2. n. 66.

m) DONELL. Comment. I. 17.

n) L. 4. D. de legib. L. 23. D. de legat. III.

Reichs, nach den gemeinen Rechten in Teutschland, wohin auch die fremden Rechte, in wiefern sie auf Teutschland passen, und der Würde der Reichsstände nicht entgegen sind, gehören. Keinesweges aber stehen sie unter ihren Landesgesetzen, wenn sie sich nicht denselben unterworfen haben, welches von sehr vielen geschehen ist, und auch daraus vermuthet wird, wenn der Regent will, daß seine Rechtsangelegenheiten in seinen Landesgerichten entschieden werden sollen o). Zwar glauben einige Rechtslehrer p), daß auch alsdenn die Reichsstände sich nach ihren Landesgesetzen müßten beurtheilen lassen, wenn sie mit Beystimmung ihrer Landstände abgefaßt worden. Allein es ist kein rechtlicher Grund vorhanden, dieses anzunehmen, indem die Landstände blos an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, aber nicht an der gesetzgebenden Gewalt selbst Antheil haben, daher dieser Umstand, da doch immer nur der Landesherr, und nicht die Landstände die Gesetze geben, auf die Würkung des Gesetzes keinen Einfluß haben kann. — Ausser den bereits S. 289 angeführten Schriftstellern, haben noch viele über diese Materie geschrieben q).

Es ist also nicht zu leugnen, daß der Regent kein Unterthan ist, und folglich auch nicht anders unter den Privatgesetzen seines Landes steht, als wenn er sich solchen freiwillig, es sey ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen hat. Dahingegen sind alle Unterthanen, sie mögen zum weltlichen oder

o) Reinharth ad Christin. Vol. I. Obs. 10.

p) Struv Exerc. II. thes. 10. ibiq. Müller.

q) Arvmaevs D. de sensu L. 31. D. de legib. in *Eius* Disc. acad. P. I. n. 7. G. A. Struv D. de Principe legibus soluto, Ien. 1685. Buddevs D. de Principe legibus humanis sed non diuinis soluto, Hal. 1696. Gerhard Disc. an Princeps legibus sit solutus, in Arvm. Disc. acad. P. 4. n. 9. Dan. Otto Disc. an Princeps legibus sit solutus? in Arvm. Disc. acad. P. 4. n. 14. Hoheisel D. de Principe legibus soluto, Hal. 1720. C. Otto D. de Principe legibus soluto, Vltrai. 1727. Willenberg D. de Principe humanis legibus soluto, Ged. 1724. Lyclama in Membr. Lib. 4. Ecl. 19.

oder geistlichen Stande gehören, schuldig, sich nach den Landesgesetzen zu richten; denn obgleich die Geistlichkeit ihren befreiten Gerichtsstand hat, so darf dieser Vorzug gleichwohl nicht so weit ausgedehnet werden, daß die Gesetze des Landes in ihren Rechtsangelegenheiten als ungültig zu betrachten; es müßte denn in einem oder dem andern Falle etwas anders hergebracht seyn. Die Aussprüche Innocenz des 3ten im c. 6. X. de maior. et obedient., worinn er die Geistlichen den weltlichen Gesetzen völlig entziehen wollte, achtet man in Protestantischen Staaten gar nicht, und selbst aufgeklärte Katholiken misbilligen diese Behauptung r).

§. 44.

So deutlich der Satz ist: alle Unterthanen sind den Gesetzen ihres Landes unterworfen, so kann dennoch bey der Anwendung desselben vielfältig gefehlt werden. In vorigen Zeiten behaupteten viele Rechtsgelehrte, alle Menschen, die sich in einem Lande aufhalten, müßten auch für Unterthanen gehalten werden, und wären daher schuldig, die Gesetze dieses Landes zu befolgen. Dieser Satz ist aber falsch s), denn er kann z. B. auf die Gesandten anderer Staaten nicht angewendet werden, welche kein Verständiger für Unterthanen halten wird. Unterthanen kann man nur diejenigen nennen, die sich der höchsten Gewalt im Staate unterworfen haben. Es macht also nicht der bloße Aufenthalt im Lande an und für sich, sondern die damit verknüpfte ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung in die Abhängigkeit von der Landeshoheit, die deswegen geschehen ist,

r) Petr. de MARCA de concordia Sacerdot. et Imper. Lib. II. c. 7. §. 8. a RIEGGER Instit. iurispr. eccles. P. I. c. 8. §. 119. Eibels Einleit. in das katholische Kirchenr. 2. Thl. 2. Buch, 2. Hauptst. §. 112. Frk. und Lpz. 1779. 8.

s) Chr. THOMASIVS D. de inutilitate brocardici: quae sunt in territorio, praesumuntur esse de territorio, Hal. 1709. Ge. Fr. DATHE D. de falsitate vulgati: quidquid est in territorio, praesumitur etiam esse de territorio, Götting. 1753.

um an den bürgerlichen Vortheilen des Staats Antheil zu nehmen, denjenigen, der sich daselbst aufhält, zum Unterthanen t). Aus diesem Umstande folgt, daß sich die Oberherrschaft des Staats über die Bewohner desselben nicht weiter erstreckt, als in so weit sie sich unterwürfig gemacht haben, und sich haben unterwerfen können. Da sich aber Jemand der höchsten Gewalt im Staate, auf dreyerley Weise unterwerfen kann, nämlich: 1) entweder in Rücksicht auf seine Person, oder 2) in Ansehung seines Vermögens, oder 3) in Rücksicht auf gewisse Handlungen, welche er in einem Lande vornehmen will, so müssen die Unterthanen auf dreyfache Weise unterschieden werden u).

Zu der ersten Klasse gehören alle diejenigen, welche sich in einem Lande häuslich niedergelassen haben, um daselbst wenigstens eine lange Zeit zu wohnen, und sie heißen Einwohner (incolae). Gehören sie überdieses zu der vornehmern Klasse derselben, und besitzen zugleich Grundstücke, so nennt man sie Landsassen x). Diese Unterthanen müssen sich nach allen und jeden Landesgesetzen richten, wo nicht eine Befreiung gezeigt werden kann, und hier tritt der Gerichtsstand des Wohnungsortes nach seinem völligen Umfange ein, folglich können sie hier sowohl wegen persönlicher Ansprüche als in Realangelegenheiten verklagt werden. Man beurtheilt auch die Rechte des Zustandes derselben, nach den Gesetzen des auf längere Zeit gewählten Wohnortes, z. B. ob Jemand für volljährig, oder minderjährig zu halten sey, oder nicht y), und wie diese Verhältnisse sonst beschaffen seyn können.

Die

t) Moser von der Teutschen Unterthanen Rechten und Verbindlichkeiten, Frk. und Lpz. 1774. 4. Ebenderselbe von der Landeshoheit in Ansehung der Unterthanen Personen und Vermögen.

u) Hr. HR. Glück a. a. O. S. 278.

x) Geisler Comment. de Landsassiatu, libellus primus. Marb. 1781. 8. Elvert D. de iure incolarum, Arg. 1709.

y) Hartleben Med. ad Pand. Spec. 9. med. 4. Seger D. de vi Legum et decretorum in territorio alieno, Lipſ. 1777. §. 5. Westphals Privatrecht, Thl. 1. Abh. 3. §. 6. u. f.

Die zweyte Klasse von Unterthanen heißen **Eingesessene** oder **Begüterte** (forenses), und dazu gehören solche Personen, die in einem Lande unbewegliche Grundstücke besitzen, ohne daselbst auf längere Zeit zu wohnen[z]). Diese sind nur an diejenigen Landesgesetze gebunden, welche ihre Güter betreffen, weil sie in soferne auch die Vortheile des Staats geniessen[a]). Man muß es daher für eine Ausnahme von der Regel halten, wenn in einigen größern Provinzen des teutschen Reichs, der Besitz unbeweglicher Güther die völlige Unterthänigkeit nach sich zieht, welche Verfassung der **volle Landsaßiat** genennt wird.

Beyde Klassen von Unterthanen heissen **beständige** (subditi perpetui), und davon muß man die **dritte Klasse** unterscheiden, welche **zeitige Unterthanen** (subditi temporarii) genannt werden. Einige nennen sie auch **Ankömmlinge** (aduenae). Es sind solche Personen, die sich blos auf eine unbestimmte Zeit in einem Lande aufhalten, indem sie blos durchreisen, oder gewisse Geschäfte besorgen wollen. Alle dergleichen Unterthanen stehen nur in Ansehung derjenigen **Handlungen**, die sie in dem fremden Lande vornehmen, unter den Gesetzen desselben. Sie dürfen sich also den Landesgesetzen nicht entziehen

I) in ihren Processen, weil in allen Dingen, wo es auf den Gang des Processes und die Art des gerichtlichen Verfahrens ankommt, einzig uud allein die Gesetze des **Gerichts**, wo der Proceß geführt wird, befolgt werden müssen. Hierher rechnet man mit Recht die Gesetze, welche bestimmen, vor welchem Richter eine Klage angebracht werden soll, wer einen Rechtshandel führen kann, oder was bey der Bestellung eines Anwalds Rechtens ist, wie der Proceß geführt werden muß, wenn eine Klage für verjährt zu halten, wie die Zeugen

z) L. 2. C. de muner. patr. VITRIARIVS in Inst. iur. publ. lib. 3. tit. 18. §. 48. WERNHER Obs. Tom. I. P. III. Obs. 17. HILDEBRANDT D. de obligat. forensium ex iure statut. Altorf. 1698.

a) HOFACKER Princ. Iur. Rom. Tom. I. S. 109.

gen vorgeladen und verhört werden sollen, wie Arrest angelegt werden kann, wie Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, z. B. die Uebergabe und Eröfnung eines Testaments, beschaffen seyn sollen [b]).

II) Sind zeitige Unterthanen schuldig, die Gesetze des Landes, wo sie sich aufhalten zu befolgen, wenn sie daselbst solche rechtliche Handlungen vornehmen, zu deren Gültigkeit eine gewisse Form nothwendig erfordert wird, weil wir die Rechtsregel haben: die Form und Gültigkeit eines rechtlichen Geschäfts ist nach den Gesetzen des Orts einzurichten und zu beurtheilen, wo die Handlung vorgenommen wird [c]). Diesen Grundsätzen gemäß müssen Testamente und alle Verträge, welche an dem Orte, wo sie errichtet worden, gültig sind, auch in andern Ländern gelten, wenn sie gleich in dem Lande, wo daraus geklagt wird, nicht so errichtet werden dürfen [d]).

Diese Regel hat aber viele Ausnahmen, und dazu gehören folgende Fälle: nämlich 1) gilt sie nicht, wenn ein Unterthan blos deswegen in einem andern Lande, eine solche Handlung vornimmt, damit er nur die Gesetze seines Landes nicht befolgen will [e]). Es gilt obige Regel 2) auch alsdann nicht, wenn der Vertrag nicht erfüllt werden kann, ohne daß eine Handlung vorgenommen wird, die nach den Gesetzen des Landes,

b) Hartleben Spec. 9. med. 8. Hommel Rhapf. Obf. 409. n. 10. 16. Seger Diff. cit. §. 10. Schott D. de vi legum ciuilium in fubd. tempor. Lipf. 1772. §. 21. fq. Hofacker l. c. S. 116. Hr. Prof. Weber von Verbindlichkeiten, S. 448.

c) Hofacker l. c. S. 114. Vinnius Quaeft. fel. II. 39. Gail Obf. II. 123. Mynsinger Obf. V. 20. de Cramer Obf. II. 553. Cons. Tvbing. I. 41.

d) L. 34. D. de reg. iur. L. 1. pr. D. de vfur. L. 6. D. de euict. L. 3. in f. D. de teftam. L. 2. C. quemad. teftam. aper. L. 9. §. f. C. de teftam.

e) Hartleben l. c. Spec. 9. med. 5. Voet ad Pand. Lib. I. tit. 4. P. 2. §. 14. verb. cum indignus etc. Hr. Prof. Weber von Verbindl. S. 223.

Landes, dessen Unterthan auswärts den Vertrag geschlossen hat, nicht geschehen darf. Hierher gehört der Fall, wenn sich Personen an einem Orte, wo sie mit einander in die Ehe treten können, verloben, und nun wollen sie sich doch an einem solchen Ort trauen lassen, wo ihre Verlobung nicht erlaubt ist [f]). Die obige Regel ist 3) unanwendbar, wenn durch die, nach den auswärtigen Gesetzen erlaubte Handlung den erworbenen Rechten einer oder mehrerer Personen unsers Landes, oder der Verfassung und den Freiheiten desselben, offenbar Eintrag geschieht [g]).

Eine ausführlichere Erläuterung verdient die hierher gehörende Frage: ob ein Testament, bey dessen Errichtung alle äußerliche Feierlichkeiten beobachtet worden, die an dem Orte vorgeschrieben sind, wo solches gemacht worden, auch in andern Ländern eben die Gültigkeit habe, welche den Testamenten beygelegt ist, die daselbst gesetzmäßig errichtet worden? Ueber diese Frage findet man in den Schriften der Rechtsgelehrten verschiedene Meinungen. Einige behaupten es, weil hier ebenfalls die obige Regel ihre vollkommne Gültigkeit äußern müsse: die Form und Gültigkeit eines rechtlichen Geschäfts ist nach den Gesetzen des Orts einzurichten, wo die Handlung vorgenommen wird, und nun gilt sie überall [h]). Hr. HR. Glück schreibt daher, S. 282 — wenn z. B. ein Kaufmann der Reichsstadt Frankfurt, in Erlangen bey seiner Durchreise plötzlich von einer gefährlichen Krankheit überfallen würde, und in Erlangen sein Testament vor fünf untadelhaften Zeugen, die solches unterschrieben und besiegelt haben, gemacht hätte, denn mehr erfordert die hiesige Landesordnung

f) Hr. Prof. Weber a. a. O. S. 223.

g) Voet l. c. §. 11. Seger Diss. cit. §. 5.

h) Hommel Obs. 409. n. 5. Voet l. c. n. 13. Vinnius Qu. sel. II. 19. Gail Obs. II. 123. Minsinger Obs. IV. 82. V. 20. 4. Hvber Prael. I. 3. S. 538. de Cramer Obs. II. 553. Cons. Tvbing. I. 41. de Pvfendorf Obs. I. 28. 9. Seger Diss. cit. §. 8. Hofacker l. c. S. 114. Höpfner §. 450. Eichmann Thl. 1. S. 160.

ordnung nicht zur Solennität eines aussergerichtlichen Testaments, so ist es auch zu Frankfurt gültig, wenn gleich die Frankfurter Statuten zur Gültigkeit eines solchen Testaments sieben Zeugen erfordern. Nach dem römischen Rechte ist freylich etwas anders zu behaupten, denn die Errichtung der Testamente gehört bey den Römern ad iura Quiritium, und sie mußten folglich nach dem iure ciuili beurtheilt werden [i]). Eben deswegen behaupten diejenigen Rechtslehrer, welche der Annahme des römischen Rechts in Teutschland zu viel Kraft zuschreiben, und die höchsten Reichsgerichte für verbindlich erklären, darnach zu sprechen, daß man bey Errichtuug seines Testaments schlechterdings überall die Rechte seines Wohnorts befolgen müsse [k]). Man kann aber diese Behauptung nur von der innerlichen Form der Testamente, und von der Gültigkeit des Testaments in Rücksicht auf das unbewegliche Vermögen des Erblassers als richtig halten; z. B. wenn die Frage ist, was für Personen der Erblasser zu seinen Erben einsetzen, wem er ein Vermächtniß hinterlassen, ob er über dieses oder jenes Grundstück eine letzte Willensverordnung errichten, oder ob der Vermächtnißnehmer das ihm vermachte Grundstück bekommen kann, weil Veräußerungen der Grundstücke nach dem Gesetze des Ortes, wo sie liegen, vorgenommen werden sollen [l]).

III) Muß bey der Intestaterbfolge auf die Gesetze gesehen werden, welche an dem Orte gelten, wo succedirt werden soll. Besitzt daher Jemand an verschiedenen Orten Güther, so kann auch in solchen eine verschiedne Intestaterbfolge statt finden; es müßte denn, vermöge der Retorsion bey der

i) L. 4. D. qui testam. fac. poss. Schulting in Iurispr. Antei. ad Vlp. Fragm. tit. 20. §. 14. Not. 45. S. 631.

k) L. 9. C. de test. L. 2. C. quemad. test. aper. Cuiacius Obs. XIV. 12. Schilter Ex. ad Pand. de iure obsid. c. 9. §. 4. Sammet Quaest. forens. Obs. I. §. 4. in Opusc. P. 244. Hartleben Spec. 9. med. 6. 7.

l) Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. S. 115. Reinhardt ad Christin. Vol. IV. Obs. 13. S. 6.

der Intestaterbfolge nicht nach den Gesetzen geurtheilt werden, wo die Sachen befindlich sind. Dieser Fall äußert sich am deutlichsten bey der Gerade. Stirbt nämlich eine Person an einem Orte, wo solche eingeführt ist, und hinterläßt Verwandte an einem Orte, wo man nichts davon weiß; so werden sie, vermöge der Retorsion, nach den Gesetzen ihres Wohnorts beurtheilt, und bekommen die Gerade nicht. Außer diesem Falle ist die Generalregel: bey beweglichen Güthern und unkörperlichen Dingen, die dazu gehören, müssen bey der Intestaterbfolge die Gesetze befolgt werden, wo der Verstorbene seine ordentliche Wohnung hatte, wie alle Rechtslehrer behaupten [m]). Wohnte der Verstorbene an mehrern Oertern, so beurtheilt man die Intestaterbfolge in sein bewegliches Vermögen, nach den Gesetzen, wo er wohnte, und wo sie befindlich sind [n]). Bey unbeweglichen Sachen, wozu auch die mit den Grundstücken verbundene Gerechtigkeiten und Pertinenzstücke gerechnet werden, kommt es vor allen Dingen darauf an, ob etwa in dem Lande, wo sie liegen, eigene Gesetze sind, vermöge welcher sie nach dem Tode des Erblassers an einen andern Erben fallen sollen, als die Gesetze seines Wohnortes wollen [o]). Ist dieser Fall nicht vorhanden, so geht es bey der Erbfolge in unbewegliche Güther ebenfalls nach den Gesetzen des Ortes, wo der Verstorbene seine Wohnung hatte [p]), wiewohl die Rechtslehrer verschiedner Meynung sind, wie ich bey der Lehre von der Intestaterbfolge zeigen werde.

IV) Wird ein zeitiger Unterthan auch nach den Gesetzen des Ortes, wo er sich aufhält beurtheilt, wenn er daselbst

m) Koch de Succeſſ. ab inteſt. §. 14. Hr. HR. Glück, Th. I. S. 284.

n) Seger Diſſ. cit. §. 9.

o) Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. S. 113.

p) Cviac. Conſult. 25. Iac. Curtivs Coniectur. I. 4. in Otton. Theſ. T. V. S. 102. de Pvfendorf Obſeru. I. 28. Gottfr. Lud. Mencke, D. de ſtatutis ciuitat. prouinc. in ſucceſſ. ab inteſt. ad bona alibi ſita extendendis, in Opuſc. n. 7.

selbst ein Verbrechen begangen hat. Ueber diese wichtige Materie weichen aber die einsichtsvollsten Rechtslehrer von einander ab, wie der Hr. v. Quistorp in seinem peinlichen Rechte, im 1 Th. S. 135. der 5ten Ausgabe vortreflich gezeigt hat, wo es heißt: — Nach der Regel muß man bey Bestrafung der Verbrechen auf die Gesetze desjenigen Ortes sehen, wo das Verbrechen begangen worden, und zwar ohne zu unterscheiden, ob solche in der Härte, oder in der mehrern Gelindigkeit von dem gemeinen Rechte abweichen q). Da nun aber schwerer Verbrechen wegen, welche die öffentliche Ruhe und Sicherheit stöhren, dem Thäter aller Orten, wo er betreten wird, der Proceß gemacht werden kann r), so entsteht auf den Fall, daß die Gesetze desjenigen Ortes, wo die böse That begangen worden, und diejenigen, wo der Verbrecher betreten wird, nicht übereinstimmen sollten, die Frage, — nach welchen Gesetzen sodann zu verfahren sey? So wenig es nun einigem Zweifel unterworfen ist, daß in Absicht der Verfahrungsart, oder des Processes, auf diejenigen Vorschriften allemal nur gesehen werden müsse, die an demjenigen Orte gelten, wo die Untersuchung wider Jemanden,

q) L. 16. §. 9. D. de poen. Leyser Spec. 644. med. 10. Cothmann Vol. 3. Disp. 48. n. 28.

r) Im Fall diese oder jene Handlung nur nach gewissen Landes- oder Stadtgesetzen ein Verbrechen seyn sollte, so mag dieselbe außer dem Orte, wo sie verübt ist, der Regel nach nicht in Untersuchung gezogen werden. (Harpr. Conf. 28. n. 87. seq. Conf. 59. n. 83. seq. Schorch Dec. 100. n. 14. Meister im peinlichen Proceß, S. 681. Wiesand Pr. de reo secundum leges loci, vbi deliquit, non semper puniendo, Vit. 1791. in Obs. iur. crim. Spec. 5.), es wäre denn, daß solches lediglich auf Ansuchen des beleidigten Theils geschähe, um ihn zu seiner Schadloshaltung zu verhelfen. Im übrigen hat es keinen Zweifel, daß auf Verlangen und im Namen des Gerichts, worunter ein Verbrechen begangen worden, die Bestrafung desselben von einem andern Gericht verhängt werden könne, wenn gleich nach den Gesetzen, welche letzteres zu befolgen hat, kein eigentliches Verbrechen vorhanden seyn sollte.

den verhängt wird; so pflegt man gleichwohl in der Regel unter den angeführten Umständen, die Strafe nach dem gemeinen Rechte zu bestimmen s). Fände entweder an dem Orte, wo das Verbrechen begangen worden, oder wo die Untersuchung verhängt wird, eine gelindere Strafe statt, als das gemeine Recht vorschreibt, so hat es im ersten Fall bey der Strafe, die in loco delicti gilt, das Bewenden t), im andern aber ist diejenige Strafe, die das gemeine Recht bestimmet, billig zu mäßigen v). Im Gegentheil aber kann die Strenge der Landesgesetze, die an dem Orte herrschen, wo die Inquisition wegen der in einem fremden Gebiet begangenen Missethat veranstaltet wird, zur Schärfung der in dem gemeinen Rechte vorgeschriebenen Strafe nichts beytragen x). Auf den Fall endlich, daß der Gerichtsgebrauch wegen der Anwendung dieser oder jener Vorschrift des gemeinen Rechts unterschieden wäre, pflegt derjenige beobachtet zu werden, der an dem Orte, wo die Inquisition wider Jemanden verhängt wird, angenommen worden y).

Hr. HR. Glück erläutert diese wichtige Materie folgendergestalt. — Endlich wird auch ein zeitiger Unterthan nach den Gesetzen desjenigen Orts, wo er sich aufhält, behandelt,

s) G. L. Boehmer D. de delict. extra territorium commiss. Götting. 1748. §. 17. u. in Diss. de abigeatu, §. 101. Koch c. l. §. 94. Meister a. O. S. 682. §. 40. 41. Glück in der Erläuterung der Hellfeldschen Pandekten, 1 B. Tit. 1. S. 287. Die gegenseitige Meinung, oder, daß ein Verbrecher, dem ausser Landes der Proceß gemacht wird, auch daselbst nach den besondern Gesetzen desjenigen Ortes, wo die böse That begangen worden, bestraft werden müsse, behauptet Struben in den rechtl. Bedenken, im 4ten Theile, Nr. 135. Leyser Spec. 644. m. 10. Westphal. S. 98. §. 3.

t) Rudolph D. de poen. delictor. extra territor. admissor. Erlang. 1790.

v) Arg. L. 16 u. 168. D. de reg. iur. Hommel Obs. 281. Zoller Obs. pract. Spec. I. Obs. 7. Koch c. l.

x) Meister a. O. S. 687. §. 43. Seger D. de vi legum et decretorum in territorio alieno, Lipsi. 1777. §. 7. Glück a. O.

y) Meister a. O. S. 688. §. 44.

handelt, wenn er daselbst ein Verbrechen verübt hat. Justinian schärft dieses sehr expressiv ein, wenn er in einer seiner Novellen z) verordnet: vt vnusquisque in prouincia, in qua deliquit, ibi quoque iudicium accipiat. Dieses hat auch keinen Zweifel, wenn dem Missethäter an dem Orte, wo er das Verbrechen begangen hat, der Proceß gemacht wird a). Man erfordert jedoch nicht unbillig, daß, wenn das Verbrechen des Fremden entweder nur wider ein Landes- oder statutarisches Gesetz, oder zwar wider das gemeine Recht laufen, oder doch nach demselben nicht diejenige harte Strafe verdienen sollte, als die Gesetze des Orts, wo das Verbrechen begangen worden, darauf setzen; der Delinquent an dem Orte schon eine Zeitlang sich aufgehalten haben müsse, wenn die deshalb bestimmte Strafe statt finden solle: daher ein Ankömmling gegen die Strenge der Landesgesetze zu schonen sey, wenn er darthun könnte, daß er sich in einer unüberwindlichen oder wenigstens in einer verzeihlichen Unwissenheit befunden habe b). Wenn hingegen der Verbrecher an dem einen Orte die Missethat begangen haben, an einem andern aber deshalb ertappt, und daselbst zur Untersuchung und Bestrafung gezogen werden sollte; so entsteht alsdenn die Frage: nach welchen Gesetzen das Verbrechen zu bestrafen sey? Hier würde es nun erstlich sehr unbillig seyn, den Missethäter nach den Gesetzen des Orts zu richten, wo demselben der Proceß gemacht wird, wenn in diesem Lande auf eben dieses Verbrechen eine größere Strafe gesetzt seyn sollte. Denn wider dieses Gesetz hat er doch eigentlich nicht gesündigt, weil Pönal-Statuten ausserhalb Landes keine Ver-

z) Nov. LXIX. c. 1. princ.

a) Carpzov Pract. rer. crim. P. II. Qu. 54. n. 51. Leyser Spec. CCLXXXV. med. 6. Kress ad Art. CLXXVII. CCC. pag. 650. G. L. Boehmer de abigeatu et furto equorum, §. 103.

b) Ioh. Sam. Frid. de Boehmer ad Carpz. Quaest. CXLIX. Obs. 4. n. 67. Struben in den rechtlichen Bedenken, Thl. II. Bed. 113. und Thl. IV. Bed. 28.

Verbindlichkeit haben c). Die meisten Rechtsgelehrten behaupten daher, daß ein ausserhalb Landes begangenes Verbrechen in foro deprehensionis nach den Gesetzen des Orts, wo das Verbrechen verübt worden ist, und in deren Ermangelung nach den Vorschriften des gemeinen Rechts zu bestrafen sey d). Allein geschähe gleich dem Delinquenten kein Unrecht, wenn er nach den Gesetzen des Orts, wo er die Missethat begangen hat, beurtheilt würde, weil er zunächst diese übertreten hat; so läßt sich doch keinesweges behaupten, daß der Richter, der den Verbrecher eingezogen, an jene Gesetze schlechterdings gebunden sey; weil diese in Ansehung des Richters, der die Inquisition formirt, fremde Rechte (iura alieni territorii) sind. Daher andere Rechtsgelehrte mit mehrerem Grunde behaupten, daß die Strafe in einem solchen Falle, da die Gesetze des fori delicti und deprehensionis nicht übereinstimmen, nach dem gemeinen Rechte zu bestimmen sey e). Da inzwischen ein Richter jede Gelegenheit ergreiffen muß, wo er die Strenge der Strafe ohne Eintrag der Gesetze mildern kann f), so nimmt man billig den Fall aus, wenn das partikulaire Recht eine gelindere Strafe bestimmt hätte, als in dem gemeinen peinlichen Rechte verordnet ist g). Ein Richter kann daher in einem solchen Falle die mildere Strafe, die nach den Gesetzen seines Landes eine Folge des vollzogenen Verbrechens ist, mit Hintansetzung der strengern Strafe, die der Verbrecher an dem Orte, da

c) c. 2. de constit. in 6to. HARPPRECHT Cons. XXVIII. n. 87. sq. Cons. LIX. n. 83.

d) LEYSER Spec. 644. Med. 10. Strubens Bedenk. Thl. 4. Bed. 135. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts, 1. Thl. 3. Abschn. §. 95.

e) Meister im peinl. Proceß, S. 685. G. L. BOEHMER Diss. de delictis extra territorium commissis, Götting. 1748. §. 16. 17. Derselbe in Comment. de abigeatu, c. 3. §. 98. u. flgg.

f) L. 56. L. 168. D. de reg. iur. c. 49. eod. in 6to.

g) HOMMEL Rhapsod. Obs. 287. KOCH Institut. iur. crim. Lib. I. c. 6. §. 94. ZOLLER Spec. I. Obs. pract. Lipsiens. 177. Obs. 7.

er sein Verbrechen begangen hat, dulden müßte, ohne Anstand dem Missethäter zusprechen; aber auch die mildere Strafe, welche die beleidigte Nation fordert, vorziehen, wenn in seinem Lande auf eben dieses Verbrechen eine größere Strafe gesetzt ist [h]).

Ich würde die zeither erläuterten wichtigen Materien für unvollständig erklärt halten müssen, wenn ich nicht auch die Grundsätze des Hrn. Prof. Webers, von der Erklärung und Anwendung der Gesetze, nach welchen der Richter, im Fall einer Collision der positiven Rechte, verfahren muß, meinen Lesern mittheilen wollte. Es heißt S. 445. und flgg. — In Ansehung der natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäfte haben wir bereits oben §. 62. die Regel außer Zweifel gesetzt, daß dabey lediglich die Gesetze des Orts, wo der Handel geschlossen worden ist, zur Richtschnur dienen [i]). Wenn aber natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen nicht sowohl durch bürgerliche Gesetze verboten, oder ganz für nichtig erklärt, als vielmehr nur in Ansehung der gerichtlichen Würkung eingeschränkt sind, und in diesem Punkte da, wo der Handel eingegangen ist, ein anderes Recht gilt, als da, wo geklagt wird, so ist die Frage vielleicht noch schwieriger, nach welchen Gesetzen der Richter sodann den Vorgang beurtheilen solle? Interessant ist sie wenigstens, vorzüglich in einem Lande, wie unser teutsches Vaterland, welches neben den beyden auswärtigen Gesetzbüchern eine der Anzahl nach ganz ehrwürdige Sammlung von Reichs- und Provinzialgesetzen, von statutarischen Rechten und Gewohnheiten, (freilich hin und wieder Materialien zur Geschichte und Verfassung der Abderiten) aufzuweisen hat. Es fehlt auch nicht an besondern Abhandlungen über die Collision dieser verschiedenen Rechte, wovon ich die vorzüglichsten §. 62. schon angeführt habe. Allein die Erfahrung hat mich schon gelehrt, überall, wo es auf richtige Theo-

h) Seger in den angef. Dissertat. §. 7.
i) Pract. Comment. Thl. 1 S. 166.

Theorie vom gerichtlichen Effekt natürlicher Verbindlichkeiten und dessen Einschränkung ankommt, immer in einem oder andern Betrachte eine ziemliche Strecke ungebautes Feld anzutreffen, meine anfängliche Erwartung von der Lektüre, auch der besten Schriftsteller am Ende doch getäuscht, und viele Zeit und Mühe umsonst dabey verwandt zu sehen. Keine der angeführten Abhandlungen, selbst auch nicht die an einzelnen Fällen so reichhaltige Dissertation des Nic. Hert, enthält über die erwähnte Frage etwas befriedigendes. Die Gründe aber, woraus wir im vierten Abschnitte die Regel hergeleitet haben, daß nämlich erlaubte und verbindliche, jedoch bürgerlich verbotene Rechtsgeschäfte, immer nach den Gesetzen des Orts, wo sie geschlossen worden, zu beurtheilen sind, finden hier keine Anwendung. Denn in jenen Fällen kommt es darauf an, ob der Handel überhaupt Rechte und Verbindlichkeiten unter den Partheien hervorgebracht habe, welches zu bestimmen, man unstreitig auf seinen Ursprung zurückgehen, mithin nach den Gesetzen des Orts, wo er geschlossen ist, urtheilen muß, in wie fern die Partheien befugt waren, ihn einzugehen. In dem gegenwärtigen und nächstvorhergehenden Abschnitte hingegen, kommen Fälle vor, wo, ungeachtet der wirklich vorhandenen Verbindlichkeit, dem Gläubiger dennoch in verschiedner Hinsicht die gerichtliche Hülfe versagt wird. Hier ist also von positiven Gesetzen die Rede, welche den Richter anweisen, in wie fern er Verbindlichkeiten, welche gewisse Rechtsgeschäfte in der That hervorgebracht haben, im Wege Rechtens anerkennen, und die Erfüllung derselben erzwingen dürfe. Solche positive Vorschriften aber, welche die Rechtshülfe der natürlichen Zwangspflichten bestimmen, können nur dem Richter, dem sie wirklich ertheilt sind, zur Richtschnur dienen, und sind folglich nur anzuwenden, wenn wirklich bey diesem Richter geklagt wird. Andere Gerichte sind nicht verbunden, darnach zu verfahren, weil die alleinige gerichtliche Unwirksamkeit das Daseyn der Verbindlichkeit an sich nicht aufhebt, und folglich die letztere den völligen Effekt behaupten muß, sobald sie bey einem andern Richter angebracht wird, dem

die Hände in Ansehung der Rechtspflege nicht gebunden sind. Hr. HR. Hommel nimmt den richtigen Grundsatz an, daß in allen Dingen, welche den Proceß, die Art des gerichtlichen Verfahrens, und die eigentliche Justizpflege betreffen, lediglich die Gesetze des Forums, wo der Rechtshandel obschwebt, zu beobachten sind; und daraus leitet er auch die eben so richtige Folge ab, daß die Frage: ob eine Schuldklage bereits verjährt sey, eigentlich nur nach den eben gedachten Rechten zu beurtheilen sey [k]). Und wir glauben nunmehr überhaupt mit Recht die Regel zu behaupten, daß in allen Fällen, wo es nur auf gerichtliche Würkung einer an sich vorhandenen Verbindlichkeit ankommt, die Gesetze, nicht des Ortes, wo der Handel geschlossen worden, sondern des Forums, wo die Verbindlichkeit gerichtlich angeregt wird, dem Richter zur Norm dienen müssen. Um aber diese allgemeine Regel gegen alle Mißdeutung und üble Anwendung zu sichern, müssen wir derselben folgendes zur Bedeckung mit geben. Erstlich: die Folge ist klar, daß eine Handlung, welche da, wo sie geschlossen worden, nicht verboten, sondern nur nicht klagbar ist, an andern Orten, wo geltende Gesetze die gerichtliche Würkung in der Maße nicht eingeschränkt haben, allerdings eine gültige Klage hervorbringt. Man hat gefragt, ob die Schuld eines Studirenden, welche die in sogenannten Creditedikten bestimmte Summe überschreitet, und daher beym akademischen Gerichte nicht klagbar ist, in der Folge bey andern Gerichten völlig eingeklagt werden könne? Es kommt darauf an, ob das Creditedikt ein wirkliches Verbot enthält, wodurch die Studirenden von gewissen Rechtsgeschäften völlig ausgeschlossen werden, den Einwohnern des Orts wirklich untersagt wird, ihnen Geld zu borgen, mit ihnen auf Credit zu handeln, u. s. w., oder ob nur dem Gläubiger wegen gewisser Ansprüche die Rechtshülfe versagt ist? Im ersten Falle ist die Forderung überall ungültig, und

k) C. F. Hommel Rhapsod. Quaest. Obs. 409. n. 10. u. 16.

und in keinem Gerichte, weder durch Klagen noch durch Einreden geltend zu machen. Im letztern Fall aber findet nur beym akademischen Gerichte diejenige Rechtshülfe nicht statt, welche das Ereditedikt dem Gläubiger namentlich entzogen hat, dahingegen der Schuldner an andern Orten gültig in Anspruch genommen werden kann l). Zweitens: der Satz, dessen wir bereits erwähnt haben, daß die Zeit der Verjährung einer Klage eigentlich nur nach den Gesetzen des Gerichts, wo die Forderung angebracht wird, zu bestimmen sey, ist keinem Zweifel unterworfen, wenn eine Klage, welche in dem bisherigen Gerichsstande des Schuldners bereits verjährt worden, nach der Zeit anderswo erhoben wird, woselbst eine längere Frist erforderlich ist. Hier wird er vergeblich einwenden, daß die Schuld bereits an jenem Orte präscribirt sey m). Denn die Verjährung der Klage hebt keinesweges die natürliche Verbindlichkeit auf. Der Richter also, bey dem jetzt die Klage angebracht wird, ist um so mehr verbunden, den Schuldner zur Bezahlung anzuhalten, weil er den gerichtlichen Effekt einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit nicht einschränken darf, wofern die Ordnung seines Gerichts, und die Gesetze, denen er selbst bey Verwaltung der Justiz unterworfen ist, ihm solches nicht deutlich vorschreiben. Fremde Rechte binden ihn in dieser Hinsicht nicht. Mehr von der Verjährung

l) Eisenhard Erzählung besonderer Rechtshändel, Thl. 4. N. 15.

m) So lehret Hvber Lib. 3. de iure ciuitat. c. 11. §. 34. ingleichen Hommel a. a. O. in den Worten: tempus, quo actioni praescribitur, quum alibi sit brevius, alibi longius, quaeritur, an iura loci valeant, vbi contractus, ex quo actio nata, celebratus, an vero ad locum iudicii respiciendum sit. Respondeo, praescriptionem inter exceptiones esse, has vero ad procedendi modum referri, nec ad valorem contractus, sed ad tempus et locum actionis instituendae pertinere. Man sehe auch Sande lib. I. tit. 12. Def. 5. und Seger de vi legum et decret. §. 10. Das Gegentheil lehren Cocceji Diss. de fundata in territor. et plur. locor. concurr. potest. tit. 6. §. 6. u. Hertius Diss. de collisione legum, Sect. IV. §. 65.

rung wird in der Folge dieses Paragraphens noch vorkommen. Drittens: Wie aber wenn die Gesetze, welche eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung nicht verbieten, sondern derselben nur effectum agendi versagen, noch besonders hinzufügen, daß die Schuld auch an andern Orten nicht klagbar seyn solle? Man findet dergleichen Zusätze zuweilen in den sogenannten Creditedikten für Studirende und Soldaten. Wenn diese Gesetze ein wirkliches Verbot der Handlung enthalten: so ist der Zusatz überflüßig, weil das Geschäfte seiner ursprünglichen Nichtigkeit halber ohnehin nirgend klagbar ist, und der veränderte Aufenthalt des Schuldners keine Verbindlichkeit wirken kann, die an sich wegfällt. Verordnungen aber, die den Handel an sich nicht verbieten, sondern nur im Wege Rechtens unwirksam machen, können durch jene Zusätze außer den Gränzen des Landes, wo der Gesetzgeber zu befehlen hat, Niemanden verbinden, noch weniger fremden Gerichten zur Norm gereichen. Vernünftiger Weise kann daher die Vorschrift, daß dergleichen Schulden auch an andern Orten, und in andern Gerichten nicht klagbar seyn sollten, sich nur auf das Territorium des Landesherrn beschränken, von dem die Verordnung herrührt, dergestalt, daß in seinem Lande kein Gericht, und keines Orts Obrigkeit dem Gläubiger die völlige Rechtshülfe angedeihen lassen darf. Viertens: in einigen Fällen des gegenwärtigen Abschnitts, haben die bürgerlichen Gesetze einer bisher völlig wirksamen Verbindlichkeit in der Folge allererst nicht blos effectum agendi abgesprochen, sondern sogar den Richter angewiesen, den Gläubiger wegen Uebertretung der Gesetze mit dem Verluste seines Rechts an sich zu bestrafen. Wenn aber außer dem, was in dieser Hinsicht schon gemeinen Rechtens ist, die Provinzialgesetze und Statuten, in besondern Fällen eine ähnliche Strafe bestimmt haben, so kann diese dem Gläubiger eigentlich da nur zuerkannt werden, wo er die Gesetze beleidigt hat. Wird also die Sache bey einem Gericht anhängig, welches diesen Gesetzen nicht unterworfen ist, so kann auch keineswegs darnach gesprochen werden. Ein anderes wäre freylich, wenn der Richter jenes Orts den Gesetzen gemäß,

den

den Gläubiger sein ganzes Recht bereits abgesprochen hätte, wodurch auf Seiten des Schuldners alle Verbindlichkeit an sich aufhören würde, so wie überhaupt die bey dem einen Gerichte schon eingetretene Rechtskraft überall ihre Würkung behauptet. Die Gesetze, welche den Wucher mit dem Verlust des Kapitals oder sonst härter, als die gemeinen Rechte es ordnen, bestraft wissen wollen, mögen hier zur Erläuterung dienen n). Die bisherigen Grundsätze sind hinreichend, unsere vorhin gedachte Regel von einer Seite in das gehörige Licht zu setzen. Allein es ist noch ein anderer Gesichtspunkt übrig, wo der Richter mit mehrerer Sorgfalt auf alle Umstände Bedacht nehmen muß, um Ungerechtigkeit zu vermeiden. Wir setzen daher den obigen Grundsätzen noch diesen hinzu. Fünftens: Wenn die Verbindlichkeit des Schuldners, nach den Gesetzen des Orts, wo sie gewirkt worden ist, oder wo der Schuldner bisher sein Forum hatte, völlig wirksam war, die Klage aber jetzt bey einem Gerichte angebracht werden muß, wo Verbindlichkeiten dieser Art nicht völlig geltend gemacht werden können, so sind der Regel nach, die Rechte des letztern Orts nur dann anzuwenden, mithin dem Gläubiger die Rechtshülfe zu versagen, wenn auf seiner Seite eine Vernachlässigung dieser Rechte und der darinn enthaltenen Vorschriften erweißlich ist. Gesetze auf diejenigen anwenden wollen, welche durch keinen Beruf noch Pflicht verbunden waren, die Gesetze zu befolgen, würde eben so seyn, als die Ungerechtigkeit auf den höchsten Grad treiben. Ein jeder Gläubiger, der ein wirkliches Recht hat, zu dessen Erlangung ihm aber die Gerichte ihren Beystand versagen, leidet; aber nur derjenige mit Recht, welcher ein unwirksames Geschäft selbst an dem Orte, wo es unkräftig ist, eingeht, und dem die gesetzlichen Vorschriften deshalb nicht fremde waren. Dieser kann sich nicht beklagen, weil es seine Schuld war, sich in einen Handel und mit Personen einzulassen, von

n) G. L. Boehmer de delictis extra territorium admissis, in Elvs Elect. iur. ciuil. Tom. 3. Meister Princ. iur. crim. §. 109.

denen er wußte, daß er auf den völligen Effekt im Wege Rechtens nicht rechnen durfte. Wenn gleich die Gesetze den Handel nicht verbieten, sondern nur gerichtlich unwirksam erklären, so geht doch im Grunde ihre Absicht dahin, eben durch diese Vorschrift den Unterthanen einen Beweggrund und Anlaß zu geben, gewisse Geschäfte entweder gar nicht zu schliessen, oder doch mit mehrerer Vorsicht das Ihrige wahrzunehmen. Derjenige also, den diese Gesetze bisher nicht zur Vorschrift dienen konnten, ist auch nicht füglich darnach zu behandeln. Wenn daher bey den Gerichten, wo der Schuldner jetzt zu belangen ist, eine kürzere Verjährungszeit Statt findet, als da, wo er bisher sein Forum gehabt hat; so kann die Dauer der Klage nicht sofort nach jener kürzern Frist bestimmt werden. Man setze den Fall: in dem Orte A, wo die Schuld contrahirt worden, und wo der Schuldner bisher wohnhaft gewesen ist, sind 20 Jahre zur Verjährung erforderlich. Nach Verlauf von 10 Jahren, begiebt sich der Schuldner unter die Gerichtsbarkeit B, wo schon 5 Jahre zur Erlöschung der Klage hinreichen, und obgleich die letztere gleich im Ersten Jahre nach verändertem Gerichtsstande erhoben wird, so glaubt er doch nach den Rechten seines jetzigen Aufenthalts die Einrede der Verjährung vorschützen zu können, weil bereits über 5 Jahre verstrichen wären, ohne daß der Kläger mit seinen Ansprüchen hervorgegangen sey. Hier würde es ungerecht seyn, wenn man den Kläger abweisen wollte, da er doch seinen Schuldner nicht eher zu B. belangen, noch die dortigen Rechte beobachten konnte, als bis der Beklagte wirklich der Gerichtsbarkeit dieses Orts unterworfen worden. Man lasse sich aber hierdurch nicht zu der irrigen Folge verleiten, als ob nunmehr der Fall nach den Gesetzen des Orts, wo die Schuld contrahirt worden ist, zu behandeln sey, folglich auch der Richter zu B. erst nach 20 Jahren den Kläger abweisen könnte. Es bleibt vielmehr auch hier bey unserer Regel, daß lediglich die Gesetze des Orts, wo die Forderung in Anrege kommt, zu befolgen sind; nur müssen diese Gesetze ihren Gründen und Absichten nach, auf den vorkommenden Fall anpassend seyn. Wenn also der Gläubiger, ohne eine

unt=

untadelhafte Unwissenheit der Rechte des Orts B. vorschützen zu können, seine Klage binnen 5 Jahren, nachdem der Schuldner sich dorten niedergelassen hatte, nicht anbringt, so steht ihm allerdings die Einrede der Verjährung entgegen, ohne weitere Rücksicht, ob die zu A. erforderliche Zeit schon abgelaufen sey oder nicht. Nur unter diesen Einschränkungen kann ich dem Huber beypflichten, wenn er am angeführten Orte folgenden Fall bestimmt. — Noster homo Frisius in Batauis agens, illic mercibus minutim venditis obligatus est, quarum actioni biennio apud nos, secus in Hollandia praescribitur. Creditor actionem post biennium in Frisia instituit, quaesitum est, an pati debeat praescriptionem biennalem, quia nunc agit in Frisia, an ea sit liberandus, quum contractus est initus in Hollandia. Respondeo, praescriptioni locum esse, *quia ius eius ad actionem, non ad negotium gestum pertinet.*

Ueber die Erklärung und Anwendung der Gesetze, nach welchen der Richter im Fall einer Collision der positiven Rechte verfahren muß, trägt Hr. Prof. Weber S. 457. folgende Bemerkungen vor. — Bey den verschiedenen Meynungen und Widersprüchen der Ausleger, welche unvermeidlich sind, wenn die Worte des Gesetzes nicht von allen Seiten die höchstmögliche Bestimmtheit haben, sind die Partheien übel daran, wenn ihre Sache einem Richter in die Hände kommt, dem es an gewissen, richtigen, und aus der Natur einer jeden Rechtsmaterie abstrahirten Grundsätzen fehlt, um dem Labyrinte der gelehrten Zänkereien entgehen zu können. Wem der Staat die Verwaltung der Justiz anvertraut hat, der soll und muß billig für die Vorschrift der Gesetze, eine allen Eigendünkel und Klügeley gänzlich ausschliessende Achtung haben, aber auch nicht minder für die Rechte und das Eigenthum der Bürger und Unterthanen. Diesen unter gewissen Umständen ihre Befugnisse absprechen, oder die Rechtsverfolgung desselben einschränken, ist durchaus eine Sache, die sich kein Richter erlauben darf, wenn nicht klare Vorschrift der Gesetze ihn dazu ermächtigt. Es ist also auch hier eine ungezweifelte Wahrheit, daß alle Verordnungen, deren wir in

diesem

diesem und dem vorigen Abschnitte erwähnt haben, lediglich nur auf die besondere Gattung von Rechtsgeschäften, nur auf die Personen, und die besondern Verhältnisse, welche die Gesetzgeber ausdrücklich genannt haben, zu beschränken, nicht aber auf andere Gegenstände und Verhältnisse zu erweitern sind. Wo z. B. das Macedonianische Senatusconsultum als ein Gesetz gilt, da muß man lediglich bey den Worten desselben stehen bleiben, wonach es nur von Darlehnen gilt, die in baarem Gelde gemacht werden; daher es weder auf andere Arten des Darlehns, noch auf sonstige Verträge, noch auf den Fall anzuwenden ist, wenn die Schuld ursprünglich nicht aus einer Geldanleihe herrührt, sondern nur durch eine Novation darein verwandelt worden ist o), wiewohl man zugeben muß, daß der Gesetzgebung selbst in dieser Hinsicht manche wichtige Einwürfe entgegen stehen, wovon aber der Richter nicht sofort in der Anwendung Gebrauch machen darf. Heilsamer ist es freilich, nach den Gründen, welche der Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuchs für die Preußischen Staaten besonders angeführt hat, bey allen Verträgen der Kinder, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, die Einwilligung des Vaters zum wesentlichen Requisit der Gültigkeit zu machen, dabey aber auch die Kennzeichen der fortdauernden oder aufgehobenen väterlichen Gewalt so sichtbar zu bestimmen, daß Niemand, ohne grobe Unwissenheit, sich darinn irren kann, und sodann auf alle Behelfe nicht weiter zu achten, die das römische Recht dem Gläubiger ertheilt, und wodurch verschmitzte Wucherer die ganze Disposition und Absicht des Gesetzgebers nur zu leicht vereiteln können. Dahin gehören die Sätze, daß das Senatusconsultum nicht Statt finde, wenn der Gläubiger die Eigenschaft seines Schuldners nicht gewußt, oder wenn der Vater schon vorhin Schulden für den Sohn bezahlt hätte, u. s. w. p). Daß übrigens der Richter die

o) Mencke ad Pand. XIV. 6. 5. Fr. Beckmannorvm Cons. et Resp. Tom. I. Resp. 13.

p) Entwurf eines allgemeinen Gesetzb. ꝛc. Thl. 1. S. 172. ꝛc. Allgemeines Gesetzbuch für die Preuß. Staaten, II. 2. 125. und 210.

die vorkommenden Rechtsgeschäfte, Personen und Sachen, nur nach den Eigenschaften und Folgen, welche die bürgerliche Verordnung als gewöhnlich dabey voraussetzt, behandeln müsse, daß die Vorschrift des Gesetzes keinen Abfall leide, wenn gleich auf ein oder anderes Individuum der gesetzliche Grund nicht passen sollte; daß einschränkende Verordnungen, deren Grund darauf beruhet, weil gewisse Handlungen leicht üble Folgen haben oder gemisbraucht werden können, dadurch ihre Anwendung nicht verlieren, wenn Jemand beweisen wollte, daß in dem vorkommenden Fall kein Misbrauch geschehen, keine schädliche Folge zur Würklichkeit gekommen sey, alles dieses ist oben §. 64. aus Gründen dargethan q), welche zugleich deutlich angeben, daß auch in den gegenwärtigen Materien allerdings davon Gebrauch zu machen sey. Gelegentlich haben wir auch schon wegen Anwendung der römischen Gesetze, welche manchen natürlich erlaubten und verbindlichen Handlungen die gerichtliche Würksamkeit versagen, die Vorsicht empfohlen, vorzüglich in Acht zu nehmen, ob dergleichen Verordnung auf Gründen beruhe, welche blos der römischen Verfassung eigen, oder die noch heutiges Tages fortdauernd sind. Wir haben gesehen, daß deshalb hin und wieder der heutige Gebrauch wegfalle, wiederum aber auch in mehrern Fällen so viel befunden, daß die Meinung des Gerhard Gottlieb Titius r), welcher nach heutigen Rechten von blos natürlichen Verbindlichkeiten im strengsten Verstande der römischen Civilgesetze gar nichts wissen will, unstreitig zu weit gehe. Was dieser sonst einsichtsvolle Rechtslehrer vorträgt, ist so seltsam, daß man es kaum der Philosophie eines Jason oder Bulgarus verzeihen würde. Hodie obligatio naturalis plena (so nennt er die natürliche Verbindlichkeit, welche zwar den völligen Effekt nicht hat, jedoch

210. ꝛc. Man sehe auch über die Kunstgriffe, welche gewöhnlich in fraudem Senatusconsulti angewandt werden, die Beyträge zur populären Rechtsgelahrheit, Thl. 1. Stck. 3. Nr. 8.

q) Practischer Comment. Thl. 1. S. 253.

r) TITIVS in iur. priuat. c. 11. §. 8.

doch nicht ganz unwirksam ist) rarior est, vel potius plane cessat. Nam solemne exemplum obligationis ex pacto nudo descendentis non occurrit, obligatio vero filii familias, quae ex mutuo asseritur, vel etiam pupilli sine tutore contrahentis, vix congruum exhibet exemplum, quum reuera nulla obligatio adsit. Giebt es denn etwa außer diesen Fällen nicht viel mehrere, wo die natürliche Verbindlichkeit den gerichtlichen Effekt nicht hat? Und muß man nicht alle Grundsätze verleugnen, um behaupten zu können, daß das Darlehn eines filii familias gar keine Verbindlichkeit hervorbringe, und um dieses Darlehn mit den Geschäften eines Pupillen ohne des Vormundes Einwilligung in eine Klasse zu rangiren? Das ist doch gar zu arg!

§. 45. 46.

Daß in dem gegenwärtigen ersten Titel der Pandekten, von den Verfassern derselben, einzelne Grundsätze von der Natur und Beschaffenheit des Rechts und der Gerechtigkeit vorgetragen worden, wie man sie damals hatte, habe ich bereits oben S. 12 bemerkt. Weil die Pandekten nach dem Willen des Justinians, nicht blos eine Gesetzsammlung, sondern zugleich auch ein Lehrbuch der Rechtsgelehrsamkeit seyn sollten, so läßt sich dagegen nichts einwenden. Die Ausübung der Gerechtigkeit ist unstreitig der Zweck der Rechtsgelehrsamkeit. Man findet zwar in den Schriften neuerer Rechtsgelehrten verschiedene Meinungen darüber: was der eigentliche Zweck der Rechtsgelehrsamkeit sey. Einige[s]) halten die Ehre Gottes und die Wohlfahrt des Staats für den Hauptzweck derselben. Nach der Behauptung der mehresten Rechtslehrer muß aber die Ausübung der Gerechtigkeit für den Hauptzweck der Rechtsgelehrsamkeit gehalten werden. In der L. 10. h. t. wird, wie bekannt, von der Gerechtigkeit folgende Definition vorgetragen: *iustitia* est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.

Ueber

s) Iust. Henn. BOEHMER Introd. in Ius Digest. Tit. I. §. 8.

Ueber die Brauchbarkeit dieses Begrifs ist sehr viel gestritten worden, und noch heutzutage verwerfen die mehresten denselben als unbrauchbar, andere aber halten ihn für brauchbar t). Hr. RR. Eichmann drückt sich sehr empfindlich über diese Sache aus und schreibt: So sehr es zu loben ist, wenn die Rechtsgelehrten das, was die Alten Gutes gesagt haben, beybehalten; so sehr ist es zu tadeln, wenn man sich bemüht die Begriffe, welche die römischen Rechtsgelehrten von Rechtssachen gegeben, und die ihren Grund in derselben besondern Denkungsart und Philosophie haben, zu vertheidigen. Warum wollen wir die dunkeln und verworrenen, unserer gesündern Philosophie und dem Redegebrauch entgegen stehenden Begriffe, die in unsern Justinianischen Gesetzbüchern vorkommen, nicht in deutliche und bessere verwandeln, da wir doch an dieselben nicht gebunden sind? Hierher gehört auch der angeführte Begrif von der Gerechtigkeit. Wir bemerken überhaupt folgendes: 1) Gerechtigkeit hat immer eine Beziehung auf vollkommene Gesetze, so wie die Billigkeit hingegen sich auf unvollkommene Gesetze beziehet. Die Richtschnur von dem, was recht und unrecht ist, sind die vollkommenen Gesetze. 2) Jeder, der tugendhaft ist, lebt auch gerecht; allein man kann nicht sagen, daß jeder Gerechte auch tugendhaft sey. 3) Gerechtigkeit kann objektivisch und subjektivisch genommen werden. Objektivisch genommen, besteht sie in der Uebereinstimmung einer Handlung mit den vollkommenen Gesetzen. Ich sage z. B. ich will die Gerechtigkeit dieser Handlung darthun; das heißt: ich will zeigen, daß die Handlung den vollkommenen Gesetzen gemäß ist. Subjektivisch genommen ist sie eine Eigenschaft eines Menschen, die

t) Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. S. 10. Huber Digr. I. 7. Noodt Probab. III. 1. 2. Waechtler in Opusc. S. 283. Colvmbvs D. de iustitia et iure, Lipsi. 1739. Leyser Spec. 1. med. 2. Hahn in Colleg. polemic. S. 16. v. Cramers akademische Reden über Struvs Iurisprud. Lib. I. tit. 1. §. 3. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts, Thl. 1. S. 164.

die er dadurch erlangt, daß er keine Handlungen wider die vollkommenen Gesetze unternimmt, sondern vielmehr seine Handlungen denenselben gemäß einrichtet. Es kommt hier gar nichts darauf an, ob der Mensch gerne und willig sich so verhält. Cajus leistet alles, was ihm die Gesetze auflegen, und ist der erste, der die Abgaben, die ihm aufgelegt werden, entrichtet. Er heißt ein gerechter Mann, wenn er auch gleich die größte Unzufriedenheit bey dergleichen Entrichtungen empfindet, und selbst deshalb in Versuchung gewesen seyn sollte, sein Schicksal auf der Welt mit einem Stricke zu endigen. In diesem Verstande ist Gerechtigkeit der Endzweck des vollkommenen Rechts, oder der vollkommenen Gesetze. Alle diejenigen also, die mit den Gesetzen zu thun haben, müssen das ihrige beitragen, und dahin arbeiten, daß diese Absicht erreicht werde [u]). Diejenigen hingegen, welche philosophische und theologische Moral predigen, müssen sich bemühen, daß die Gerechtigkeit bey den Bürgern des Staats moralisch werde. **Moralische oder innerliche Gerechtigkeit** besteht in einer Fertigkeit der Seele, den unvollkommenen Gesetzen gemäß zu leben. Hiermit kommt beinahe der Begrif des **Ulpians** überein. Dieser erfordert zur Gerechtigkeit folgendes: nämlich 1) einen Willen, jedem dasjenige zu geben und zu lassen, was ihm nach den Gesetzen gehört. Allein unter den Gesetzen versteht er nicht nur die vollkommenen, sondern auch die unvollkommenen. Daher rühren eben verschiedne Eintheilungen der Gerechtigkeit. 2) Soll ein solcher Wille constans seyn. Darunter verstunden die Stoiker, aus deren Philosophie dieser Begrif genommen ist, den Willen, der sich auf einen festen und nach reifer Ueberlegung gefaßten Vorsatz gründet. 3) Soll auch dieser voluntas perpetua seyn. Hierunter verstunden die Stoiker einen unveränderlichen oder bis an den letzten Augenblick des Lebens beibehaltenen Willen [x]). Dieser Begrif nun von der Gerechtigkeit taugt nichts, weil 1) er seine Beziehung auf vollkommene und unvoll-

u) G. Chr. Gebauer D. de iustitia et iure §. 4.
x) Vlric. Hvber in Digress. Iustin. Lib. I. c. 7.

unvollkommene Gesetze hat; 2) weil ohne Fertigkeit den Gesetzen gemäs zu leben, Gerechtigkeit gedacht werden kann, nach des Ulpians Begrif aber dergleichen dazu erfordert wird.

So groß die Achtung ist, welche ich gegen die Gelehrsamkeit des Hrn. RR. Eichmanns habe, so wenig trage ich Bedenken, auf die Seite derjenigen achtungswürdigen Rechtsgelehrten zu treten, worunter ich besonders den verstorbenen Hrn. Prof. Hofacker in Tübingen verehre, welche den Begrif der Gerechtigkeit, wie er in Gesetzen vorkommt, für brauchbar und anwendbar halten. Wer nur etwas mit dem Sprachgebrauche der hebräischen Sprache bekannt ist, weiß es, daß die Worte iustus und iustitia, einen sehr unbestimmten und weitläuftigen Verstand haben, der auch in die lateinische Sprache übergetragen worden. Wenn der Begrif der Gerechtigkeit einen wahren Nutzen stiften soll, so kann man nichts anders darunter verstehen, als was die alten Weltweisen und Rechtsgelehrten dabey dachten, nämlich die Ausübung der Zwangs- und Liebespflichten in Rücksicht auf Mein und Dein. Dadurch macht man die Staatsbürger zugleich zu moralischen Menschen, und gründet das Glück des Staats auf das sicherste. Die engen Gränzen, welche die mehresten neuern Rechtsgelehrten der Gerechtigkeit anweisen, machen sie blos zu einer bürgerlichen Tugend, aber keine christliche ist es nicht. Wer aus Furcht vor Strafe seine Pflichten erfüllt, ist ein schlechter Mensch, und folglich doch wohl auch kein guter Bürger. Was sind denn das für Menschen, die Hr. RR. Eichmann zum Beyspiel anführt, wenn er S. 166 schreibt: Cajus leistet alles, was ihm die Gesetze auflegen, und ist der erste, der die Abgaben, die ihm auferlegt werden, entrichtet. Er heißt ein gerechter Mann, wenn er auch gleich die größte Unzufriedenheit bey dergleichen Entrichtungen empfindet, und selbst deshalb in Versuchung gewesen seyn sollte, sein Schicksal auf der Welt mit einem Stricke zu endigen. Außerordentlich achtungswürdig ist mir daher jeder Rechtsgelehrte, der den Begrif der römischen Rechtsgelehrten von der Gerechtigkeit vertheidigt, und

zum richtigen Verstande dieses Begrifs so viel sagt, als nöthig ist, oder wodurch die Sache besser erläutert wird y). Auch Cicero z) billigt diesen Begrif der Gerechtigkeit, und erklärt sie für die sicherste Stütze der Wohlfahrt eines Staats, indem er schreibt: *iustitia* est animi affectio, suum cuique tribuens et hanc *societatem coniunctionis humanae mirifice et aeque tuens*.

Ich komme auf die in den Schriften der Rechtsgelehrten vorkommenden Eintheilungen der Gerechtigkeit; denn wie bekannt sind nicht die Eintheilungen: iustitia vniuersalis et particularis, commutatiua et distributiua, expletrix et attributrix? Da die Rechtsgelehrten, bey der richtigen Bestimmung und Festsetzung des Begrifs der Gerechtigkeit so sehr von einander abweichen, so müssen sie auch bey der Erklärung dieser angeführten Eintheilungen verschiedne Meinungen billigen. Aristoteles trägt in seiner Ethik, im 5. Buche Cap. 1. die Eintheilung der Gerechtigkeit in allgemeine und besondere vor. Ueber den richtigen Verstand seiner Meinung, findet man ebenfalls verschiedne Behauptungen vorgetragen a). Eine philosophische Untersuchung über die Natur derjenigen Tugend, welche die alten Philosophen iustitia nannten, mußte sie nothwendig auf den Umfang derjenigen Handlungen führen, die bey Ausübung derselben vorkommen, und auf die verschiednen Verhältnisse derselben. Sie sagten nämlich, man kann die Gerechtigkeit in zweyerley Rücksicht betrachten, nämlich erstlich in Rücksicht auf das allgemeine Beste, und zweytens in Rücksicht auf einzelne Mitglieder des Staats.

Unter

y) Hofacker Princ. Iur. ciuil. Tom. I. S. 11. Fr. Car. Conradi D. de iustitia interna a fine iurisprud. ciu. non separanda, Helmst. 1744.

z) Cicero de finib. Lib. 5. c. 23.

a) Bolognetvs de lege, iure et aequitate, Rom. 1570. fol. c. 8. Hvber Digress. Lib. I. c. 8. 9. Averan. Interpret. III. 6. Kaestner Comment. de iustitia eiusque speciebus, in Aristotel. Ethica Lib. 5. Lipsi. 1737. Gehler D. de laesione emtoris vltra dimidium recte computanda, Lipsi. 1777. §. 13.

Unter dem ersten Gesichtspunkte betrachtet nannten sie solche iustitia vniuersalis, und im andern Falle, iustitia particularis. Daß nun nicht blos die Ausübung der besondern Gerechtigkeit für den Zweck der Rechtsgelehrsamkeit gehalten werden kann, sondern vielmehr auf die allgemeine Gerechtigkeit Rücksicht genommen werden müsse, schreibt Hr. Prof. Hofacker, erhellet ganz deutlich schon daraus, daß in der Rechtsgelehrsamkeit Grundsätze vorgetragen werden, deren Gegenstände die eheliche Verbindung, die Rechte der Eltern und Kinder, der Eid, die Verbrechen, und andere rechtliche Verhältnisse sind, die mit den Liebespflichten in der genauesten Verbindung stehen, und wobey man gar nicht blos auf Zwangspflichten Rücksicht nimmt. Die sogenannte allgemeine Gerechtigkeit zeigt sich bey der Gleichheit der Staatsbürger im Handel und Wandel, und wird daher auch iustitia commutatiua genannt: die sogenannte besondere Gerechtigkeit hingegen äußert sich bey Vertheilung gemeinschaftlicher Rechte und Verbindlichkeiten, wohin öffentliche Aemter und Würden und die damit verbundenen Lasten, wie auch die Bestrafung der Verbrechen gehören, daher sie iustitia distributiua genannt werden kann, und man befolgt dabey geometrische Verhältnisse. Auch Grotius [b]) hat nichts anders vortragen wollen, wenn er gleich die Benennung iustitia expletrix und iustitia attributrix braucht; denn unter dem ersten Ausdrucke versteht er die allgemeine, und unter dem andern die besondere Gerechtigkeit. — Wer mit der Art und Weise bekannt ist, wie die Philosophen ihre Behauptungen aus einander setzen und sie zu beweisen suchen, wird diese Erklärungsart gewiß ganz verständlich finden, und sie auch nicht misbilligen. Wenn man aber den, von den mehresten neuern Rechtsgelehrten als richtig angenommenen Begrif der Gerechtigkeit, ebenfalls billigt, so erklärt man freilich alle diese Eintheilungen für unwichtig. Der Vollständigkeit wegen halte ich es für Pflicht, die Gedanken zweyer berühm-

b) Grotius de iure belli et pacis, Lib. I. c. 1. §. 8.

ter Rechtsgelehrten über diese Materie, nämlich des Hrn. RR. Eichmanns, und des Hrn. HR. Glücks anzuführen.

Hr. RR. Eichmann schreibt: Man hat verschiedene Eintheilungen von der Gerechtigkeit; allein alle dieselben haben α) keinen praktischen Nutzen, β) gründen sie sich auf die alte Philosophie und nicht auf die Gesetze. Dahin gehört

1) Die Eintheilung der Gerechtigkeit, worunter man eine Fertigkeit versteht, einem jeden das Seinige zu geben und zu lassen, in die allgemeine und besondere. Unter der erstern verstehet man eine Fertigkeit, einem jeden sowohl dasjenige, was er vermöge eines vollkommenen Rechts, als auch dasjenige, was er vermöge eines unvollkommenen Rechts, fordern kann, zu geben und zu lassen; hingegen die Fertigkeit, die nicht auf beydes zugleich gehet, wird die besondere Gerechtigkeit genannt[c]). Diese letztere theilen sie wiederum ein, in die äusserliche, *externam* seu *expletricem*, und in die innerliche, *internam* seu *attributricem*, nachdem die Fertigkeit entweder darinnen besteht, einem jeden das zu geben, was er aus einem vollkommenen Rechte fordern kann, oder nur aus einem unvollkommenen[d]). Es taugt diese Eintheilung nichts. α) Ist es unschicklich eine Sache in das Ganze und in einen Theil, oder in das Geschlecht und in eine Art davon einzutheilen[e]). Dieses geschiehet aber hier; denn die Begriffe von der Gerechtigkeit überhaupt und von der allgemeinen laufen auf eins hinaus. β) Hat die Gerechtigkeit nach dem gemeinen Redegebrauch keine Beziehung auf unvollkommene Rechte und Gesetze; durch die Befolgung oder Nicht-

c) Unter die Vertheidiger dieser Eintheilung gehören, Hahn in Colleg. polem. contron. 7. P. 20. Wloemen Disp. de iustitia vniuers. et particulari eiusque subdiuisione et vsu, Giess. 1741. de Cramer Obseru. iur. vniu. Tom. III. Obs. 900.

d) Guil. Hier. Bruckner D. de iustitia externa et interna, Ien. 1691. Fr. C. Conradi D. de iustitia interna a fine iurisprudentiae non separanda, Helmst. 1744.

e) Heineccius Elem. iur. ciu. sec. ord. Dig. Lib. I. §. 6. Gebauer. D. de iustit. et iure, §. 5.

Nichtbefolgung dererselben wird einer weder gerecht oder ungerecht. Das, was in Ansehung der vollkommenen Rechte und Gesetze Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit ist, das ist in Rücksicht derer unvollkommenen Rechte und Gesetze Billigkeit und Unbilligkeit. γ) Wird auch nach dem gemeinen Redegebrauch nicht eben Fertigkeit zur Gerechtigkeit erfordert.

2) Gehört auch dahin die Eintheilung der Gerechtigkeit in die distributivische und commutativische. Die erstere soll die Gerechtigkeit seyn, welche auf die Person, Stand und Verdienst Rücksicht nimmt, die letztere aber diejenige, welche dieses nicht thut. Jene soll statt finden bey Belohnungen, bey Vergebung der Ehrenstellen, bey Abgaben und bey willkührlichen Strafen; diese aber in allen denjenigen Fällen, wo etwas von dem andern aus einem vollkommenen Rechte gefordert wird, und auch bey Strafen, die in den Gesetzen bestimmt sind. Auch diese Eintheilung, die ohne Gesetz gemacht und von den Scholastikern in unsere Rechtsbücher gekommen ist, taugt nichts. α) Hat sie ebenfalls eine Beziehung auf das, was aus dem unvollkommenen Rechte herrührt, womit doch eigentlich die Gerechtigkeit nichts zu thun hat. β) Hat an sich der Rechtsgelehrte mit Belohnungen, mit Austheilung der Ehrenstellen nichts zu thun; sondern nur in so ferne gehört alles dieses mit in seine Sphäre, in wie ferne die Gesetze hiervon etwas verordnen, und in einem solchen Falle kommt es darauf an, ob und in wie fern die Gesetze wollen, daß auf Person, Stand, und Verdienste gesehen werden soll. γ) Auch in Ansehung der Strafen muß ein Richter sich nach den Gesetzen richten; und kann nur alsdenn auf Stand, Person und Verdienste sehen, wenn es die Gesetze verstatten. Daher verwerfen alle diese Eintheilungen der Gerechtigkeit mehrere Rechtslehrer f).

f) PAGENSTECHER in admonit. P. I. c. 6. SCHAVMBVRG Comp. Digest. Lib. I. tit. I. §. 4. LVDOVICI Vsus pract. distinct. iurid. Lib. I. tit. I. Dist. I. seq. LEYSER Spec. I. med. 3. HARTLEBEN Spec. I. med. 2.

Herr HR. Glück hat seine Gedanken über diese Eintheilungen folgendergestallt ausgeführt. — Die Stoiker betrachteten die Gerechtigkeit als eine Tugend, und dachten sich darunter eine constantem et perpetuam vitae rationem [g]). Nach dieser strengen Tugendlehre sahen sie daher bey Ausübung der Gerechtigkeit zugleich auf die innern Neigungen. Die äusserliche Erfüllung der Pflichten genügte ihnen noch nicht; nein, nur denjenigen hielten sie für gerecht, der auch den Willen, und zwar den festen und unveränderlichen Willen hätte, gerecht zu handeln [h]). Allein es mag immerhin der angeführte Begrif von der Gerechtigkeit seine Vertheidiger gefunden haben [i]); für den Juristen ist er wenigstens nicht brauchbar, dessen Zweck nur Handhabung der äusserlichen Gerechtigkeit ist [k]). Die eigentliche Gerechtigkeit, die für das Forum des Rechtsgelehrten gehört, bestehet demnach in der Uebereinstimmung der äusserlichen Handlungen des Menschen mit den vollkommenen oder Zwangsgesetzen. Nach diesem juristischen Begrif der Justiz wird also a) ein jeder für gerecht gehalten, dessen Handlungen nur äusserlich den Gesetzen gemäß sind, wenn er auch gleich nur aus Furcht vor der Strafe gerecht handelte, seine innern Gesinnungen und Neigungen aber nichts weniger als mit den Gesetzen übereinkommen; denn darum bekümmert sich der Rechtsgelehrte nicht. Cogitationis poenam nemo patitur.

g) S. Cicero de legib. Lib. I. c. 17. und lib. IV. Academicor. Aristoteles ad Nicomach. V. 1. Gellius Noct. Atticar. Lib. XVII. c. 5. in fine. Mehrere Stellen noch hat Walch ad Eckardi Herm. iur. L. I. c. 4. §. 133. S. 221.

h) S. Ger. Noodt Probabil. iuris ciu. Lib. III. c. 1. et. 2. Christ. Fr. Waechtler ad Noodtium in Opusc. P. 289. sqq. Hvber Digress. Iustin. Lib. I. c. 7. Io. Ge. Marckart Recept. iur. ciuil. lection. P. I. P. 20. Aeg. Menagius Amoen. iur. ciu. c. 4.

i) Fr. Car. Conradi D. de iustitia interna a fine iurisprud. ciuil. non separanda, Helmst. 1744.

k) Eben dieses hat auch schon Gebauer Diss. de iustitia et iure §. 4. gegen die Definition des Ulpians eingewendet.

patitur. b) Gerechtigkeit hat immer nur Beziehung auf vollkommene oder Zwangsgesetze. Wer also nur Liebespflichten gegen andere Menschen nicht erfüllt, übrigens aber alles dasjenige pünktlich beobachtet, was die bürgerlichen Zwangsgesetze von ihm fordern, von dem kann man nicht sagen, er handele ungerecht. Denn die Pflichten der Menschenliebe liegen ausser den Gränzen der eigentlichen Gerechtigkeit (iustitiae forensis); die Hintenansetzung derselben mißbilliget zwar die Moral, und erwecket auch wohl bey dem edler denkenden Theil des Publikums Verachtung, aber ziehet doch keine eigentliche Strafe nach sich. So z. B. erzählt Cicero de Offic. III, 13. man habe es zu Athen für eine Schande gehalten, erranti viam non monstrare. Hieraus erhellet, daß die Eintheilung einiger Rechtsgelehrten von der Gerechtigkeit, wenn sie dieselbe in expletricem, welche in der Erfüllung der vollkommenen Pflichten und attributricem, welche in der Beobachtung der Liebespflichten bestehen soll, eintheilen [l]), für den Rechtsgelehrten gar keinen Nutzen habe, weil wir in foro humano nur mit Zwangsrechten und vollkommenen Pflichten zu thun haben [m]).

Eben so irrig ist auch die bekannte Eintheilung der Justiz in distributiuam und commutatiuam, welche gemeiniglich mit jener verwechselt wird. Erstere soll diejenige seyn, welche ein geometrisches, und letztere, welche ein arithmetisches Verhältniß zum Maßstab annimmt [n]). Die arithmetische Proportion, sagt man, finde nur beym Handel und solchen Contrakten statt, in denen die Partheien

l) GROTIVS de iur. belli, Lib. I. c. 1. §. 8.

m) WÜRFEL Iurispr. ciuil. definitiua, §. 2.

n) Es ist diese Eintheilung aus des Aristoteles Ethik 5. B. 5. C. genommen. S. KAESTNER Comment. de iustitia eiusque speciebus in Aristot. Ethic. V. Lipsi. 1737. Daß jedoch ein Mißverstand der Worte jenes Philosophen die eigentliche Quelle dieser Eintheilung sey, hat D. Io. Sam. Traug. GEHLER in Comment. de laesione emtoris vltra dimidium recte computanda Lipsi. 1777. §. 13. gründlich dargethan.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0381
DFG

einander gegenseitig etwas zu leisten versprochen haben; die geometrische hingegen werde bey Beschwerungen oder gemeinen Lasten der Unterthanen, sodann bey Belohnungen und Besetzung der Ehrenstellen, desgleichen bey der Bestrafung der Verbrechen, auch bey der Berechnung im Concurse, wenn die Frage ist, wie viel ein jeder Gläubiger an Unkosten, oder, wenn mehrere Gläubiger derselbigen Gattung vorhanden sind, die kein Vorzugsrecht vor einander haben, wegen nicht hinreichender Concursmasse, an der Forderung sich müssen abziehen lassen, und dergleichen, angewendet o). Man sagt ferner: iustitia distributiua nehme auf die Person, Stand und Verdienst Rücksicht; die commutatiua aber nicht. Allein das Irrige dieser purscholastischen, und in unsern Gesetzen nirgends gegründeten Eintheilung zeigt sich sogleich offenbar, wenn man erwägt, daß unsere Gesetze auch bey dem Handel und Verträgen, die einzelne Bürger mit einander schliessen, nicht nur einen Unterschied der Personen in Ansehung ihres Alters, Geschlechts und andere Verhältnisse, statt finden lassen, sondern auch selbst in Ansehung der versprochenen Prästationen überall eine geometrische Proportion beobachtet wissen wollen. Wie verschieden sind nicht die Rechte der Pupillen und Minderjährigen bey den Verträgen und Veräußerungen; der Weibspersonen bey Bürgschaften; der filiorumfamilias beym Darlehnscontrakt, oder auch bey andern Contracten, die sie gültiger Weise schließen können, wenn es auf die Frage ankommt, in wiefern sie selbst während der väterlichen Gewalt daraus belangt werden können; der Gesellschaftsgenossen, wenn sie der Societätskasse schuldig sind, u. s. w. Daß aber in Ansehung der zu leistenden Objecte bey den Contracten ein geometrisches Verhältniß zu beobachten sey, beweißt unter andern der Societätscontrakt, bey welchem sich, wenn die Gesellschafter ein

o) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, 3 Thl. S. 4. §. 5. Io. Ge. Daries D. de interpret. et extensione L. 2. C. de resc. vendit. Trai. ad Viadr. 1775. §. 24. Hofacker Princ. Iur. ciuil. Tom. I. §. 16.

ein anderes nicht festgesetzt haben, die Theilnehmung sowohl am Gewinn als Verlust nach den Beyträgen richtet [p]). Diese geometrische Proportion findet ferner auch beym Kauf- [q]) und Mieth- oder Pachtcontrakt [r]), desgleichen bey Zahlungen [s]), bey dem Versprechen einer Brautgabe [t]), und überhaupt in allen den Fällen statt, wo von der Prästation und Bestimmung einer gewissen Quantität die Frage ist, wie dieses vom Averanius [u]) durch viele Beyspiele erläutert worden. Ich übergehe mehrere Argumente mit Stillschweigen, die man bey andern in den unten angeführten Schriften finden wird [x]).

Eine so ausführliche Erläuterung dieser Materie, wie man sie hier findet, wird vielleicht manchem praktischen Rechtsgelehrten unnöthig scheinen. Ich habe aber solche deswegen vorgetragen, weil philosophische Rechtsgelehrte diesen Gegenstand für höchst wichtig halten, da die möglichst vollkommene Justizpflege, unter die Hauptstützen der Wohlfahrt des Staats gezählt werden muß. Bey der Lehre von der Gerechtigkeit läßt sich doch wohl philosophiren!!!

p) L. 6. L. 80. D. pro socio.

q) L. 40. §. 2. D. de contr. emt. vend. L. 4. §. 1. D. de act. emt. vend.

r) L. 21. L. 30. pr. et §. 1. D. loc. cond. L. 15. §. 7. D. eod.

s) L. 8. D. de solut.

t) L. 60. L. 69. §. 4. D. de iure dot.

u) Averan. Interpr. Lib. III. c. 6.

x) Henr. Coccei D. de proportionibus, Heidelb. 1671. Leyser Spec. I. med. 3. Westenberg Digest. h. t. §. 15. sqq. Thomasius D. de aequitate cerebrina L. 2. C. de rescind. vend. c. 2. §. 35. Hartleben Spec. I. med. 2. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts, 1. Thl. S. 170. besonders Lud. Herrenschneider D. de laesionis enormis computatione, Part. post. Argent. 1785. cap. 1.

Lib. I. T. III.

de

Legibus, Senatusconsultis et longa consuetudine.

§. 82. 83.

Der ganze dritte und vierte Titel unserer Pandekten, enthält allgemeine Wahrheiten von der Natur und Beschaffenheit derjenigen Gesetze, welche in Privatangelegenheiten befolgt werden sollen [a]). Wie es in unsern heutigen Staaten nicht blos eine Art bürgerlicher Gesetze giebt, sondern die Staatsbürger in ihren Privatangelegenheiten mehrere Gattungen von Gesetzen befolgen müssen, so war dieses auch der Fall bey den Römern. Wer kennt nicht aus der Geschichte des Römischen Rechts, die mancherley Arten der Gesetze, die von Zeit zu Zeit im römischen Staate verbindliche Kraft gehabt haben? Will man die wahre Natur und Beschaffenheit aller dieser einzelnen Arten der Gesetze gehörig kennen lernen, so muß man mit den Haupt- und Unterabtheilungen derselben hinlänglich bekannt seyn, und wissen, was in Rücksicht auf solche, Aufmerksamkeit verdient. Für die wichtigste Hauptabtheilung der römischen Gesetze, ist wohl die Eintheilung derselben in Ius scriptum et Ius non scriptum zu halten [b]). Die Rechtslehrer sind aber verschiedner Meinung darüber, was, dem Sprachgebrauch der römischen Rechtsgelehrten gemäß, unter diesen Ausdrücken eigentlich verstanden werden müsse. Einige [c]) sagen; unter ius

a) Alex. Tvramini ad rubr. Pand. de legibus libri III. et in eiusdem tit. leges commentarii, Florent. 1592. 4.

b) §. 3. et. 10. Inst. de iure nat. gent. et ciuil. L. 6. §. 1. D. de iust. et iure L. 32. D. de leg.

c) Westenberg ad Instit. Lib. I. tit. 2. §. 24. Hvber h. t. §. 7.

ius scriptum hätten die Römer die ganze Anzahl derjenigen Gesetze verstanden, welche auf die gewöhnliche Art und Weise bekannt gemacht worden; ius non scriptum hingegen, hätten sie den Inbegrif aller gesetzlichen Verordnungen genannt, welche mit stillschweigender Einwilligung der Gesetzgeber, durch eine sogenannte Gewohnheit entstanden; folglich sey die schriftliche Aufzeichnung kein wesentliches Stück eines sogenannten geschriebenen Gesetzes, sondern es komme einzig und allein auf die nach der Abfassung des Gesetzes geschehene Bekanntmachung an. Andere einsichtsvolle Rechtslehrer [d]) glauben, ius scriptum hätten die Römer genannt, was schriftlich aufgezeichnet worden; und unter ius non scriptum habe man den Inbegrif aller Gesetze verstanden, die sich blos durch den Gebrauch erhalten. Eine dritte Meinung geht dahin [e]): ius scriptum sey es genennt worden, wenn Gesetze nicht nur auf die gewöhnliche Weise bekannt gemacht, sondern zugleich auch schriftlich aufbewahrt worden, und diesen Namen habe man anfangs allen in den Volksversammlungen abgefaßten Gesetzen gegeben; unter den Kaisern aber sey jede Verordnung derselben so genannt worden. Ius non scriptum, sagt Sturm, nannten die Römer solche Gesetze, die entweder nicht schriftlich aufgezeichnet worden, oder denen es an einer ausdrücklichen Willenserklärung des Gesetzgebers, oder gar an beyden zugleich mangelte. Prüft man diese angeführten Erklärungsarten, so sieht man bald ein, daß bey der Festsetzung des Begrifs, der mit den Worten ius scriptum und ius non scriptum verbunden worden ist, zweyerley Bedeutungen unterschieden werden müssen, nämlich die grammatische und juristische, wovon aber diese für die eigentliche gesetzliche, und jene für die uneigentliche, zu halten ist. Im juristischen Ver-

d) Hofacker Princ. Iur. Rom. T. I. §. 84. Gebauer ad Inst. Lib. I. tit. 2. §. 7. Crell Obs. de orig. et virtut. iur. non scripti, Vit. 1739. §. 1.

e) Sturm D. de distinct. iur. scripti et non scripti, Ien. 1725. in *Eius* Diss. §. 20.

Verstande heißt Lex scripta ein solches Gesetz, welches auf die sonst gewöhnliche Weise bekannt gemacht worden, wie es bey jedem neuen Gesetz geschehen soll: ius non scriptum ist der Inbegrif solcher Gesetze, die durch Gewohnheiten entstanden sind [f]). Im grammatischen Verstande aber heißt ein Gesetz geschrieben, wenn es schriftlich abgefaßt worden, nicht geschrieben, wenn es blos durch das Gedächtnis und mündliche Nachrichten erhalten worden. Hr. HR. Glück behauptet, Justinian sey hauptsächlich an der Schwierigkeit bey Festsetzung des wahren Begrifs vom ius scriptum und ius non scriptum Schuld, weil er im §. 10. Inst. de iure nat. gent. et ciuil. ganz offenbar nicht geschriebenes Recht im juristischen und grammatischen Sinne verwechselt habe, und dadurch auf die falsche Vorstellung gekommen sey, den Ursprung des nicht geschriebenen Rechts, das aus einer Gewohnheit herrühre, von den Lacedämoniern herzuleiten. Wir können aber hierinn dem Kaiser um so weniger folgen, je bekannter es ist, daß diejenigen Gesetze, die Lycurg seinem Volke gab, keine Gewohnheitsrechte, sondern nur ungeschriebene Gesetze im grammatischen Verstande gewesen, die seine Bürger auswendig lernen mußten. Justinian redet hier nicht als Gesetzgeber, sondern als Historikus, und in solchen Fällen hat Schulting [g]) ganz recht, wenn er schreibt: in rebus facti, qualis haec est; Imperatoris non maior est auctoritas, quam alicuius historici, adeoque hic ab illo licet dissentire. Vergleicht man die Fragmente dieses Titels der Pandekten, so wird man finden, daß dem iuri scripto allemal dasjenige ius entgegen gesetzt wird, quod moribus et consuetudine introductum est. Nicht nur der Jurist Julianus, sondern vorzüglich auch Hermogenian [h]) unterscheidet auf

f) d' Arnaud var. coniect. Lib. I. c. 10.

g) Schulting ad Caii Inst. Lib. I. not. 6. in Iurispr. Anteiust. S. 2.

h) L. 32. pr. L. 35. D. h. t.

auf diese Art geschriebenes und nicht geschriebenes Recht, und daß ersteres im eigentlichen Verstande nichts anders, als ein vom Gesetzgeber ausdrücklich bekannt gemachtes Recht sey, beweisen die Worte Julians: quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis, ohne dabey der Nothwendigkeit einer schriftlichen Bekanntmachung zu gedenken. Zwar wendet man dagegen ein, daß jene römischen Rechtsgelehrten auf die demokratische Staatsverfassung in Rom Rücksicht genommen, nach welcher die Gesetze in den Comitien schriftlich bekannt gemacht worden i). Dieser Einwurf ist aber ganz ungegründet, denn beyde Rechtsgelehrte lebten unter den Kaisern, und folglich kann ihr Vortrag sehr gut auf ihre Zeiten angewendet werden. Es waren übrigens in den damaligen Zeiten, mehrere Völker den römischen Kaisern unterworfen; welche ihre eigene Rechte hatten, welche unter der Benennung lex municipalis in den Pandekten vorkommen k). Diese konnten, vermöge des ihnen zugestandenen Befugnisses nicht nur geschriebene Gesetze für sich abfassen, sondern auch gleichsam durch einen stillschweigenden Vertrag ein Gewohnheitsrecht einführen. Von solchen Fällen müssen höchst wahrscheinlich beyde angeführte Rechtsgelehrte verstanden werden, weil Julian erklärt, wenn weder ein geschriebenes Gesetz noch ein Gewohnheitsrecht einen Fall entscheide, noch auch die Analogie gebraucht werden könne, es alsdenn nach dem Rechte gehen müsse, quo vrbs Roma vtitur l). Der Jurist Paulus nimmt noch eine dritte Gattung der Gesetze an, die er *mixtum* ius, i. e. vtroque, scripto et non scripto constans, nennt m), und zum

i) Stvrm Diss. cit. §. 20. not. a.

k) L. 3. §. 5. D. de sepulchro violat. Adr. Steger D. ad legem municipalem Romanorum, Lipsi. 1738.

l) L. 32. pr. D. h. t. et Faber in Ration. ad h. t. Finestres in Hermog. iur. epit. libr. VI. Comment. Tom. I. ad L. 35. D. de leg. S. 216.

m) Pavli rec. sent. Lib. 5. tit. 4. §. 6. 8. in Schvlting Iurispr. Anteiust. S. 439.

zum Beyspiele führt er die actio iniuriarum, quae lege Cornelia constituta est, an.

Nach dem angeführten Unterschiede zwischen der juristischen und grammatischen Bedeutung kann daher 1) ein Recht ein geschriebenes oder ungeschriebenes in beyderley Verstande zugleich seyn. 2) Es kann ein Recht, das im grammatischen Sinne ungeschrieben ist, dennoch ein geschriebenes im juristischen Verstande und so auch umgekehrt seyn. 3) Es kann ein Recht seinem Ursprunge nach, ungeschrieben im juristischen Verstande seyn, und in ein geschriebenes Recht im juristischen Sinn verwandelt werden. Das römische Recht giebt uns davon Beyspiele genug an die Hand, wie aus Gewohnheitsrechten in der Folge Gesetzbücher entstehen können. War nicht das ganze Ius honorarium, welches aus den Edikten der Prätoren und anderer römischer Magistratspersonen entstanden ist, nicht weniger das eigentlich so genannte ius ciuile, welches sich auf die Erklärungen und Gutachten der römischen Rechtsgelehrten über die Anwendung der vorhandenen Gesetze gründete, und durch den Gerichtsgebrauch bestätigt worden, ursprünglich bloßes Gewohnheitsrecht, und dennoch konnte Justinian im §. 3. Inst. de iure nat. gent. et ciuil. zu seinen Zeiten beydes ganz richtig für Erklärungen des iuris scripti erklären. Auch in neuern Zeiten sind die Beyspiele hiervon nicht unbekannt. Nur darf in dergleichen Fällen, wenn bisherige Gewohnheitsrechte zu geschriebenen Gesetzen gemacht worden, ihre ursprüngliche Eigenschaft nicht vergessen werden, und es würde üble Folgen haben, wenn man sie mit andern Gesetzen, welche ganz neue Verordnungen enthalten, auf gleiche Weise erklären und anwenden wollte. Wenigstens muß der Rechtsgelehrte beständig darauf Rücksicht nehmen, daß der Inhalt dieser alten Gesetze schon lange vorher seine verbindliche Kraft hatte, und daß also der wahre Grund eines solchen Rechts nicht erst in jenen neuern Gesetzen, sondern schon in weit ältern Zeiten zu suchen ist, denn

sonst

sonst würde man bey der Erklärung und Anwendung solcher Gesetze nicht selten schädliche Fehler begehen n).

Nachdem ich zur Erläuterung der Ausdrücke, ius scriptum und ius non scriptum das nöthige gesagt habe, so muß ich bemerken, daß der größte Theil der in diesem dritten Titel der Pandekten vorkommenden so genannten Gesetze, allgemeine Wahrheiten von der Natur, Erklärung und Anwendung positiver Gesetze enthält, und erst am Schluß des Titels kommen Grundsätze von der Natur des Gewohnheitsrechts vor. Die Grundsätze der ersten Art sind bereits im vorigen Titel angeführt und erläutert worden, und ich habe folglich nur die Rechtswahrheiten von dem Gewohnheitsrechte zu erläutern. Bey dem Vortrage derselben muß zugleich auf die Verordnungen des canonischen Rechts über diese Materie Rücksicht genommen werden. Bey dem Gebrauch dieser doppelten gesetzlichen Vorschriften ist aber viele Behutsamkeit nöthig, denn 1) muß beständig auf unsere teutsche Verfassung, und den Unterschied derselben von der römischen Rücksicht genommen werden. Ohne diese Vorsicht, würden sonst viele falsche Grundsätze aufgestellt werden. Bey den Römern, schreibt Hr. HR. Glück, S. 415. wo die Gerichte öffentlich vor den Augen des Volkes, in dessen Händen sich die gesetzgebende Gewalt befand, gehalten wurden, und wo in der Folge sich die Kaiser selbst mit der Entscheidung der Rechtshändel beschäftigten, konnte man immer mit mehrerer Gewißheit aus der öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen, wenn kein Widerspruch geschahe, den stillschweigenden Willen des Gesetzgebers annehmen, als bey uns, wo die Landesherrn von dem Verfahren der Gerichte eine solche Wissenschaft nicht haben. Es dürfte also heutiges Tages das Argument von dem Stillschweigen des Landesherren auf desselben Genehmigung ziemlich unsicher seyn, wenn nicht zu erweisen stehet, daß die Gewohnheit, wovon die Frage ist, wirklich zur Wissenschaft des Landesherru gekommen, indem, wenn

n) Hr. GJR. Pütter in den Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte, Thl. 2. S. 22.

wenn dieselbe geschriebenen Gesetzen gerade entgegen gehen sollte, der Buchstabe des Gesetzes sodann immer einen überwiegenden Beweis von dem Gegentheile abgeben würde. Bey den Römern kommen überhaupt noch andere Umstände hinzu, die sie gewissermaßen in die Nothwendigkeit setzten, Gewohnheitsrechte gelten zu lassen, nemlich der Mangel an geschriebenen Gesetzen, deren Unzulänglichkeit, und die Schwierigkeiten, welche mit der Legislation auf den Comitien verbunden waren. Sie nahmen über dieses Gewohnheitsrechte weit lieber als geschriebene Gesetze an, weil erste als Früchte der Autonomie, der Freyheit des Volkes mehr schmeichelten, als die letztern, deren drohende Worte in aufgehangenen ehernen Tafeln gelesen wurden. Man wird sich nun hieraus erklären können, warum das Ius ciuile Romanorum, quod sine scripto vsus comprobauit, wie Justinian §. 9. Inst. de iure nat. gent. et ciuil. sich ausdruckt, von jeher ungleich reichhaltiger an Rechtswahrheiten, als das geschriebene Recht, gewesen. Eine zweyte Vorsicht bey heutiger Anwendung jener fremden Rechte in der Lehre vom Gewohnheitsrechte ist, daß man in den einzelnen Gesetzstellen immer auf die Bedeutung des Worts consuetudo genau Acht gebe; denn daß die Gesetzgeber dieses Wort nicht überall im eigentlichen Sinne genommen haben, wird sich in der Folge zeigen. Hätte man hierauf mehr Aufmerksamkeit verwendet, so würde vielleicht mancher Zweifel über den Verstand dieser oder jener Gesetzstelle, leichter gehoben, ja mancher Irrthum vermieden worden seyn. Die Fabel von der Präscription der Gewohnheitsrechte, giebt ein deutliches Beyspiel davon. Uebrigens ist die Lehre vom Gewohnheitsrechte desto wichtiger, je größern Einfluß sie auf das Ansehen der geschriebenen Gesetze hat, welches, wenn besonders von den fremden in Teutschland recipirten Gesetzen die Rede ist, oft nur gar zu voreilig unter dem Schilde entgegenstehender Rechtsgewohnheiten und Observanzen bestritten zu werden pflegt.

Man würde die Grundsätze von der Eintheilung der Gesetze in geschriebenes und ungeschriebenes Recht nicht voll-

vollständig kennen, in so fern solche zur Erläuterung der Materie vom Gewohnheitsrechte nöthig sind, wenn man gar nicht wüßte, was für einzelne Arten der gesetzlichen Verordnungen bey den Römern zum ius scriptum und ius non scriptum gerechnet wurden. Leider sind aber die Rechtsgelehrten darüber nicht einig. Einige Rechtslehrer, z. B. der Hr. GTR. Höpfner, sagen, das ius scriptum hatte bey den Römern vier Gattungen, und eben so viele gehörten zum ius non scriptum. Die Gattungen des geschriebenen Rechts waren nämlich: 1) die Leges centuriatae, 2) die Plebiscita, 3) die Senatusconsulta, 4) die Constitutiones Imperatorum: das ius non scriptum hingegen hatte folgende Gattungen, als: 1) die Edicta Magistratuum, 2) die Responsa Prudentum, 3) die Disputatio fori, und 4) die Mores maiorum. Nach dieser Eintheilung werden die Edicta Magistratuum und die Responsa Prudentum zu den ungeschriebenen Gesetzen gerechnet; da sie doch Justinian im §. 3. Inst. de iure nat. gent. et ciu. für Theile des geschriebenen Rechts erklärt hat? Dieser Umstand ist aber folgendergestalt zu erklären. Die Edicta Magistratuum sowohl als die Responsa Prudentum können in gewisser Rücksicht als Theile des iuris scripti betrachtet werden, und in anderer Betrachtung kann man sie zum ius non scriptum rechnen. Ursprünglich waren diese beyden Arten gesetzlicher Verordnungen, ein ius non scriptum, ein Gewohnheitsrecht; aber in neuern Zeiten wurden sie zum geschriebenen Rechte gemacht. Die Edicte der Prätoren erhielten nämlich anfangs blos durch die Observanz ein gesetzliches Ansehen, und waren folglich ein wahres ius non scriptum. Als aber der Kaiser Hadrian das beständige Edict aufsetzen, und die Edicte der Prätoren zusammen tragen lassen, diese Arbeit auch förmlich publicirte und ihr gesetzliche Kraft beilegte, so wurden die Edicte der Prätoren eine Gattung des geschriebenen Rechts. Auch die Gutachten der römischen Rechtsgelehrten waren anfangs nur ein Gewohnheitsrecht, folglich ebenfalls ein ius non scriptum. Nachdem aber solche in die Pandekten aufgenommen, und diese vom Justinian zum Gesetzbuche gemacht worden, so wurden

sie ebenfalls ein ius scriptum. Auf diese Weise ist die verschiedene Erklärungsart zu betrachten. Nach der bey Erklärung der Pandekten gewöhnlichen Ordnung, kann von allen einzelnen Arten gesetzlicher Verordnungen, die zum ius scriptum und non scriptum gerechnet werden, nicht alles gesagt werden, was man wissen muß, um die Beschaffenheit derselben hinlänglich zu kennen, wie die Ueberschriften des gegenwärtig zu erklärenden dritten, und des folgenden vierten Titels unserer Pandekten beweisen. Man muß also aus der Rechtsgeschichte, oder den Institutionen, das nöthige dazu nehmen.

Was nun das heuzutage geltende, sogenannte nicht geschriebene Recht betrift, von dessen rechtlichen Eigenschaften nach Anleitung dieses Titels viel brauchbares gesagt werden kann, so ist vor allen Dingen zu bemerken, daß es auf verschiedne Art entstanden ist, und folglich die dazu gehörenden Gattungen gehörig unterschieden werden müssen. Es gehört dazu 1) das Herkommen, und 2) das eigentliche Gewohnheitsrecht. Wir haben nämlich sehr viele gesetzliche Vorschriften, die zwar nach deren Abfassung von dem Gesetzgeber ausdrücklich bekannt gemacht worden sind, die man aber nicht zugleich schriftlich aufsetzte, und welche daher blos durch die Befolgung derselben auf die Nachkommen gekommen sind. Diese Gesetze unterscheidet man durch die Benennung, Herkommen, hergebrachte Rechte, von dem Gewohnheitsrechte. In unserm teutschen Vaterlande, war diese Art Gesetze zu geben, in den vorigen Zeiten sehr gebräuchlich; denn die Gesetze, welche auf den Volksversammlungen der einzelnen teutschen Völkerschaften gegeben wurden, machte man zwar feierlich bekannt, oder publicirte sie, aufgeschrieben aber wurden sie nicht, weil diese Fertigkeit sehr selten war. Als Teutschland ein gemeinschaftliches Oberhaupt erhielt, so wurden die meisten heutzutage sogenannten Reichsschlüsse auf diese Art abgefaßt, und bis gegen das Ende des funfzehnten Jahrhunderts publicirte man solche zwar, aber die schriftliche Ausfertigung geschahe selten. Dieser Umstand veranlaßte, daß die Zeit ihrer Abfassung und der eigentliche Inhalt derselben bald vergessen wurde, und durch die Befolgung derselben

ben ein Herkommen entstand. Hierinn liegt auch die Hauptursache, warum wir so wenig ächte alte Reichssatzungen haben o). In neuern Zeiten, wo die Gesetze schriftlich zur Befolgung aufgesetzt wurden, hörten die ehemaligen Herkommen sehr auf; jedoch ist auch nicht zu leugnen, daß aus anfangs schriftlich vorhanden gewesenen Gesetzen, mit der Zeit Herkommen entstanden sind, weil der Inhalt vieler solcher Gesetze, nicht durch die davon vorhandene Abschrift bekannt geblieben, sondern man ihn blos aus der Befolgung derselben oder dem Gebrauche wußte. Eine große Anzahl derselben sind hingegen gar in Gewohnheiten, oder in Herkommen, welche die Natur der Gewohnheiten haben, verwandelt worden, weil ihre Bekanntmachung gänzlich in Vergessenheit gerathen, wenigstens kein Bewels derselben geführt werden konnte. Gleiche Bewandniß hat es auch mit den Gesetzen, welche von der Zeit an, da unsere Reichsstände die wahre Landeshoheit erlangten, und mit ihren Unterthanen Landtage hielten, auf solchen abgefaßt und niedergeschrieben worden sind. Von vielen dieser Gesetze haben sich Abschriften erhalten; von vielen aber nicht, sondern man weiß ihren Inhalt blos aus der Befolgung derselben, obgleich an ihrer Bekanntmachung nie gezweifelt wurde. Gesetze dieser Art sind ein Herkommen, welches die Natur des geschriebenen Rechts hat, da hingegen solche ehedem wirklich publicirte Gesetze, wovon sich aber keine zuverlässige Nachricht erhalten hat, unter das Herkommen gerechnet werden müssen, welches man nach den Eigenschaften des Gewohnheitsrechts beurtheilt, schreibt Hr. RR. Eichmann S. 367. Weil nun das Herkommen gesetzliche Vorschriften enthält, die ehemals gehörig publicirt worden, so ist auch, wenn es geleugnet wird, zu dessen Beweiß weiter nichts nöthig, als die wirklich geschehene Bekanntmachung darzuthun. Ist diese bewiesen, so gilt auch die Vermuthung für die Verbindlichkeit ein solches Herkommen zu befolgen so lange, bis das Gegentheil von

o) Gerstlachers Abhandlung von den Gesetzen und Ordnungen des teutschen Reichs, Thl. 1. S. 16.

demjenigen gezeigt worden, der sich auf die fehlende gesetzliche Kraft beruft.

Die zweyte Gattung ungeschriebener Gesetze besteht aus dem **Gewohnheitsrechte**; worunter man den Inbegrif derjenigen gesetzlichen Verordnungen versteht, bey denen wenigstens anfangs keine **Bekanntmachung** geschahe, und deren verbindliche Kraft folglich nicht darauf gegründet werden darf. Ein Gewohnheitsrecht kann aber auf zweyerley Art eingeführt werden, nämlich durch eine eigentliche sogenannte **Gewohnheit**, und durch eine **Observanz**. Die Eigenschaften dieser rechtlichen Gegenstände, sollen nunmehr erläutert werden.

§. 84. 85.

In der Sprache des gemeinen Lebens versteht man unter einer **Gewohnheit**, die öftere Wiederhohlung einer willkührlichen Handlung auf eben dieselbe Art. Was **willkührliche Handlungen** sind, haben wir bereits S. 59 gesehen. Dieser Sinn des Worts Gewohnheit, muß in der gegenwärtigen Materie oft zur Richtschnur genommen werden. In der Sprache der Gesetze, wo Gewohnheit so viel heißt als ein **nicht geschriebenes Gesetz**, versteht man darunter eine Regel und Richtschnur, wornach die Unterthanen gewisse Handlungen einrichten müssen welche aus gleichförmigen Handlungen derselben entstanden ist, und die durch die Genehmigung des Regenten gesetzliche Kraft erhalten hat[p]). Es braucht übrigens kaum bemerkt zu werden, daß das Wort **Gewohnheit**, in anderer Bedeutung von den Sprachforschern, wieder in anderer von den Philosophen, und wieder anders

p) THOMASII D. de iure consuetud. et obseruantiae. de SENCKENBERG D. de iure obseruantiae ac consuetud. Giess. 1743. Ger. v. dem BVSCH D. de consuetudine an et quando vim legis obtineat, Gott. 1752. HOFACKER D. de iure consuetudinis sec. doctrinam iur. nat. et rom. Tubing. 1774. Meurers juriſt. Abhandl. und Beobachtung. Nr. 4. 5. 6.

anders in den Gesetzen genommen werde[q]), wie Hr. HR. Glück durch Beyspiele gezeigt hat. Consuetudo zeigt 1) in unsern Gesetzen, einen sehr genauen Umgang an, schreibt Hr. HR. Glück, oder eine gesellschaftliche Verbindung verschiedner Personen mit einander. In dieser Bedeutung wird nicht nur die Ehe[r]), sondern auch der Concubinat mit diesem Worte bezeichnet. So z. B. sagt Modestin in der L. 34. pr. D. ad Leg. Iul. de adult. — stuprum committit, qui liberam mulierem *consuetudinis* caussa, (d. i. zur Concubine) non matrimonii, continet. 2) Bedeutet consuetudo auch dasjenige, was nach der Ordnung der Natur gewöhnlich zu seyn pflegt. In diesem Verstande nimmt Paulus in der L. 9. pr. D. de lib. et postum. dieses Wort, wenn er bey Entscheidung der Frage, ob durch Ernennung solcher postumorum, die der Testirer seines Alters, oder einer vorhandenen Leibesschwäche halben vielleicht nicht mehr erwarten dürfte, ein ersteres Testament aufgehoben werde, seine bejahende Meinung mit dem Grunde unterstützt: quod natura magis in homine generandi et *consuetudo* spectanda est, quam temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate: das ist, weil man mehr auf die Regel, nach welcher ordentlicher Weise Menschen die Erzeugungskraft haben, als auf die Ausnahme Rücksicht nehmen muß. 3) Heißt consuetudo auch oft eine Befugniß, oder ein Recht, so Jemand seit langer Zeit ausgeübt hat. So können nach positiven Gesetzen Rechte und Befugnisse, durch die langwierige Ausübung (longa consuetudine) so gut als durch ein Gesetz eingeführt werden[s]). Bey Dienstbarkeiten weißt das römische Recht namentlich der Gewohnheit ihren Wirkungskreis

q) Brisson. de verb. signif. voc. consuetudo. Hartleben Med. ad Pand. Spec. II.

r) §. 1. Inst. de patr. potest. Vergleiche auch Svet. Nero c. 35. init. wo er vom Nero erzählt, eum Octauiae consuetudinem (eheliche Beywohnung) aspernatum.

s) L. f. C. de eman. liber. L. vn. C. de auro coron.

kreis an, wie aus mehrern Gesetzen t) zu ersehen ist, in welchen unter longa consuetudo nichts anders als ein langer Gebrauch, oder eine seit langer Zeit fortgesetzte Ausübung, welche die Stelle eines Rechtstitels vertreten kann, verstanden wird; und in eben diesem Sinn wird jener Ausdruck auch im kanonischen Rechte, z. B. im c. 5. 6. 8. 11. X. de consuet. c. 50. X. de elect. c. 3. de conf. in 6to. gebraucht, da wo von einer consuetudine praescripta die Rede ist. Dieß sind diejenigen Bedeutungen, die zwar nicht unmittelbar zur Sache gehören, aber doch zu wissen nöthig sind. Wir kommen nun zu unserm Zweck näher, wenn wir weiter bemerken, daß 4) Gewohnheit für die öftere Wiederholung gleichförmiger Handlungen genommen werde. In dieser Bedeutung nehmen unsere Gesetze das Wort consuetudo ebenfalls, wenn sie dieselbe als den Entstehungsgrund des iuris non scripti ansehen u). In eben dieser Bedeutung schreiben sogar unsere Gesetze den Thieren eine Gewohnheit zu, die nicht ohne rechtliche Wirkung ist; z. B. nehme man §. 15. Inst. de rer. diuis. L. 5. §. 5. D. de aquir. rer. domin. L. 8. §. 1. D. famil. erciſc. wo gesagt wird, daß Pfauen, Tauben und Bienen, so lange unser Eigenthum bleiben, als sie das Wiederkommen nicht vergessen — quamdiu *consuetudinem* habeant ad nos reuertendi. Sie ist daher unterweilen als ein künstlicher Beweis des Eigenthums eines Thieres gebraucht worden, wovon Crell x) einen wunderbaren Fall anführt, welcher schreibt: equus furto subtractus erat, et a domino deinde deprehensus. Hic vero, hunc equum suum esse, iureiurando affirmare detrectabat, sed offerebat aliam probationem. Inter alia enim petebat, equum ad domum adduci suam, et obseruari, quid contingat: quod facile impetrauit a iudice. Equus cum ad centum passus abesset e tugurio domini,

t) L. 1. §. f. D. de aqua et aquae pluu. L. 13. §. 1. D. commun. praed. L. 1. C. de seruitut.

u) L. 32. pr. L. 39. D. de legib.

x) Crell D. de orig. et virt. iur. non. scripti, Obs. 5.

domini, dimissus ab auriga, confestim tugurium apertum cursu citato petiit. Intromissus stabula nota quaesiuit; quae cum ab aliis equis occupata essent, non quieuit, donec viam sibi faceret ad praesepia, atque ad eundem locum, in quo olim consistere solitus fuerat. Ita dominus obtinuit, vt equus redderetur. Ferner versteht man 5) unter Gewohnheit auch diejenige Regel selbst, welche aus der Gleichförmigkeit freier Handlungen entstanden ist. So z. B. wollen die Gesetze[y]), daß bey vorkommender Undeutlichkeit letzter Willensverordnungen, auf die Gewohnheit des Erblassers (consuetudo patrisfamilias) d. i. auf die ihm eigene Art sich auszudrücken, und in dergleichen Fall, wovon die Rede ist, zu handeln, vor allen Dingen Rücksicht genommen werden solle. Auch selbst im gemeinen Leben pflegt man es eine Gewohnheit zu nennen, wenn man freie Handlungen schon seit geraumer Zeit, nach einer gewissen Regel vornimmt, und die teutschen Reichsgesetze[z]) bestätigen diese Bedeutung, wenn solche zum öftern alte Gebräuche und gute Gewohnheiten beobachtet wissen wollen. Es ist jedoch nicht jede Regel, welche aus einer Reihe gleichförmiger Handlungen entstanden, gleich für verbindlich zu halten, sondern es ist ein Unterschied zu machen, ob diese Regel nur von einer, oder von mehrern einzelnen Personen, oder ob sie von allen ist beobachtet worden. Im ersten Falle verbindet dieselbe weder diejenigen, die sie freiwillig beobachten, cum nemo eam sibi possit legem dicere, a qua ei recedere non liceat[a]); noch auch andere, nam inter alios gesta, quorum ex voluntate valent, aliis non nocent, qui non consensisse probari possunt[b]), es wäre denn, daß die Ge-

y) L. 21. §. 1. D. qui testam. facere poss. L. 50. §. f. D. de legat. I. L. 14. D. de ann. legat. L. 23. §. 1. D. de pecul. legato.

z) C. G. O. v. 1594. Tit. 1. §. 4. R. A. v. 1570. §. 76. R. A. v. 1654. §. 105. Vorrede zur P. G. O. und Art. 116. Wahlcap. Art. 1. §. 9.

a) L. 22. pr. D. de legat. III.

b) L. 1. C. int. al. acta, L. 74. D. de reg. inr.

setze selbst die besondere Gewohnheit eines Hausvaters in gewissen Fällen zur Norm vorgeschrieben hätten, wie z. E. bey Erklärung letzter Willensverordnungen. Es hat auch keinen Zweifel, daß der Richter dasjenige, was in einem gewissen Falle gemeiniglich und von den meisten zu geschehen pflegt, im Zweifel zum Unterscheidungsgrunde annehmen könne, wenn nicht aus den Umständen zu ersehen ist, daß den Partheyen in dem vorliegenden Falle ein anderes gefallen habe c). Im zweyten Falle aber, wenn alle Einwohner einer gewissen Gegend zeither sich nach einer gewissen Regel gerichtet, und solche in der Meinung, daß sie so, und nicht anders, zu handeln verbunden, unabgeändert beobachtet haben, so wird eine solche Regel endlich durch die Länge der Zeit zur verbindlichen Gewohnheit, und diese nimmt, so fern sie vom Gesetzgeber, es sey stillschweigend oder ausdrücklich, gebilligt worden, das Gepräge eines Gesetzes an. Daraus entsteht nun die Idee einer Gewohnheit im strengsten Verstande, und für ein Gesetz genommen. Gewohnheit, in so fern man darunter ein nicht geschriebenes Gesetz versteht, ist also endlich 6) eine verbindliche Norm, welche aus gleichförmigen Handlungen der Unterthanen entstanden, und durch die Genehmigung des Landesherrn Gesetzes Kraft erhalten hat. Sehr richtig sagt Cicero de inuent. II. 22. consuetudinis ius esse putatur id, quod voluntas omnium, sine lege vetustas comprobauit.

Nachdem über die verschiednen Bedeutungen des Worts Gewohnheit das Nöthige gesagt worden, so ist die Frage zu

c) Crell l. c. Obs. 3. — quoties non, *animo constituendi regulam*, aliquid inualuit, quamuis a multis frequentatum sit, vim consuetudinis et legis non habebit. Eo pertinent, quae vel *non diu* satis, vel *non ab omnibus*, sed multis duntaxat, neque *perpetuo similiter*, obseruata sunt; vt appareat, cuiusque arbitrio permissum esse, an sequi velit exemplum reliquorum. Neque tamen, quae a *plurimis* facta sunt, prorsus negligimus in iudicando. *Solent* enim, *quae plerumque* fiunt, quamuis non expressa sint, in dubio *praesumi*; nisi appareat, diuersum placuisse. Ita *Pomponius* tradidit in L. 3. D. de reb. cred.

zu erläutern, wie kann eine Gewohnheit die Kraft eines Gesetzes erlangen? Bey dieser wichtigen Sache muß man sich vor verschiednen Fehlern hüten, und eben deswegen mancherley Umstände genau unterscheiden, wie Hr. RR. Eichmann ausführlich gezeugt hat[d]), welcher schreibt: — An sich ist keine Gewohnheit verbindlich, das heißt, wenn ich auch etwas auf eine gleichförmige Art mehrmalen gethan habe, so bin ich deswegen noch nicht verbunden so fortzufahren. Wenn ich daher z. B. gewohnt bin, mein Bier oder meinen Wein von einer gewissen Person zu nehmen, bey einer gewissen Person diese oder jene Arbeit machen zu lassen; so habe ich deswegen noch keine Verbindlichkeit, dieses fernerhin zu thun. Desgleichen haben auch Bauern eines Orts, die bisher gewohnt gewesen sind, ihrem Gerichtsherrn jährlich etwas in die Küche zu liefern, keine Verbindlichkeit, solche Lieferungen auch in der Folge zu thun. Soll die Gewohnheit verbindlich werden, so muß ein Grund zur Verbindlichkeit da seyn. Dahin gehört

1) ein Vertrag, welcher ein stillschweigender und auch ausdrücklicher seyn kann; denn gleichwie durch einen jeden Vertrag eine Verbindlichkeit entstehen kann, so kann auch eine Gewohnheit dadurch verbindlich werden; das Recht aber, welches auf diese Art entsteht, ist eigentlich kein Gewohnheitsrecht zu nennen, sondern ein Vertragsrecht, ob man es übrigens gleich bisweilen so nennt. Daher ist es sehr lächerlich, wenn man, um solche Rechte darzuthun, sich zu zeigen bemühet, daß die Eigenschaften eines ordentlichen Gewohnheitsrechts vorhanden sind, welches sehr oft aus Mangel hinlänglicher Kenntniß, dieser von den Rechtsgelehrten selbst dunkel gemachten Lehre, geschieht. Wir finden dergleichen auf diese Art entstandene Rechte und Verbindlichkeiten, bey vielen Gesellschaften und Gemeinden. Es ist aber in Ansehung derselben überhaupt zu bemerken, daß sie solche Sachen betreffen müssen, worüber Verträge errichtet werden können, und daß von denselben überhaupt gilt,

d) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 369.

was die Gesetze von Rechten und Verbindlichkeiten, die aus Verträgen entspringen, verordnen. Es gehen also z. B. solche Rechte blos diejenigen an, welche an den Verträgen, wodurch sie errichtet worden sind, Theil genommen haben, und nicht einen Dritten.

2) Gehört auch dahin die Verjährung, denn auch durch diese können Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, und also auch Gewohnheiten verbindlich werden, nur muß dasjenige da seyn, was zur Verjährung nach den Umständen erfordert wird. Daher haben wir verjährte Gewohnheiten. Die Rechte, welche durch solche Gewohnheiten eingeführt werden, und die man oft auch Gewohnheitsrechte zu nennen pflegt, sind nach den Grundsätzen von der Verjährung und den verjährten Rechten zu beurtheilen. Es stehen dergleichen Rechte demjenigen zu, der die Verjährung für sich hat, und sie gehen nur wider denjenigen, wider welchen die Verjährung unternommen worden ist.

3) Gehört auch dahin der Wille des Regenten. Hier ist also davon die Rede, da eine Gewohnheit unmittelbar durch den Willen des Landesherrn verbindlich wird; denn auch in den vorhergehenden Fällen macht sie der Wille des Landesherrn verbindlich, aber nur mittelbar. Da der Wille des Landesherrn ein Gesetz macht, so kann ohne Zweifel dadurch eine Gewohnheit verbindlich werden, daß der Wille desselben hinzu kommt, oder, welches eben so viel ist, er zu erkennen giebt, daß sie eine verbindliche Kraft haben solle. — Hier ist also die Rede nicht von verbindlichen Gewohnheiten und Rechten für Befugnisse genommen, sondern von ordentlichen Gesetzen, welche durch Gewohnheiten eingeführt worden sind. Hätten die Rechtsgelehrten in ihren Schriften, den Unterschied unter verbindlichen Gewohnheiten, und ordentlichen ungeschriebenen Gesetzen oder Rechten, vor Augen gehabt; so würden nicht so viele Streitigkeiten über diese Materie, besonders darüber, ob, und in wie ferne der Wille des Landesherrn zu einem Gewohnheitsrechte erforderlich sey, auch nicht so viel Verwirrung in den oft mit untüchtigen Richtern, die

die nicht unter die Rechtsgelehrten zu rechnen sind, besetzten Gerichten hierüber entstanden seyn.

Eine Gewohnheit, die als Gesetz betrachtet werden soll, muß also vom Gesetzgeber genehmigt worden seyn, das heißt, er muß deutlich zu erkennen gegeben haben, daß man die Gewohnheit fernerhin beobachten solle; denn da kein positives Gesetz in einem Staat ohne den Willen desjenigen, der die oberste Herrschaft hat, sich denken läßt, indem dieser die Quelle aller Gesetze ist, so kann auch kein ungeschriebenes Gesetz, ohne einen solchen Willen gedacht werden. Dieser Wille wird nun hier durch die Genehmigung der Gewohnheit oder der Handlungen, die sie ausmachen, zu erkennen gegeben. Eben dadurch unterscheidet sich ein ungeschriebenes Gesetz von einem geschriebenen, indem bey diesem der Gesetzgeber etwas ausdrücklich als eine Richtschnur freyer Handlungen bekannt machet, bey jenem aber eine solche gleich anfangs geschehene ausdrückliche Bekanntmachung des Willens wegfällt. Im übrigen aber muß es doch einerley seyn, ob der Gesetzgeber seinen Willen ausdrücklich erklärt, oder ob er dieses durch eine Genehmigung gewisser Handlungen zu erkennen giebt; denn der Wille des Gesetzgebers, und nicht der ausdrücklich bekannt gemachte Wille desselben, macht ein Gesetz. Diese Genehmigung kann auf verschiedene Weise geschehen, und zwar

1) dadurch, daß der Gesetzgeber den einzelnen Handlungen der Gewohnheit, die ihm hinlänglich bekannt geworden, nicht widerspricht. Da der Landesherr verbunden ist, nichts geschehen zu lassen, was er nicht zuträglich für den Staat findet, und daher auch den Handlungen, wodurch eine Gewohnheit eingeführt werden soll, widersprechen muß, wenn er sie nicht für gut hält; so kann man allerdings in einem solchen Falle, aus einem unterlassenen Widerspruche, auf seine Zufriedenheit und Willen schliessen.

2) Auch dadurch, daß die Handlungen, durch welche die Gewohnheit eingeführt wird, dem Landesherrn oder Gesetzgeber vorgetragen werden, und er seine Einwilligung zu denselben giebt. Hier kann man ohne allen Zweifel noch

sicher

sicherer auf den Willen des Landesherrn schliessen, als bey dem vorher angeführten Falle. Aber man muß sich nicht etwa einfallen lassen, zu glauben, daß auf diese Art ein geschriebenes Gesetz entstehe; Denn ganz etwas anders ist es, ausdrücklich in eine Handlung willigen, ganz etwas anders ausdrücklich verordnen, daß etwas beobachtet werden solle. Daraus, daß der Landesherr in mehrere gleichartige Handlungen gewilliget hat, läßt sich blos der Schluß machen, daß man sich bey den folgenden Handlungen von der Art, eben so verhalten solle.

3) Kann die Genehmigung auch dadurch geschehen, daß der Landesherr in einer Verordnung eine gewisse Gewohnheit bestätigt. Eine solche Verordnung wäre z. B. folgende: — Nachdem zeither wahrzunehmen gewesen, daß von verschiedenen Erbzinsherren in dem Falle, wenn ein Erbzinsmann seine besitzenden Güther, seinem einzigen Kinde noch beym Leben überlassen hat, Lehenwahre gefordert, dieses aber nicht mehr zu gestatten, von uns die gnädigste Entschließung gefaßt worden ist: so verordnen Wir hiermit, daß fernerhin in dem Falle, wenn ein Erbzinsmann sein Vermögen seinem einzigen Kinde überlässet, der Erbzinsherr der Anforderung der Lehenwahre sich enthalten solle; jedoch lassen Wir es billig bey dem, was durch Gewohnheit an diesem oder jenem Orte hierinnen hergebracht ist. Es scheint, als wenn hierdurch die Gewohnheit in ein geschriebenes Gesetz verwandelt werde; allein es ist in der That nicht so, indem diejenigen, welche sich nun auf eine durch ein Gesetz bestätigte Gewohnheitt berufen, dieselbe beweisen müssen, und blos den Vortheil für sich haben, daß sie den Willen des Landesherrn aus diesem Gesetze erweisen können. Uebrigens verändert die Genehmigung einer Sache, oder Handlung, niemals die Natur der Sache, oder Handlung.

Endlich kann 4) die Genehmigung auch auf diese Art geschehen, daß der Gesetzgeber überhaupt auf die in seinem Lande üblichen Gewohnheiten zu halten befiehlt. Hier hat man eben so wenig, als in dem vorher angeführten Falle, sich

darum

darum zu bekümmern nöthig, ob der Gesetzgeber die einzelnen Handlungen, wodurch die Gewohnheit eingeführt worden, gewußt habe oder nicht [e]); denn da der Landesherr überhaupt auf die Gewohnheiten seines Landes zu halten befiehlt, und nicht schon verbindliche Gewohnheiten ausdrücklich voraussetzet, so kann man auch keinesweges eine solche Verordnung blos auf diejenigen Gewohnheiten einschränken, welche schon von ihm genehmigt worden sind. Man kann auch nicht sagen, daß auf diese Art alle bisherigen Gewohnheiten in geschriebene Gesetze verwandelt würden, indem, wenn von ihrer Existenz die Rede ist, sie als Gewohnheiten bewiesen werden müssen. Wir haben verschiedne solche Gesetze in Teutschland, welche die Gewohnheiten bestätigen [f]).

Was von der Ursache, warum eine Gewohnheit die Kraft eines Gesetzes erlangen kann, gesagt worden, ist hinreichend, diese wichtige Lehre in das gehörige Licht zu setzen. Zum Beschluß dieses Paragraphens muß ich aber über den Satz: die gesetzliche Kraft einer Gewohnheit, gründet sich sehr oft auf die stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers, noch etwas bemerken. Hr. Prof. Hofacker, trägt zur Erläuterung dieser Wahrheit, folgende Gedanken vor. — Wenn sich findet, daß eine gewisse gleichförmige Art zu handeln, von den Staatsbürgern nicht nur eben so genau befolgt wird, als man sonst Gesetze befolgt, sondern dieses auch schon lange so gehalten worden, so gründet man auf dieses Verhalten den sichern Schluß, es sey diese gleichförmige Art zu handeln, nicht ohne Wissen und Willen des Gesetzgebers eingeführt worden, die gesetzgebende Gewalt mag nun dem Fürsten, oder der ganzen Nation zustehen. Weil nun anfangs

e) c. 1. de constitut. in 6to P. Gibertvs in Corp. Iur. canon. Tom. I. Part. post. S. 86. G. L. Boehmer Princ. Iur. canon. §. 250.

f) L. 1. C. quae sit longa consuet. L. 3. C. de aedif. priuat. C. G. O. v. Jahr 1495. §. 3. v. J. 1555. Tit. 13. §. 1. P. G. O. Art. 104. 116. R. A. v. 1654. §. 105. Inst. Pac. Osnabr. Art. VII. §. 4.

fangs in Rom die ganze Nation Gesetze gab, so kommt eben der Ausdruck so oft vor, die Gesetze und namentlich das Gewohnheitsrecht gründe sich auf die stillschweigende Bewilligung derselben, *ius tacita* populi voluntate receptum g), consensu receptum h), tacita ciuium conuentio i). Für unrichtig ist aber gleichwohl die gewöhnliche Meinung der mehresten Rechtslehrer zu halten, welche behaupten, die verbindliche Kraft der Gewohnheiten beruhe einzig und allein auf der stillschweigenden Genehmigung derselben, und diese müsse aus der nicht widersprochenen öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen gefolgert werden. Das Falsche dieser Meinung sieht man sogleich daraus, daß viele Gewohnheiten ausdrücklich vom Gesetzgeber genehmigt und für verbindlich erklärt worden, wie die angeführten Gesetzstellen beweisen k). So gewiß es ferner ist, daß aus dem bloßen Stillschweigen einer Person sich nicht die gegebene Einwilligung schließen lässet, wenn nicht entweder eine Verbindlichkeit vorhanden ist, zu widersprechen, im Fall man mit dem, was geschieht, nicht zufrieden ist, oder das Stillschweigen nach den Umständen der Sache gar keine andere vernünftige Erklärung litte, als diese, daß es aus einer Einwilligung komme l); so unläugbar ist es auch, daß daraus allein, daß der Gesetzgeber zu den Handlungen seiner Unterthanen, die sie bisher nach einer gewissen, unter sich beobachteten Regel, alle auf einerley Art unternommen, stillschweigt, noch keineswegs

g) CICERO de inuent. Lib. 2. c. 22.

h) Pr. Inst. de acquis. per arrog.

i) L. 35. collat. cum L. 1. D. de legib.

k) HARTLEBEN Med. ad Pand. Vol. I. Part. I. Spec. 11. med. 2. WOLTAER Obs. iur. ciuil. Fasc. I. Obs. 7. §. 1. IDEM in Not. ad MÖLLERI Dist. iur. feud. S. 33. CRELL Obs. de origine et virtute iuris non scr. Obs. 2. a RIEGGER Inst. iurispr. eccles. Part. II. §. 110. S. 59. von dem BVSCHE Diss. cit. c. 3. §. 26-32. Webers Reflexionen zur Beförd. u. s. w. §. 24. Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 1. S. 439.

l) Reinhardts Samml. juris. philos. u. krit. Aufs. 1 Th. 5 Stck. S. 308.

weges der Wille desselben, dieser Gewohnheit die Kraft eines Gesetzes zu ertheilen, gefolgert werden könne, sondern es wird vielmehr dazu erfordert, daß die Handlungen und das Bezeigen des Regenten so beschaffen sind, daß daraus mit Gewißheit auf seine Einwilligung geschlossen werden könne, wie wir bereits S. 343 gesehen haben. Da übrigens die gesetzliche Kraft der Gewohnheiten lediglich von der Einwilligung des Gesetzgebers abhängt, so versteht sichs von selbst, daß die Gültigkeit derselben nie weiter ausgedehnt werden dürfe, als die Einwilligung des Gesetzgebers sich erstreckt. Hätte sich also der Gesetzgeber ausdrücklich erklärt, daß nur allein die alten guten Gewohnheiten, oder blos diejenigen Gewohnheiten, die er in sein Gesetzbuch aufgenommen habe, gesetzliche Kraft haben sollten, so sind auch nur diese allein für gültig zu halten, und die Einwilligung des Fürsten darf daher weder auf künftige neue Gewohnheiten, noch auf solche alte Gewohnheiten ausgedehnt werden, die in der Gesetzsammlung nicht stehen, ja diese sind sogar als aufgehoben zu betrachten [m]).

Noch bemerke ich, daß die **Gewohnheiten** verschieden eingetheilt werden. Es giebt nämlich 1) sogenannte **Localische Gewohnheiten**, das heißt solche, die nur an einem Orte, es mag eine Stadt oder ein Dorf seyn, ihre Gültigkeit haben. **Zweytens** haben wir **Provinzialgewohnheiten**, welche durch eine ganze Provinz befolgt werden; und **drittens** giebt es **allgemeine teutsche Gewohnheiten**, welche im ganzen teutschen Reiche befolgt werden.

§. 86.

Soll eine Gewohnheit gesetzliche Kraft erlangen, so müssen die Handlungen, worauf sie sich gründet, so beschaffen seyn, wie es die Gesetze verlangen, und daher haben wir Grundsätze von den **Eigenschaften** einer gesetzlichen Gewohn-

m) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Th. 1. S. 396. Hr. HR Glück a. a. O. Th. 1. S. 441.

Gewohnheit, die jedem Rechtsgelehrten genau bekannt seyn müssen, und mit deren Erläuterung ich mich nunmehr beschäftigen will.

I) Zu jeder Gewohnheit werden mehrere Handlungen erfordert; denn darinn besteht das Wesen derselben, wie der Begrif sogleich zeigt (S. 336). Die Gesetze sagen dieses ausdrücklich, z. B. die L. 1. C. quae sit longa consuet., die L. 3. C. de aedif. priuat., die L. 32. §. 1. Dig. h. t. die L. 33 und 35. D. h. t., wo der Ausdruck, consuetudo inueterata, diuturna, longa consuetudo et per annos plurimos obseruata, vorkommt. Als ungegründet muß also die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten n) verworfen werden, welche behaupten, eine einzige Handlung könne schon eine Gewohnheit hervorbringen, denn sie verwechseln offenbar die Observanz mit einer Gewohnheit. Sie berufen sich zwar auf die L. 14, §. 2. D. de alim. et cib. leg., wo Ulpian das Wort solere von einer Handlung brauche. Dieses Argument hat aber gar kein Gewicht, weil die Sache selbst, wovon Ulpian redet, mehrmals geschehen seyn mußte. Eben so schwach ist das Argument, wenn man sagt, im Lehnrecht werde ein Lehen, das nur erst einmal verliehen worden, dennoch res infeudari *solita* genannt. Hier hat das Wort solere diese Bedeutung erhalten, davon kann aber kein Schluß auf unsere Materie gemacht werden o).

Andere berühmte Rechtslehrer glauben, daß nach Beschaffenheit der Umstände schon zwey Handlungen zu Einführung einer Gewohnheit hinreichend sind p). Diese Meynung

n) Coccei Ius contr. Tom. I. tit. de legib. Qu. 10. Titius in Iure priu. Lib. I. c. 7. §. 9. Velazques Conf. Tom. I. Conf. 8. n. 30. Oberhaevser Praelect. iuxta tit. Decret. Lib. I. tit. 4. §. 9. Salisb. 1785. Eibel im kathol. Kirchenr. 1 Band. S. 122.

o) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 373. Hartleben ad Pand. S. 211.

p) Berger Oecon. Iur. Lib. I. tit. 1. th. 19. Boehmer Ius eccles. Lib. I. tit. 4. §. 42. Carpzov Def. forens. Part. II. Const. 3. Def. 22. not. vlt. Müller ad Struv Exerc. 2. thes. 20. lit.

nung verdient allerdings den Vorzug, schreibt Hr. RR. Eichmann; denn obwohl nach einigen Gesetzen eine Gewohnheit viele Handlungen zu erfordern scheint, so fehlt es doch auch nicht an Gesetzen, welche diese Meinung unterstützen, und das allgemeine jener Gesetze genauer bestimmen. Nach der L. 1. Cod. quae sit longa consuet. und der L. 3. C. de aedif. priuat. ist frequentia actuum zur Gewohnheit nöthig, welche also mehr als zwey Handlungen zu erfordern scheinen, daher sich auch die Gegner auf diese Gesetze berufen. Allein da bey den alten römischen Schriftstellern frequentia und pluralitas actuum oft für einerley genommen wird, und es in der L. 12. D. de testib. heißt, daß, wenn von der mehrern, aber unbestimmten, Zahl die Rede sey, zwey Handlungen hinlänglich seyn sollten, so muß man auch annehmen, daß zu Einführung einer Gewohnheit zwey Handlungen für hinlänglich zu halten, da kein Gesetz die Anzahl derselben bestimmt. Hierzu kommt, daß es auch in der L. 3. C. de episc. audientia heißt, daß demjenigen, welcher zweymal Verbrechen begangen, es zur Gewohnheit geworden sey, Verbrechen zu begehen; und im Pr. Inst. de codic. werden zwey Beyspiele von Codicillen angeführt, und dieselben für etwas gewöhnliches gehalten.

Die mehresten Rechtslehrer q) behaupten, es würden mehr als zwey Handlungen zu Einführung einer Gewohnheit erfordert, weil die angeführte L. 3. C. de aedif. priu. und die L. 1. C. quae sit long. consuet. ausdrücklich sage, es müsse etwas frequenter geschehen seyn, und dieses sey von zwey Handlungen noch nicht zu behaupten. Das Argument vom Zeugenbeweise aus der L. 12. D. de testib. beweise

20. lit. c. Schilter Exerc. 2 thes. 17. Cocceii l. c. Titius l. c. Gail Obs. II. 131. n. 7.

q) Voet ad Dig. h. t. n. 29. Noodt ad h. t. Vinnius ad Inst. §. 9. tit de iure nat gent. et ciuil. Gvndling. Part. VII. Obs. 3. §. 17. Kemmerich de probat. consuet. Sect. 2. §. 4. lit. c. Strubens Bed. Th. 1. S. 309. Meditationen über versch. Rechtsmaterien 3 Th. S. 312.

beweise nichts; denn etwas anders sey es, die Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage zu beurtheilen, wo zwey untadelhafte Zeugen für hinlänglich zu halten, und eine ganz andere Beschaffenheit verlange die Einführung einer Gewohnheit, wo es auf eine hinlängliche Wiederholung der nöthigen Handlungen ankomme r).

Endlich giebt es berühmte Rechtslehrer s), welche sagen, es kommt auf die Landesgesetze an, ob diese bestimmen, wie viel Handlungen geschehen seyn sollen, und wenn darinn nichts verordnet ist, so kann der Richter nach Beschaffenheit der Umstände bestimmen, ob zwey oder mehrere Handlungen zu Einführung der streitigen Gewohnheit nöthig sind. Es kommt alles darauf an, ob wirklich so viele Handlungen geschehen sind, daß daraus auf eine gleichförmige Handlungsweise der richtige Schluß gezogen werden kann, und auch die Einwilligung des Regenten als gewiß angenommen werden darf. Die eine Gewohnheit erfordert weniger, die andere mehrere Handlungen. Manche Handlungen sind ihrer Natur nach so beschaffen, daß sie nur selten vorkommen können, und diese Handlungen erregen folglich ihrer Natur nach, die in der Neuheit besteht, Aufmerksamkeit, und daher können wenig solche Handlungen eben deswegen oft die nämliche Würkung haben, die bey öfters vorkommenden Handlungen, erst aus einer oftmaligen Wiederholung eben dieser Handlungen entsteht.

II) Müssen die Handlungen, wodurch ein Gewohnheitsrecht entstehen soll, von den Unterthanen vorgenommen

r) God. Lud. Mencke Com. ad L. 18. C. de testib. Lipſ. 1748. S. 12. Wibeking D. de incommodis per interpret. vsual. et obseru. in Iurispr. inuect. §. 22. Glück Opusc. Fasc. I. S. 16.

s) Hofacker Princ. Iur. ciu. Tom. I. S. 100. Cviac. Obs. Lib. 20. Obs. 1. Zasivs ad L. 32. D. de legib. Schvlting ad Prota, h. t. §. 17. in Eivs Opusc. Hal. 1770. Vol. 4. S. 23. van dem Bvsch de consuet. §. 7. u. 37. Hr. GtR. Höpfner im Comment. über die Instit. §. 58. Hr. HR. Glück, Thl. 1. S. 445.

men worden seyn, weil hier von einem ungeschriebenen Rechte, wodurch Unterthanen verbindlich gemacht werden sollen, die Rede ist [1]). Hier ist nun aber ein großer Unterschied, schreibt Hr. RR. Eichmann, unter den lokalischen, provinzialischen, und gemeinen ungeschriebenen Gesetzen oder Rechten. Das lokalische erfordert, daß die mehrern Handlungen unter den Einwohnern eines Orts vorgefallen sind. Wenn also z. B. die Gerichtsherrschaft eines Orts, ein einzigesmal Sterbelehn verlangt, und auch bekommen hat, von benachbarten Gerichtsherrschaften hingegen solches mehrmals gefordert worden ist, so kommen die Fälle, in welchen den letztern das Sterbelehn entrichtet worden, der erstern auf keine Weise zu statten. Wenn aber in einer Provinz ein ungeschriebenes Gesetz oder Recht eingeführt werden soll, so sind nicht sogleich mehrere Handlungen hinlänglich, sondern es müssen dergleichen an den meisten Orten des Landes vorgefallen seyn. Hat der Landesherr so viele Handlungen genehmigt, so muß man allerdings dafür halten, daß er wolle, es solle an den übrigen Orten auch so gehalten werden; nur müssen nicht etwa an den übrigen Orten entgegen gesetzte Handlungen vorgefallen seyn. Ich halte hier keinesweges für nöthig, daß an den meisten Orten schon ordentliche Gewohnheiten durch die mehrern Handlungen, die daselbst vorgekommen, entstanden sind; weil man daraus, daß der Landesherr so viele Handlungen genehmigt hat, hinlänglich erkennet, daß er etwas für eine verbindliche Regel in seinem Lande halten wolle, wenn nicht an andern Orten gegenseitige Fälle, die ihm auch bekannt worden, vorhanden sind. Und hierauf kommt ja alles an. Ganz anders aber verhält es sich in Ansehung der ungeschriebenen Gesetze, welche in ganz Teutschland eine verbindliche Kraft haben sollen. Hier ist nicht allezeit genug, daß in den meisten Provinzen von Teutschland dergleichen vorgekommen sind, oder wohl gar viele Provinzen etwas wirklich schon als Gewohnheit beobachten; denn 1) hat

1) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 375.

jeder Reichsstand in seinem Lande die gesetzgebende Gewalt, und gehen ihn die Gesetze und Rechte einer andern Provinz nichts an, also eben so wenig die Gewohnheiten. 2) Gemeine geschriebene Gesetze werden von dem Kaiser mit Zuziehung der Reichsstände gemacht; also kann auch ein ungeschriebenes gemeines Gesetz eigentlich nur dadurch, daß der Kaiser mit den mehresten Reichsständen gewisse Handlungen, die in den meisten Provinzen von Teutschland vorgefallen sind, genehmigt, entstehen. 3) Weil aber doch auch jeder Reichsstand in seinem Lande Gesetze zu machen befugt ist, und dasjenige, worinn die geschriebenen Gesetze in allen Provinzen Teutschlands übereinkommen, so gut ist, als ein gemeines geschriebenes Gesetz, so ist auch dasjenige, worinn die in allen Provinzen von Teutschland vorgekommenen, und von den Landesherren genehmigten Gewohnheiten übereinstimmen, so gut als ein gemeines ungeschriebenes Gesetz. Hier ist also keine Genehmigung des Kaisers erforderlich; aber eben deswegen verlange ich auch hier eine Uebereinstimmung der Gewohnheiten in allen Provinzen; indem kein Reichsstand an das gebunden ist, was alle seine Mitstände in ihren Ländern ohne den Kaiser thun, und alles dieses nicht von Reichswegen geschieht. Eben aus diesem Grunde ist auch nicht genug, wenn in allen Provinzen von Teutschland nur einzelne übereinstimmende Handlungen vorgekommen, sondern es müssen wirklich übereinstimmende genehmigte Gewohnheiten da seyn [u]).

III) Wenn die Handlungen, worauf ein Gewohnheitsrecht begründet werden kann, so beschaffen seyn sollen, wie es die Gesetze verlangen, so müssen sie gleichförmige und fortgesetzte Handlungen seyn. Gleichförmig nennt man sie, wenn sie alle auf die nämliche Weise, und nach eben den Grundsätzen geschehen sind. Fortgesetzte heissen sie alsdenn, wenn sie durch keine Handlungen unterbrochen worden, die auf eine andere Art vorgenommen sind [x]). Die Ursache hiervon

u) Tob. Iac. Reinhardt D. de iuris non scripti extra territorium efficacia, Götting. 1737.

x) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 378.

hiervon ist, weil zum Wesen einer Gewohnheit wiederhohlte gleichförmige Handlungen erfordert werden, und sich ohne die Wiederhohlung einerley Handlungen gar keine Gewohnheit denken läßt, man auch nicht auf die Genehmigung des Gesetzgebers schliessen kann, wenn entgegengesetzte Handlungen die gleichförmigen unterbrochen haben, und folglich diese nicht für gleichförmig gehalten werden dürfen. Wir wollen daher z. B. den Fall annehmen, der Richter eines Orts hat die Inquisitionskosten von seinen Gerichtsuntergebenen eingetrieben, weil der Delinquent sie nicht bezahlen konnte; sie bezahlten solche auch wirklich zweymal hinter einander, das drittemal aber thaten sie es nicht, und das viertemal verstanden sie sich blos zu dem Henkergelde. Verlangt nun dieser Richter gleichwohl die Inquisitionskosten aufs neue, die Gerichtsunterthanen wollen sich aber nicht dazu verstehen, so kann sich der Richter nicht auf eine vorhandene Gewohnheit berufen, um die Rechtmäßigkeit seiner Ansprüche darzuthun, denn hier fehlt es an gleichförmigen und fortgesetzten Handlungen. Eben deswegen kann eine Gewohnheit, die erst eingeführt werden soll, durch eine einzige entgegengesetzte Handlung vereitelt werden [y]. Am deutlichsten zeigen sich diese beyden Eigenschaften, wenn man sie aus mehrern rechtskräftigen Entscheidungen darthun kann [z].

IV) Die zu Einführung einer Gewohnheit erforderlichen Handlungen müssen ferner öffentliche Handlungen seyn. Diesen Namen verdienen sie nur alsdenn, wenn sie so geschehen sind, daß sowohl diejenigen, denen sie zur Regel ihrer Handlungen dienen sollen, das heißt die Einwohner eines Ortes, oder Provinz, nachdem von einer Local- oder Provinzialobservanz die Rede ist, als auch der Regent, durch dessen Genehmigung sie gesetzliche Kraft erhalten müs-

y) Reinhardt ad Christin. Vol. 4. Obs. 65.

z) L. 38. D. de legib. Hofacker Princ. Iur. Tom. I. §. 100. Harpprecht Vol. nou. Conf. 16. n. 900. seq. Berger Oecon. Iur. Lib. I. tit. 1. th. 19. n. 3.

sen, eine hinlängliche Kenntnis davon bekommen können [a]). Hier ist nun ein großer Streit unter den Rechtslehrern, ob man diese Handlungen nur alsdann öffentliche nennen könne, wenn bereits nach der Gewohnheit, von welcher die Rede ist, im Gericht gesprochen worden. Einige behaupten dieses von allen Gewohnheiten, andere berühmte Rechtslehrer [b]) halten es aber nur alsdenn für nothwendig, wenn durch die Gewohnheit ein geschriebenes Gesetz ungültig gemacht werden soll. Sie berufen sich auf die L. 34. D. de legib. wo es heißt: cum de consuetudine *ciuitatis* vel *prouinciae* confidere quis videtur: *primum* quidem illud explorandum arbitror, *an etiam contradicto aliquando iudicio* consuetudo firmata sit. Wie dieses Gesetz erklärt werden könne, und zu erklären sey, werden wir bald sehen. Ich bemerke nämlich vorher, daß heutzutage die mehresten berühmten Rechtslehrer [c]) der Meinung sind, es sey nicht nöthig, zu beweisen, daß nach einer Gewohnheit bereits in den Gerichten gesprochen worden, wenn ihre Verbindlichkeit geleugnet wird. Die Gründe sind folgende; denn I) beruht die Gültigkeit einer Gewohnheit blos auf der ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers, und diese kann gar wohl ertheilt werden, ohne daß gerichtliche Entscheidungen nach der streitigen Gewohnheit vorhergegan-

a) Lavterbach ad Dig. Lib. I. tit. 3. §. 38.

b) Hr. D. Meurer in den juriſt. Abhandl. 1 Samml. Leipz. 1780. S. 125 u. 140. Cothmann Vol. II. Resp. 84. n. 64. Schilter Exerc. 2. th. 21. Berger Oecon. Iur. Lib. I. tit. 1. th. 19. n. 3. de Wernher Obſ. Tom. II. P. 9. Obſ. 193. S. 564.

c) Voet ad Dig. h. t. n. 30. Noodt ad Dig. h. t. Tom. II. Oper. S. 13. Gail Obſ. II. 31. n. 8. de Cramer Obſ. Tom. III. Obſ. 847. S. 247. Hofacker Princ. Iur. Tom. I. S. 101. Leyser Spec. 9. Cor. 3. Hartleben Spec. 11. med. 9. Kemmerich D. de probat. conſu. S. 75. Stavdinger D. de consuetudine contradicto iudicio firmata. Gött. 1753. §. 9. Hr. HR. Glück a. a. O. Th. 1. S. 459. Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 379. Gebr. Oberbeck in den Meditat. 3tr Bnd. 183. Med.

gegangen sind. Der Wille des Gesetzgebers ist die Quelle aller gesetzlichen Verordnungen, und folglich kann man nicht auch über dieses noch den Ausspruch des Richters bey dieser Art ungeschriebener Gesetze für nothwendig erklären, da es nirgends deutlich gesagt ist. II) Wenn zu Einführung eines Gewohnheitsrechts, keine andern als gerichtliche Handlungen, für gültig gehalten werden sollten, so würde nicht in der L. 38. D. de legib. der Unterschied zwischen einer Gewohnheit, und mehrern gleichförmigen rechtskräftigen Entscheidungen gemacht worden seyn, wo es heißt: nam Imperator noster *Seuerus* rescripsit, in *ambiguitatibus*, quae ex legibus proficiscuntur, *consuetudinem* aut *rerum perpetuo similiter iudicatarum* auctoritatem, *vim legis* habere debere. Diese Worte geben deutlich zu erkennen, daß die Einführung einer Gewohnheit auch ohne darüber erfolgte gleichförmige rechtskräftige Entscheidungen geschehen könne. III) Was den richtigen Verstand des von den Gegnern für ihre Meinung als Beweisstelle angeführten Gesetzes anbetrift, so sagt der Jurist Ulpian darinn weiter nichts, als daß, wenn man wegen dieser oder jener Gewohnheit einer Stadt oder Provinz überzeugt seyn wolle, man vor allen Dingen darauf sehen soll, ob in den Gerichten bereits darüber Streit entstanden, und sie nun daselbst bestätigt worden sey; denn, schreibt Hr. RR. Eichmann, 1) geben die Worte Ulpians deutlich zu erkennen, daß er nicht von der Einführung, sondern von dem Beweise einer wirklich vorhandenen Gewohnheit reden, und bestimmen wollen, was man in diesem Falle zu thun habe. Er muß eine schon eingeführte Gewohnheit voraus setzen, weil er sonst nicht sagen können, man solle sehen, ob die Gewohnheit gerichtlich bestätigt worden sey. Was bestätigt werden soll, muß schon seinen wesentlichen Stücken nach, vorhanden seyn. Es läßt also Ulpian unausgemacht, wie eine Gewohnheit eingeführt worden, und redet blos von der erfolgten gerichtlichen Bestätigung einer Gewohnheit. 2) Enthalten auch selbst die Worte des Ulpians keine gesetzliche Verordnung, sondern blos einen Rath; denn Ulpian hält dafür, daß, wenn von

einer Gewohnheit die Rede sey, man sehen sollte, ob sie in Gerichten bestätigt worden, und es wird nicht geboten noch verboten. Dieses erhellet aber noch deutlicher aus der ursprünglichen Entstehung dieser Stelle. Es ist dieselbe ein Fragment des vierten Buchs des Ulpians von der Pflicht eines Proconsuls, wie die Ueberschrift des Gesetzes zu erkennen giebt. Wenn man aber die Fragmente der zehen Bücher des Ulpians von der Pflicht eines Proconsuls genau nachsieht, so findet man, daß Ulpian aus eigenem Antriebe sie in der Absicht geschrieben hat, um den Proconsuln Cautelen an die Hand zu geben, welche sie bey Entscheidung zweifelhafter Rechtsfälle sollten brauchen können. Und so giebt denn auch Ulpian in dem vierten Buche der gedachten Fragmente in dem Falle, da von der Existenz der Gewohnheit einer Stadt oder Provinz die Rede ist, den Rath, daß man sehen solle, ob schon in den Gerichten, des Widerspruchs ungeachtet, die Gewohnheit sey bestätigt worden, weil alsdenn fast kein Zweifel mehr in Ansehung derselben übrig bleibet. Dagegen wird zwar von den Gegnern eingewendet, daß die Rathschläge der Rechtsgelehrten, nachdem sie in die Justinianischen Gesetzbücher aufgenommen worden, als solche nicht mehr angesehen werden könnten, sondern vielmehr als Gesetze zu betrachten wären, indem sonst die wenigsten Verordnungen der Pandekten eine gesetzliche Kraft haben würden, weil die alten Rechtsgelehrten ihre Worte gemäßigt, und in Sachen, die nicht in den Gesetzen entschieden gewesen, in einem rathenden Tone gesprochen hätten, überdieß habe auch Justinian in der L. 2. §. 10. C. de vet. iure enucl. verordnet, daß das, was in den Pandekten enthalten, so gut angesehen werden sollte, als wenn es von ihm herrühre. Allein man muß einen Unterschied machen unter einem Rathe, der etwas entscheidet, und unter einem solchen, der blos ein Mittel anzeigt, dessen ich mich soll bedienen können, um meinen Vortheil zu befördern oder Schaden zu verhüten. Die Sätze der Pandekten von der erstern Art sind freylich als gesetzliche Verordnungen anzusehen, hingegen, die von der letztern Art bleiben noch immer

immer unverbindliche Rathschläge, dergleichen in allen Gesetzbüchern vorkommen. HR. Glück erklärt sich über das angeführte Gesetz folgendergestalt. Verschiedne Ausleger wollen die gemeine Lesart für unrichtig halten, ohngeachtet sie die Auctorität der Florentinischen Pandekten für sich hat, weil ihrer Meinung nach, die Worte *contradicto* iudicio, keinen rechten Verstand hätten. Sie wollen daher statt contradicto lieber contradicta lesen, und glauben ihre Emendation durch die Auctorität der Griechen beym Leunclavius unterstützen zu können [d]). Allein daß diese Aenderung ganz unnöthig, ja höchst unschicklich sey, haben mehrere gezeigt [e]). Die Erklärung aber, die man von diesen Worten macht, ist wieder sehr verschieden. Staudinger trägt §. 5. folgende Erklärung vor, und schreibt: contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata, denotat consuetudinem, quae firmata est per contradictionem, a Praetore factam ei, qui contra istam consuetudinem, actionem in iudicium deducere intendebat. Das contradictum ziehet er also auf den Prätor, von welchem gesagt werde: contradicit iudicium, si actionem, ab actore in iure propositam, non admittit. Iudicium sey also so viel als actio, und contradicto iudicio heiße nichts anders, als si actio statim in limine, quo actio consuetudini aduersa, a Praetore contradicta esset. Allein ich muß gestehen, daß ich den Ausdruck contradicere iudicium vom Prätor nirgends in unsern Gesetzen gelesen habe; die Redensart denegare actionem, wenn der Prätor eine Klage nicht gestattet, sie für unzulässig erklärt, ist bekannt genug [f]). Solchemnach möchte also das contradi-

d) Levnclavius Lib. II. Notat. c. 33. Noodt ad h. t. S. 15. Schulting ad h. t. §. 19. Gundlingiana 8tes Stck. Nr. 3. §. 19. Eckardt Herm. Lib. I. c. 7. §. 303. S. 547.

e) Hoffmann in Melet. ad Pand. Diss. 2. §. 3. Püttmann Interpr. et Obseru. c. 19.

f) L. 30. D. de solut. L. 26. § 4. D. ex quib. caus. mai. L. 4. §. 1. de re iud. L. 3. pr. si mens. L. 14. pr. de nox. act.

ctum wohl mehr auf den Gegner sich beziehen, der der Gewohnheit widerspricht, worauf der Kläger seine Klage gegründet hatte. Dieß beweisen auch die Anfangsworte: cum de consuetudine — considere quis videtur, denn considere ist so viel als niti aliqua re contra obnitentem g). Besser erklärt der Herr Domherr Püttmann h) die Worte: an etiam contradicto aliquando iudicio, per hypallagen, von welcher Figur Struchtmeyer i) mehrere Beyspiele gesammelt hat, und zeigt, daß sie so viel heissen sollen, als: an etiam in iudicio aliquando contradicta et firmata sit consuetudo. Der wahre Sinn der Worte ist also dieser: explorandum est, an etiam consuetudo, ab aduersa parte licet contradicta, a Praetore tamen aliquando iudicio firmata sit, i. e. Praetor pro ea aliquando pronunciauerit. Noch eines kann ich hierbey nicht mit Stillschweigen übergehen. Staudinger a. a. O. §. 6. und Hofmann a. a. O. wollen sogar die L. 34. nicht allgemein, wenn überhaupt vom Beweise einer Gewohnheit die Rede ist, sondern nur von solchen Gewohnheiten erklären, quae circa praerogatiuas honorum, et vacationes a muneribus in vnaquaque prouincia vel ciuitate obtinebant. Ihr Beweis ist aus der Inscription genommen. Im 4ten Buche de officio Proconsulis habe Ulpian von den bürgerlichen Pflichten und Ehrenämtern, desgleichen von Erledigung derselben, und den Entschuldigungsursachen gegen deren Auftrag gehandelt, wie aus der Vergleichung der aus dem gedachten 4ten Buche genommenen Fragmente, z. B. L. 6. de legat. L. 6. de mun. et honor. L. 4. de veteran. L. 2. de iure immun. zu ersehen sey. Nur auf die sich hierauf beziehenden Gewohnheiten, sey also die L. 34. einzuschränken, weil diese Stelle auch aus eben diesem 4ten Buche de offic. Proconf. entlehnt sey. Allein diesen Mißbrauch

g) Brisson. de Verb. Signif. voc. considere.
h) Püttmanni Interpr. et Obseruat. c. 19.
i) Struchtmeyer Animadu. critic. Lib. II. c. 1.

brauch der Critik hat schon der Herr Domherr Püttmann a. a. O. S. 88. so vollkommen gerügt, daß mir hier nichts übrig bleibt, als meine Leser an die Regel wieder zu erinnern, die schon S. 245 angeführt worden.

V) Dürfen die zu Einführung einer Gewohnheit nöthigen Handlungen nicht der gesunden Vernunft, noch der Wohlfarth des Staats oder dem Besten der Kirche entgegen seyn[k]), denn da überhaupt kein Gesetz wider die gesunde Vernunft und die Wohlfarth des Staats seyn darf, wie S. 57. gezeigt worden, so muß man auch dieses von ungeschriebenen Gesetzen behaupten, und es läßt sich folglich auch keine Genehmigung des Gesetzgebers der auf solche Handlungen begründeten Gewohnheiten annehmen. Die Gesetze[l]) verwerfen daher ausdrücklich alle böse Gewohnheiten, und im 218 Art. der P. G. O. Carls des Fünften, findet man eine große Anzahl solcher unvernünftigen Gewohnheiten. Einige Rechtslehrer[m]) haben zwar die Gültigkeit unvernünftiger Gewohnheiten zu behaupten gesucht, und sie führen den Umstand als Beweis ihrer Behauptung an, daß, wenn von einem ganzen Volke etwas als Gewohnheit angenommen worden sey, sich nichts unvernünftiges mehr dabey denken lasse, und selbst in Gesetzen[n]) kein Unterschied unter vernünftigen und unvernünftigen Gewohnheiten gemacht werde. Allein 1) ist es allerdings lächerlich, etwas nicht für unvernünftig zu halten, weil es von einem ganzen Volke gebilliget wird. Wie einzelne Menschen wider ihre gesunde Vernunft handeln, so ist dieses auch

k) Io. Eichel D. de prauis et irrationabilibus consuetud. Helmst. 1665. G. A. Struv D. de consuetudinibus rationabilibus et irrationab. Ien. 1667. Hartleben ad Pand. S. 207.

l) Auth. nauigia C. de furt. et seru. corrupt. L. 1. C. de nauſr. Nov. 134. c. 1. C. C. C. Art. 218. c. 1. 3. 4. 5. 7. 9. 10. X. de consuet. R. H. O. Tit. 1.

m) de Senckenberg D. de iure obseruant. ac consuetud. in causis publicis priuatisue, §. 7.

n) L. 2. C. quae sit longa consuet. L. 39. D. de legib. L. 13. D. de pollicit. R. A. v. 1529.

auch der Fall bey ganzen Völkern, wenn es ihnen an der nöthigen Aufklärung fehlt. 2) Wenn auch in einigen Gesetzen kein Unterschied zwischen vernünftigen und unvernünftigen Gewohnheiten gemacht wird, so verwerfen doch andere Gesetze alle böse und unvernünftige Gewohnheiten ausdrücklich, wie wir S. 359 gesehen haben. Daß einige Gewohnheiten zu gewissen Zeiten für unvernünftig erklärt und abgeschaft worden, die es nicht sind, beweißt weiter nichts, als daß man sich bey der Prüfung derselben irren kann. Es kann daher keine Gewohnheit wirkliche Verbrechen zu erlaubten Handlungen machen, wenn sie auch noch so lange ungestraft geblieben sind o), nach der Parömie: hundert Jahr unrecht, ist keine Stunde recht. Im c. vlt. X. de consuet. erklärt der Pabst Gregorius der Neunte, daß auch eine lange Gewohnheit uns nicht zu Handlungen berechtigt, die nach natürlichen und göttlichen Gesetzen verboten sind, weil man bey deren Uebertretung Seele und Seligkeit verliehren könne. Die öftere Wiederhohlung solcher Missethaten mache uns nur desto straffälliger, je größere Neigung zu sündigen, und je größere Bosheit des Gemüths hierdurch an den Tag gelegt werde. Dieser Mißbilligung unvernünftiger Gewohnheiten ungeachtet, giebt es dennoch immer noch eine nicht unbedeutende Anzahl derselben, und dahin gehört die Gewohnheit, daß sich der Scharfrichter die Sachen anzumaßen pflegt, die er bey einem Selbstmörder gefunden hat p); daß man ehemals diejenigen, durch welche eine Feuersbrunst veranlaßt worden, in der ersten Wuth über dieses Unglück, ins Feuer schmiß q); daß man nur denjenigen in ein Handwerk, Gemeine oder Collegium aufnehmen will, der die Tochter eines Mitglieds aus dem

o) de Pvfendorf Obs. iur. vniu. Tom. I. Obs. 189. S. 483.

p) Art. 135. 218. der P. G. O. Hr. v. Quistorp im peinlichen Rechte, Thl. 1. S. 445. Thl. 2. S. 41. de Boehmer ad Art. 135. S. 638.

q) Die Glosse zum Sächs. Landr. B. 2. Art. 51. Nr. 3. Hr. v. Quistorp a. a. O. Thl. 1. S. 296.

dem Handwerke, der Gemeine oder dem Collegium geheyrathet hat. So viel ist übrigens nicht zu leugnen, daß unvernünftige Gewohnheiten immer noch einige rechtliche Würkungen haben, welche sich z. B. hauptsächlich bey Beurtheilung der Strafbarkeit einer Handlung zeigen [r]).

VI) Müssen die Handlungen aus der Ueberzeugung einer moralischen Nothwendigkeit vorgenommen worden seyn, das heißt, es müssen diejenigen, durch deren gleichförmige Handlungsweise eine verbindliche Gewohnheit eingeführt werden soll, deswegen so, wie zeither gehandelt haben, weil sie glaubten, sie wären schuldig und verpflichtet, diese Handlungen so und nicht anders vorzunehmen. So ist es zu verstehen, wenn die Rechtslehrer sagen, es würden zu Einführung einer Gewohnheit, actus ex opinione neceſſitatis ſuſcepti erfordert [s]), wovon man beym Böhmer und Herrn von Ludolf Beyspiele findet. Die Natur der Sache macht diese Beschaffenheit der Handlungen nothwendig; denn weil die Gewohnheit ein Gesetz, das heißt eine Regel, wornach freye Handlungen eingerichtet werden sollen, vorstellt, so müssen auch diejenigen Handlungen, worauf sich die Gewohnheit gründet, moralisch nothwendige gewesen seyn (S. 20). Dieser Beschaffenheit der Sache gemäß folgt, daß sogenannte blos willkührliche Handlungen (S. 60), oder wenn sie nach einem Vertrage, oder nur aus Freundschaft oder aus Mitleid vorgenommen worden, wenn es gleich von mehrern Personen und zu wiederhohltenmalen geschehen seyn sollte, keine verbindliche Gewohnheit einführen können. Z. B. die Einwohner eines Ortes haben bisher beständig in einer Mühle mahlen

r) L. 16. §. 10. D. de poen. L. 1. de abig. Nov. 154. Crell de orig. et virt. iur. non ſcripti, Obſ. 3. S. 14. Koch Inſt. iur. crim. Lib. I. c. 9. §. 154. lit. G. S. 78. edit. 8uae.

s) Hartleben Spec. 11. med. 8. Reinhardt ad Christ. Vol. IV. Obſ. 56. n. IV. S. 96. Boehmer Reſp. Tom. II. Reſp. 869. n. 12. Tom. I. P. II. Reſp. 45. n. 417. de Lvdolf Obſ. 169. P. II.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0419
DFG

mahlen lassen, da sie doch auch wo anders hätten lassen mahlen können, so entsteht daraus noch keine Gewohnheit, sondern erst alsdenn, wenn sie wollten wo anders mahlen lassen, der Müller oder der Guthsherr verboth es ihnen, und sie beruhigten sich dabey, liessen ferner daselbst mahlen, und mit der Zeit kommt gar die Genehmigung des Regenten dazu, so ist hierdurch eine Gewohnheit entstanden. Bey der Berechnung der Handlungen dürfen jedoch die ersten, vor dem Verboth geschehenen, nicht mit gerechnet werden t). Man nehme ferner den Fall an, es sey an einem Orte einigemal geschehen, daß der Guthsbesitzer ein ausgesetztes Kind aus Mitleid aufgenommen und erziehen lassen, so darf hierauf nicht etwa die Schuldigkeit des Guthsherrn gegründet werden, ausgesetzte oder sogenannte Findelkinder erziehen lassen zu müssen, denn man kann auf diese aus Mitleid geschehenen Fälle, keine Gewohnheit begründen. Auch ist noch kein gesetzliches Nachbarrecht dadurch entstanden, weil an einem Orte bisweilen der Käufer, das gekaufte Grundstück dem Nachbar des Verkäufers, aus Freundschaft für dasselbe Geld, was er bezahlt hat, wieder abgetreten. Der Beweis, daß Handlungen aus moralischer Nothwendigkeit geschehen sind, und nicht für willkührliche gehalten werden können, schreibt Hr. HR. Glück, ist theils aus der Beschaffenheit der Handlungen selbst, theils aus dem Grunde, warum eine Gewohnheit eingeführt worden, ratio quae fuasit consuetudinem, wie es in der L. 1. C. quae sit longa consuet., theils aus der Länge der Zeit, theils aus dem nie erfolgten, oder nicht geachteten Widerspruche, theils aus den darauf gegründeten rechtskräftigen Erkenntnissen zu beurtheilen, auf welches letztere Ulpian in der S. 355 angeführten Stelle ganz vorzüglich verweiset. Endlich ist noch zu bemerken: da moralisch nothwendige Handlungen zu Einführung einer Gewohnheit erfordert werden, so folgt, daß Handlungen, die durch einen unerlaubten Zwang veranlaßt worden, oder welche sich auf einen offenba-

ren

t) Wernher Obs. Tom. II. P. 9. Obs. 21.

ren Irrthum gründen, nicht in Betracht gezogen werden können[u]).

VII) Die letzte nothwendige Eigenschaft, welche diejenigen Handlungen haben müssen, wodurch eine gültige Gewohnheit eingeführt werden soll, besteht darinn, daß eine so lange Zeit darüber verflossen ist, als nöthig ist, um annehmen zu können, die Genehmigung des Regenten sey geschehen. Aus Gründen der gesunden Vernunft läßt sich weiter nichts beweisen, als daß die zu Einführung der Gewohnheit erforderlichen Handlungen eine so lange Zeit über geschehen sind, daß der Gesetzgeber etwas davon hat erfahren, und folglich seine Misbilligung oder Genehmigung hat deutlich erklären können. In unsern Gesetzen wird diese **Eigenschaft** durch die Ausdrücke: consuetudo inueterata, diuturna, per annos plurimos obseruata, longaeuus vsus, consuetudo antiquitus probata et tenaciter seruata[x]) bemerkbar gemacht. Wie viel Jahre aber darüber verflossen seyn müssen, ehe dieses gesagt werden könne, davon steht nichts in diesen Gesetzen. Einige Rechtslehrer haben aber behauptet, im **kanonischen** Rechte sey die **Verjährungszeit** zum Termin gemacht worden, wenn eine Gewohnheit existiren solle, weil an einigen Stellen der Ausdruck consuetudo *praescripta* vorkommt[y]). Allein denkt man der Sache etwas genauer nach, drückt sich Hr. HR. **Glück** aus, so wird man bald einsehen, daß die **Analogie** von der Verjährungszeit hier ganz unanwendbar sey. Was hat doch die **Verjährung**, die eines Theils als Strafe der Nachlässigkeit eingeführt worden, und andern Theils sich nur auf Sachen und Rechte einzelner Privatpersonen bezieht, mit einer gesetzlichen **Gewohnheit** gemein, die als eine verbindliche Regel für viele aufgestellt wird? Doch vielleicht wird man sagen, es komme hier nicht auf

u) L. 39. D. t. h. BOEHMER Comp. Dig. h. t. §. 20. n. 4.

x) L. 32. §. 1. L. 33. L. 35. D. h. t. L. 2. L. 3. C. quae sit longa consuet.

y) c. 11. X. de consuet. c. 50. X. de elect. c. 5. de offic. ordin. in 6to. c. 3. de consuet. in 6to.

auf den Begrif, sondern nur auf die Zeit der Verjährung an. Gut, ist denn aber damit der Schwierigkeit abgeholfen? Wer weiß es nicht, wie sehr verschieden die gesetzlich bestimmte Zeit der Verjährung sey? Gesetzt nun also, die Päbste hätten in den angeführten Stellen, zur Begründung einer rechtlichen Gewohnheit, den Ablauf einer gesetzlichen Verjährungsfrist im Ernst gemeint, soll dieses von einer zehen- oder zwanzig- oder dreyßig- oder vierzigjährigen, oder einer noch längern Zeit zu verstehen seyn? Kein Wunder, wenn wir daher auch hierinn eine so große Verschiedenheit der Meinungen gewahr werden. Ich meines Theils bin vollkommen überzeugt, daß im kanonischen Rechte so wenig als im römischen, eine gewisse Zeit zur Einführung einer gesetzlichen Gewohnheit bestimmt sey, und die Fabel von der Präscription der Gewohnheitsrechte ist schon von andern[z]) aus so bündigen Gründen verworfen worden, daß sie unter den neuern Rechtsgelehrten wohl nicht leicht noch einen Vertheidiger finden möchte. Es ist ganz unleugbar, daß man jene Stellen des kanonischen Rechts falsch verstanden habe, in denen von einer consuetudine praescripta die Rede ist. Man darf in der That nur mit einiger Aufmerksamkeit diese Stellen durchlesen, und sie mit einander vergleichen, so wird man deutlich sehen, daß daselbst gar nicht von einer solchen Gewohnheit, die durch den Willen des Landesherrn zu einem Gesetz wird, sondern von der Ausübung und dem Gebrauch eines Rechts oder einer Befugniß, die durch gesetzmäßige Verjährung erworben werden kann, gehandelt werde, und eine verjährte Gewohnheit daher in dieser Rücksicht nichts anders, als das seit langer Zeit ausgeübte, und durch die Gewohnheit befestigte Recht selbst sey, wie auch neuere Canonisten[a]) behaupten.

z) Io. Henr. Hochstetter D. de praescriptione consuetud. ad cap. vlt. de consuet. Stuttg. 1776. D. Meurers juristische Abhandl. 1. Samml. S. 157.

a) Schrodt Iustit. iur. canon. §. 238. Riegger Instit. iurispr. eccles. P. II. §. 106. Hedderich Elem. iur. canon. P. II. §. 21. not. d. Eibel kathol. Kirchenr. 4ter Thl. 1. Bnd. §. 270. S. 122.

ten. Aus diesem Gesichtspunkt wird sich nun insonderheit auch das cap. vlt. X. de consuet. am leichtesten erklären lassen, wo es heißt: cum tanto grauiora sint peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanae mentis, (non) intelligit, naturali iuri, cuius transgressio periculum salutis inducit, quacunque consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. Gregor der 9te redet in diesen Eingangsworten davon, daß auch eine lange Gewohnheit uns zu Handlungen nicht berechtige, die nach natürlichen und göttlichen Gesetzen verboten sind, weil man bey deren Uebertretung Seele und Seligkeit verliehren könne. Die öftere Wiederhohlung solcher Missethaten mache uns nur desto straffälliger, je größere Neigung zu sündigen, und je größere Bosheit des Gemüths hierdurch an den Tag gelegt werde. Daß der Pabst hauptsächlich gegen diejenigen eifere, welche unter dem Vorwande einer Gewohnheit, d. i. eines durch Gewohnheit erworbenen Rechts ihre unerlaubten Handlungen rechtfertigen wollen, ergiebt sich aus andern Stellen noch deutlicher. So z. B. werden in dem Concilio Turonensi verschiedene Arten der Simonie verboten, mit dem Beysatze: nec sub obtentu cuiusquam *consuetudinis* reatum suum quis tueatur, quia diuturnitas temporis non diminuit peccatum, sed auget, wie es im c. 8. X. de simonia heißt. Eben so heißt es in einem Concilio Lateranensi, wie man aus dem c. 9. X. eod. sieht: horribile nimis est, quod in quibusdam ecclesiis locum venalitas perhibetur habere — — putant autem plerique, ex hoc sibi licere, quia legem mortis de *longa consuetudine* inualuisse arbitrantur, non attendentes, quod tanto grauiora sunt crimina, quanto diutius infelicem animam tenuerunt alligatam. Die Kirchen, von denen hier die Rede ist, suchten die Schändlichkeit ihrer Handlungen mit einer langen Gewohnheit zu beschönigen, wodurch sie ein Recht erlangt zu haben vermeinten. Es ist sehr wahrscheinlich, daß Pabst Gregor der 9te, solche und andere ähnliche Fälle im Sinn gehabt habe. Er fährt nun folgendermaßen

maßen fort: licet etiam *longaeuae consuetudinis* non sit vilis auctoritas; non tamen est vsque adeo valitura, vt vel iuri debeat praeiudicium generare, nisi fuerit rationabilis, et legitime sit praescripta. Von was für einer Gewohnheit kann hier wohl die Frage seyn? Offenbar von einer solchen, die verjährt werden kann, und durch welche die positiven Gesetze auf irgend eine Art eine Einschränkung leiden. Diese ist aber keine Regel, die die Vorschrift der positiven Gesetze aufhebt, sondern sie besteht in einem Recht, welches einem Dritten nach einer gesetzlichen Anordnung zustehet, aber vermittelst der Verjährung auf uns übergehen kann (S. 342). Von einer solchen Gewohnheit redet Innocenz der 3te, in dem oben angeführten c. 8. X. de consu. und auch Gregors Entscheidung in unserm cap. fin. bezieht sich auf eine solche Gewohnheit, wodurch das Recht eines andern, so ihm nach dem gemeinen Rechte zustehet, aufgehoben, oder eingeschränkt, oder überhaupt nur näher bestimmt wird. Durch eine solche Gewohnheit werden also die positiven Gesetze nicht aufgehoben, sondern ihre Wirksamkeit wird dadurch nur in einem individuellen Falle gehemmt. Hr. Prof. Hochstetter, dem ich vorzüglich gefolgt bin, öfnet uns jedoch noch einen andern Weg zur Erklärung dieses Capitels, und schreibt §. 24. der angeführten Abhandlung: licet in plerisque consuetudo sufficiat, vt aliquis iure quodam, quo diu vsus est, tanquam suo vtatur, et aduersus aliorum impetitiones consuetudine se defendat, non tamen est vsque adeo valitura, vt quis se obligatione generali iuris positiui consuetudine sola eximere, vel ius sibi, quod negat ipsi ius positivum, sola consuetudine asserere possit, nisi fuerit *rationabilis*, i. e. nisi fuerit talis consuetudo, vt ex caussa peculiari ipsi contra ius positiuum concedi posset, et *legitime praescripta* (si scilicet solo consuetudinis titulo nitatur). Haec consuetudo non tollit aut abrogat ius positiuum, de quo neque loquitur Pontifex, ei tamen derogat, siue praeiudicium facit, i. e. exceptionem constituit a regula generali in certis personis, quae, quia

quia rationem habet, admittitur, si sit legitime constituta. — Paulo ante *Gregorium* IX. eandem sententiam secutum est Concilium Lateranense IV sub *Innocentio* III habitum, quo iuxta c. 13. X. de offic. iud. ordin. capitulis cathedralium Ecclesiarum ius indulgetur, quod diuturna ipsis consuetudo tribuerat, exercendi iurisdictionem correctiuam in sua membra. Eo iure derogatur iuri positiuo, quod Episcopo eam iurisdictionem tribuit, et eximuntur Canonici cathedralium Ecclesiarum ab obligatione generali, agnoscendi iurisdictionem Episcopi. Es läßt sich also mit gutem Grunde vermuthen, da Gregorius in dem ersten Theile dieses Capitels von dem gebietenden und verbietenden natürlichen Rechte redet, daß er in dem zweyten Theile, das gebietende und verbietende positive Recht zum Gegenstande genommen habe. Nach diesem Gesichtspunkte liesse sich also von dem Texte folgende Erklärung machen. — Wenn gleich in den meisten Fällen eine Gewohnheit Jemanden ein Recht beylegt, wodurch er sich aus dem Grunde, daß er solches schon seit langer Zeit ausgeübt habe, gegen die Angriffe anderer sicher stellen kann; so kann man doch einer Gewohnheit keine solche Kraft zuschreiben, daß sich ein Unterthan mittelst derselben allein von der allgemeinen Verbindlichkeit der positiven Gesetze losmachen, oder sich ein Recht anmaßen dürfte, welches ihm die positiven Gesetze absprechen, außer wenn dieses Recht ihm aus einer besondern Ursache der gesetzlichen Sanction ungeachtet in dem Falle zugestanden wird, da es auf eine rechtmäßige Verjährung gebauet ist. Diese Gewohnheit hebt das positive Gesetz nicht auf, sondern bewirkt nur eine Ausnahme von der allgemeinen Regel bey gewissen Personen, wie die Beyspiele lehren, die uns das c. 13. X. de offic. iud. ord. c. 26. X. de verb. signif. c. 13. de elect. in 6to, c. 1. de offic. ord. in 6to hierzu liefern.

Wenn gleich die Meinung für richtig gehalten werden muß, daß sichs weder aus dem römischen, noch aus dem kanonischen Rechte beweisen lasse, wie viel Jahre vergangen seyn müssen, ehe die Handlungen, welche eine

Gewohnheit begründen sollen, für hinlänglich dazu gehalten werden können, so haben dennoch die ältern Canonisten behauptet, nach dem c. fin. X. de consuet. müßten 10 Jahr vergangen seyn, wenn eine consuetudo praeter legem, und 40 Jahr, wenn eine consuetudo contra legem existiren solle [b]). In den ältern Zeiten, hielt man auch beym Reichskammergericht, den Ablauf von zehen Jahren für hinreichend zu Einführung einer Gewohnheit [c]). Verschiedne neuere Rechtslehrer verlangen 10 oder 20 Jahr zu Einführung eines Gewohnheitsrechts, weil dieser Zeitraum eine lange Zeit enthalte [d]). Von andern Rechtslehrern werden 30 oder 40 Jahre erfordert [e]). Manche alten Rechtslehrer verlangten gar, daß 100 Jahr vergangen seyn müßten, ehe eine Gewohnheit existire, weil dieses der Sinn der in Gesetzen vorkommenden Ausdrücke: *inueterata* consuetudo, *longaeuus* vsus verlange. Alle diese Meinungen verwerfen aber viele neuere Rechtsgelehrte, und sie behaupten mit Recht, da sich weder aus dem römischen noch kanonischen Rechte, die Zeit beweisen lasse, welche darüber vergangen seyn müsse, ehe man eine gültige Gewohnheit annehmen könne, so komme es einzig und allein auf das vernünftige Ermessen des Richters an, nach allen Umständen zu bestimmen, ob die Zeit hinreichend sey, ein Gewohnheitsrecht annehmen zu können [f]). Vor allen Dingen muß freilich

b) HOFACKER Princ. iur. Rom. Tom. I. S. 100.

c) MYNSINGER Obs. VI. 41. n. 10. GAIL Obs. II. 31. n. 3.

d) BERGER Oecon. iur. Lib. I. tit. 1. th. 19. n. 3. SCHILLER Exerc. II. §. 19. DONNELLVS Comment. iur. ciuil. Lib. I. c. 10. van dem BVSCH Diss. cit. c. 3. §. 38.

e) G. L. BOEHMER Princ. iur. can. §. 232.

f) Arg. L. 1. §. 2. D. de iure delib. SCHVLTING ad Prota, h. t. §. 17. NOODT ad Dig. h. t. S. 15. LAVTERBACH ad Pand. h. t. §. 35. STRYCK Vsus mod. h. t. §. 12. MÜLLER ad STRVV Exerc. 2. th. 20. lit. ξ. COCCEII in iur. contr. h. t. Qu. II. GVNDLINGIANA P. VII. n. 2. §. 23. REINHARDT ad Christ. Vol. IV. Obs. 65. Eisenhardts Rechtsh. Thl. 2. Nr. 7. Meditationen über verschiedne Rechtsmat. 3te Bnd. 181. Med. S. 309.

lich darauf Rücksicht genommen werden, ob durch die Landesgesetze oder den Gerichtsgebrauch eine bestimmte Anzahl von Jahren festgesetzt worden, welches in Sachsen geschehen ist, wo, wie bekannt, 31 Jahre 6 Wochen 3 Tage zu Einführung einer Gewohnheit erfordert werden. Viele ältere Rechtslehrer behaupten zwar, dieser Zeitraum sey selbst durch das gemeine sächsische Recht, Buch 1. Art. 29 und 38. festgesetzt worden. Andere Rechtslehrer haben aber dagegen bemerkt, daß die Stelle des sächsischen Landrechts ebenfalls nur von der Verjährung rede, wie dieses im kanonischen Rechte der Fall ist, und blos Carpzov[g]) habe eine durch Verjährung entstandene verbindliche Gewohnheit, mit dem Gewohnheitsrechte verwechselt, und diese falsche Meinung sey sodann durch den Gerichtsgebrauch bestätigt worden[h]).

In unsern Zeiten hat z. B. Herr D. Meurer in seinen juristischen Abhandlungen, 1. Samml. S. 113. die alte Meinung wiederum zu unterstützen gesucht, daß eine Zeit von undenklichen Jahren zu Einführung eines Gewohnheitsrechts erfordert werde. Diese Meinung ist aber nicht zu beweisen, denn die in den Gesetzen dieses Titels vorkommenden Ausdrücke, consuetudo inueterata, diuturna, antiquitus probata, beweisen hier nichts, schreibt Hr. HR. Glück. Es können Gewohnheiten allerdings von der Art seyn, daß sich ihr Ursprung im hohen Alterthum verliehrt; daraus folgt aber nicht, daß allemal eine Beobachtung von undenklicher Zeit her erfordert werde, wenn eine Gewohnheit für angenommen zu halten sey. Der Ausdruck vetustas bedeutet freilich in unsern Gesetzen bisweilen eine undenkliche Zeit, z. B. in der L. 2. D. de aqua et aquae pluu. aber oft auch nur eine Zeit von mehrern Jahren, z. B. in der L. 10. D. si

 feruit.

g) Carpzov Part. II. Const. III. Def. 21. n. 5.

h) Thomasius de iure consuet. et obseru. §. 104. Beyer del. iur. ciuil. sec. Pand. h. t. Pos. 15. Kemmerich D. de prob. consu. Sect. II. §. 12. not. g. Schaumburg in not. ad Struv Iurispr. aphor. 14.

seruit. vind., wie mehrere Rechtslehrer gezeigt haben[i]). Daß diese letzte Bedeutung in der Lehre vom Gewohnheitsrechte anzunehmen sey, sieht man aus der L. 35. D. de leg. sehr deutlich, wo longa consuetudo eine solche genannt wird, quae per annos plurimos obseruata est. Ueberhaupt lassen sich die vom Hrn. D. Meurer aus dem Titel de aqua et aquae pluu. arc. act. angeführten Stellen hier gar nicht anwenden; so wie es auch ungegründet ist, daß nur das Alterthum allein, die zur Begründung eines Gewohnheitsrechts erforderliche opinio necessitatis bewirke, denn daß diese auch noch mehrere andere Entstehungsursachen haben könne, ist bereits bemerkt worden.

§. 87.

Nachdem über die Beschaffenheit derjenigen Handlungen, wodurch eine gültige Gewohnheit eingeführt werden soll, das Wichtigste gesagt worden, so komme ich auf den Beweis einer solchen Gewohnheit, wenn ihre Existenz geleugnet wird, und sie deswegen eines Beweises bedarf[k]). — Wie wir gesehen haben, gründet sich das Wesen einer Gewohnheit darauf, daß bey einer bestimmten Gelegenheit, von den Einwohnern eines Ortes oder Landes, eine lange Zeit über, auf eine völlig gleichförmige Weise gehandelt worden, und zwar deswegen, weil sie glauben, sie wären schuldig und verbunden, so und nicht anders zu handeln. Nun ist es eine Hauptrechtsregel: sobald gewisse Handlungen Rechte und Verbindlichkeiten bewirken sollen, und die Handlungen werden geleugnet, so muß es außer Zweifel gesetzt werden, daß sie wirklich geschehen

i) Brisson. de verb. sign. voc. vetustas, Westphal de lib. et seru. praed. S. 560.

k) Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. S. 99. Dietr. Heinr. Kemmerich de probatione consuet. et obseruant. Ien. 1732. 4. Cuiac. Obs. XX. 1. Mevius Dec. IV. 3. Cons. Tvb. II. 46. Bern. Aug. Gaertner Med. ad Pand. Spec. I. Med. 13.

schehen sind, weil die Rechte, Handlungen nicht als geschehen annehmen, oder vermuthen. Es würde aber große Ungerechtigkeit veranlassen, wenn derjenige, der behauptet, eine Handlung sey geschehen, die wirkliche Unternehmung derselben, auch in dem Falle sogar beweisen müßte, wenn sie fast allgemein bekannt ist, oder es käme bey der Anwendung der Gesetze gar nichts darauf an, ob die in Frage kommende Handlung geschehen ist oder nicht. In diesen beyden Fällen verlangen die Gesetze keinen Beweis der geleugneten Handlung. Daher haben wir auch bey der Lehre von der Gültigkeit einer streitigen Gewohnheit die Regel: wenn die Gewohnheit ganz notorisch, das heißt, hinlänglich bekannt ist, braucht derjenige, der sich drauf bezieht, ihre Existenz, oder die Handlungen nicht zu beweisen, wodurch sie entstanden ist. Man achtet auch darauf nicht, daß der Gegner behauptet, ihm sey wenigstens die streitige Gewohnheit nicht bekannt gewesen, weil es nach der L. 9. §. 2. D. de iuris et facti ignor. eine grobe Nachlässigkeit anzeigt, dasjenige nicht zu wissen, was allgemein bekannt ist [l]), obgleich im römischen Rechte von einer solchen Notorität nichts vorkommt, sondern nur im kanonischen, wie die angeführten Stellen beweisen [m]). Die Gewohnheit braucht ferner nicht bewiesen zu werden, wenn sie der Gegentheil bereits gerichtlich eingestanden hat [n]), und einsichtsvolle Rechtslehrer behaupten, ein wiederhohltes außergerichtliches Geständniß der streitigen Gewohnheit, habe ebenfalls die Kraft eines vollen Beweises derselben [o]). Wenn die Notorietät geleugnet wird,

l) c. 13. X. de appell. c. 3. X. de diuort. c. 8. X. de cohab. cler. et mul. c. 24. X. de V. S. ALEX. Lib. I. Conf. 67. FELIN. ad c. 2. X. vt lite non cont. n. 9. SOCIN. iun. Conf. 34. I. 1. n. 14. HERCVLAN. de probat. negat. n. 60. Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 402.

m) EBERHARD de notor. §. 4. Io. Sam. STRYCK de notor. c. 1. §. 5. et 9.

n) c. 3. X. de test. cog. MYNSINGER Obs. V. 96. 6. REINHARDT ad CHRIST. Vol. 4. Obs. 66. BOEHMER Ius eccles. Tom. I. Lib. I. tit. 4. §. 45.

o) Fr. BECKMANNI in Conf. P. I. S. 202.

schreibt Hr. RR. Eichmann, so lassen sich folgende Fälle denken. 1) Kann es seyn, daß der Gegner nur die Notorietät, aber die Gewohnheit selbst nicht leugnet. Hier ist kein Beweis weiter erforderlich, weil, da die Gewohnheit zugestanden worden ist, sie weiter keinen Beweis braucht, und die Notorietät, wenn man sich auch darauf gegründet hat, zur Entscheidung der Sache an sich nichts beyträgt. 2) Kann es auch seyn, daß die Notorietät und die Gewohnheit mit Anführung einiger nicht ganz offenbar nichtigen Gründe, geleugnet werden. Hier muß die Gewohnheit bewiesen werden, und die Beziehung auf die Notorietät hilft nichts, jedoch braucht die Notorietät selbst nicht bewiesen zu werden, wenn gleich der Richter zugleich darauf erkannt haben sollte. Hätte nun der Kläger die Gewohnheit wirklich bewiesen, aber die Notorietät nicht; so hat er den Grund der Klage hinlänglich dargethan, denn die Notorietät trägt an sich zur Entscheidung der Sache nichts bey, sondern befreiet bisweilen blos vom Beweise der Gewohnheit. Es ist daher auch die Regel falsch: quando negatur notorium, hoc probandum est, quod notorium, non quod verum est. 3) Kann es auch seyn, daß zwar die Notorietät geleugnet wird, aber dieses Leugnen ist ein boshaftes, weil der Richter als Richter die Existenz der Gewohnheit gar nicht bezweifeln kann. Wäre dieses nicht, so müssen diejenigen vorgeladen werden, die von der Gewohnheit wissen, und nun sind ihre Aussagen zu protocolliren. Behaupten sie die Existenz der Gewohnheit, so hat der Kläger wenigstens die Vermuthung für sich, und dieses befreit ihn von dem Beweise derselben; jedoch kann dem Gegner der Beweis des Gegentheils nicht abgeschnitten werden.

Sollte nun ein streitiges Gewohnheitsrecht nicht notorisch seyn, und folglich eines Beweises bedürfen, so muß es bewiesen werden; hier bedürfen aber diejenigen Eigenschaften desselben keines Beweises, welche eine Vermuthung für sich haben; ferner brauchen diejenigen Sätze der Beweisartikel nicht bewiesen zu werden, worinn blos verneinet wird, daß den zu Einführung der Gewohnheit erforderlichen

derlichen Handlungen gewisse Prädikate zukommen. Daher z. B. nicht bewiesen werden darf, daß die Handlungen der Gewohnheit durch entgegen gesetzte nicht unterbrochen worden p). Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß es sehr schwer wird, den Beweis einer gültigen Gewohnheit hinlänglich zu führen, und daher werden viele Partheien, die diesen Beweis übernommen, abgewiesen q); unmöglich ist aber gleichwohl diese Beweisführung nicht, wie Beyspiele zeigen r). Der Inhalt der Beweisartikel, davon beym Pütter a. a. O. ein Beyspiel vorkommt, besteht aus der Anführung der einzelnen Eigenschaften, die zu Einführung einer Gewohnheit erfordert werden. Es geht daher zwar an, allgemeine Beweisartikel, die auf das Daseyn der streitigen Gewohnheit überhaupt gerichtet sind, abzufassen, sie müssen aber nur sodann in einzelne oder specielle Sätze zergliedert, und darinn die Fälle angeführt werden, woraus man sieht, daß die Handlung mehrmals auf gleiche Weise, und in der Einbildung der moralischen Nothwendigkeit, an dem Orte vorgenommen worden, wo man sich jetzt darauf beruft s). Bey dieser Beschaffenheit der Sache, schreibt Hr. Prof. Hofacker, ist mit Grunde zu behaupten, daß diese Handlungen nicht sowohl als die Ursache der einzuführenden Gewohnheit (causa iuris introducendi), sondern vielmehr als ein Beweis des vorhandenen Rechts (argumentum iuris introducti) zu betrachten sind, welche Bemerkung wichtige Folgen bey dieser Materie hat. Die mehresten Rechtslehrer t) sind zwar der

p) Kemmerich l. c. Sect. 2. §. 6. S. 65. Schilter Exerc. 2. §. 21.

q) Klock Cons. Tom. I. Cons. 28. n. 223. Leyser Spec. 9. med. 1.

r) Pütters Beytr. zum Staatsr. Thl. 2. S. 288. flg.

s) Coler de Proc. execut. P. I. c. 3. n. 34. Wernher P. IV. Obs. 110. n. 4.

t) Berger Oec. iur. Lib. I. tit. 1. thes. 19. Carpzov P. II. Const. 3. Def. 22. n. 7. Gail Obs. II. 31. Mynsinger Cent. 6. Obs. 41. n. 7. Boehmer Ius eccles. Tom. I. Lib. 1. tit. 4. §. 42.

Meinung, daß es schon genug sey, wenn zwey Fälle, die völlig gleichartig sind, in den Beweisartikeln angeführt worden; andere behaupten aber, es sey dieses dem Ermessen des Richters zu überlassen, und am besten sey es allemal, so viel gleichförmige Fälle anzuführen, als möglich; hauptsächlich müßten alsdenn mehrere einzelne Handlungen bewiesen werden, wenn die streitige Gewohnheit andern vorhandenen Gesetzen entgegen stehe[u]). Es muß gezeigt werden, daß man vorher beständig in dergleichen Fällen, wovon jetzt die Frage ist, eben so zu Werke gegangen sey, wie jetzt wieder geschehen soll. Verschiedner Meinung sind aber die Rechtslehrer darüber, ob die streitige Gewohnheit specifice und in indiuiduo bewiesen werden müsse, das heißt, ob nicht insbesondere auszuführen sey, daß eben derselbe Fall, worüber jetzt gestritten wird, unter den nämlichen Umständen schon mehrmals vorgekommen, und dabey jederzeit die behauptete Gewohnheit zur Regel genommen worden. Die mehresten Rechtslehrer[x]) behaupten dieses, und führen die L. 1. C. quae sit longa consu. für sich an, wo es heißt: in eodem controuersiarum genere. Andere große Rechtsgelehrte halten hingegen schon eine Aehnlichkeit der Fälle für hinreichend[y]); denn warum sollten bey ungeschriebenen Gesetzen andere Rechtssätze gelten, als bey geschriebenen? Will der Gesetzgeber einmal, schreibt Hr. HR. Glück, daß es bey gewissen Fällen in Zukunft eben so gehalten werden soll, wie es seit langer Zeit gewöhnlich gewesen, warum sollte es nicht auch seinem Willen gemäß seyn, bey andern ähnlichen Fällen

u) Kemmerich Diss. cit. Sect. 2. §. 4. et 12. Strubens Bed. Thl. 1. S. 309.

x) Wernher Obs. P. 5. Obs. 135. Boehmer Ius eccles. Tom. I. Lib. I. tit. 4. §. 44. Cothmann Vol. II. Resp. 84. n. 52. Mevius Dec. P. 4. Dec. 3. n. 1. Kemmerich l. c. §. 8. Reinhardt Vol. IV. Obs. 66.

y) Leyser Spec. 9. med. 8. Hartleben Spec. 11. med. 12. Voet h. t. n. 36. Koenig D. de iure consuet. §. 35. Hr. HR. Glück Thl. 1. S. 468.

Fällen dasselbe Gewohnheitsrecht statt finden zu lassen? In der L. 32. pr. de D. leg. wird dieses sehr deutlich zu verstehen gegeben, über welches Gesetz der berühmte Anton Faber folgende Gedanken vorträgt: sensus est, in *iure non scripto* interpretando idem faciendum esse, quod in iure scripto, vt si quando deficiat, supplendum sit ex eo, quod in *similibus* causis et quae maiorem cum proposito casu adfinitatem habeant, constitutum vel receptum inueniatur. Quod enim legibus *scriptis* inesse credi oportet, vt ad eas quoque personas, et ad eas res pertineant, quae quandoque similes erunt, L. 27. D. h. tit. idem de moribus quoque et consuetudine dici potest. Diesem ist nun die L. 1. C. quae sit longa consuet. so wenig entgegen, daß sie vielmehr in den Worten, eodem controuersiarum *genere* unsern Satz bestätigt; wenn man zumal damit verbindet, was in eben diesem Gesetz zur weitern Bestimmung jener Worte hinzugefügt worden: nam et *ratio*, quae consuetudinem suasit, custodienda est. Die Hauptsache kommt freilich auf die wirkliche Aehnlichkeit der Fälle an, und diese richtig zu bestimmen, ist oft sehr schwer. Eine wahre Aehnlichkeit ist unstreitig vorhanden, wenn der gegenwärtige Fall, ungeachtet er in specie noch nicht vorgekommen, dennoch nicht nur überhaupt unter ein gewisses genus von Fällen zu zählen ist, von welchem derselbe als eine species anzusehen, sondern auch insonderheit bey dem jetzigen einzelnen Falle, eben der Grund statt findet, welcher vom ganzen Geschlecht gilt. Ist dieses, so ist der streitige Fall allerdings für gleichartig zu halten, und es ist genug, wenn die Gewohnheit nur von dem genere casuum erwiesen wird, unter welchen der streitige Fall als eine species begriffen ist. Man nehme z. B. den Fall an, daß an einem gewissen Orte, die Töchter aus der Verlassenschaft ihrer Mütter die Gerade für sich verlangten, und sich deswegen auf die dasige Gewohnheit berufen; und sie beweisen auch wirklich, daß man sich an ihrem Orte von je her nach dem sächsischen Rechte gerichtet habe. Jetzt haben sie das Daseyn eines Gewohnheitsrechts über die Erbfolge in die Gerade bewiesen, weil

diese

diese als ein Fall betrachtet werden muß, der nach dem sächsischen Rechte zu entscheiden ist. Wir wollen ferner folgenden Fall betrachen. — Ein Edelmann verlangt von einem Witwer, der seiner ohne Leibeserben verstorbenen Ehefrau lehnbares Guth ererbt, vermöge eines Gewohnheitsrechts das Erbe- oder Sterbehandlohn. Der Ehemann glaubt hierzu nicht verbindlich zu seyn; ersterer soll also seine angemaßte Befugniß darthun. Der Edelmann beweißt nun durch eine Reihe von Fällen, daß ihm jederzeit die Witwe, welche ihres ohne Kinder verstorbenen Mannes Lehnguth ererbt, die Sterblehn als persona in inuestitura non comprehensa habe entrichten müssen. Quaeritur, hat Kläger hierdurch sein Recht, auch in dem jetzigen Falle ein Erbhandlohn zu fordern, erwiesen? Ich glaube, allerdings; denn ist gleich der sich jetzt zugetragene umgekehrte Fall, vorhin noch nicht in indiuiduo vorgekommen, wer wird aber deswegen leugnen, daß das von dem Lehnherrn erwiesene Gewohnheitsrecht auch mit auf denselben anzuwenden sey, da bey demselben der nämliche Grund, daß auch der Witwer keine persona in inuestitura comprehensa ist, statt findet. Es dürfen jedoch auch hier die Grundsätze von der Rechtsanalogie, welche S. 269 vorgetragen worden, nicht aus der Acht gelassen werden, so wie es auch gewiß ist, daß Gewohnheiten, welche für exorbitant zu halten sind, und besondere Rechte betreffen, eingeschränkt werden müssen, und eben deswegen bey entstandenem Streit über die Existenz einer behaupteten Gewohnheit, nicht analogisch, sondern specifice darzuthun sind, wie die Fälle in den unten angeführten Schriftstellern [z]) beweisen.

Es muß ferner von den zu Einführung der Gewohnheit erforderlichen Handlungen bewiesen werden, daß sie in der Meinung einer moralischen Nothwendigkeit geschehen sind; jedoch wird auch diese Eigenschaft vermuthet, wenn sich die Gewohn-

z) Boehmer Ius. eccles. Tom. I. Lib. I. tit. 4. §. 44. Gmelins und Elsäßers Rechtsfälle, 4ter Band, Nr. 7. S. 36.

Gewohnheit auf gerichtliche Handlungen gründet [a]). Man nehme aber z. B. den Fall an, daß an einem Orte, dessen Einwohner gewisse Waldungen gemeinschaftlich besitzen, die man Holzerbschaften nennt, die männlichen Erben allein mit Ausschliessung der weiblichen in den Holzantheil des verstorbenen Erblassers zu succediren verlanget, auch desfalls erwiesen hätten, daß diese Holzgerechtigkeit an dem Orte jedesmal bey dem Mannsstamme verblieben sey. Würden sie wohl hierdurch schon die Behauptung einer ausschliessenden Gewohnheit genugsam dargethan haben? Wohl schwerlich; denn wenn gleich die Holztheile noch so lange bey den Söhnen geblieben sind, so folgt daraus immer noch nicht, daß sie nach einer rechtlichen Gewohnheit bey solchen bleiben müssen [b]). Es muß also dieser letzte Umstand noch besonders dargethan werden. Hr. von Ludolf erklärt sich a. a. O. folgendermaßen darüber: — non sufficit ad probationem ecclusiuae consuetudinis, si allegetur, in hoc vel illo casu hereditatis successisse solos masculos, cum exclusione feminarum, sed oportet specialiter doceri, ita propter consuetudinem, vel vi talis consuetudinis factum esse, non alia de causa, cum tale quid etiam contingere potuerit ex speciali testatoris dispositione, aut, in casu intestati, ex amicabili compositione et pacto, vnde aliqua neutiquam infertur consuetudo.

Bey der Frage: ob der Ablauf der zu Einführung einer gültigen Gewohnheit erforderlichen Zeit, ebenfalls bewiesen werden müsse, ist zu unterscheiden, ob eine solche Zeit nach den Landesgesetzen deutlich festgesetzt oder durch den dasigen Gerichtsgebrauch hinlänglich gebilligt worden ist, wie in Sachsen, oder ob dieses nicht gesagt werden kann? In dem ersten Falle muß besonders ausgeführt und bewiesen werden, daß die angeführten Handlungen wenigstens innerhalb

a) Hr. RR. Eichmann in den Erklär. Thl. 1. S. 407.

b) Strubens Bed. Thl. 1. Bed. 128. v. Cramers Wetzl. Nebenst. Thl. 2. S. 100. Voet h. t. n. 31. de Ludolf Symphor. Consult. Vol. I. Cons. 44. S. 1335.

halb so viel Jahren vorgekommen sind [c]). Weiß man aber von dieser Zeit nichts, so braucht der Beweis nicht besonders darauf gerichtet zu werden, weil es aus den bewiesenen Handlungen hinlänglich klar wird, ob eine so lange Zeit darüber verflossen ist, um mit Vernunft eine verbindliche Gewohnheit annehmen zu können. Sind alle zu Einführung einer rechtlichen Gewohnheit nöthigen Handlungen, und ihre durch die Gesetze bestimmten Eigenschaften gehörig bewiesen worden, so vermuthet man damit zugleich die Genehmigung des Regenten so lange, bis das Gegentheil dargethan worden, und folglich braucht diese Genehmigung von demjenigen nicht besonders bewiesen zu werden, der den Beweis einer Gewohnheit zu führen übernommen hat [d]), weil die Gesetze allen vernünftigen Gewohnheiten eine verbindliche Kraft beygelegt haben. Alsdenn fällt aber die Vermuthung einer landesherrlichen Genehmigung weg, wenn von der Anwendung einer solchen Gewohnheit die Rede ist, die den allgemeinen Landesgesetzen gerade entgegen ist; denn jetzt muß es deutlich bewiesen werden, daß der Regent von der Gewohnheit hinlängliche Kenntnis hat, welches man z. B. aus der ausdrücklichen Bestätigung der Handlungen, worauf die Gewohnheit sich gründet, oder aus andern Umständen schließt [e]). Uebrigens ist der Beweis einer streitigen Gewohnheit weit leichter zu führen, wenn nicht sowohl über das Daseyn, als vielmehr über die heutige Gültigkeit einer alten Gewohnheit die Frage ist, wovon man in den alten Gesetzsammlungen, z. B. dem Sachsenspiegel, Nachrichten findet [f]). Endlich bemerke ich, daß die Worte: probatis extremis, praesumuntur intermedia, wenn vom Beweise einer Gewohnheit die Rede ist, nur so viel anzeigen, daß gewisse Eigenschaften der Gewohnheit nicht brauchen bewiesen zu werden, sondern

c) KEMMERICH de probat. conf. Sect. II. §. 12. S. 77.
d) SCHILTER Exerc. II. §. 16. not. b.
e) KEMMERICH l. c. §. 11. et not. d.
f) KEMMERICH D. de probat. consuetud. S. 60. §. 2. et not. e.

sondern man sie vermuthet, welches auch alsdenn der Fall ist, wenn die Handlung blos durch die Verneinung gewisse Prädikate bekommt g).

Nachdem ich von dem Inhalte der Beweisartikel bey Streitigkeiten über die Gültigkeit einer Gewohnheit, das Wichtigste bemerkt habe, so gehe ich fort zu den Grundsätzen von den Beweismitteln, davon man bey diesem Beweise Gebrauch machen kann, und dahin gehören Zeugen, Urkunden, und der Eyd.

Bey dem Beweise durch Zeugen in einem Processe über ein streitiges Gewohnheitsrecht, ist vor allen Dingen die Frage zu bestimmen: wie viel Zeugen verhört werden müssen, um dasselbe gehörig zu beweisen? Da die Gesetze hierüber nichts verordnen, so giebt es verschiedne Meinungen unter den Rechtslehrern, und einige h) behaupten, es würden bey dieser Art von Rechtshändeln eben nicht mehr als zwey völlig glaubwürdige Zeugen erfordert, da die Gesetze, z. B. die L. 12. D. de test. nur zwey solche Zeugen zu einem vollkommenen Beweise verlangen. Andere berühmte Rechtslehrer i) sind hingegen der Meinung, mit zwey Zeugen könne man bey diesen Processen nicht zufrieden seyn, da die Folgen einer Gewohnheit sehr groß sind, und Voet verlangt daher gar zehen Zeugen. Kommt es auf die Beurtheilung ihrer Aussagen an, so kann man nicht damit zufrieden seyn, wenn sie nur überhaupt bejahen, die geleugnete Gewohnheit sey wirklich vorhanden, sondern sie müssen sich über alle Eigenschaften der Gewohnheit, die eines Beweises bedürfen, bejahend erklären; und wie man sonst einem Zeugen nicht glaubt, wenn er keine gültige Gründe anfüh-

g) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 407.

h) Schilter Exerc. II. §. 20. Zoesius Comment. ad Dig. h. t. §. 86. Coler de Proc. execut. P. I. c. 3. n. 34.

i) Voet h. t. n. 34. Struv Exerc. II. th. 21. Kemmerich l. c. §. 17. Faber ad Cod. Lib. 4. tit. 15. Def. 14.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0437
DFG

anführen kann, so wird es auch hier gehalten k). Ist blos die Frage von dem Alter der Gewohnheit, so können auch testes de auditu gebraucht werden, und sie verdienen allerdings viel Glauben, wenn sie aussagen, daß sie es von sehr alten Personen gehört haben, es sey beständig so und nicht anders gewesen l). Da die einzelnen Handlungen der Gewohnheit besonders bewiesen werden müssen, so sind auch testes singulares, die von einzelnen verschiedenen Handlungen, welche jedoch gleichartig seyn müssen, etwas bejahen, oder von verschiednen Umständen einerley Handlungen, die einander nicht entgegen sind, zeugen, für zulässig zu halten, und es muß auf ihre Aussagen Rücksicht genommen werden m).

Wie der Beweis einer Gewohnheit durch Urkunden geführt werden müsse, darüber findet man ebenfalls in den Schriften der Rechtsgelehrten verschiedene Meinungen. Hr. RR. Eichmann schreibt: die Urkunden, durch welche man die Eigenschaften der Gewohnheit erweisen kann, müssen einzelne Handlungen enthalten, und nicht überhaupt von einer Gewohnheit reden, weil man sonst nicht wissen kann, ob sie durch Handlungen, welche die gehörigen Eigenschaften gehabt haben, eingeführt worden ist. Daher kann durch ein Attestat des Richters, welches dahin gehet, daß etwas gewöhnlich sey, in welchem aber die Handlungen der Gewohnheit nicht angeführt sind, keine Gewohnheit oder Gewohnheitsrecht bewiesen werden. Die Gründe hiervon sind folgende: α) weil, wie ich schon gesagt habe derjenige, welchem der Beweis der Gewohnheit oblieget, diesen nur durch Anführung einzelner Handlungen vollführet, da man über

k) Mynsinger Cent. 5 Obs. 41. n. 14. de Pufendorf Tom. II. obs. 138. §. 1. Kemmerich Diss. cit. S. 83.

l) Boehmer de observ. eccles. §. 44. Wernher Obs. Tom. I. P. 4. Obs. 37. n. 3. Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. S. 102.

m) de Gaertner Med. ad Pand. S. 29. n. 2. Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 1. S. 475.

über die Handlungen urtheilen muß, ob sie auch die gehörigen Erfordernisse haben. β) Und obwohl diesem entgegen zu stehen scheinet, daß ein Richter eine öffentliche Person sey, und deswegen allen Glauben verdiene, so ist doch ein großer Unterschied, ob der Richter ein Attestat als Richter und öffentliche Person, oder nicht als eine solche ausstellet, denn ob er wohl im ersten Fall völligen Glauben verdient, wenn das Gegentheil nicht dargethan wird, so kann doch im letztern Falle sein Attestat nicht mehr gelten, als das Zeugnis einer jeden andern Privatperson. Als Richter und als eine öffentliche Person stellt er aber nur alsdenn ein Attestat aus, wenn die Sache, welche er bezeuget, vor ihm ergangen ist, und sein Amt betrift. Soll man nun hiervon völlig überzeugt werden, so muß er sich auf die Akten beziehen, die in der Sache, von welcher die Rede ist, entstanden sind, oder wenigstens solche Umstände anführen, woraus man siehet, daß die Sache in seinem Gericht vorgefallen ist. Wenn also ein wirklich ungeschriebenes Recht durch ein richterliches Attestat erwiesen werden soll, so muß es α) so eingerichtet seyn n), daß die erforderlichen Eigenschaften eines solchen Rechts daraus erhellen, und β) muß auch der Richter bey den verschiedenen Umständen sich auf die Akten bezogen, oder doch angezeigt haben, daß dieselben in seinem Gerichte vorgekommen sind. Ist das erstere beobachtet worden, aber nicht das letztere, so sollte ich meinen, daß zwar das Attestat keinen völligen Glauben verdiene, aber doch einen halben Beweis mache, wenn es durch das Gerichtssiegel und die gewöhnliche Unterschrift des Gerichts bekräftigt worden ist; denn es ist doch wahrscheinlich, daß er die Nachricht von dem, was er auf eine beglaubte Art so genau bezeuget, daher habe, weil es in seinem Gerichte sich ereignet habe. Wenn hingegen der Richter in seinem Attestate sich zwar auf die Akten beziehet, aber dasselbe doch nicht so eingerichtet ist, daß die Eigen-

n) Strubens Bed Thl. 5. S. 187.

Eigenschaften eines Gewohnheitsrechts daraus erhellen, so kann es auch nicht einmal einen halben Beweis machen, übrigens aber doch alsdenn von einigem Nutzen seyn, wenn die Eigenschaften dieses Rechts, auf eine andere Art größten Theils bewiesen sind. Hier kann das Attestat den Beweis ergänzen, wobey jedoch viel der Beurtheilung des Richters in dieser Sache überlassen werden muß. Sonst kann auch durch ein Attestat des Richters ein einzelner Umstand oder Handlung der Gewohnheit bewiesen werden, wobey ebenfalls derselbe anführen muß, woher er diese Nachricht hat, damit man sehen kann, ob er auch als Richter, und also als eine öffentliche Person das Attestat ausgestellt hat. Auch ist es sehr gut, die Handlungen durch rechtskräftige Urtheile zu beweisen, wenn dergleichen vorhanden sind; denn es können Gewohnheiten auch ohne solche entstehen. Uebrigens sind die Rechtsgelehrten nicht einig, ob und in wie ferne ein Attestat des Richters eine Gewohnheit erweise. Einige o) sagen, es wirke ein Attestat des Richters, daß etwas Gewohnheit sey, eine Vermuthung, die so lange gelte, bis das Gegentheil dargethan worden sey. Andere p) behaupten, es habe gar keine Würkung. Andere q) glauben, es beweise schlechterdings. Noch andere r) machen den Unterschied, den ich gemacht habe, und kommen in der Hauptsache mit mir überein.

Hr. HR. Glück schreibt: Urkunden, welche entweder dergleichen Handlungen selbst enthalten, wodurch die Gewohnheit erwiesen werden soll, z. B. schriftliche und obrigkeitlich bestätigte Aufsätze über Handlungen der Art, wovon die Frage ist; desgleichen rechtskräftige Urthelssprüche; oder glaubwürdige

o) KRESS Specim. iur. ciu. Prol. §. 69.
p) CARPZOV Decis. III. MEVIVS Dec. P. IV. Dec. 2. P. V. Dec. 283.
q) THOMASIVS Diss. cit. §. 108.
r) STRVV Exerc. II. thes. 21. HERT Resp. 495. n. 8. LEYSER Vol. XII. P. I. Suppl. Spec. 9. med. 38. HARTLEBEN Spec. II. med. 13.

würdige Attestate, die eine Erzählung, daß dergleichen Handlungen vorgekommen sind, als zur Begründung der behaupteten Gewohnheit erfordert werden, enthalten, machen auch hier wichtige Beweismittel aus. Es kann jedoch das blosse Attestat des Richters von einer hergebrachten Gewohnheit, wenn in demselben keine actus speciales, diuturni et vniformes, überall mit Beziehung auf die Akten, angegeben worden sind, die Kraft eines rechtlichen Beweises nicht behaupten s), und wenn gleich einige Rechtslehrer t) der Meinung sind, daß ein solches allgemeines Attestat, wenn es durch das Gerichtssiegel, und die gewöhnliche Unterschrift des Gerichts bestätigt worden, wenigstens einen halben Beweis mache; so ist doch dieses von andern u) mit mehrerm Grunde geleugnet worden, indem bekanntes Rechtens ist, daß überhaupt kein Zeugnis, welches nicht bestimmt, sondern in allgemeinen Ausdrücken, und in solle, abgefaßt ist, etwas, mithin nach der L. 4. C. de testib. auch nicht semiplene erweise. Ein anderes ist es jedoch, wenn die Analogie des teutschen Rechts das Zeugnis des Richters unterstützt, wovon Hr. GJR. Pütter x) ein Beyspiel anführt.

Der Eyd kann bey dem Beweise eines Gewohnheitsrechts, nur unter den erforderlichen Umständen gebraucht werden. Es geht nicht an, Jemanden den Eyd überhaupt darüber zu deferiren, daß die streitige Gewohnheit wirklich vorhanden sey, weil auch bey andern Rechtshändeln kein Eyd in zu allgemeinen Sätzen deferirt werden soll, sondern es sind die Handlungen, worüber geschworen werden soll, ein-

s) WERNHER Obs. Tom. I. P. 4. Obs. 110. ibique in Suppl. et in Tom. III. P. II. Obs. 252. n. 116. Fr. BECKM. Cons. Part. I. Resp. 6. n. 8. S. 102. Struben Thl. 2. S. 222. Eichmann Thl. 1. S. 408.

t) LEYSER Spec. 9. med. 9.

u) REINH. ad CHRIST. Vol. 4. Obs. 66. HARTLEBEN Spec. 11. med. 13.

x) Pütters Rechtsfälle, 1 Band. Thl. 2. Dec. 43.

zeln ganz bestimmt anzugeben [y]). Hierzu kommt, daß sich diese Beweisart auch ganz und gar nicht mit der Natur des Gewohnheitsrechts verträgt, weil hier nicht von Angelegenheiten über Privatsachen die Rede ist, sondern von der Einführung eines Gesetzes; Niemand aber durch seinen Eyd Gesetze aufstellen kann [z]). Daß hingegen über einzelne Umstände der zum Beweis angeführten Handlungen, welche dem Gegentheile bekannt seyn müssen, der Eyd deferiret werden könne, ist nicht zu leugnen [a]). Ueber die Frage: ob der Erfüllungseyd geschworen werden könne, wenn die streitige Gewohnheit halb oder gar über die Hälfte bewiesen sey, streiten die Rechtslehrer. Die mehresten [b]) wollen es nicht zugeben, weil es nicht an andern Beweismitteln fehle. Andere Rechtslehrer [c]) halten wenigstens den Eyd nach der Glaubwürdigkeit für zulässig. Noch andere sind der Meinung, daß, wenn der Beweis fast ganz geführt worden, so, daß nur noch wenig an der Gewißheit eines oder des andern behaupteten Umstandes fehlt, alsdenn der Erfüllungseyd nicht für unerlaubt gehalten werden könne [d]); nur wird erfordert, daß überhaupt dasjenige da sey, was sonst nöthig ist, wenn auf diesen Eyd erkannt werden soll, und sodann muß der Schwörende die nur halb bewiesenen Eigenschaften der Gewohnheit durch seinen Eyd völlig außer Zweifel setzen, folglich

y) Hr. HR. Claproths bürg. Proceß, Thl. 2. Hptstk. 20. Tit. 1. §. 32. n. 3. MALBLANC de iureiur. S. 136. G. L. BOEHMER D. de auctor. iudic. circa iusiurand. in iudicio delatum, Gött. 1772. §. 12. n. II.

z) MALBLANC l. c. Lib. III. c. 3. S. 138.

a) Hr. HR. Glück. Thl. 1. S. 477.

b) VOET h. t. n. 33. HERT Vol. II. Dec. 408. n. 7. HOFACKER Princ. Iur. civ. Tom. I. S. 102. Strubens Bed. Thl. 4. S. 418.

c) WERNHER Obs. Part. I. Obs. 38. de GAERTNER Med. ad Pand. Spec. I. S. 29.

d) Hr. RR. Eichmann a. a. O. S. 412. KEMMERICH l. c. S. 84. MALBLANC l. c. S. 276.

sich darf der Eyd nicht dahin gerichtet werden, daß eine Gewohnheit existire.

Die zeither vorgetragenen Grundsätze werden jeden Rechtsgelehrten in den Stand setzen, die wichtige Materie vom Beweise eines Gewohnheitsrechts gehörig beurtheilen zu können. Zum Beschluß dieses Paragraphens, will ich auch von der Kraft und Würkung eines bewiesenen Gewohnheitsrechts, das Wichtigste anführen [e]). Da Gewohnheitsrechte unter die ungeschriebenen Gesetze gehören, so müssen sie auch die Kraft und Würkung haben, welche die Gesetze überhaupt zeigen, folglich müssen sich die Unterthanen in allen Angelegenheiten, worüber sie sich erstrecken, darnach richten [f]), und sich solche bekannt zu machen suchen, daher ihnen auch die Unwissenheit derselben eben so nachtheilig ist, als die Unbekanntschaft mit der Verordnung geschriebener Gesetze [g]). Es versteht sich jedoch von selbst, daß die Gewohnheit vernünftig und nicht wider die Wohlfahrt des Staats ist. Es gehen daher diejenigen Rechtslehrer wohl zu weit, welche behaupten, daß ein Richter auch nach den unvernünftigen Gewohnheiten sich so lange richten müsse, bis daß sie ausdrücklich aufgehoben worden. So viel ist freylich nicht zu leugnen, daß, wenn auf dergleichen unvernünftige oder der Wohlfahrt des Staats nachtheilige Handlungen nur eine willkührliche Strafe gesetzt worden, die Gewohnheit, dergleichen Handlungen vorzunehmen, eine Milderungsursache einer solchen willkührlichen, aber keinesweges einer schon hinlänglich in den Gesetzen bestimmten Strafe abgebe [h]).

e) Hofacker Princ. Iur. ciu. Tom. I. §. 126. S. 102. Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 369.

f) L. 33. D. de leg. §. 9. Inst. de iure nat. gent. et ciuil.

g) L. 9. §. 2. D. de iur. et facti ignor. Lauterbach ad Dig. Lib. 22. tit. 6. §. 12. Tob. Iac. Reinhardt D. de juris non scripti extra territorium efficacia, Gotting. 1737.

h) Koch Inst. iur. crim. §. 154. Püttmann D. de poenis pro frequentia delictorum temperandis, in *Eius* Probab. Lib. 2. c. 15.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0443
DFG

Uebrigens erstreckt sich die Kraft einer gültigen Gewohnheit nur auf diejenigen, unter denen sie eingeführt worden; denn da die landesherrliche Genehmigung die Gewohnheit zum Gesetz macht, so kann solche auch nur da gelten, wo sie befolgt wird. Eine lokalische Gewohnheit gilt nur in dem Orte, wo sie angetroffen wird; und eine Provinzialgewohnheit erstreckt ihre Würkung nur über die Provinz. Ferner geht das Gewohnheitsrecht blos auf dasjenige, was dadurch bestimmt worden, das heißt, sie geht auf alle Fälle, welche für gleichartige mit denjenigen angesehen werden können, wodurch die Gewohnheit ist eingeführt worden, und auf die untern Fälle von diesen i). Das erstere muß man deswegen annehmen, weil, wenn der Gesetzgeber zu erkennen gegeben hat, daß bey gewissen Fällen etwas Rechtens seyn soll, man daraus allerdings zu schliessen berechtigt ist, daß es sein Wille sey, bey andern gleichartigen Fällen eben diese Regel zu befolgen; das letztere aber will die Vernunftlehre, nach welcher dasjenige, was einem gewissen Geschlecht zukommt, auch den Arten desselben beygelegt werden soll. Bey der Anwendung dieser Sätze muß man darauf sehen, ob die nothwendigen oder wesentlichen Charaktere der Handlungen, wodurch die Gewohnheit eingeführt worden ist, dem neuen Falle, der jetzt nach der Gewohnheit beurtheilt werden soll, zukommen, und sogar bey solchem noch mehrere Merkmahle angetroffen werden, die ihn genauer bestimmen. Wenn dieses ist, so kann man ihn für einen ähnlichen Fall halten. Wesentliche oder nothwendige Charaktere aber sind, welche diejenigen, unter denen die Handlungen der Gewohnheit vorgekommen, ja sogar der Gesetzgeber bey der Genehmigung derselben, dafür gehalten haben k). Wir wollen dieses mit einigen von Rechtsgelehrten angeführten, aber streitigen Rechtsfällen erläutern. Die Gerichte eines Orts glauben, vermöge einer Gewohnheit

i) Koenig D. de iure consuet. §. 35.
k) Hr. RR. Eichmann, Thl. 1. S. 399.

heit berechtigt zu seyn, Abzugsgeld in dem Falle fordern zu dürfen, wenn ein Einwohner seine Gelder an einen andern Ort ziehen will. Da sich nun zuträgt, daß Kinder, die sich aus dem Wohnort ihrer Eltern, in eine andere Gerichtsbarkeit begeben haben, ihr mütterliches und väterliches Vermögen heben wollen, so verlangt die Obrigkeit Abzugsgeld. Hier entsteht die Frage: ob wirklich schon dergleichen Fälle müssen vorgefallen seyn, oder ob es genug ist, wenn nur andere Fälle vorhanden sind, wo von denjenigen Abzugsgeld bezahlt worden, die ihr Vermögen aus dem Gerichtssprengel gezogen haben? Meines Erachtens, schreibt Hr. RR. Eichmann, muß man hier darauf sehen, ob in den Fällen, wo man Abzugsgeld verlangt hat, blos darauf Rücksicht genommen worden, daß Gelder aus dem Orte, in einen andern Gerichtsbezirk gezogen worden, und daher auch blos aus diesem Grunde Abzugsgeld verlangt hat; oder ob bey der Eintreibung keine solche Ausdrücke vorgekommen, die man auf Erbschaftsgelder anwenden kann. Im ersten Falle nun erstreckt sich die Gewohnheit auf solche Erbschaftsgelder, im andern aber nicht. Man nehme ferner den Fall an: man habe in einem Lande die Gewohnheit, nach welcher die Eheweiber nach dem Tode ihres Mannes ihr Eingebrachtes nicht wieder fordern dürfen, sondern nach geschehener Einwerfung mit den Erben sich in eine Theilung einlassen müssen. Nun entsteht die Frage: ob diese Gewohnheit auch mit auf den Fall gehe, da der Mann in Concurs verfallen, wenn dieser noch nicht vorgekommen? Die Meinung derjenigen Rechtslehrer scheint allerdings den Vorzug zu verdienen, welche es leugnen 1), weil dieses nicht als ein gleichartiger Fall betrachtet werden kann; denn mit Erben concurriren, und die Erbschaft theilen, ist ganz etwas anders, als bey einem Concurs seine Forderung liquidiren, um etwas zu bekommen.

1) Boehmer Ius eccles. tit. 4. §. 44.

Wie bereits S. 385 bemerkt worden, haben gültige Gewohnheiten die Kraft und Würkung eines Gesetzes, und daher vertreten sie nicht nur die Stelle neuer Gesetze, wie in der L. 32. D. h. t. gesagt wird, sondern es wird auch der Sinn dunkler Gesetze dadurch deutlich bestimmt, nach der L. 37. D. h. t., wo es heißt: optima est legum interpres consuetudo. Auch sogar ältere Gesetze können durch neuere Gewohnheiten abgeändert, oder ganz ungültig gemacht werden [m]), wie wir bey Erklärung des §. 93. sehen werden. Nach der gemeinen Meinung der Rechtslehrer [n]), sollen Gewohnheitsrechte blos stricte erklärt werden (S. 274); einige behaupten jedoch mit Recht, daß eine ausdehnende Erklärung derselben nicht allemal zu verwerfen sey [o]).

Wenn man die Grundsätze vom Gewohnheitsrechte vollständig kennen will, so muß man auch wissen, welche ähnliche rechtliche Verhältnisse davon zu unterscheiden sind, und hierher gehören, 1) die sogenannte Observanz, 2) die Verjährung, und 3) die hergebrachten Entscheidungen der Spruchcollegien und Gerichte, oder die sogenannten Praeiudicia, von welchen drey Gegenständen ich zum Beschluß dieser Materie noch etwas bemerken will [p]).

Daß die Verjährung blos durch einen langen Besitz, der die gehörigen Eigenschaften hat, entstehe, und man durch solche entweder ein Recht erwerben, oder wenigstens die Ansprüche eines andern unkräftig machen könne, werden wir bey der Erklärung dieser schweren Lehre, g. G. künftig sehen. Wenn nun gleich ebenfalls gewisse Verbindlichkeiten und Befugnisse damit nothwendig verknüpft sind, so findet dennoch ein wichtiger Unterschied zwischen einer Gewohnheit und einer Verjährung statt, weil diese kein Gesetz ist.

Der

m) L. 32. §. 1. D. de legib.
n) de GAERTNER Med. ad Dig. h. t. med. 15.
o) VOET ad Dig. h. t. n. 36.
p) HOFACKER Princ. Iur. Tom. I. §. 103.

Der Ausdruck Observanz [q]) wird in zweyerley Bedeutung gebraucht, nämlich in der weitläuftigen und der engern. Im allgemeinen Verstande versteht man unter einer Observanz ebenfalls nichts anders, als was man durch den Ausdruck, eine Gewohnheit, zu erkennen giebt, nämlich eine Regel und Richtschnur gewisser Handlungen, welche nicht ausdrücklich vorgeschrieben, sondern durch Handlungen eingeführt worden. In der engern und eigentlichen Bedeutung heißt Observanz eine Regel, die in einem Collegio oder in einer vniuersitate personarum, durch die stillschweigende Einwilligung des ganzen Collegiums, oder doch wenigstens derjenigen Mitglieder, welche dabey interessirt sind, ihre verbindliche Kraft erhalten hat [r]). Der wesentliche Unterschied zwischen einem Gewohnheitsrechte und einer Observanz in der engern Bedeutung besteht in folgenden Stücken. Es wird nämlich 1) eine Gewohnheit durch Handlungen der Unterthanen eingeführt, die Observanz hingegen durch Handlungen bey einem Collegium, und diese Handlungen können sowohl von Mitgliedern desselben, als auch von Fremden vorgenommen werden, indem auch diese dadurch ein Recht bey einer Gesellschaft, deren Mitglieder sie nicht sind, erwerben können. Daher finden wir, daß das Recht, bey der Wahl eines Prälaten mitstimmen zu dürfen, oder auf andere Weise dabey zu concurriren, von Personen durch eine Observanz erlangt werden kann, die keine Mitglieder der geistlichen Gesellschaft sind, und folglich auch kein Sitz- und Stimmrecht dabey haben [s]). Auch das

q) KVLPIS D. de obseruantia imperiali vulgo Reichsherkommen, in *Eius* Diss. de GOEBEL D. de obseruantia gentium et imperii, Helmst. 1733. BOEHMER D. de obseruantia ecclesiastica.

r) G. L. BOEHMER Princ. iur. canon. §. 235. Schnauberts Beyträge zum Staatsrecht, Thl. 1. Nr. 6. §. 2. 3. Menrers juriſt. Abhandl. 1ſte Samml. Nr. 6. Fiſchers Litteratur des German. Rechts, §. 175. Hr HR. Glück a. a. O. Thl. 1. S. 435.

s) c. 8. X. de consuet. c. 30. X. de elect.

Patronatrecht kann durch eine Observanz acquirirt werden t). Die Gewohnheit und Observanz unterscheiden sich 2) dadurch, daß jene allein durch die Genehmigung des Regenten verbindlich wird, die Observanz aber durch die stillschweigende Einwilligung der Mitglieder der Gesellschaft. Da nicht alle, bey solchen Gesellschaften vorkommende Handlungen, durch Gesetze bestimmt sind, noch auch dadurch bestimmt werden können, so bleibt den Mitgliedern das Recht, über solche Handlungen selbst ausdrücklich oder stillschweigend etwas zu bestimmen, woraus eine Verbindlichkeit entsteht. 3) Zu Einführung einer Gewohnheit werden mehrere, und eine lange Zeit hindurch fortgesetzte Handlungen erfordert, zur Observanz aber nicht; denn hier ist schon eine auf die beschriebene Art geschehene Handlung hinreichend, weil zu Rechten, die sich auf Verträge gründen, weder mehrere Handlungen nöthig sind, noch auch eine geraume Zeit darüber vergangen zu seyn braucht u). Endlich 4) hat die Gewohnheit die Kraft eines Gesetzes, mit der Observanz hingegen sind blos die Würkungen eines stillschweigenden Vertrages verbunden x).

Was endlich die lange Zeit hindurch abgefaßten gleichförmigen Entscheidungen der Gerichte und Spruchcollegien (Praeiudicia) betrift, in Fällen wo die Gesetze entweder nichts bestimmen, oder dunkel sind, oder verschieden ausgelegt werden, so haben solche ganz und gar keine gesetzliche Kraft, folglich kann immer wieder anders erkannt werden y). Alsdenn haben sie aber mehr Kraft, wenn man dergleichen Bestimmungen für res perpetuo iudicatae halten muß; so

t) c. 24. X. de elect. G. L. Boehmer l. c. §. 236. not. d. Schenckel Syntagm. iuris eccles. Salisb. 1786. §. 467. Eibel kathol. Kirchenr. Th. 4. Bnd. 1. Hptstk. 6. §. 311.

u) G. L. Boehmer l. c. §. 236. Hr. D. Meurer a. a. O. §. 6. flg.

x) Fr. Beckm. Conf. P. II. S. 104.

y) Griebner D. de obseruantiis collegiorum iuridicorum. Boehmer de iniusta theoriae et praxeos oppositione forensi. Idem de seruitute triturae forensis, in *Eius* Exercit. ad Dig. Tom. I. Reinhardt ad Christ. Vol. I. Obs. 3.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0448
DFG

so wie es auch nicht zu billigen, ja oft gefährlich ist, davon ohne wichtige Gründe abzugehen, wenn sie eine Doctrinalerklärung eines zweifelhaften Gesetzes enthalten, die sehr viel für sich hat, und die neuern Erklärungen erst genauer geprüft werden müssen.

§. 88. 89.

Weil die Statuten nach unserer teutschen Staatsverfassung ebenfalls gesetzliche Kraft haben, so ist es nicht zu tadeln, in diesem Titel der Pandekten von ihrer Natur und Beschaffenheit das Wichtigste anzuführen z), da solcher von Gesetzen und vom Gewohnheitsrechte handelt. Vor allen Dingen müssen allgemeine Wahrheiten von denjenigen Gesellschaften, und ihren Rechten vorgetragen werden, bey denen man sogenannte Statuten befolgt. Unter einer vniversitas personarum wird in der lateinischen Sprache jede zu einem fortdauernden, mit dem Besten des Staats in Verbindung stehenden Endzweck errichtete, und vom Regenten bestätigte Gesellschaft, verstanden; dieser Ausdruck darf aber mit demjenigen, was unter der Benennung, vniuersitas iuris, vniuersitas rerum, vorkommt, nicht verwechselt werden. Erstere begreift das ganze Vermögen eines Menschen, z. B. seine Erbschaft; letztere hingegen ein aus verschiedenen Stücken bestehendes Ganze in sich, welches einen bestimmten Nahmen hat, z. B. eine Bibliothek. Was in der lateinischen Sprache vniuersitas personarnm genennt wird, heißt in der teutschen, Genossenschaft, Gemeinde, Collegium, Corpus, Zunft, Innung, Gilde, u. s. f. Was nun überhaupt von Gesellschaften gilt, das kann auch auf Universitäten angewendet werden, folglich wird 1) erfordert, die Verbindung mehrerer Menschen zu Erreichung eines gemeinschaft-

z) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. S. 105. Paul Voet de statutis eorumque concursu, Amst. 1662. 12. Io. Voet Com. ad Pand. Lib. I. tit. 4. P. II. Christ. Gottl. Riccius von Stadtgesetzen oder Statuten, Frkf. u. Leipz. 1740. 4.

schaftlichen Endzwecks; 2) muß dieser Endzweck fortdauernd seyn, und nicht mit der Wohlfahrt des Staats streiten. Dieser letzte Umstand macht 3) die landesherrliche Genehmigung solcher Gesellschaften nothwendig, damit keine schädliche Gesellschaften im Staate entstehen können.

Nach Verschiedenheit des Endzwecks, den eine Gesellschaft erreichen will, müssen sie von andern unterschieden werden, und hierauf gründet sich die erste Haupteintheilung derselben in geistliche und weltliche Gesellschaften oder Gemeinheiten. Zu erstern gehören alle geistlichen Gesellschaften, welche überhaupt die Geistlichkeit genennt werden, oder die sogenannten Orden. Weltliche Gesellschaften sind die Städte, Dörfer, Zünfte und Innungen der Künstler und Handwerker. Nach einer andern Rücksicht, je nachdem die Mitglieder solcher Gesellschaften entweder moralische Personen sind oder nicht, nennt man die erstern corpora im eigentlichen Verstande, letztere aber Collegia, wiewohl die Ausdrücke collegium und corpus in Gesetzen sehr oft auch gleichbedeutend vorkommen, wie man aus der L. 10. §. 1. D. de vacat. muner. L. penult. §. 12. D. de iure immunit. L. 1. D. quod cuiusqu. vniuerf. nom. sieht. Mehrere Collegia, welche unter einander in einer gewissen Verbindung stehen, machen ein Corpus aus, wohin z. B. die Universitäten gehören [a]). Gemeinden nennt man auch besonders diejenigen Gesellschaften, welche sich hauptsächlich um ihres eigenen Vortheils willen vereinigt haben, bey einander zu bleiben, wie man an den Stadtgemeinen, Dorfgemeinen sieht. Collegien hingegen heißen Gesellschaften, die nicht sowohl ihren eigenen, sondern vielmehr anderer Menschen Nutzen zu befördern suchen, z. B. eine Regierung.

In anderer Rücksicht, nämlich nach dem Unterschiede ihrer innern Verfassung, sind die Universitäten entweder so eingerichtet, daß einige Mitglieder derselben eine mit

a) Hr. RR. Eichmann in den Erklär. des bürg. Rechts, Thl. 1. S. 414. Struck Vsus mod. Lib. 47. tit. 22. §. 1.

mit Zwangsrechten verbundene Leitung der Geschäfte haben, oder dieses geschieht nicht. Gemeinheiten der ersten Art werden ordinirte genennt, dergleichen z. B. Stadtgemeinen, Universitäten, Capittel sind, und die andern heissen unordinirte Gemeinheiten (vniuersitates ordinatae et inordinatae). Uebrigens findet man nicht einerley Begriffe dieser Verbindungen bey den Rechtslehrern [b]), obgleich viel darauf ankommt; besonders wichtig sind die Rechtswahrheiten von moralischen Personen, welche Materie Hr. Prof. Woltär vortreflich aus einander gesetzt hat [c]).

Wenn der Begrif dieser öffentlichen Gesellschaften gehörig festgesetzt worden, so muß über das Recht, solche zu errichten, das Nöthige gesagt werden. — Nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts, darf keine solche Verbindung unter den Staatsbürgern ohne Bewilligung der Regierung eingegangen werden, weil ihr die Oberaufsicht über alle Handlungen zusteht, woraus für das allgemeine Beste nachtheilige Folgen entstehen könnten. Eben deswegen haben die bürgerlichen Gesetze es für eine strafbare Handlung erklärt, wenn sich Unterthanen zu einer solchen Gesellschaft vereinigen, ohne die Bewilligung des Regenten [d]). Durch die Bestätigung des Regenten erlangt die Gesellschaft das Recht, gewisse Rechte ausüben zu dürfen. Blos der Regent hat das Recht, solche Gemeinen zu bestätigen, und keine hohe oder niedere Obrigkeit darf es thun, wenn ihr dieses Recht nicht ausdrücklich vom Regenten übertragen worden [e]).

Was

b) Nettelbladt System. iurispr. §. 849.

c) Hr. Prof. Woltär in den Grundsätzen der populären Rechtsgelehrsamkeit, Halle 1785. S. 215 u. flg.

d) L. 1. L. 3. §. 1. D. de colleg. et corpor.

e) Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. I. thes. 18. n. 2. Leyser Spec. 559. Coroll. 2.

Was nun die Rechte dieser bestätigten Gesellschaften anbetrift, so ist überhaupt zu merken, daß sie als moralische Personen betrachtet, ebenfalls ihre Rechte und Verbindlichkeiten haben, wie andere Menschen, oder physische Personen. So lange die bürgerlichen Gesetze, bey der Erwerbung einzelner Rechte, in Ansehung der moralischen Personen keine Ausnahme machen, so lange können sie auch alle Rechte erwerben, die von einzelnen Personen erlangt werden können, es müßte denn ein solches Recht seyn, daß es schlechterdings von dem Besitzer desselben allein ausgeübt werden kann. Eben deswegen geht es nicht an, daß eine moralische Person eine letzte Willensverordnung errichten, die elterliche Gewalt erlangen kann [f]). Diese moralische Personen dauern fort und bleiben eben dieselben, wenn auch die Mitglieder derselben völlig abgegangen, und neue an deren Stelle in die Gesellschaft gekommen sind, oder es ist nicht mehr als eine Person davon am Leben, oder es ist wenigstens nur noch ein Mitglied übrig [g]). Hr. HR. Glück bemerkt, daß man die Rechte einer Universität sehr gut in zwey Hauptklassen eintheilen könne; denn einige derselben gründen sich auf die Natur und den Zweck dieser Gesellschaften, und diese machen die sogenannten Gesellschaftsrechte aus, oder, wie sie andere nennen, die Collegialrechte. Eine jede hieher gehörende Gesellschaft hat diese Rechte von selbst, ohne daß sie solche erst zu erwerben braucht, weil sie als Mittel zur Erreichung des gemeinschaftlichen Zwecks betrachtet werden müssen. Von diesen Gesellschaftsrechten sind folgende die merkwürdigsten, und zwar 1) gehört darunter das Recht, gewisse gemeinschaftliche Güther und Sachen zu besitzen, und eine Casse zu halten, woraus die zu Erreichung

f) L. 22. §. 2. D. L. 4. C. ex quib. causs. maior. L. 3. C. de iure reip. c. 1. et 3. X. de restit. in integr. Leyser Spec. 54. med. 3. Nettelbladt l. c. §. 869. Hr. Prof. Woltär a. a. O. S. 224.

g) L. 7. §. 2. D. quod cuiusque vniuers. nomine.

chung des Zwecks erforderlichen Kosten berichtigt werden können [h]), denn da sie ihre Absicht ohne Kosten und Aufwand nicht erreichen kann, und es zu weitläuftig seyn würde, wenn bey jedem nöthigen Falle die Mitglieder etwas zusammen schiessen sollten, so muß man dergleichen Güther haben, von deren Einkünften dieser Aufwand bestritten wird. Eine nothwendige Folge hiervon ist 2) das Recht, die zur Verwaltung dieser Gemeingüther nöthigen Personen oder Administratoren zu bestellen, und zwischen diesen Administratoren und der Gesellschaft tritt das nämliche rechtliche Verhältniß mit allen daraus entstehenden Folgen ein, welches zwischen Güterverwaltern solcher Personen obwaltet, die ihr Vermögen nicht selbst verwalten können, z. B. Pupillen und Minderjährige [i]). Eine solche Gesellschaft hat 3) das Recht, ein gemeinschaftliches Siegel zu führen, davon allemal Gebrauch gemacht wird, wenn wichtige Sachen besorgt werden. Es behaupten jedoch einige Rechtslehrer, daß nur ordinirte Gemeinheiten diese Siegel ohne landesfürstliche Erlaubniß führen könnten; Zünfte hingegen nicht anders als mit Bewilligung des Regenten, sie mag bey der Errichtung der Zunft oder nachher ertheilt worden seyn [k]). Sie können 4) einen Syndikus ernennen, wenn gemeinschaftliche Processe geführt werden müssen; denn da es bey großen Gesellschaften nicht angeht, daß alle Mitglieder derselben zusammen die Angelegenheiten der Gesellschaft besorgen, so müssen sie ohne Zweifel das Recht haben, Jemanden zu bestellen, der diese Angelegenheiten in ihrer aller Nahmen besorgt [l]). Endlich 5) hat eine jede solche Gesellschaft das Recht Statuten abzufassen, weil sie wie einzelne Personen Verträge schliessen

h) L. 1. §. 1. D. quod. cuiusqu. vniu. nom.

i) Clem. 2. de domib. relig.

k) Iust. Hen. Boehmer D. de iure et auctorit. sigilli authentici, Hal. 1742. Gössel D. de sigillis vniuersitatis, Lipſ. 1750. Weissers Recht der Handw. Stuttg. 1780. Absch. 3. §. 29.

l) L. 1. §. 1. D. quod cuiusq. vniu nom.

schliessen darf, und folglich steht ihr auch das Recht zu, vertragsweise gewisse Regeln festzusetzen, welche von der ganzen Gesellschaft befolgt und beobachtet werden sollen [m]).

Die andere Classe von Rechten, (S. 394.) welche einer Universität zustehen, haben ihren Grund entweder in einer besondern Verordnung der Gesetze, oder sie sind durch einen besondern Rechtstitel erworben worden. Hierher gehört die Verordnung, daß sie die Rechte der Minderjährigen geniessen sollen [n]), daß sie zu Erben eingesetzt werden können, oder ihnen etwas vermacht werden darf [o]). Es wollen die Gesetze sogar, daß eine moralische Person eben solche Rechte erwerben könne, welche einem Menschen nur auf die Zeit seines Lebens zugestanden werden, und nach seinem Tode wieder zurückfallen, jedoch dauern sie nicht länger als 100 Jahr, weil ein Mensch selten länger lebt [p]). Uebrigens kommt es auf den Gesetzgeber an, in wie weit er die von ihm gebilligte Gemeinheit, der Erwerbung der Rechte in seinem Staate fähig erklären, oder was für Rechte und welchen Stand er ihr sonst beylegen will [q]).

§. 90.

Nachdem die allgemeinen Wahrheiten von den Rechten der Gemeinheiten vorgetragen worden, komme ich zu den Grundsätzen von der Gültigkeit der Statuten. Es wird dieses Wort in verschiedener Bedeutung gebraucht, und nach der

m) L. 4. D. de colleg. et corpor. Zach. Huber D. de legibus Solonis, quas recitat Caius lib. 4. ad leg. XII. tabul. c. 2. in *Eius* Diss. iurid. et philolog. Franequ. 1703. 4. P. I. S. 287. sq.

n) L. 22. §. 2. D. ex quib. caus. maior. L. 4. C. eod. L. 3. C. de iure reipubl. c. 1. et 3. X. de restit. in integr.

o) L. 12. C. de hered. inst. L. 2. et 20. D. de reb. dub.

p) L. 22. D. de fideiuss. et mandat. L. 56. D. de vsufr. L. 8. D. de vsufr. legato.

q) Hr. Prof. Woltär am ang. Orte, S. 219.

der Behauptung der Rechtslehrer r), kommt es von statuere her. Im weitläuftigsten Verstande wird dieses Wort in den Reichsgesetzen von allen Arten besonderer gesetzlicher Verordnungen gebraucht, welche entweder in einem Lande, oder einer Stadt, oder einer Art von Gemeinheit des teutschen Reichs, verbindliche Kraft haben s), und in dieser Rücksicht setzt man sie allgemeinen Reichsgesetzen entgegen. Es kommt dabey auf folgenden doppelten Unterschied an, nämlich 1) ob sie von den Mitgliedern der Gesellschaft vertragsweise errichtet worden sind, und folglich als Verträge gelten und verbinden; oder ob sie 2) als Gesetze in der Gemeinheit bekannt gemacht worden, und folglich als Gesetze verbinden. Statuten der ersten Art heissen statuta conuentionalia, iura collegialia condita; die letztern hingegen werden statuta legalia genannt t). Diese hat der Regent entweder selbst abfassen, und der Gemeinheit zur Befolgung publiciren lassen; oder er verstattete den Mitgliedern derselben das Recht, auf eine von ihm abhängige Art die Regeln, welche die Statuten enthalten, abzufassen. Auch diese Statuten müssen so gut, wie die erstern für wahre Gesetze gehalten werden, und es thut nichts, daß sie vielleicht auf eben die Art abgefaßt worden sind, wie vertragsweise errichtete Statuten beschlossen werden; denn dieser Umstand ist blos eine Folge der Art und Weise, wie der Regent seine gesetzgebende Gewalt ausüben wollen, und in diesem besondern Falle ausgeübt hat, und ändert die Natur der gesetzlichen Verordnungen, wofür diese Statuten anzusehen sind, nicht u).

Damit

r) I. H. Boehmer D. de natura statutorum, quae in ciuitatibus prouincialibus conduntur, Hal. 1721. c. 2. §. 1.

s) Ord. Cam. P. I. tit. 3. §. 1. Ord. Ivd. Imp. Avl. Tit. I. §. 1. R. I. N. §. 105. Voet de statut. IV. 1. Hofacker Princ. Iur. Tom. I. S. 105.

t) Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 1. S. 486.

u) Hr. HR. Schnaubert in den Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrechte, Thl. 1. Nr. 5. §. 2. S. 62. u. flg.

Damit keine schädliche Verwechselung der Rechtsgrundsätze entsteht, ist sehr genau auf den angeführten Umstand zu achten, ob die Statuten als vertragsweise errichtete Regeln und Vorschriften für die Mitglieder der Gemeine zu betrachten sind, oder als wahre Gesetze. Von erstern reden wir hier hauptsächlich, denn von den letztern ist nicht viel besonderes zu merken, was nicht schon aus der Natur aller gesetzlichen Verordnungen folgt, und folglich auch hierbey angewendet werden könne.

Was nun die Beschaffenheit der, vertragsweise von den Mitgliedern einer Gemeinheit errichteten sogenannten Statuten betrift, so gründet sich ihre Gültigkeit auf das S. 395 erwähnte allgemeine gesellschaftliche Recht, Verträge schliessen zu können. Diese Statuten sind also ihrer Natur nach wahre Verträge und keine Gesetze, daher sie auch nicht nach den Grundsätzen, die von Gesetzen überhaupt gelten, beurtheilt werden dürfen, sondern man muß sie nach der Natur derjenigen Rechte beurtheilen, welche man vermittelst eines Vertrags erlangt hat. Sie können jedoch ebenfalls gesetzliche Kraft bekommen, wie die ursprünglichen statuta legalia, wenn der Gesetzgeber solche bestätigt, und sie gelten nunmehr nach Verschiedenheit der Art und Weise, wie der Regent ihnen gesetzliche Kraft ertheilt hat, ob es ausdrücklich geschehen ist, oder blos durch eine stillschweigende Genehmigung, entweder als geschriebene, oder ungeschriebene Gesetze x); jedoch muß in diesem letzten Falle alles dazu kommen, was vorhanden seyn muß, wenn ein ungeschriebenes Gesetz existiren soll, schreibt Hr. RR. Eichmann. Schon im dreyzehnten Jahrhunderte faßte man in Teutschland Statuten ab; denn die Landrechte waren nicht hinreichend, daß die Streitigkeiten, die in den Städten vorfielen, hätten darnach entschieden werden können, weil jetzt viele Geschäfte daselbst vorkamen, die den alten teutschen Völkern fast gänzlich unbekannt gewesen waren, wozu vornämlich die Handelssachen gehörten. Da nun die fremden

x) Hommel Rhapf. Obf. 155.

den Rechte vieles enthielten, was dem guten Fortgange dieser Geschäfte nachtheilig war, und die Landesfürsten die Beschaffenheit dieser Dinge nicht genug kannten, so überliessen sie es theils den Städten stillschweigend, theils erlaubten sie es ihnen ausdrücklich, für ihre Bürger, die nöthigen Rechte, aus den vorhandenen Gewohnheiten und Rechtsbüchern, zusammen zu tragen, und legten ihnen sodann, gemeiniglich ohne etwas ausdrücklich darüber zu verordnen, gesetzliche Kraft bey[y]). Diese Statuten erhielten mancherley Benennungen; denn man nennte sie Willköhre, von Wille und köhren, welcher letztere Ausdruck so viel als wählen heißt, und man gab dadurch zu verstehen, daß die Statuten Rechte enthielten, welche nach dem Willen mehrerer gewählt worden. Sie wurden auch Weichbilde genannt. Es standen nämlich geweihte Bilder an der Gränze der Stadtfluhr, wodurch man anzeigte, wie weit die Gerichtsbarkeit der Stadt gehe. Diese Bilder nannte man Weihbilder, und endlich Weichbilder; welche Benennung sodann auch die Statuten erhielten. Außerdem hiessen sie auch Stadtrechte, Municipalrechte, Marktrechte u. s. f. Wenn vertragsweise errichtete Statuten als gültig angesehen werden sollen, so müssen sie folgende Eigenschaften haben. Es darf nämlich

1) darinn über nichts anders etwas festgesetzt werden, als über solche Angelegenheiten, worüber Verträge geschlossen werden dürfen, und welche zugleich zum Zweck der Gesellschaft gehören; denn sonst hat die Gesellschaft die Gränzen ihrer gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten überschritten. Was aber eigentlich für sogenannte Gemeindesachen bey jeder Gemeinheit gehalten werden können, muß theils nach der Absicht und dem Endzweck der Gesellschaft beurtheilt werden, theils aus der Natur ihrer sämmtlichen Rechte[z]). Hätte also ein geistliches Collegium die Gerichtsbarkeit oder bischöfliche Rechte erhalten, so darf solches auch Angelegenheiten, die mit der Ausübung dieser

y) Riccius von Stadtgesetzen, S. 4.
z) Hr. HR. Schnaubert a. a. O. §. 3.

Rechte in Verbindung stehen, für Gemeinesachen und Gegenstände ihrer Statuten halten. Da sich auch Paciscenten gewissen Strafen unterwerfen können, wenn wider den Vertrag, den sie geschlossen haben, gehandelt worden, so dürfen in den Statuten ebenfalls gewisse Strafen auf die Verletzung der darinn enthaltenen Verordnungen bestimmt werden, nur müssen es solche Strafen seyn, denen man sich durch einen Vertrag unterwerfen kann[a]). Da sich auf diese Wahrheit, die sogenannte Zunftgerichtsbarkeit der Handwerker gründet, so will ich von dieser wichtigen Materie hier die Hauptgrundsätze vortragen. Wie bereits gesagt worden, kann jede Gesellschaft unter sich ausmachen, daß diejenigen Mitglieder, welche wider die Gesellschaftsregeln handeln, sich einer Strafe unterwerfen müssen. Diesem Grundsatz gemäß haben Handwerksgenossen das Recht, auf die von den Zunftgenossen geschehene Uebertretung ihrer Innungsartikel eine Strafe zu setzen, und solche vor offner Lade zu vollstrecken. Die Zunftgerichtsbarkeit ist daher den Zünften sowohl durch die Reichsgesetze, als durch die von dem Landesregenten bestätigten Handwerksartikel, über die sämmtlichen Mitglieder der Zunft zugestanden worden, und sie besteht in dem Befugniß, bey entstandenen Handwerksstreitigkeiten, die nöthige Untersuchung vorzunehmen, einen Ausspruch zu thun und gewisse erlaubte Strafen anzusetzen[b]). Mehrere Rechtslehrer wollen den Zünften diese Zunftgerichtsbarkeit nicht zugestehen[c]); und andere halten blos die Untersuchung und Entscheidung einer Handwerkssache für erlaubt, die Vollziehung der Entscheidung aber gehört für die Obrigkeit[d]).

Beyde

a) Hr. RR. Eichmann, Thl. 1. S. 419.

b) Struv Syst. iurispr. opific. Lemg. 1738. fol. Part. I. lib. 4. c. 5. S. 432. Ad. Beier, aduocat. rer. opif. perit. c. 16. S. 535.

c) Lvtterloh de statut. colleg. opif. Sect. 2. 12. de Lvdewig D. de opifice exule in pagis, Diff. 8. S. 62.

d) Mevivs Part. 5. Dec. 254. Idem ad Ius Lubecense, Part. 5. tit. 31. art. 3. n. 33.

Beyde Meinungen haben aber die Observanz wider sich, aus welcher bewiesen werden kann, daß den Handwerkern in bestimmten Fällen, eine zwar sehr eingeschränkte Gerichtsbarkeit, und ein damit verbundenes Zwangsrecht zustehe. Die Reichsgesetze haben beyde Rechte deutlich anerkannt; denn so heißt es z. B. in der Reichspoliz. Ord. v. 1530. Tit. 29. §. 1. — und was sonst ein jeder Spruch oder Forderung zum andern um Sachen, so ein Handwerk nicht betrift, hätte oder zu haben vermeinet, das soll ein jeder vor der Obrigkeit in Städten oder Flecken, darinn sie betreten werden, oder sich enthalten, und um Sachen, ein geschenkt oder nicht geschenkt Handwerk belangend, vor der Zunft oder demselben Handwerk, nach gutem ehrbaren Brauch, wie sich gebühret, austragen. Im Reichsschluß vom Jahr 1731 Art. 2. kommen folgende Worte vor: — wird den Meistern aber gleichwohl ein vernünftiger und heilsamer Zwang gelassen; und an einem andern Orte heißt es: — ist den Handwerkern in ihren confirmirten Innungsartikeln aus bewegenden Ursachen einige Art zu bestrafen nachgelassen. Die Ausübung dieses sogenannten Zunftstrafamts geschieht durch den Handwerksherrn, den Obermeister und die Handwerksbeysitzer e). Im Reichsschluß von 1731 Art. 2. wird dieses deutlich vorgeschrieben, wo es heißt: da auch öfters bey Abstrafung dergleichen Beschuldigten, die Handwerke allzusehr zu excediren pflegen; so soll hinführo weder den Meistern, noch vielweniger Gesellen, einen Angeschuldigten für sich allein zu bestrafen, nachgelassen, sondern dieselbe allemal die vorgefallene Begünstigung, sowohl bey den Obermeistern und Beamten, oder bey denen zu Handwerkssachen obrigkeitlich Verordneten anzumelden, und diese zusammen die Sache zu untersuchen, forthin in aller Kürze sonder unnöthigen Aufwand abzuthun, der Obermeister und Beamte, oder zur Handwerkssache Verordnete, auch dergleichen Dinge ohne Entgeld zu entscheiden verbunden seyn. Es kann auch der

e) Beier de colleg. opif. cap. 16. §. 4. S. 534. Mevius ad Ius Lub. Part. 5. tit. 13. art. 3. n. 26.

Gildemeister selbst, von den Zunftgenossen vor diesem gesellschaftlichen Gerichtsstande belangt werden [f]). Das Zunftstrafamt ist blos für eine disciplinarische Gerichtsbarkeit zu halten, weil blos Innungsvergehungen hier untersucht und bestraft werden dürfen, das heißt, solche Handlungen der Zunftgenossen, welche gegen die Innungsartikel vorgenommen worden [g]). Da also das Zunftstrafamt nur eine disciplinarische Gerichtsbarkeit ist, so folgt, daß die Zunftgenossen in gemeinen Verbrechen, wenn solche auch gleich von einem gegen den andern begangen worden, und in Rechtsangelegenheiten über Contracte, die sie unter einander oder mit Fremden geschlossen haben, den ordentlichen Gerichten unterworfen sind. Sollten aber dergleichen Verbrechen, oder bürgerliche Rechtsangelegenheiten über Verträge zugleich Innungsverbrechen seyn, so belegt der ordentliche Richter den Schuldigen mit der öffentlichen Strafe, und das Zunftstrafamt treibt die Handwerksstrafe ein; denn die öffentliche Strafe schließt diese letztere nicht aus, wenn in den Innungsartikeln von dem gemeinen Verbrechen etwas vorkommt, und sie die Strafe desselben, weil es der Wohlfarth der Innung nachtheilig ist, festsetzen [h]). Die Innungen dürfen zwar mit Bewilligung des Fürsten auf die Zunftvergehungen härtere Strafen, als bloße Geldstrafe bestimmen, das Zunftstrafamt ist aber nicht berechtigt über diese härtern Strafen zu erkennen, sondern nur eine mäßige Geldstrafe darf es dictiren [i]), weil es in dem Reichsschlusse vom Jahr 1731 Art. 2. ausdrücklich heißt: da die Sache von mehrerem Nachdenken und Wichtigkeit wäre,

f) Berlich Dec. Part. I. Dec. 150. n. 12.

g) Carpzov Part. II. Const. 6. Def. 9. n. 6. Gail Obs. Lib. II. Obs. 20. n. 9. Knipschild de ciuit. imper. iur. lib. 5. c. 2. n. 18. Mevius ad ius Lub. Part. 5. tit. 13. art. 3. n. 31. Struv Dec. opif. Dec. 27 et 63. Idem in Syst. iurispr. opif. Part. I. lib. 4. c. 6. §. 4.

h) Beier de colleg. opif. c. 15. §. 6. Struv Syst. iurispr. opif. Part. I. lib. 14. c. 8. §. 2. c. 5. §. 5. Part. III. lib. 3. c. 9. §. 8. Idem in Decis. iurispr. opif. Dec. 17.

i) Struv Decis. iurispr. opif. Dec. 14 et 58.

wäre, denn daß sie durch eine geringe Handwerksstrafe von 1 bis 2 Fl. rheinisch füglich zu verbüssen stehet, oder sonsten besorgliche Folgen drohet, sollen Obermeister und Beamte für sich nicht urtheilen, sondern bey der ordentlichen Ortsobrigkeit Verhaltens sich zu erhohlen, hiermit ernstlich angewiesen seyn. Den erlaubten Geldstrafen des Zunftstrafamts werden andere geringe Vermögensstrafen, z. B. um Wachs, Bier, Wein, u. s. f. gleich gehalten, und von diesen Strafen kommt ein Theil an die Obrigkeit, die Handwerksältesten und in die Lade[k]). Setzen die Innungsartikel auf ein gewisses Verbrechen eine schwere Strafe, z. B. die Gefängnißstrafe, Auspfändung[l]), Ausstoßung aus der Innung, oder eine andere Strafe am Leibe oder Vermögen, so gehört die Untersuchung des Verbrechens vor die ordentliche Obrigkeit, welche auch die Strafe vollstreckt. Wäre aber ein gemeines Verbrechen hier bereits bestraft worden, und die Innungsstrafe ist blos eine Folge der öffentlichen Ahndung, so darf die Innung die nach den Artikeln statt habende Strafe eigenmächtig vollziehen. Dieses geschieht z. B. dadurch, daß sie den eines infamirenden Verbrechens wegen Bestraften sitzen lassen, und ihn nicht ins Handwerk rufen[m]). Demjenigen, der die ihm zuerkannte Geldstrafe nicht bezahlt, versagt die Zunft gewisse Zunftrechte, um ihn zum Gehorsam zu bewegen[n]). Uebrigens steht es dem Angeschuldigten frey, von allen Aussprüchen der zuerkannten Zunftstrafe sich auf den ordentlichen Richter zu berufen, in welchem Falle dieser als der Kläger, und die Zunft als der Beklagte betrachtet wird[o]). Weiter ist zu bemerken, daß auch in solchen Handwerkssachen, wo

k) Beier de colleg. opif. c. 6. n. 630. c. 16. n. 1305. Struv Syst. iurispr. opif. Part. III. lib. 3. c. 9. §. 11 et 19. Stravch de colleg. opif. §. 101.

l) v. Cramers Nebenst. Thl. 1. S. 119.

m) Beier de colleg. opif. c. 21. §. 3. n. 1684.

n) Struv Syst. iur. opif. Part. I. lib. 4. c. 5. §. 13. Leyser Spec. 8. med. 9.

o) Struv l. c. Part. III. lib. 3. c. 9. §. 18. lib. 6. c. 8. §. 12.

keine Strafe erkannt werden soll, sondern die Partheien blos durch einen Spruch aus einander gesetzt werden sollen, das Zunftstrafamt auf die nämliche Art eingeschränkt ist, wie bey Entscheidungen über strafbare Vergehungen. Weil sich aber nicht allemal genau bestimmen läßt, welche Streitigkeiten für geringfügig zu halten sind, so muß die Sache bey eintretenden Bedenklichkeiten der Obrigkeit zur Entscheidung überlassen werden, da ihre Befugnisse überhaupt allemal, bey vorhandener Collision, den Rechten der Innung vorgehen. Auch bey bloßen bürgerlichen Rechtsangelegenheiten, kann der beschwerte Theil, wenn die Zunftvorsteher seine Sache durch einen Ausspruch entschieden haben, sich auf den ordentlichen Richter berufen, wo ihm das Recht zusteht, jenen Ausspruch entweder abzuändern oder zu bestätigen. Auch steht es dem Kläger frey, ob er seine Sache zuerst vor dem ordentlichen Richter, oder den Handwerksvorstehern anhängig machen wolle, weil durch die den Zünften vergönnte Gerichtbarkeit, der ordentlichen Obrigkeit an ihrer Gerichtsbarkeit über die Zunftverwandten nichts entzogen worden p). Da die Handwerksinnungen die Rechte des Fiscus nicht haben, so dürfen sie weder Confiscationen erkennen, noch einen Theil derselben der Lade zusprechen. In den vorigen Zeiten, haben sich die Zünfte bey ihren Rechtshändeln sehr oft gegen die Landesherrlichen Verfügungen, auf auswärtige Zünfte, unter dem Vorwande der Unredlichkeit, berufen, und ihre Entscheidungen verlangt, welcher böse Gebrauch aber durch den Reichsschluß von 1731. Art. 6. ernstlich verboten worden, indem es daselbst heißt: als werden alle hier und da misbräuchlich aufgebrachte Provocationen auf Handwerkserkenntnisse aus dreyer Herren Lande verboten q). Noch weniger steht den sogenannten

p) Brvnnemann ad leg. fin. C. de iurisd. n. 4. Mevius ad ius Lub. Part. 5. tit. 13. art. 3. n. 27. 28. Berlich Part. I. Dec. 150. n. 27. Stryck Vsus mod. ad tit. de iurisd. §. 26. Strvv Syst. iurispr. opif. Part. I. lib. 4. c. 5. §. 3.

q) Strvv l. c. Part. I. lib. 3. c. 6. th. 2. Part. III. c. 8. §. 2.

sogenannten Oberzunftstuben, Haupt- und Kreislanden das Recht zu, auswärtige Meister vor ihre Lade zu fordern; denn in dem mehrmals erwähnten Reichsschlusse a. a. O. wird gesagt: diesemnach wird verordnet, daß in Zukunft, eines Landes und Orts Lade so gut und gültig als die andere zu achten sey, folglich so wenig unter diesen ehemaligen Hauptladen, aus irgend einem Prätext, eines des andern Orts Handwerk, besonders etwa gar aus verschiedenen Ländern vor sich fordern, oder ob auch schon eine oder die andere Cognition ihm freywillig angesonnen würde, derselben und des Verbrechens Bestrafung im geringsten sich anmaßen, jedoch den Churfürsten, Fürsten und Ständen, an ihren dieserhalb erhaltenen Privilegien, oder andern wohlhergebrachten Rechten ohnnachtheilig[r]). So bewirkt z. B. die Schutz- und Schirmgerechtigkeit, welche verschiedne Reichsstände über diese oder jene Zunft, als ein Reichslehn besitzen, Gerechtsame in einem andern Lande. Die Zünfte mancher Städte wollten sich ehedem das Ansehen der Haupt- oder Generalcapitel beylegen, und sie verlangten von allen übrigen Zünften ihres Handwerks, in und außer Landes eine Art der Unterwürfigkeit, vermöge deren man sich in Handwerkssachen nur an sie wenden, und nunmehr das, was sie beschlossen hatten, überall gelten solle. Diese schädlichen Misbräuche sind durch den neuesten Reichsschluß ebenfalls abgeschaft worden, daher darf sich keine Zunft über die andere ein dergleichen Recht anmaßen. Wenn eine Zunft Jemanden mit Recht für handwerksunfähig erklärt hat, so wird er zwar überall dafür gehalten; dieses geschieht aber wegen des gemeinschaftlichen Nutzens, und gründet sich auf keine Obergewalt, sondern ist ein allen Zünften gemeines Recht. Kein Landesherr leidet es daher, daß sich auswärtige Zünfte unterstehen, den Innungen seines Landes etwas vorzuschreiben; ob es gleich angeht, und auch zu geschehen pflegt, daß eine Innung mit Wissen und Willen ihrer ordentlichen Obrigkeit, eine inländische oder selbst eine ausländische, um ihr Gutachten ersucht. Alles dieses ist dem Reichsschlusse von

r) STRVV Decis. iurispr. opif. Dec. 56.

1731 gemäß, wo es heißt: vielmehr wird den Landesherrschaften überlassen, in ihren Ländern Zünfte und Laden einzurichten, diesen die Gesetze allein vorzuschreiben, die Widerspenstigen nach Befinden zu bestrafen, und die vorkommenden Handwerksdifferenzien, ohne Communication mit andern Ständen oder Städten, außer sie finden solche für nöthig, abzuthun. Dieser Verordnung ungeachtet, steht es jedem Landesherrn frey, in seinem Lande die Zünfte gewisser Städte in so fern zu Hauptladen zu machen, daß die übrigen bey vorkommenden Irrungen, blos an diese die Sache zur Untersuchung und Entscheidung abgeben müssen, oder daß die Zünfte der kleinen Orte, als Töchter von den Hauptladen als Müttern anzusehen seyn sollen, indem sie zu den Conventen der letztern ihre Deputirten schicken, ihre Rechnungen dahin abgeben, und einen Theil der Einnahmegelder dahin abliefern müssen, wodurch eine Art von General- und Specialzusammenkünften entsteht, welche Einrichtung man in verschiednen teutschen Ländern antrift.

Herr RR. Eichmann trägt S. 419 folgende Grundsätze von der Zunftgerichtsbarkeit vor. — Gleichwie nun Paciscenten sich gewissen Strafen unterwerfen können, wenn wider den Vertrag, welchen sie geschlossen haben, gehandelt werden sollte; so können auch in den Statuten gewisse Strafen auf die Verletzung der in denselben enthaltenen Verordnungen gesetzt werden, jedoch müssen die Strafen auch solche seyn, denen man sich überhaupt durch einen Vertrag unterwerfen kann. Wenn man diese Bestimmung hinzu setzt, so ist keineswegs nöthig, daß die Universität ein solches Recht erst durch ein Privilegium oder Gewohnheit erlange, wie einige behaupten[s]); denn da einzelne Privatpersonen und Gesellschaften, die keine Universitäten sind, täglich dieses Rechts sich bedienen, so muß es wohl vielmehr Universitäten zustehen. Man braucht auch dieses Recht keineswegs aus einem besondern positiven Gesetze herzuleiten, indem vielmehr die

s) Leyser Spec. 8. med. 10. Hartleben Spec. 10. med. 8.

die natürliche Freyheit der Unterthanen und Universitäten dieses mit sich bringet, so lange kein Gesetz diese Freyheit einschränkt. Es scheinen zwar die Polizeyordnungen von den Jahren 1548 und 1577 dergleichen Gesetze zu seyn: allein α) haben durch diese blos verschiedne Misbräuche derer Handwerker abgeschaft und nicht der gute Gebrauch der Gesellschaftsrechte eines Handwerks behindert werden sollen; β) aber sind auch durch die großen Veränderungen, welche in dem teutschen Handels- Kammer- und Kirchenstaate in den Zeiten nach diesen Policeyordnungen erfolgt sind, dieselbe, wenn man allenfalls die Lehre von den Vormundschaften ausnimmt, beynahe ganz außer Gebrauch gekommen. Wenn aber ein Gesetz vorhanden ist, welches den Universitäten dieses untersagt, so ist es etwas anders; denn die Statuten dürfen überhaupt nicht wider ein solches verbietendes Gesetz seyn. In Ansehung der Handwerke haben wir ein allgemeines Gesetz, welches hierüber etwas bestimmet. Es ist dieses der Reichsschluß wegen der Handwerksmisbräuche vom Jahr 1731., welcher zugleich deutlich zu erkennen giebt, daß die gedachten Policeyordnungen außer Gebrauch gekommen sind. Nach diesem Reichsschlusse haben die Handwerke nur das Recht, Strafen von 1 bis 2 rheinischen Gulden aufzulegen, und müssen, wenn ein Mitglied aus dem Handwerke eine härtere Strafe verdienet, es der ordentlichen Obrigkeit anzeigen t); doch geht das Recht verschiedner Handwerke an mehrern Orten, vermöge besonderer Privilegien, etwas weiter; dagegen hat man auch in verschiedenen Provinzen Verordnungen, welche in Ansehung aller Zünfte und Innungen, auch der Gemeinden das Recht, Strafen aufzulegen, genau bestimmen. Da fragt sich nun aber, ob eine Universität das Recht habe, gegen denjenigen, welcher in eine solche Strafe verfallen ist, Zwangsmittel zu brauchen? — Zwangsmittel im weitläuftigen Verstande, nämlich Mittel, wodurch die Universität sucht, ein Mitglied zu bewegen, die ihm zugesprochene Strafe zu entrichten, kann sie allerdings brauchen. Welches sind aber

t) Hartleben l. c. de Cramer Obs. 297.

aber diese Mittel? — Daß sie ihn von dem Gebrauch der Rechte der Universität ausschließt. So kann man z. B. ein solches Mitglied von den Zusammenkünften ausschließen; es kann den Lehrjungen untersagt werden, für ihre Meister zu arbeiten; und das äußerste Mittel ist, ein solches widerspänstiges Mitglied gänzlich auszuschließen [u]). Allein, wenn einige Gewalt erfordert wird, so muß die Hülfe der Obrigkeit angerufen werden. Die Gründe dieser Behauptung sind folgende: α) bringt es das allgemeine gesellschaftliche Recht mit sich, und dieses gilt auch so lange bey Universitäten, bis etwas anders verordnet worden. β) Ueben die Gesellschaften dieses Recht täglich aller Orten aus; warum sollte das nämliche Befugniß nicht auch einer Universität zustehen, die von dem Landesherrn bestätigt ist? γ) Sind die Reichsgesetze, welche die Selbsthülfe verbieten, nicht entgegen, wie einige irrig glauben [x]); denn, wenn man auf die Veranlassung dieser Gesetze siehet, welche das in den vorigen Zeiten übliche Faustrecht war, so erkennet man hieraus ganz deutlich, daß nur der Gebrauch gewaltsamer Mittel nicht verstattet, keinesweges aber der Gebrauch gewisser Mittel den andern zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu bewegen, unerlaubt seyn soll. Wer kann wohl glauben, daß man bey den erwähnten Gesetzen diese Absicht gehabt habe, da man soviel Schwierigkeiten fand, die Gewaltthätigkeiten abzuschaffen? Man kann sich daher allerdings aller Mittel, die nicht unter die gewaltsamen gehören, bedienen, den andern zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu bringen, wenn sie nur nicht in den Gesetzen besonders verboten sind. So kann z. B. Niemand heimlich den Besitz derjenigen Sache, welche ihm vorgeblich gehört, ergreifen, weil es ausdrücklich verboten ist. Da wir nun aber kein allgemeines gültiges Gesetz haben, welches den Universitäten den Gebrauch der gedach-

u) Leyser Spec. 8. med. 9. Beier in aduoc. rer. opif. perito, c. 5. 6. Mevius ad ius Lubec. P. 5. tit. 13. art. 3. n. 35.

x) Hartleben Med. ad Dig. Spec. 10. med. 9.

gedachten Mittel untersagt, so kann auch den Universitäten in denjenigen Ländern, wo sie durch keine besondere Verordnung hierinn eingeschränkt sind, das Recht, von dem wir reden, nicht abgesprochen werden. Und ob man sich wohl d) auf die in der Note angeführte römische Rechtsregel y) beziehen will, so ist diese doch ebenfalls von gewaltsamen Mitteln zu verstehen, und nicht so auszulegen, als ob alle Mittel den andern zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu bewegen, sollten verboten seyn. Jedoch ist nicht undeutlich in dem schon angezeigten Reichsschlusse wegen der Handwerksmisbräuche, dieses Recht, die Strafe beyzutreiben, und sich dergleichen Mittel zu bedienen, in Ansehung der Handwerke eingeschränket; denn nach demselben soll der Obermeister mit dem Beamten oder zu Handwerkssachen Verordneten, zwey rheinische Gülden hoch strafen können: hingegen in wichtigern Sachen soll man sich bey der ordentlichen Obrigkeit des Orts, Verhaltens erhohlen, wie es im Gesetze heißt. Es bleibt also dabey, daß an sich, wenn keine besondere Verordnung entgegen ist, die Universitäten das Recht der angegebenen Mittel zu Beytreibung der erlaubten Strafen, ohne dazu ein besonderes Privilegium nöthig, oder eine Gewohnheit für sich zu haben, ausüben können. Auch können diese Gesellschaften in ihren Statuten Rechte errichten, die den gemeinen Rechten oder Landesgesetzen entgegen sind, jedoch darf dieses nur in so ferne geschehen, als man überhaupt durch Verträ-

y) L. 176. D. de reg. iur. Da heißt es: non est singulis concedendum, quod per magistratum publice fieri possit: ne occasio sit maioris tumultus faciendi. Diese Rechtsregel, welche aus dem 13. Buche des Pauli ad Plautium genommen ist, und mit welcher also die L. 28. D. quib. mod. vsufr. L. 7. D. quemad. seruit. omitt. L. 13. D. de vsu leg. L. 14. D. de vsucap. L. 14. D. de iniur. zu verbinden sind, gehet überhaupt auf die interdicta prohibitoria und will eigentlich nur so viel sagen, daß Niemand sein Recht oder seine Sache von dem andern mit Gewalt zu erhalten suchen soll, welches der beygefügte Grund deutlich genug zu erkennen giebt. S. Iac. GOTHOFREDI comment. ad tit. Dig. de diuers. reg. iur. coll. XII. S. 113.

Verträge von dem, was die gemeinen Rechte oder Landesgesetze verordnen, abweichen kann. So können z. B. in Ansehung der Erbschaften Verträge errichtet werden, welche machen, daß in Rücksicht der Paciscenten die gemeinen Rechte und Landesgesetze keine Anwendung finden. Da also α) einzelne Personen dieses Recht haben, warum sollte es nicht auch dergleichen Gesellschaften zustehen? β) Haben auch die Municipalstädte bey den Römern dieses Recht gehabt z). Und obwohl ein großer Unterschied unter den römischen Municipal- und unsern Landstädten ist a), so haben sie doch in verschiedenen Stücken eine Aehnlichkeit mit einander. Endlich γ) beweiset dieses eine große Menge von Statuten, worunter auch solche sind, die, wenn sie auch in neuern Zeiten sind von den Landesherren bestätigt worden, dennoch vorher ohne landesherrliche Bestätigung eine Gültigkeit gehabt haben b).

II) Weil Statuten Verträge sind (S. 398.), darf nichts darinn festgesetzt werden, was man überhaupt durch keinen Vertrag bestimmen kann. Es geht also auch nicht an, durch diese Art der Statuten etwas einzuführen, was den absolut verbietenden oder gebietenden Gesetzen entgegen ist, oder was mit der Wohlfahrt des Staats streitet. Es würde also unerlaubt seyn, durch ein Statut diejenigen für fähig zu erklären, als Mitglieder der Gemeinheit aufgenommen zu werden, deren Aufnahme die Gesetze deutlich untersagt haben. Alsdenn gelten aber die in dem Statut vorkommenden Bestimmungen, wenn das verbietende Gesetz zugleich erklärt, wenn nicht an einem oder dem andern Orte etwas anders hergebracht sey, und das Statut war bereits seit langer Zeit befolgt worden. Auch alsdenn erhalten Bestimmungen des Statuts, welche wider schlechterdings gebietende oder verbieten-

z) Gellii Noct. Attic. Lib. 16. c. 13. Plinius in epist. Lib. 10. epist. 56.

a) Waldschmidt D. de different. municip. Romanor. et vrb. Germaniae mediatarum.

b) Leyser Spec. 8. med. 5.

bietende Gesetze anstossen, Gültigkeit, wenn die besondere Genehmigung des Regenten erlangt worden, und diese ist selbst alsdenn nöthig, wenn gleich die Gemeinheit das Recht, Statuten zu errichten, durch ein besonderes Privilegium erlangt haben sollte, weil man mit Vernunft nicht annehmen kann, daß der Gesetzgeber durch dieses Privilegium seine Gesetze ungültig machen wollen c). Wenn aber Gesetze blos hypothetisch verbietende oder gebietende Verordnungen enthalten, so steht einer Gemeinheit allerdings das Recht zu, durch Statuten etwas anders festzusetzen, da selbst einzelne Bürger des Staats dieses Recht haben. Aus dem Satze, daß nicht einmal Gesetze, folglich noch weniger vertragsweise errichtete Statuten, der Wohlfahrt des Staats entgegen seyn dürfen, können wichtige Folgen geleitet werden. Diesem Grundsatze gemäß, darf z. B. ein Handwerk nicht beschliessen, gewisse Personen nicht anzunehmen d), oder nur solche Personen zu Meistern aufzunehmen, welche eine Meisterstochter oder Witwe geheyrathet haben; die Fleischer dürfen nicht unter sich eins werden, daß keinem Meister auf ein Stück Vieh zu bieten erlaubt seyn soll, worauf ein anderer schon geboten hat. Eben deswegen gilt auch das Statut nicht, daß ein Meister eine Arbeit, die von einem andern bereits angefangen worden, nicht fortsetzen dürfe.

III) Verbinden vertragsweise abgefaßte Statuten nur allein die Mitglieder der Gemeinheit, für welche sie errichtet sind, weil Verträge der Regel nach nur diejenigen verbinden, von denen sie geschlossen oder wenigstens genehmigt worden. Weil es aber dennoch Fälle giebt, wo ein Dritter einen Vertrag wider sich gelten lassen muß, den er nicht geschlossen hat, so findet dieses auch bisweilen bey dieser Art von Statuten statt. Eben deswegen sind auch diejenigen, sich nach den Statuten zu richten, verbunden, die sich entweder ausdrücklich

c) Hr. Prof. Weber in den Reflex. §. 25. I. H. Boehmer Introd. in ius publ. vniu. S. 401.

d) Lyncker Resp. II. 24. Cramers Nebenstunden, 79. Thl. 5. Abth. Strubens Bedenk. Thl. 4. Bed. 62.

drücklich oder stillschweigend, vor oder nach Errichtung dieser Statuten verbindlich gemacht haben, solche auch in Ansehung ihrer als gültig anzusehen, sie mögen übrigens Mitglieder der Gemeinheit seyn oder nicht. Wäre also bey einer solchen Gesellschaft gehörig festgesetzt, wie Statuten abgefaßt werden sollen, so verbinden die auf diese Art errichteten Statuten, alle Mitglieder, wenn sie auch zu den Statuten ihre Stimme nicht gegeben haben sollten. Eben diese Regel findet selbst bey vertragsweise errichteten Statuten für eine Stadt- oder Dorfgemeine statt, und daher haben sie in dieser Rücksicht gleiche Kraft mit den als Gesetze zu betrachteten Statuten. Auf diese Beschaffenheit der Sache muß beständig Rücksicht genommen werden, wenn die Frage entschieden werden soll: welche Personen in den Städten nach den Statuten beurtheilt werden. Vertragsweise errichtete Statuten, verbinden daher der Regel nach, die sogenannten Begüterten (forenses), die keine Mitglieder der Gemeine sind, nicht; es wäre denn, daß solche Rechte und Verbindlichkeit darinn festgesetzt worden, welche blos Grundstücke betreffen; z. B. wenn nach einer solchen vertragsweise beliebten Verabredung, die Kosten zu Bestreitung der Gemeineausgaben, unter der Benennung Anlagen, auf die Häuser und andere Grundstücke in der Gemeine festgesetzt worden; diese Lasten müssen sich auch Fremde gefallen lassen, welche dergleichen Güther, worauf sie haften, an sich gebracht haben.

§. 91. 92.

Eine Hauptfrage, deren Beantwortung zu den Grundsätzen von Statuten gehört, ist auch folgende: wie müssen solche abgefaßt und errichtet werden? Es ist hierbey vor allen Dingen darauf Rücksicht zu nehmen, ob vom Gesetzgeber oder durch eine Observanz etwas darüber festgesetzt ist, oder ob dieses nicht gesagt werden kann. Im ersten Falle bleibt es dabey, und die dieser Vorschrift gemäß abgefaßten Statuten verbinden alle Gemeindemitglieder, wenn sie gleich nicht einzeln ihre Erklärung und Genehmigung dazu gegeben haben.

haben. Aus dieser Quelle rührt sehr oft das Recht des Stadtraths in den Landstädten her, die Statuten abzufassen; denn einige Stadträthe haben von dem Gesetzgeber diese Befugniß als ein Privilegium erhalten, und andere sind dazu berechtigt, vermöge eines ausdrücklich oder stillschweigend mit der Bürgerschaft eingegangenen Vertrages [e]). Wenn daher der Stadtrath in einer Landstadt, das Befugniß Statuten zu errichten, auf diese Weise nicht erlangt haben sollte, so darf er den Bürgern ohne ihre Einwilligung keine Statuten aufbürden [f]). Kann aber dem Rathe das Recht Statuten abzufassen, nicht abgesprochen werden, so kommt es wieder auf die Observanz an, ob er dieses Recht allein auszuüben befugt ist, oder mit Zuziehung einiger von der ganzen Bürgerschaft dazu bevollmächtigten Personen [g]). Uebrigens darf man unsern Stadträthen in den Landstädten, das Recht Statuten abzufassen, nicht etwa deswegen beylegen, weil sie die Gerichtsbarkeit ausüben, oder weil die Obrigkeiten in den Municipalstädten der Römer Decrete abfassen dürfen [h]), denn diese handelten nur von Policeygegenständen, und wichtige Angelegenheiten mußten wenigstens von dem größten Theil der Bürger beschlossen werden [i]), auch können die Decurionen und unsere Stadtobrigkeiten nicht für völlig gleiche Personen gehalten werden.

Ist über die Abfassung der Statuten, weder durch ausdrückliche Gesetze, noch durch eine Observanz, noch durch Verträge zwischen den Vorstehern der Bürgerschaft, oder unter den Mitgliedern der Universität etwas festgesetzt, so muß die Vorschrift des römischen Rechts befolgt werden, und dieses verlangt [i]), daß alle Mitglieder der Gemeine oder Gesellschaft,

e) Hartleben Spec. 10. med. 6.

f) Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 1. S. 492. Leyser Spec. 8. med. 7.

g) Riccius von Stadtges. S. 354. 406. Hofacker Princ. Iur. Tom. I. S. 110.

h) L. 5. D. de decretis ab ordine faciend.

i) L. 160. §. 1. D. de regul. iur.

fellschaft, sie heisse wie sie wolle, selbst die dazu gehörigen Unmündigen und Minderjährigen nicht ausgeschlossen, auf die zeither gewöhnliche Weise zusammen berufen werden sollen. Von diesen müssen 2) wenigstens zwey Drittel erscheinen, und unter diesen Erschienenen muß 3) der größte Theil in das Statut einwilligen. Was auf diese Weise durch die Mehrheit der Stimmen beschlossen worden, hat allgemeine Verbindlichkeit [k]), und der Vorwand, daß die Meinung der Ueberstimmten vortheilhafter für die ganze Gesellschaft sey, kann weder die Ausführung des von den mehresten gebilligten Entschlusses hindern, noch dürfen sich jene der Befolgung desselben entziehen [l]). Alsdenn brauchen sich jedoch die Ueberstimmten nicht nach dem Schlusse des größern Theils zu richten, wenn von sogenannten iuribus singulorum die Rede ist, oder von Religionsangelegenheiten [m]). Man muß deswegen die Meinung, daß die Mehrheit der Stimmen bey Abfassung der Statuten den Ausschlag giebt, für gegründet halten, weil es schwer zu beurtheilen, und noch schwerer zu beweisen ist, welche Meinung die richtigste ist, und die von der größten Anzahl der Mitglieder gebilligte, wenigstens die Vermuthung des Vorzugs für sich hat [n]). Fehlt es an einer von den angeführten drey Eigenschaften, so verbinden die Statuten nur diejenigen, welche ihre Einwilligung dazu gegeben haben, und die nicht zur Berathschlagung aufgefordert, brauchen sich nicht darnach zu richten, wenn gleich der Regent einen solchen Entschluß bestätigt haben sollte [o]).

Sind Statuten so abgefaßt worden, wie es den Gesetzen gemäß geschehen sollen, so verbinden sie als Verträge die ganze Gesellschaft, sie heisse wie sie wolle. Kann sie nicht

k) L. 19. D. ad municip. L. 160. §. 1. D. de reg. iur.
l) Reinhardt ad Christ. Vol. I. Obs. 9.
m) Westphal tract. de iure singulorum. c. 29. de reg. iur. in 6to. Instr. Pac. Osnabr. Art. 5. §. 9. et 52.
n) Reinhardt ad Christin. Vol. I. Obs. 39. n. 7.
o) Leyser Spec. 8. med. 1. Wernher Obs. Part. 9. Obs. 145. n. 2. Riccius von Stadtges. S. 406.

nicht unter die verbotenen gezählt werden, sondern der Gesetzgeber hat sie bestätigt, so darf sich auch kein Mitglied von der Verbindlichkeit, solche zu befolgen, unter dem Vorwande entziehen, der Gesetzgeber habe die vertragsweise errichteten Statuten nicht bestätigt. Weil aber nicht nur die Handlungen einzelner Personen im Staate, sondern auch die Geschäfte ganzer Gesellschaften der Oberaufsicht des Regenten unterworfen sind, damit nichts für den Staat Nachtheiliges vorgenommen werde, so kann der Regent die Einsicht solcher vertragsweise errichteter Statuten verlangen. Dieser Umstand ändert aber ihre ursprüngliche Beschaffenheit nicht, und es ist daher die Meinung derjenigen Rechtslehrer p) richtig, welche ihnen eine vollkommene, mit den Verträgen gleiche Kraft beylegen, ohne daß die landesherrliche Bestätigung erst dazu kommen darf. Wenn aber solche vertragsweise errichtete Statuten mehr Kraft bekommen, und als Gesetze zu betrachten seyn sollen, so müssen sie vom Regenten auf irgend eine Art bestätigt worden seyn. Eine solche Bestätigung wird daher erfordert, wenn durch solche etwas abgeändert werden soll, was nach den vorhandenen Gesetzen schlechterdings für geboten oder verboten gehalten werden muß, und hier gelten sie auch gar nicht als Verträge, wie bereits S. 410 gesagt worden q). Statuten müssen ferner bestätigt werden, wenn die Gesetze deutlich erklärt haben, daß keine von dieser oder jener Art von Gemeinheiten abgefaßten Statuten eher gültig seyn sollen, als bis sie vom Gesetzgeber genehmigt und folglich auch bestätigt worden, oder von der dazu autorisirten Unterobrigkeit. Dieser Fall zeigt sich bey den Handwerksartikeln, welche nach dem Reichsschlusse von 1731. §. 1., ohne Confirmation gar keine Gültigkeit haben sollen. Wenn die Statuten stillschweigend genehmigt worden, so beurtheilt man sie wie ungeschriebene Gesetze, doch müssen alle-

p) Leyser Spec. 8. med. 2—6. Hr. Prof. Riccius von Stadtgesetzen, 2 Buch, 6 Hptstck. §. 2. Hr. HR. Glück a. a. O. S. 493. Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 1. S. 430.

q) Reinhardt ad Christ. Vol. II. Obs. 8.

mal die Eigenschaften eines Gewohnheitsrechts vorhanden seyn r). Wenn daher der Landesherr z. B. nicht nur bestimmt hat, aus wie viel Mitgliedern eine Gemeinheit bestehen soll, sondern er untersagt auch zugleich mehrere Personen als Mitglieder anzunehmen, so kann die Gesellschaft nicht durch ein Statut ausmachen, mehrere Personen aufzunehmen. Eben so müssen vertragsweise errichtete Statuten bestätigt werden, wenn auch andere Personen, die nicht zu der Gesellschaft gehören, folglich auch die von ihr geschlossenen Statuten nicht zu halten brauchen, gleichwohl dadurch verbindlich werden sollen. Z. B. die Schneider wollen das Statut machen, daß die Einwohner der Stadt schlechterdings nur bey ihnen, und bey Niemand anders, der nicht zu ihrer Innung gehört, sollen arbeiten lassen; oder die Fleischer einer Stadt wollen das Statut errichten, daß alles Fleisch bey ihnen gekauft werden soll, und keine andere Person, als die zur Fleischerinnung gehört, soll Fleisch verkaufen dürfen; oder eine Dorfgemeine will einführen, daß Personen, welche an ihrem Orte Grundstücke besitzen, ohne zugleich daselbst zu wohnen, kein Vieh auf die Gemeinhuthung sollen treiben dürfen. — Die hierher gehörende Stelle von der Bestätigung der Innungsartikel aus dem Reichsschlusse von 1731. §. 1. enthält folgende Sätze: — Sollen im heiligen römischen Reiche die Handwerker unter sich keine Zusammenkunft ohne Vorwissen ihrer ordentlichen Obrigkeit, welcher bevorstehet, darzu Jemand in ihrem Namen nach Gutbefinden zu deputiren, anzustellen Macht haben, auch an keinem Orte einige Handwerksartikel, Gebräuche und Gewohnheiten passiret werden, sie seyen denn von der Landes- oder wenigstens jedes Orts dazu berechtigten Obrigkeit (wie denn jedem Reichsstande ohnehin nach Gelegenheit der Zeit, der Läufte und Umstände, Kraft besitzender Regalien, alle Landes-

r) Lud. MENCKE D. de statutor. confirmat. auctoritate. BREVNING D. de iure statut. non confirmat. HOMMEL Rhapf. Obf. 155. HARTLEBEN Spec. 10. med. 4. Frick Grundsätze des Rechts der Handwerker, §. 11.

Landesherrliche Gewalt, und in Ansehung derselben, die Aenderung und Verbesserung der Innungsbriefe in ihrem Gebieth allewege vorbehalten bleibet) nach vorgängiger genugsamer Erwäg- und Einrichtung nach der Sachen gegenwärtigem Zustande confirmiret und bekräftigt, hingegen alle diejenigen, welche von den Handwerksleuten, Meistern und Gesellen allein und für sich, und ohne nur gedachte obrigkeitliche Erlaubniß, Approbation und Confirmation aufgerichtet worden, oder ins künftige aufgerichtet und eingeführet werden möchten, null, nichtig und unkräftig seyn.

Ich habe zeither hauptsächlich von Statuten geredet, welche als Verträge betrachtet werden müssen; zum Beschluß dieser Materie will ich auch noch etwas über die Natur der Statuten bemerken, welche gesetzliche Kraft haben. Wenn Statuten gesetzliche Kraft haben sollen, so müssen sie von dem Regenten und Gesetzgeber genehmigt, und ihnen gesetzliche Kraft ertheilt worden seyn; denn der Regent ist die einzige Quelle der Gesetze, und nur sein Wille macht Gesetze [s]). Dieses muß hauptsächlich auf die Statuten in den Landstädten, oder die sogenannten Stadtgesetze, Willkühre, angewendet werden. Die landesherrliche Genehmigung kann aber auf verschiedne Weise ertheilt werden, und zwar entweder ausdrücklich oder stillschweigend, welches theils vor, theils nach der Abfassung der Statuten geschehen kann. Hierher gehört nun 1) der Fall, wenn der Gesetzgeber und Regent, einer Stadt oder andern Gemeinheit, vor Abfassung der Statuten ausdrücklich das Recht ertheilt, welches folglich für ein Privilegium gehalten werden muß, Statuten zu machen, die gesetzliche Kraft haben sollen. Als stillschweigend im voraus ertheilt wird dieses Recht alsdenn betrachtet, wenn die vom Gesetzgeber übertragene Besorgung eines gewissen Geschäfts, nicht anders gehörig ausgerichtet werden kann, als wenn gewisse Grundsätze und Vorschriften, die man ebenfalls Statuten nennen kann, fest-

s) Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. I. S. 105.

gesetzt worden t). Die unter diesen Verhältnissen abgefaßten Statuten, haben ebenfalls gesetzliche Kraft; und beyde Arten derselben brauchen nicht erst noch besonders vom Regenten bestätigt und ihnen gesetzliche Kraft ertheilt zu werden, wenn er es nicht ausdrücklich vorgeschrieben hat. Der Klugheit ist es aber gemäß, daß die Universität ihre Statuten ausdrücklich bestätigen läßt, weil der Landesherr alsdenn mehr darüber hält, schreibt Hr. RR. Eichmann, S. 436., und behauptet zugleich, der Regent sey allemal berechtigt, die Vorlegung dieser Statuten zu verlangen, um zu sehen, ob etwas ihm unanständiges darinn enthalten sey u). Durch eine erfolgte Genehmigung (S. 417.) erklärt 2) der Gesetzgeber die Statuten für verbindlich, wenn er solche, nachdem sie bereits abgefaßt worden, ausdrücklich oder stillschweigend bestätigt, und billigt.

Was nun die Kraft und Würkung dieser für Gesetze zu haltenden Statuten anbetrift, so ist solche überhaupt genommen, eben so beschaffen, wie sie sich bey eigentlich sogenannten Gesetzen zeigt; nur erstreckt sich ihre Kraft blos auf die Handlungen und Güther derjenigen Personen, die unter der Gerichtsbarkeit der Gemeine stehen, für welche die Statuten abgefaßt worden. Man muß daher behaupten, daß jeder, der seine Verbindlichkeit, sich nach den Statuten des Orts richten zu müssen, nicht zugestehen will, da er doch entweder an dem Orte wohnt, wo die Statuten gelten, oder wenigstens daselbst ansäßig ist, diese seine Befreyung und Exemtion auszuführen schuldig sey v). Die Kraft eines Gesetzes besteht 1) darinn, daß es den Unterthanen unter Androhung einer festgesetzten Strafe, etwas entweder gebietet, oder verbietet, folglich eine vollkommne Verbindlichkeit auflegt. Es zeigt sich

t) Riccius von Stadtgesetzen, II. 5.

u) Horn D. de confirmatione statutor. municip. per Principem, Vit. 1694. Lud. Mencke D. de statut. non confirmat. effectu, in *Dissert.* iurid. n. 14.

v) Frhr. v. Cramer in den Nebenst. Thl. 24. Nr. 2. Riccius a. a. O. Cap. 12. 13. de Pvffendorf Obs. I. 82. II. 27.

sich 2) die Würkung eines Gesetzes in der Ertheilung der Befugniß, etwas nach Willkühr thun oder nicht thun zu können. Durch die Gesetze erlangen 3) die Unterthanen vollkommene Rechte, die ihnen wider ihren Willen weder irgend eine Privatperson nehmen darf, noch auch selbst der Regent nicht anders, als wenn es zur Strafe geschiehet, oder um des gemeinen Besten willen, wo die Rechte der Privatpersonen damit streiten x). Diese Rechtssätze finden auch bey den Statuten, von denen wir hier reden, ihre Anwendung, wenn die Frage von der Kraft derselben beantwortet werden muß. Durch diese Statuten wird ferner die Gültigkeit des gemeinen Rechts in einzelnen Fällen gehindert, jedoch leiden auch sie selbst alsdenn keine Anwendung, wenn durch Verträge etwas anders festgesetzt werden können, und auch wirklich verabredet worden ist.

Für eine schwere hierher gehörende Materie, ist ferner die Festsetzung der Frage zu halten: was für Grundsätze finden statt, wenn in den Statuten verschiedner Gemeinheiten etwas anders festgesetzt worden, und gleichwohl soll nun ein Fall darnach entschieden werden? Hier gelten viele, von den bereits S. 293 und flg. angeführten Rechtswahrheiten von der Collision der Gesetze y), auf welche ich mich beziehe. Herr Prof. Hofacker schreibt S. 112 seiner vortreflichen Grundsätze des Privatrechts: wenn ein Statut über die persönlichen Eigenschaften eines Mitgliedes der Gemeinheit etwas festgesetzt hat, über dessen Zustand und die davon abhängende Fähigkeit oder Unfähigkeit Verträge einzugehen, so gelten diese Bestimmungen auch anderswo, weil

x) Hofacker Princ. Iur. ciuil. Tom. I. S. 72.

y) Argentraevs ad Consuet. Britann. Art. 218. Gloss. 6, Burgvndvs ad Consuet. Flandr. Tr. I — VII. Christ. Rodenburg in Tract. praemiss. Tr. de iure coniugum. Huber Comment. ad Pand. L. I. tit. 3. Idem de iure ciuit. Sect. IV. c. 1. Cocceii D. cit. de fundata in territ. potestate. Hert D. de collisione legum, in Opusc. Io. Gottfr. Meier D. de statutorum conflictu eorumque in exteros valore, Giss. 1715.

die persönlichen Eigenschaften, die eine Person nach den Gesetzen ihres Wohnorts hat, überall ihre Wirkung so lange zeigen, als die Person mit ihrem Wohnort keine Aenderung vorgenommen hat. Wer daher nach den Statuten seines Wohnorts für volljährig gehalten wird, ist es auch auswärts; wer den Adel in seinem Wohnort hat, wird auch auswärts dafür gehalten; wer an seinem Wohnorte nicht mehr der väterlichen Gewalt unterworfen ist, genießt auch auswärts die davon abhängenden Rechte, und diese erstrecken sich sogar auf Sachen, wenn die Gesetze des Orts, wo sie liegen, dieses nicht verbieten. Daher fällt der Niesbrauch an dem Vermögen eines Kindes, welches nach den Statuten seines Wohnorts der väterlichen Gewalt nicht mehr unterworfen ist, auch in Rücksicht auf solche Güther, weg, die einem auswärtigen Gesetzgeber unterworfen sind z), wiewohl nicht alle Rechtslehrer, z. B. Voet, dieses für richtig halten. Man nennt die Statuten in dieser Rücksicht statuta personalia. Sollten die Statuten diese persönlichen Verhältnisse bey einem zeitigen Unterthanen nicht voraussetzen, so darf er auch nach diesen Statuten nicht beurtheilt werden, und genießt folglich die davon abhängenden Vortheile nicht; so wie auch alle diese Vorrechte aufhören, wenn ein Mitglied der Gemeinheit seinen zeitherigen Wohnort verändert hat.

Ist die Rede von dem, was in Ansehung des Vermögens Rechtens sey, das ein Mitglied der Gemeine besitzt, so muß auf die Statuten des Orts, wo die Sachen befindlich sind, einzig und allein Rücksicht genommen werden, oder mit andern Worten: die Realstatuten haben hier den Vorzug vor den Statuten des Orts, wo der Besitzer wohnt. Auch Auswärtige oder sogenannte Begüterte (forenses) verbinden diese Statuten in Ansehung des Rechts, solche veräußern oder nicht veräußern zu dürfen, der darauf zu legen-

den

z) Riccius a. a. O. 2. Buch 14. Hptstck. Io. Sam. Fried. de Boehmer D. de efficacia statuti *personalis* extra territorium, Frf. ad Viadr. 1756. Voet ad Dig. Lib. I. tit. 4. P. 2. §. 5.

den Lasten oder ihnen zukommenden Freyheiten [a]). Dieser Beschaffenheit der Sache gemäß, behauptet Hr. Prof. Hofacker, daß 1) kein Unterschied gemacht werden dürfe, zwischen dem beweglichen und dem unbeweglichen Vermögen, weil ersteres für dahin gehörig gehalten werden muß, wo der Eigenthümer wohnt, und im Rechtsverstande als daselbst befindlich anzusehen ist [b]). Man muß 2) diese Regeln für richtig halten bey der Intestaterbfolge, wohin auch die unter den Ehegatten, vermöge der Statuten geltende zurechnen; denn hier geht es in Ansehung des unbeweglichen Vermögens nach den Statuten des Orts, wo diese Dinge liegen; in Rücksicht der beweglichen Güther aber, und der ihnen gleich gehaltenen unkörperlichen Sachen, richtet man sich nach den Statuten, die an dem Wohnorte des Verstorbenen befolgt werden [c]), obgleich viele Rechtslehrer der Meinung sind, daß die Intestaterbfolge einzig und allein nach den Statuten des Wohnorts von dem Erblasser bestimmt werden müsse [d]). Eben so geht es bey Concursen, wenn die Gläubiger befriedigt werden sollen, bey den unbeweglichen Güthern nach den Statuten des Orts, wo sie liegen, in Ansehung des beweglichen Vermögens aber nach den Statuten des Orts, wo der Gemeinschuldner gewohnt hat. Muß nach den Statuten auf die Einziehung der Güther gesprochen werden, so erstreckt sich solche nicht auf das anderwärts gelegene Vermögen, anderer Fälle nicht zu gedenken.

a) Kayser D. de obligatione et valore statuti intuitu forensium, Giss. 1746. Chr. Theoph. Roemer sub Praes. Hofack. D. de efficacia statutorum in res extra territorium sitas, Tub. 1778.

b) Arg. L. 32. D. de pignor.

c) Gail Obs. II. 124. Mynsinger Obs. V. 19. Carpzov Resp. VI. 39. Cons. Tvbing. IX. 46.

d) Cviac. Consult. 25. Iac. Cvrtivs Coniect. I. 4. in Thes. Otton. Tom. V. Pag. 102. de Pvfendorf Obseru. I. 28. Gottfr. Lud. Mencke D. de statutis ciuit. prouinc. in succes. ab intest. ad bona alibi sita extendendis, in Opusc. n. 7.

Es giebt noch einen dritten Fall, wo die Frage vorkommt: auf welche Statuten bey einer Rechtsangelegenheit Rücksicht genommen werden müsse, und dieser ist alsdenn vorhanden, wenn die Kraft einer Handlung, welche die Rechte einer Person, oder ihr Vermögen betrift, beurtheilt und bestimmt werden soll. Hierbey ist ein doppelter Unterschied zu machen, und zwar ist 1) darauf zu sehen, ob die Frage von der Förmlichkeit ist, die bey einer rechtlichen Handlung beobachtet werden muß, und den sich darauf beziehenden Feyerlichkeiten, oder ob 2) von den wesentlichen Stücken dieser Handlung und dem Gegenstande derselben die Rede ist [e]). Schreiben die Statuten eines Orts vor, wie ein an dem Orte gültiges rechtliches Geschäfte vorgenommen, z. B. ein Testament errichtet, ein Vertrag geschlossen werden soll, oder sie erklären diese oder jene Handlung für erlaubt und verbindlich, so müssen die hier gültiger Weise geschehenen Handlungen, an allen andern Orten ebenfalls für gültig und rechtsbeständig gehalten werden, die Handlung mag von einem beständigen oder einem zeitigen Unterthanen vorgenommen worden seyn, wie bereits S. 296 gezeigt worden, und diese gültiger Weise geschehene Handlung behält ihre Kraft so gar noch alsdenn, wenn derjenige seinen Wohnort in der Folge veränderte, der sie vornahm. Nimmt man nun den entgegen gesetzten Fall an, so ist es eben so richtig, daß eine rechtliche Handlung, die nicht auf die Art und Weise vorgenommen worden, wie es an dem Orte Rechtens ist, wo sie geschahe, auch nirgends anders gültig seyn kann [f]). Mache ich also an dem Orte A. mein Testament nicht so, wie es nach den dasigen Statuten geschehen soll, sondern ich beobachte diejenigen Vorschriften, welche an meinem Wohnorte B. vorgeschrieben sind, so gilt mein Testament weder im Orte A., denn nach diesen Statuten ist es nicht errichtet, noch auch an meinem

e) Hofacker Princ. Iur. civil. Tom. I. §. 141. S. 114.

f) Hr. GJR. Pütter in den Rechtsfällen, im 3ten Bande, Thl. 1. S. 80. Riccius von Stadtgesetzen, 2 Buch, 15 Kap. §. 2.

meinem Wohnorte B., weil ich es hier nicht gemacht habe, und die hier geltenden Gesetze im Orte A. keine verbindliche Kraft haben, folglich ist das Testament gleichsam wider die Gesetze des Orts A. errichtet worden, wie Hr. Prof. Hofacker a. a. O. behauptet, obgleich nicht alle Rechtslehrer g) diese Meinung billigen; sie sind aber wahrscheinlich durch die Grundsätze irre geführt worden, die ich bald anführen werde. Auch alsdenn ist ein Geschäft ohne Würkung und für nichtig zu halten, wenn es von einem beständigen Unterthanen blos deswegen auswärts vorgenommen worden, weil er die Gesetze seines Orts nicht halten wollte (in fraudem legis). Uebrigens nennen die Rechtslehrer die Statuten, von deren Beobachtung ich eben gehandelt habe, dieser Beschaffenheit wegen, statuta mixta, zum Unterschiede von den bereits erwähnten beyden Arten. Bey der Beurtheilung der wesentlichen Theile eines rechtlichen Geschäfts, und wenn auf die Sachen Rücksicht genommen wird, worüber das Geschäfte geschlossen worden, wo also nicht auf die Feyerlichkeiten desselben gesehen wird, müssen die an dem Orte geltenden Statuten befolgt werden, wo die Sachen liegen, sie mögen zu den beweglichen oder unbeweglichen gehören, es mag bey dieser Handlung von der Sache, worüber das Geschäft geschlossen worden, die Rede seyn, oder von der Fähigkeit der contrahirenden Person, das Geschäft vorzunehmen. Diesen Grundsätzen gemäß, muß bey letzten Willensverordnungen, und bey andern Verfügungen über unbewegliche Güther, alsdenn die Vorschrift der Realstatuten (S. 420) befolgt werden, wenn diese von den Statuten des Ortes abweichen, wo das Geschäfte vorgenommen worden. Das nämliche ist Rechtens bey Schenkungen unter Ehegatten, bey Beurtheilung der Frage: ob ein unter der väterlichen Gewalt stehender Sohn, oder ein Frauenzimmer, ein Testament machen, oder gewisse Contracte schliessen dürfen, mit oder ohne

g) Cuiacius in Obseruat. Lib. 14. obs. 12. Schilter Exercit. ad Pand. de iure obsid. c. 9. §. 4. Sammet Quaest. forens. I. in Opusc.

ohne Zuziehung eines Curators, anderer Fälle nicht zu gedenken. Diese besonderen Fälle haben wahrscheinlich diejenigen Rechtslehrer, welche behaupten, bey der Errichtung einer letzten Willensverordnung müsse auf die Gesetze des Ortes gesehen werden, wo der Erblasser seine Wohnung habe, verleitet, die Ausnahme zur Regel zu machen. So richtig obige Grundsätze sind, so wenig kann es geleugnet werden, daß man alsdenn von der Verordnung der Statuten abgehen, und durch ausdrückliche oder stillschweigende Verträge etwas anders bestimmen könne, wenn sie nicht schlechterdings gebieten, sondern nur hypothetisch verordnen. Eben deswegen geht es an, daß, wenn Eheleute nach den Statuten ihres Wohnorts eine allgemeine Güthergemeinschaft mit einander errichtet haben, es mag dieses durch einen ausdrücklichen Vertrag oder stillschweigend geschehen seyn, diese Gemeinschaft ihre Kraft auch auf die anderwärts gelegenen Güther erstreckt [h]), obgleich nicht alle Rechtslehrer dieses zugeben wollen [i]). Diese einmal verabredete allgemeine Güthergemeinschaft hört auch nicht etwa auf, wenn eine Veränderung mit dem zeitherigen Wohnorte vorgenommen worden, welche Meinung sich nicht nur auf Gesetze [k]) gründet, sondern auch deswegen für richtig gehalten werden muß, weil man dem einmal rechtmäßig erworbenen Rechte (iuri quaesito) des dadurch leidenden Ehegatten zu nahe treten würde, wenn man anders und zwar nach den Gesetzen des jetzigen Wohn-

h) a WESEL de connub. bon. soc. n. 110. sequ. LAUTERBACH D. de societat. bon. coniug. c. 2. §. 10. G. L. BOEHMER D. de iurib. et oblig. coniug. superstit. ex commun. bonor. vniu. §. 9.

i) Riccius a. a. O. 2 Buch, 17 Kap. §. 5. S. 596.

k) L. 65. D. de iudic. Lamb. GORIS Aduersar. iur. Tr. I. c. 7. de PUFEND. Obs. T. II. Obs. 121. GILDEMEISTER D. de commun. bonor. int. coniug. legitima mutato domicilio non sublata, Duisb. 1777.

Wohnorts entscheiden wollte, wiewohl auch hier einige Rechtslehrer l) anderer Meinung sind.

Zum Beschluß dieses Paragraphens muß ich auch noch der Frage gedenken: ob die Existenz eines Statuts bewiesen werden müsse, wenn dasselbe geleugnet worden? — Da so gar die Bekanntmachung eines Gesetzes bewiesen werden muß, so ist dieses auch bey Statuten nöthig, weil Verträge nicht vermuthet werden m). Kann aber die Existenz eines Statuts nicht geleugnet werden, so wird die Observanz desselben so lange vermuthet, bis das Gegentheil außer Zweifel ist n). Dadurch wird aber ein Statut nicht etwa ungültig, weil die Gemeinheit bey diesem oder jenem Falle eine Ausnahme statt finden läßt, weil Handlungen aus Gefälligkeit Niemanden schaden, noch dem Andern ein Recht geben o). Verlangt daher Jemand in die Innung aufgenommen zu werden, der nach den Statuten nicht aufgenommen werden soll, weil er z. B. die vorgeschriebenen Lehrjahre nicht ausgestanden hat, so darf er sich nicht darauf berufen, daß schon dieser oder jener angenommen worden, dem dieses ebenfalls entgegen gesetzt werden können, und wo man gleichwohl Nachsicht gehabt habe. Nur ein wirkliches Gewohnheitsrecht hat die Kraft, daß solche Personen aufgenommen werden müssen, weil hierdurch die Gültigkeit dieses Theils der Statuten aufgehoben worden p). Wie übrigens die Gültigkeit der Statuten aufgehoben werde, wird sich aus dem ergeben, was nunmehr im folgenden Paragraphen gesagt werden soll.

§. 93.

l) Mevius ad ius Lubec. Part. 2. tit. 2. art. 12. n. 401. Strubens Bedenk. Th. 4. Nr. 70.

m) Hr. RR. Eichmann Thl. 1. S. 429.

n) Wernher Obs. Part. 4. Obs. 40.

o) L. 141. pr. D. de regul. iur. L. 41. D. adquir. vel amitt. poss.

p) Leyser Spec. 8. med. 8.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0483
DFG

§. 93.

Ein Rechtsgelehrter muß nicht nur wissen, wie ein gültiges positives Gesetz abgefaßt wird, und was es für Würkungen hat, sondern er muß auch damit bekannt seyn, was in Ansehung der Abschaffung oder Abänderung positiver Gesetze Rechtens ist, da selbst das Naturrecht dieses trift. Positive Gesetze können nicht nur verändert werden, sondern es muß auch geschehen, weil jeder Staat Veränderungen leidet; und da weise Gesetzgeber ihre Gesetze nach der jedesmaligen Beschaffenheit der Staatsverfassung einzurichten schuldig sind, so müssen Veränderungen in derselben die Abänderung der Gesetze verursachen q). Positive Gesetze können daher auf mancherley Art, und aus verschiedenen Ursachen ihre Kraft verliehren. Vor allen Dingen sind hier gewisse Begriffe festzusetzen, damit keine Verwechselung der Grundsätze geschieht. Eine Aenderung des Gesetzes, wodurch die fernere Verbindlichkeit desselben völlig aufgehoben wird, nennt man eine Aufhebung des Gesetzes (abrogatio legis). Giebt der Gesetzgeber eine Verordnung, die einem bereits vorhandenen Gesetze gerade entgegen ist, so heißt dieses in der lateinischen Sprache, legi obrogatur r). Wird ein vorhandenes Gesetz, durch eine neue Verordnung nur in diesem oder jenem Stück abgeändert, so nennten es die Römer, legi derogatur seu exrogatur. Bekommt ein Gesetz einen Zusatz, so hieß dieses legi subrogatur. Es kann übrigens der Gesetzgeber nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erklären, daß ein Gesetz ganz oder zum Theil seine Verbindlichkeit verliehren solle, und selbst alsdenn, wenn in einem Gesetz die Clausel steht: daß es zu allen Zeiten gültig bleiben, und nie wieder abgeändert oder gar

q) Hr. v. Justi von der Natur und dem Wesen der Staaten, §. 270. Io. de MATIENZO de legum mutatione, Mad. 1639. Io. Reinh. RAYSII D. de irrito effectu legis, Giss. 1703. Herm. NIEMANN D. de tacita legum abrogatione, Grön. 1738.

r) L. 102. D. de V. S. VLPIAN. Fragm. I. 3.

gar aufgehoben werden solle, behält der Regent dieses Recht s). Diese Erklärung kommt nicht nur im römischen Rechte vor, z. B. in der L. 6. C. de sec. nupt. wo es heißt: hac edictali lege *in perpetuum valitura*, sondern auch in teutschen Gesetzen, z. B. in der goldenen Bulle. Hätte sich aber der Gesetzgeber durch einen **Vertrag** verbindlich gemacht, daß er seine Verordnung nicht wieder ändern wolle, so steht ihm dieses auch nicht frey. Der Regel nach hebt zwar ein **neueres Gesetz** die **Verbindlichkeit älterer Gesetze** auf t); diese Regel leidet aber alsdenn eine **Ausnahme** und kann folglich nicht angewendet werden, wenn das **ältere** Gesetz für kein **allgemeines**, sondern für ein **besonderes** Gesetz, es mag heißen wie es will, z. B. Privilegium, Statut, gehalten werden muß, daher auch nicht vermuthet wird, daß der Gesetzgeber das ältere **besondere** Gesetz aufheben wollen, wenn es dieses nicht deutlich erklärt hat u). In der L. 41. D. de poen. wird dieses vom Papinian durch ein Beyspiel erläutert, wobey er sich auf die in der L. 50. D. de reg. iur. vorkommende Regel gründet, wo es heißt: in toto iure *generi* per *speciem* derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. Auf diese Beschaffenheit der Sache ist Rücksicht zu nehmen, wenn es in der L. 26. 27. D. de leg. für nichts besonders erklärt wird, vt priores leges ad posteriores trahantur x). Bey der Erklärung solcher Gesetze, muß das **neuere**, eine allgemeine Verordnung enthaltende Gesetz, in Beziehung auf das ältere besondere Gesetz, nach eben den Verhältnissen, wie man die Regel und ihre Ausnahmen beurtheilt, verstanden werden.

Ich

s) HERT D. de lege, clausula, vt ne abrogari vnquam possit, munita, in Opusc. Vol. I. Tom. III. S. 1. GERSTLACHER Corp. iur. germ. Tom. I. S. 58.

t) L. f. D. de constit. Princ. §. 11. Inst. de iure nat. gent. et ciuil.

u) L. 26. L. 27. D. de legib. c. 1. de constit. in 6to. BOEHMER Comp. Dig. Lib. 1. tit. 1. §. 6. n. 4. S. 6.

x) HARTLEBEN Spec. 10. med. 10. MADIHN in Opusc. I. vicissit. substitut. exempl. etc. Hal. 1775. §. 15.

Ich will dieses, durch die vom Herrn HR. Glück, S. 405 vorgetragenen Grundsätze über die Collision gesetzlicher Verordnungen des kanonischen Rechts erläutern, wo es heißt: Wie, wenn also die gesetzlichen Vorschriften des kanonischen Rechtskörpers unter sich in Collision gerathen, welche geht der andern vor? Wir müssen einen Unterschied machen, ob sie in verschiedenen Sammlungen, oder in eben derselben Sammlung enthalten sind [y]). Im erstern Falle gehet der Regel nach die neuere der ältern vor, woraus sich ergiebt, daß die Clementinen dem 6ten Buche der Decretalbriefe von Bonifacius dem 8ten, diese den Decretalen Gregors des 9ten, und diese wieder dem Decret des Gratians derogiren. Nur die sogenannten Extravaganten machen eine Ausnahme von dieser Regel; denn wenn gleich die in unserm kanonischen Rechtskörper befindlichen beyden Sammlungen derselben, der Zeit ihrer Compilation nach die jüngsten sind, so kann doch die Gültigkeit derselben, da sie bloße Privatsammlungen sind, die nicht unter päbstlicher Auctorität versertigt worden, nicht nach dem Orte, den sie im Corpus Iuris behaupten, sondern nur nach dem eigenen Zeitalter einer jeden einzelnen Verordnung beurtheilt werden [z]). Im andern Falle, wenn der Widerspruch unter Stellen eben derselben Sammlung vorkommt, so müssen dieselben durch eine geschickte Auslegung, wobey auf die Verschiedenheit der Zeit, des Orts, der Person und des Grundes Rücksicht zu nehmen [a]), mit einander vereinigt werden.

y) Glück Praecogn. iur. eccles. S. 130. Nettelbladt Syst. iurispr. posit. §. 180. n. 2.

z) Engel in Collegio vniu. iur. canon. Lib. III. tit. 5. §. 4. n. 52. verb. Extrauagantes, cum nullius Pontificis auctoritate compilatae sint, debent referri ad suos auctores, et tempus, quo datae sunt.

a) Can. 1. 2. 3. Dist. 29. verb. — Sciendum est, quod pleraque capitula ex causa, ex persona, ex loco, ex tempore consideranda sunt, quorum modi, quia medullitus non indagantur, in erroris Labyrinthum nonnulli intricando impinguntur.

den [b]). Wenn demnach die eine Verordnung ganz allgemein lautet, die andere aber sich auf einen besondern Ort, und die daselbst üblichen besondern Rechte und Gewohnheiten, oder auf eine besondere Classe von Personen sich bezieht, und von deren Gerechtsamen und Verbindlichkeiten disponirt, so wird man in einer solchen Collision die allgemeine und besondere Verordnung, nach eben dem Verhältnisse, wie Regel und Ausnahme, beurtheilen; hingegen unter zwey allgemeinen, oder zwey besondern Verordnungen derjenigen den Vorzug geben müssen, welche die neuere ist, nach der Regel: lex posterior derogat priori [c]). Sind sie gleichen oder ungewissen Alters, so muß der Gerichtsgebrauch, oder, wenn auch dieser zweifelhaft seyn sollte, die Rechtsanalogie den Vorzug der einen vor der andern entscheiden. In verschiedenen Canons des gratianischen Decrets, z. B. can. 28. Dist. 5. can. 11. Causs. 33. Qu. 2., welche jedoch aus einerley Quelle geflossen, wird insonderheit bey vorkommender Uneinigkeit in den Concilienschlüssen noch die Regel gegeben: vt, quotiescunque in gestis Conciliorum discors sententia inuenitur, illius Concilii magis tueatur sententia, cuius aut antiquior aut potior extat auctoritas. Allein das Schreiben des Isidors an den Bischof Massanus oder Massio, woraus die angeführten beyden Stellen entlehnt seyn sollen, ist noch großen Zweifeln unterworfen. Man

b) Engel l. c. in Prooem. n. 18. — quodsi in recensitis iuris canonici partibus constitutionum antinomia reperiatur, eaque sit in vnius Pontificis compilatione, v. g. si vterque contradicens canon sit in Decretalibus, vel in Sexto aut Clementinis, per congruam interpretationem conciliatio facienda est.

c) c. 1. de const. in 6to. — licet Rom. Pontifex, constitutionem condendo *posteriorem*, *priorem*, quamuis de ipsa mentionem non faciat, reuocare noscatur. Quia tamen locorum specialium, et personarum singularium consuetudines et statuta, (cum sint facti, et in facto consistant), potest probabiliter *ignorare:* ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem a se nouiter editam, (nisi expresse caueatur in ipsa), non intelligitur in aliquo *derogare*.

Man vergleiche hier das vortrefliche Werk des Car. Sebast. Berardi über Gratiani canones, Part. III. cap. 27. S. 406 edit. Venet. 1777.

Wie bereits bemerkt worden, kann der Gesetzgeber ausdrücklich eine Aenderung mit diesem oder jenem zeither vorhandenen Gesetze vornehmen; und dieses geschieht entweder dermaßen, daß er ein Gesetz abschaft, ohne etwas anders dafür zu verordnen, oder er thut dieses zugleich. Aber auch stillschweigend kann der Gesetzgeber eine Verordnung abschaffen oder abändern, nämlich dadurch, daß er hat geschehen lassen, daß das Gesetz auf die vorgekommenen Fälle nicht ist angewendet worden, wo man doch darnach hätte gehen sollen; denn dadurch entsteht eine ändernde oder aufhebende gesetzliche Gewohnheit [d]). Es sollen z. B. nach den Gesetzen bey Errichtung eines Privattestaments sieben Zeugen gebraucht werden; nun nehme man den Fall an, diese Gesetze sind zeither an einem Orte nicht befolgt worden, sondern man machte diese Testamente blos vor sechs Zeugen, und der Landesherr hat dieses genehmigt. Dadurch sind jene Gesetze in diesem Punkte abgeändert worden. Soll aber dieses von einem Gesetz mit Recht behauptet werden können, so müssen schlechterdings Fälle vorhanden gewesen seyn, wo man sich hätte nach dem Gesetz richten sollen, und die Handlungen müssen auch die Eigenschaften haben, die erforderlich sind, wenn dadurch eine gültige Gewohnheit eingeführt werden soll [e]). Wenn also z. B. Eltern ihre Kinder nach einem Gesetz enterben können, weil sie von ihnen geschlagen worden, viele Eltern haben aber dieses aus Güte

d) Hofacker Princ. iur. ciu. Tom. I. S. 98. Idem in Elem. iur. rom. §. 31. Thomasii D. de morum cum iure scripto contentione. Averan. Interpr. II. 1. Noodt ad Dig. tit. de legib. Tom. II. Oper. Fr. Car. Conradi D. de consuetudine legem haud vincente, Helmst. 1745. Ayrer Pr. de consuetudine legem vincente, Gott. 1764.

e) Hr. RR. Eichmann in den Erklär. des bürg. Rechts, Thl. 2. S. 137.

Güte des Herzens nicht gethan, so kann man nicht sagen, daß durch eine vorhandene Gewohnheit jenes Gesetz aufgehoben worden; denn da es blos den Eltern ein Recht giebt, ihre Kinder zu enterben, jeder Unterthan aber den Rechten, in so fern sie zu seinem Vortheil abgefaßt worden, entsagen kann, so ist der Fall seiner Anwendung, weil die Eltern keinen Gebrauch davon gemacht haben, nicht vorhanden gewesen. Man nehme aber ferner den Fall an: die Eltern bedienen sich ihres Rechts, und enterben ihre Kinder; allein die Kinder setzen sich wider den eingesetzten Erben, und dieser überläßt ihnen die Erbschaft, ohne daß ihm der Richter dieses zuerkannt und jenes Gesetz vernachläßigt hätte; hier kann wieder, wenn gleich dieser Fall mehrmals vorgekommen seyn sollte, nicht gesagt werden, daß das Gesetz nicht angewendet worden sey, weil auch die Erben sich ihres Rechts haben begeben können. Soll also von diesem Gesetz behauptet werden können, daß es nicht angewendet worden sey, so muß in den Gerichten über dergleichen Enterbungen gestritten, und da man auf die Rechtsbeständigkeit derselben vermöge des vorhandenen Gesetzes hätte erkennen sollen und können, kein Gebrauch von dem Gesetz gemacht worden seyn. Hieraus erhellet, daß zuweilen schlechterdings gerichtliche Handlungen zu einer abändernden oder aufhebenden Gewohnheit erfordert werden; nämlich in allen den Fällen, wo es nothwendig ist, wenn man soll behaupten können, daß ein Gesetz, welches hat angewendet werden sollen, nicht angewendet worden sey. Allein in so fern eine solche Nothwendigkeit nicht vorhanden, sondern diese Abschaffung des Gesetzes auch durch außergerichtliche Handlungen möglich ist, sind auch dergleichen hinlänglich. Gesetzt also, es ist bey Strafe verboten, einen Degen zu tragen, die Einwohner richten sich aber nicht nach diesem Gesetz, sondern tragen dennoch Degen; der Gesetzgeber weiß es, und bestraft es nicht, so kann auf diese Art eine abändernde Gewohnheit entstehen; wogegen die L. 34. D. de legib. nach der S. 355 vorgetragene Erklärung nicht streitet. Daher ist die Behauptung des Herrn von Leysers[f]) wohl nicht zu billigen, welcher verlangt,

f) Leyser Spec. 9. med. 10.

langt, daß zu einer Gewohnheit, wodurch ein Gesetz abgeändert oder ganz aufgehoben werden soll, gerichtliche Handlungen erfordert würden. Da es also angeht, daß auch durch außergerichtliche Handlungen eine Gewohnheit eingeführt werden kann, wodurch ältere geschriebene Gesetze aufgehoben oder wenigstens abgeändert werden, so fragt sich ferner, ob diese Handlungen schon so lange Zeit geschehen seyn müssen, daß man nicht weiß, wie lange dieses schon geschehen sey, folglich eine undenkliche Zeit darüber verflossen ist? Einige Rechtslehrer g) behaupten es, und glauben ihre Meynung durch das c. 1. de praescr. in 6to beweisen zu können. Diese Behauptung hat aber keine Gründe für sich, weil diese Stelle von der Verjährung redet, und nicht von gesetzlichen Gewohnheiten. Ueberhaupt kann man das, was die Gesetze von einer Gewohnheit sagen, die durch die Verjährung entstanden ist, nicht auf gesetzliche Gewohnheiten, welche sehr davon unterschieden sind, anwenden; denn jene heben kein Gesetz auf, sondern verursachen nur, daß in dem einzelnen Falle keine Anwendung davon gemacht werden darf, vielmehr eine Ausnahme von der Regel angenommen werden muß. Es ist also mit Grund zu behaupten, daß zu dieser Gewohnheit, von der wir hier reden, keine Verjährungszeit erfordert wird, wovon das gemeine Recht überhaupt nichts weiß (S. 363), sondern es ist schon genug, wenn so viel Handlungen geschehen sind, daß der Gesetzgeber etwas davon erfahren, und seine Einwilligung oder Misbilligung zu erkennen geben können h). Die Verwechselung der Grundsätze von der Verjährung und von der Würkung gesetzlicher Gewohnheiten, hat die ältern Rechtslehrer veranlaßt zu behaupten, es könne überhaupt durch eine Gewohnheit gar kein Gesetz aufgehoben oder abgeändert werden. Diese Behauptung ist aber offenbar falsch; denn wie bereits oft gesagt worden, kann die gesetzliche Gewohnheit auch durch einen stillschweigenden Willen

g) Wernher in lect. comment. ad Pand. h. t. §. 20. S. 18. Horn Responſ. 7.

h) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 139.

Willen des Gesetzgebers entstehen, und da einzig und allein der Wille des Gesetzgebers ein positives Gesetz macht, er mag ihn ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, so wird auf diese Weise auch die Gewohnheit zum Gesetz, und diese zeigt folglich auch wie ordentliche Gesetze ihre Kraft in der Abänderung älterer Verordnungen. Selbst verschiedene Gesetze, z. B. die L. 32. §. 1. D. de leg. der §. 11. Inst. de iure nat. gent. et ciuil. bestätigen diese Wahrheit. Die Gegner berufen sich zwar auf die L. 2. C. quae sit longa consu., wo es heißt: consuetudinis vsusque longaeui non vilis auctoritas, sed non adeo vsque sui valitura momento, vt aut rationem vincat aut legem. Ueber den richtigen Verstand dieses Gesetzes findet man viel gesagt i); die richtigste Meinung ist aber wohl diese, wenn man das Gesetz von einem besondern Falle versteht. Es enthält nämlich das angeführte Gesetz ein kaiserliches Rescript auf die Anfrage des Proconsuls Proculus in Afrika. Der berühmte Noodt muthmaßt, und ihm folget Heineccius, nachdem schon Jac. Gothofredus diese Muthmaßung ausführlich vorgetragen k), dieser Proculus, vielleicht noch ein Heide, habe bey der Gelegenheit, da er vom Kaiser Constantin verschiedne Befehle (mandata) erhalten, worinn manches gegen die Volksreligion enthalten gewesen, wogegen man sich auf alte Gewohnheiten berufen können, darüber Bericht an den Kaiser erstattet, vielleicht in dem Tone, worinn Symachus im 10. Buch, und dessen 61. Briefe ebenfalls zum Vortheil der heidnischen Religion, an die Kaiser Valentinian, Theodo-

i) MADERA Animaduerſ. c. 5. VITALIS Lectiones, Lib. 2. c. 28. FABER Semeſtr. III. 22. DONELLVS Comment. iur. ciuil. I. 10. LYCLAMA Membr. I. 11. FINESTRES in Hermog. Tom. I. S. 215. HOMMEL Rhapſ. Obſ. 273. Illuſtr. Henr. Godofr. BAVER D. de conciliat. L. 32. D. de leg. et L. 2. C. quae ſit longa conſv. Lipſ. 1761. HOFACKER Princ. Iur. Tom. I. S. 98.

k) NOODT h. t. HEINECCIVS h. t. §. 105. Iac. GOTHOFREDVS ad L. vn. C. Theodoſ. de longa conſuet.

sius und Arkadius, schrieb. Unter diesen Umständen war hier gar nicht die Frage: ob ein älteres Gesetz durch eine neuere gültige Gewohnheit aufgehoben werden könne, sondern das Rescript sagt vielmehr, daß neue Gesetze unter dem Vorwande alter Gewohnheiten, die noch dazu nicht gebilligt werden können, keinesweges unverbindlich gemacht werden dürfen l). Es ist also wohl nicht zu leugnen, daß durch eine gesetzliche Gewohnheit ein älteres Gesetz, es mag ein geschriebenes oder ein ungeschriebenes seyn, aufgehoben oder abgeändert werden könne, und wenn es auch ein verbietendes seyn sollte; denn die Kraft eines solchen Gesetzes ist nicht stärker, als die eines andern. Es bleibt also nur die Ausnahme übrig, wenn das Gesetz, welches für ungültig erklärt wird, weil neuere Gewohnheiten dagegen streiten, die Clausel enthält, daß keine Gewohnheit dagegen gelten solle m).

Bey den zeither angeführten Fällen, wenn Gesetze aufgehoben oder wenigstens abgeändert werden können, kommt es größtentheils blos auf den Willen des Gesetzgebers an, er mag ihn ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben haben. Es giebt aber auch Fälle, wo es schlechterdings **nothwendig** wird, ein zeither vorhandenes Gesetz als ungültig zu betrachten n). Dieses muß nämlich alsdenn behauptet werden, wenn sich die Umstände, wodurch ein Gesetz veranlaßt, oder gar nöthig worden, dergestalt geändert haben, daß schlechterdings jetzt keine vernünftige Anwendung von dem Gesetz weiter gemacht werden kann o). Weil die Staatsverfassung und die Sitten der Nation, zur Abfassung guter Gesetze

l) Kemmerich D. de probat. consuet. Sect. I. §. 13. not. c.

m) Lavterbach ad Dig. h. t. §. 46. Hr. RR. Eichmann, Thl. 2. S. 142.

n) Hofacker Princ. Iur. Tom. I. §. 88. S. 72.

o) Voorda Interpr. I. 1. Kopp D. de clausula rebus sic stantibus sec. ius cum naturale tum ciuile, Marb. 1750. Eberhards Abhandl. von der Clausula rebus sic stantibus, u. s. f. in seinen Beytr. zur Erl. der teutschen Rechte, Nr. 1.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0492
DFG

setze die erste Veranlassung seyn müssen, so folgt, daß die zeitherigen Gesetze entweder ganz aufgehoben oder wenigstens geändert werden müssen, wenn obige Umstände dieses wollen. Dieses sahen die ältesten einsichtsvollen Männer ein, wie eine Stelle aus dem Gellius in Noct. Attic. 20. 1. beweißt, wo die Gedanken des Juristen Sextus Cäcilius vorkommen, und folgende sind: non profecto ignoras, legum opportunitates et medelas pro temporum moribus et pro rerumpublicarum generibus, ac pro vtilitatum praesentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, feruoribus mutari atque flecti: neque vno statu consistere, quin, vt facies coeli ac maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus, varientur. Gesetze leiden daher weiter keine Anwendung, wenn die Sache, oder Person, von der sie handeln, gar nicht mehr existirt, oder es fehlt ihnen an allen den Eigenschaften, worauf bey Abfassung des Gesetzes einzig und allein Rücksicht genommen worden. Haben sich die Umstände des Staats dergestalt verändert, schreibt Hr. RR. Eichmann, daß die Anwendung des Gesetzes der Wohlfahrt des Staats nachtheilig seyn würde, so hört die Gültigkeit desselben auf; denn da durch die Gesetze die Wohlfahrt des Staats befördert werden solt, so enthalten alle Gesetze die stillschweigende Bedingung, daß sie nur so lange gelten können, als die Befolgung derselben zur Erreichung jener Absicht etwas beyträgt, und nicht derselben entgegen ist. Wenn also auch die Umstände des Staats sich verändert haben, aus der Anwendung des Gesetzes entsteht aber dennoch für die Wohlfahrt des Staats kein Nachtheil, so kann nicht angenommen werden, dieses oder jenes Gesetz habe nun weiter keine Verbindlichkeit. Weil der Gesetzgeber seinen geänderten Willen weder ausdrücklich noch stillschweigend zu erkennen gegeben hat, so muß man dafür halten, daß er seine Ursachen dazu gehabt habe, und folglich das Gesetz nicht abschaffen wolle. Unterthanen dürfen, und können auch nicht allezeit in die Ursachen und Absichten des Gesetzgebers, eindringen. Leidet das Wohl des Staats die Anwendung eines Gesetzes nicht mehr, so ist es

etwas ganz anders, weil kein Gesetz der Wohlfahrt des Staats zuwider seyn soll. Jedoch fallen die Gesetze weg, und deren Anwendung kann nicht weiter statt finden, wenn solche ihrer Natur nach, einen gewissen Zustand und Verfassung voraussetzen, diese Dinge aber verändert worden sind. Man muß hier annehmen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers dergleichen Gesetze nur so lange eine Gültigkeit haben sollen. Die Lehnsgesetze also, so weise sie auch gewesen seyn mögen, sind untauglich, so bald die Lehnsverfassung in einem Lande aufgehoben worden. Mit diesem Falle darf man aber den Umstand nicht verwechseln, wenn blos die Ursachen wegfallen, worauf sich eine eingeführte Verfassung gründet, ohne daß letztere selbst aufgehoben worden. Hier behalten ohne Zweifel die Gesetze, die sich auf eine solche Verfassung beziehen, ihre zeitherige Verbindlichkeit. So fallen z. B. zwar heutzutage die Ursachen weg, warum die Lehne eingeführt worden sind; allein die Lehnsgesetze müssen doch so lange befolgt werden, als die Lehnsverfassung selbst nicht aufgehoben wird. Oft hat aber ein gewisser Zustand oder Verfassung sich nur zum Theil geändert; hier verliehren nur diejenigen Gesetze ihre Kraft, die durch die erfolgte Veränderung ganz oder zum Theil unanwendbar geworden sind. Damit die zeither vorgetragenen Wahrheiten nicht falsch verstanden werden, muß beständig auf dasjenige zugleich Rücksicht genommen werden, was von der Auslegung und Anwendung der Gesetze, wenn man auf den Grund derselben Rücksicht nimmt, an verschiedenen Stellen gesagt worden (S. 247. u. f.).

Daß ein Gesetz nicht weiter als solches zu betrachten ist, folglich auch nicht weiter angewendet werden darf, wenn es nur eine bestimmte Zeit gelten sollen, diese Zeit aber verflossen ist, läßt sich nicht bezweifeln. Wichtiger ist die Frage: ob ein Gesetz durch die bloße Nichtbefolgung oder den sogenannten Nichtgebrauch, seine Gültigkeit und Verbindlichkeit verliehre? Dieses darf der Regel nach nicht behauptet werden, weil die Gesetze befolgt werden sollen, nach der Regel: lex semper loqui praesumitur (S. 102), und so bald

bald die Bekanntmachung eines Gesetzes geschehen ist, die Unterthanen schuldig sind, sich um den Inhalt desselben zu bekümmern, und ihn jederzeit zu befolgen [p]). Sollte gleichwohl dieses oder jenes Gesetz, schon lange nicht mehr angewendet worden seyn, ob es gleich an häufiger Gelegenheit dazu nicht gefehlt hat, der Gesetzgeber wußte dieses, und drang gleichwohl nicht auf die Beobachtung dieses Gesetzes, so hält man dieses für eine stillschweigende Aufhebung: nur darf gegen die deutliche zu erkennen gegebene Einwilligung des Gesetzgebers kein Zweifel vorhanden seyn, und nun hebt der Nichtgebrauch sogar Strafgesetze auf, wie der §. 7. Inst. de iniur. zu erkennen giebt [q]). Daß aber der Nichtgebrauch des Gesetzes blos durch gerichtliche Aussprüche müsse bestätigt worden seyn, wie einige Rechtslehrer behaupten, läßt sich nicht beweisen [r]).

Zum Beschluß dieser Materie bemerke ich noch, daß die zeither vorgetragenen Grundsätze von der Aufhebung oder Abänderung der Gesetze, nach der Behauptung der Rechtslehrer [s]) auch auf die Statuten angewendet werden können (S. 425.), denn diese werden nach Verschiedenheit ihrer Natur, ob sie blos für vertragsweise errichtete, oder für gesetzliche Kraft habende, zu halten sind, entweder mit Bewilligung der Mitglieder der Gemeinheit ganz oder zum Theil aufgehoben, oder dieses ist deswegen anzunehmen, weil allgemeine Landesgesetze dieses verordnen, oder weil ein späteres Statut dieses mit sich bringt. So lange aber keine deutliche Erklärung wegen der geschehenen Aufhebung der statutarischen Verordnung bewiesen werden kann, muß für die Gültigkeit derselben vermuthet werden, weil spätere Gesetze

p) Lauterbach ad Dig. h. t. §. 21. Fr. Beckmann. Cons. Part. I. Resp. I. S. 20.

q) Leyser Spec. 9. med. 10. Fr. Beckmann. Cons. Part. II. Dec. 48. n. 5.

r) Hartleben Spec. 11. med. 14. Hr. MR. Eichmann, Thl. 2. S. 139.

s) Hofacker Princ. iur. civil. Tom. I. S. 118.

welche ältere aufzuheben scheinen, eingeschränkt (stricte) zu erklären sind, und Statuten, welche eine besondere Verordnung enthalten, so wenig durch allgemeine neuere Gesetze oder Gewohnheiten aufgehoben werden, als es von ältern speciellen Gesetzen angenommen wird, wie wir S. 427. gesehen haben t).

Lib. I. Tit. IV.

de

Constitutionibus Principum.

§. 94. 95.

Für die wichtigste Quelle des neuesten römischen Rechts, muß man unstreitig die sogenannten Constitutiones Principum halten, von deren Beschaffenheit in dem gegenwärtigen Titel der Pandekten die brauchbarsten Grundsätze vorkommen a). Der Begrif, welcher mit diesem Ausdrucke zu verbinden ist, läßt sich, ohne die Geschichte ihrer Entstehung und Abfassung zu wissen, nicht deutlich aus einander setzen. Aus der römischen Geschichte ist bekannt, daß die Regierung des römischen Staats dem Kaiser Augustus, mehreremale von dem Senat und der Nation übertragen worden,

t) Hr. Prof. Riccius von Stadtgesetzen, II. 20.

a) Hofacker Princ. Iur. ciuil. Tom. I. §. 107. Stravch D. de statutis a summo Principe, Ien. 1654. in *Eius* Dissert. acad. n. 3. Richter D. de placitis Principum, Ien. 1672. Streit D. de constit. Principum earumque interpretatione, Erf. 1708. Feltz D. de constitut. Principum, Arg. 1721. Freher Orat. de constit. imperial. inter caeteras iuris ciuil. partes excellent. Frf. 1672. Vlr. Hvber D. de constitut. Principum, Fran. 1663. Io. Chr. Koch Meditat. de Constitut. Principum, Ien. 1754.

ben, und daß dieses auch bey seinen ersten Nachfolgern geschehen ist. Die darüber abgefaßte Erklärung nennte man Lex regia, Lex Imperii, Lex Augusti. Ueber die wahre Beschaffenheit dieser Staatshandlung ist manches dunkel, und daher weichen die Alterthumsforscher, und besonders die Rechtsgelehrten sehr von einander ab [b]). So viel ist gewiß, daß August und seine Nachfolger, durch die sogenannte Lex regia zugleich das Recht erhalten hatten, Gesetze zu geben. Die ersten Kaiser bis auf den Hadrian, machten einen sehr behutsamen Gebrauch von dieser Staatsgewalt, und faßten gemeiniglich durch Senatusconsulta Gesetze ab, damit die Nation nicht an ihre vorigen wichtigen Rechte bey Ausübung der gesetzgebenden Gewalt, auf eine unangenehme Art erinnert, und darüber aufgebracht werden möchte. Verordneten sie ja etwas eigenmächtig durch ein Edikt, so ließen sie dennoch diese Gesetze gemeiniglich erst durch einen Rathsschluß genehmigen, wie das Edikt des Augusts de intercessionibus mulierum, dessen in der L. 2. D. ad Sctm. Vellei. Meldung geschieht, und das Edikt des Tiberius de iis qui sibi legatum ipsi adscripserint. beweisen [c]). Der Kaiser Hadrian beobachtete die vorige Mäßigung nicht weiter, weil er theils mächtig war, theils auch durch seine gute Regierung sich beliebt gemacht hatte. Dabey bediente er sich der List, daß er sich wenig in Rom aufhielt, und es folglich nicht wohl anzugehen schien, den Senat über jede ihm nöthig scheinende Verord-

b) Gronov Orat. de lege regia, Lugd. Bat. 1678. 8. Schock tract. de quadruplici lege regia, Frf. ad Oder. 1668. 8. Metastasius de lege regia, seu de tabula aenea capitolina, notis, animaduerss. et var. quaest. illustrata, Romae 1757. 4. Petr. v. Spaan Spec. histor. iurid. de Scto de imperio Vespasiani apud Gruter. Tom. II. Pag. 242. spurio, Lugd. Bat. 1768. Hvber Digress. I. 31. Westenberg Diu. Marc. Diss. II. c. 1. Wachendorf D. de Princ. leg. soluto, c. 2. Beck Diatr. de lege regia Romanor. Lipsi. 1780. Bevers Geschichte des röm. Rechts, S. 264—272.

c) Faber Semestr. Lib. I. c. 25.

Verordnung befragen und darüber stimmen lassen zu können [d]). Die seit diesen Zeiten bekannt gemachten Verordnungen wurden nicht Leges genannt, damit die Nation dadurch nicht auf ihre verlohrne gesetzgebende Gewalt aufmerksam gemacht werden sollte, sondern man führte die Benennung Constitutiones Principum ein. Nachdem Kaiser Hadrian kein Bedenken getragen, für sich allein Gesetze abzufassen, folgten ihm die andern Kaiser in dieser Einrichtung nach, und in nicht gar langer Zeit, gab es eine so große Anzahl dieser kaiserlichen Gesetze, daß sie wenig Privatpersonen, ja sogar wenig Richtern hinlänglich bekannt waren. Dieses veranlaßte wahrscheinlich einige damalige Rechtsgelehrte, Sammlungen der Constitutionen dieses oder jenes Kaisers zu veranstalten, welche man Codices nannte. So wissen wir, daß der Julius Paulus die Decrete des Antoninus und Severus, der Papirius Justus die Rescripte der Antonine, in eine Sammlung zusammen getragen habe. Man findet auch, daß diese kaiserlichen Gesetze statuta genennt worden, wie der §. ita tamen Inst. de vi bonor. rapt., die L. 16. C. de excusat. tutor, die L. 2. C. in fine si aduers. credit. praes. beweisen. Daß in Teutschland dieser Ausdruck noch mehr gebraucht worden, haben wir bereits S. 397. gesehen. Beym Goldast [e]) steht ein statutum Alberti I. Imper. abgedruckt; anderer Beyspiele nicht zu gedenken.

Es waren diese kaiserlichen Verordnungen sehr verschieden, wie man bald bemerkt, wenn man 1) auf den Zweck derselben, und 2) auf ihren Inhalt Rücksicht nimmt. In der ersten Betrachtung muß man sie in allgemein verbindliche kaiserliche Verordnungen (Constitutiones generales), und in besondere Gesetze (Constitutiones speciales) eintheilen.

d) Herodianvs Lib. I. c. 6. Spartianvs in Hadr. c. 6.

e) Goldasti Constit. Imper. Tom. III. S. 440. Stravch Diss. cit. thes. 1.

len [f]). Allgemein verbindliche wurden diejenigen Gesetze genennt, wobey die Hauptabsicht des Kaisers war, daß sie von allen seinen Unterthanen befolgt werden sollten; hingegen bey den besonderen kaiserlichen Verordnungen gieng sein Wille nicht dahin. In Rücksicht auf den Inhalt waren die Constitutiones entweder Edicta, oder Mandata, oder Rescripta, oder Decreta, oder Priuilegia. Solche Verordnungen faßten die Kaiser entweder aus eigener Bewegung ab, oder auf das Verlangen ihrer Unterthanen. Zur ersten Classe gehören die Edikte und Mandate, zur letztern aber die Rescripte und Decrete. Einige von diesen angeführten Verordnungen blieben beständig allgemein verbindliche Gesetze, andere hingegen waren beständig besondere Gesetze; wieder andere gehörten bald unter die allgemeinen, bald unter die speciellen Verordnungen. Allgemeine Gesetze waren nämlich ohne Ausnahme die Edikte; hingegen die Mandate und Privilegien waren beständig nur specielle Verordnungen. Bey den Rescripten und Decreten war bisweilen die Absicht, alle Unterthanen dadurch zu verbinden, bisweilen giengen sie aber nur auf einen einzelnen Fall, und sollten nur in diesem beobachtet werden.

Zur Erläuterung der einzelnen Arten kaiserlicher Verordnungen, verdient hauptsächlich folgendes bemerkt zu werden. — Edikte waren allgemeine kaiserliche Verordnungen, wornach sich entweder alle Unterthanen im römischen Reiche, oder nur eine Anzahl derselben, z. B. die Einwohner einer Provinz oder Stadt richten sollten [g]). Sie wurden auch leges edictales perpetuae, leges in perpetuum valiturae [h]), sacrae leges, epistolae generales [i]), und

f) L. 1. §. 1. D. h. t. §. 6. Inst. de iure nat. gent. et ciuil.

g) L. 1. §. 1. D. de constit. Princ. §. 1. Inst. de I. N. G. et C. et Theophil. ad h. l. Bach Hist. iur. Lib. III. c. 1. Sect. 4. c. 2. Sect. 3.

h) L. 6. C. de sec. nupt. L. 6. C. de diu. rescr.

i) Bach Hist. iur. §. 3. S. 451.

und Constitutiones im eigentlichen Verstande k) genennt. Verschiedne Rechtsgelehrte, z. B. Hofmann, in seiner Rechtsgesch. S. 399. machen es zu einem wesentlichen Stück dieser Gesetze, daß der Kaiser sich aus eigenem Antriebe zu deren Abfassung entschlossen habe. Diese Meinung erklären aber andere Rechtslehrer für unrichtig, weil nicht nur der Senat, sondern auch einzelne Magistratspersonen Veranlassung dazu gegeben. So behaupten auch einige Schriftsteller, durch ein Edikt sey allemal ein neues Recht eingeführt worden, welche Behauptung aber von andern für falsch erklärt wird, weil durch solche Edikte nicht selten ältere Gesetze deutlicher bestimmt worden l). Wieder andere Rechtslehrer m) glauben, die Edikte hätten durch ein Senatusconsultum bestätigt werden müssen, wenn sie als allgemein geltende Gesetze gelten sollen. Man kann dieses aber nicht beweisen, sondern findet nur so viel, daß es bisweilen bey solchen Edikten geschehen ist, wornach in Gerichten gesprochen werden sollte, das Edikt mochte etwas ganz neues enthalten, oder als Zusatz zu einem älteren Gesetze, oder als Abänderung desselben zu betrachten seyn n). Uebrigens wurden diese Gesetze Decisionen genannt, wenn streitige Rechtsmeinungen darinn entschieden worden; Edikte im eigentlichen Verstande hingegen hießen sie, wenn ein neues Recht darinn festgesetzt worden.

Unter Mandaten o) verstand man bey den Römern kaiserliche Verordnungen, worinn den Statthaltern der Provinzen

k) Noodt in Dioclet. et Maxim. c. 2.

l) Schmidt Inst. iur. ciuil. §. 173. Koch de constit. Princip. Hr. RR. Eichmann, Thl. 2. S. 5.

m) Faber Semestr. Lib. I. c. 25. Bach Hist. iur. Lib. III. cap. 1. §. 4. §. 6.

n) L. 2. §. 1. D. ad Scrm. Velleian. Hofacker l. c. §. 110. S. 88. Zepernick ad Siccam. S. 402.

o) Carl. Em. Vizzanivs de mandatis Principum, Amstel. 1657. 4. Ferettvs ad tit. Cod. de mandat. Princip. in *Eius* Oper. Frnc. 1598. Ioh. Ohdradvs de litteris et mandat. Princ. Med. 1730.

vinzen und andern Magistratspersonen vorgeschrieben wurde, was sie bey Verwaltung ihres öffentlichen Amtes zu thun hätten p). Wie man aus der 128 Novelle, Cap. 17. sieht, wurden sie auch Commonitoria genennt. Hr. RR. Eichmann schreibt S. 19. des 2ten Theils seines Commentars über die Pandekten: Mandate im weitläuftigsten Verstande sind solche landesherrliche Verordnungen, die nach der ersten und fürnehmsten Absicht nur einigen Unterthanen eine Verbindlichkeit auflegen; und man muß sie

α) in solche eintheilen, worinn Ministern und andern Officianten, gewisse Geschäfte, welche den Landesherrn selbst betreffen, in seinem Namen zu besorgen, aufgetragen werden. Eine solche Verordnung heißt eine fürstliche Ordre q), epistalma, epitagma r). Epistalma kommt vom griechischen στέλλειν mittere und ἐπὶ her, heißt also submittere. Es ist daher im weitläuftigen Verstande, ἐπίσταλμα, mandatum quod solet fieri per epistolam. In der engern und eigentlichen Bedeutung aber kommt es vor in der L. 3. C. de quadr. praescr. Sie werden in generelle und specielle eingetheilt. Die erstern sind diejenigen, in welchen keine gewisse Grenzen dem Auftrage gesetzt sind, sondern es vielmehr der Einsicht desjenigen Officianten oder Ministers überlassen ist, das Geschäfte zum Besten seines Herrn zu verrichten; die letztern aber sind diejenigen, in welchen dem Geschäftsaufhaber gewisse Grenzen vorgeschrieben sind, die er bey Verrichtung des Geschäfts nicht überschreiten soll. Bey jenen hat der durch die fürstliche Order Bevollmächtigte, mehr Gewalt als bey diesen. Sie sind ferner entweder geheime fürstliche Ordern, Privatinstruktionen, oder öffentliche. Jene sind solche, welche vorgezeigt werden, diese aber diejenige, bey welchen dieses nicht geschehen darf. Endlich theilt man

p) L. 6. §. 3. in fin. D. de offic. Proc. L. 19. pr. D. de offic. Praes. tot. tit. Cod. de mandat. Princip. Nov. 17.

q) I. H. Boehmer D. de iure epistalmatis, Hal. 1735. et in Sam. Stryckii Diss. Vol. VII. S. 427.

r) L. 3. C. de quadr. praescr. et Gothofred. ad. h. l.

man sie noch in vollkommene und unvollkommene ein, von welchen die erstern, dem Geschäftsbesorger eine solche Gewalt ertheilen, daß die, vermöge des Auftrags verrichteten Geschäfte, ohne Genehmigung des Principals gültig sind, die letztern enthalten aber eine solche Gewalt nicht, und daher muß noch erst eine Genehmigung des besorgten Geschäfts erfolgen. Da wir diese Gattung von Mandaten als landesherrliche Verordnungen ansehen, so können auch dergleichen nur von dem Landesherrn ertheilt werden, und nicht von der Gemahlin desselben auch nicht von einem apanagirten Prinzen; doch legt man diesen Mandaten oft einen weitläuftigern Verstand bey, und dann können freylich auch von diesen Personen, fürstliche Orders ertheilt werden; diese sind aber keine landesherrliche Constitutionen. Uebrigens kann der Fürst in diesen Mandaten nicht so schlechterdings befehlen, was ihm gefällt, sondern sein Befehl und Auftrag darf nicht weiter gehen, als seine Gewalt [s]), deren Grenzen aus dem Rechte der Vernunft, den Grundgesetzen des Landes, und bey unsern Reichsständen auch aus den Reichsgrundgesetzen leicht erkannt werden können, wenn man sie erkennen will. Als wesentlich nothwendig kann man es aber nicht halten, daß eine solche fürstliche Order schriftlich ertheilt worden sey, sondern nur zum Beweise derselben wird der Regel nach eine Schrift erfordert. Dieses verlangen 1) die Gesetze [t]), und 2) kann man auch einen solchen Auftrag, weil er sich auf eine Handlung gründet, nicht vermuthen. Ohne alle Ausnahme ist aber eine Schrift zum Beweis einer solchen fürstlichen Ordre nöthig, wenn mit einem fremden Volke

s) Arg. L. 4. D. de decret. ab ord. fac. L. 2. C. de decret. decur. L. 12. C. de transact. c. 4. de praebend. in 6to. BOEHMER Diss. cit. c. 2. n. 12.

t) L. 1. C. de mandat. Princ. L. 5. in f. C. de jure fisci. NOV. 17. c. 4. PEREZ ad Cod. Lib. I. tit. 15. n. 2. Mül. ab EHRENBACH de Princ. et Statib. Imp. Part. 2. c. 40. §. 5. KLOCK Vol. I. Cons. 37. n. 37. BOEHMER Diss. cit. c. 1. n. 22. MENOCH de arb. iud. quest. Lib. 2. c. 48. n. 5.

Volke oder Fürsten ein Geschäfte betrieben werden soll. Nach dem zweyten oder willkührlichen Völkerrechte findet kein ander Beweismittel statt, und auch keine Vermuthung kann die Stelle des Beweises vertreten. Allein, wenn die fürstliche Ordre auf Geschäfte gehet, die in dem Staate des Landesherrn, der sie ertheilt hat, verrichtet werden sollen, so kann nicht so schlechterdings das nämliche behauptet werden, sondern es kommt vielmehr darauf an, ob erst ein Geschäfte, vermöge vorgeblicher fürstlicher Ordre verrichtet werden soll; oder ob ein solches schon besorgt worden ist, und nun Zweifel darüber entstehet, ob die Person auch eine solche Ordre gehabt habe. Im ersten Falle ist es der Regel nach nicht nöthig, Jemanden für einen solchen fürstlichen Bevollmächtigten zu erkennen, ehe die Order von ihm vorgezeigt worden, ausgenommen, wenn ihn der Landesherr schon mehrmals zu ähnlichen Verrichtungen, die nicht von besonderer Wichtigkeit sind, gebraucht hat. Hier hat ein solcher Officiant oder Minister, um so mehr die Vermuthung der erhaltenen Ordre für sich, da ihn schon die Pflicht, welche er seinem Landesherrn als Bedienter schuldig ist, abhalten muß, sich fälschlich für einen solchen Bevollmächtigten auszugeben; auch er erwarten kann und muß, daß sich diejenigen, welche bey der Sache ein Interesse haben, an den Landesherrn selbst wenden u). Im letztern Falle aber, welcher oft vorkommt, wenn der Landesherr, welcher die Order gegeben hat, todt ist, kann ein solcher Bedienter sich der gewöhnlichen Beweismittel bedienen: nämlich, wenn er die Order nicht schriftlich von dem Landesherrn erhalten hat, kann er Zeugen und Eydesdelation brauchen, ja er hat dieses nicht nöthig, wenn die vorher angeführten Umstände für ihn eine Vermuthung wirken, und er ist von aller Verantwortung loszusprechen, wenn er nur sonst nichts bey der Sache versehen hat.

β) Sind

u) C. vlt. Dist. 97. Tiraqvel de nobilit. c. 2. n. 39. Mascard de probat. Vol. 2. Concl. 1007. n. 58. Boehmer Diss. cit. l. c. n. 28.

β) Sind die Mandate (S. 443) auch solche, welche an die Obrigkeiten in Ansehung der Verwaltung der Justiz, und anderer mit ihrem obrigkeitlichen Amte verbundener Sachen, ohne daß sie vorher Bericht erstattet haben, erlassen werden. Man nennt diese, Mandate im engern Verstande[x]). Es wurden bey den Römern dergleichen Mandate vorzüglich denjenigen ertheilt, welche als neue Statthalter in die Provinzen abgiengen, und ihnen darinn alles dasjenige vorgeschrieben, was sie vermöge ihres Amts thun und lassen sollten. Oft aber erhielten die Statthalter solche Mandate, wenn sie sich schon in den Provinzen befanden, und diese betrafen nur besondere Sachen, und nicht die Verwaltung ihres Amts überhaupt. Sie können übrigens in geheime und öffentliche eingetheilt werden, und jene waren solche, welche bey neuen Vorfällen, an die Obrigkeiten geschickt wurden, und die sie nicht bekannt machen durften[y]); diese aber waren von der Beschaffenheit, daß sie nicht geheim gehalten zu werden brauchten. Aus diesen letztern Mandaten, deren wir sehr viele in den Justinianischen Gesetzbüchern finden[z]), wurde oft etwas von den Statthaltern vermittelst eines Edicts bekannt gemacht[a]). Worinn diese Mandate im engern Verstande, sich von den sogenannten Epistalmen unterscheiden, sieht man schon aus dem Begriffe derselben. Jene werden obrigkeitlichen Personen gegeben, und betreffen ihr Amt, ihre Gewalt und die Verwaltung der Justiz; diese erhalten auch solche, die kein obrigkeitliches Amt haben, und betreffen Geschäfte des Landesherrn, welche entweder Privatgeschäfte am Hofe, oder

x) Stravch Diss. cit. §. 25. Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. 1. thes. 24. not. 3. Boehmer Diss. cit. c. 1. n. 56. Schmidt Instit. iur. ciuil. §. 178.

y) Herodian. Hist. Lib. 2. c. 6. Tacit. Annal. Lib. 2. c. 45. Lib. 3. c. 16. Stravch Diss. cit. §. 15.

z) L. 19. D. de offic. Praes. L. 1. C. de colleg. et corp. L. 6. §. f. D. de offic. Proc. L. 8. D. de extraord. cogn. Nov. 8. et 17.

a) L. 6. §. 1. D. de cust. et exh. reis.

oder öffentliche, die auf Unterhandlungen mit fremden Nationen oder Fürsten gehen, seyn können. Jene gründen sich besonders auf die gesetzgebende Gewalt; diese aber überhaupt auf die oberste Herrschaft [b]). Es irren aber diejenigen Rechtsgelehrten, welche darinn einen Unterschied finden wollen, daß die Mandate im engern Verstande niemals etwas geheimes enthalten könnten, wohl aber die Epistalmen; den es können allerdings Umstände vorkommen, wo landesherrliche Verfügungen in Ansehung der Verwaltung der Justiz geheim gehalten werden müssen, wenigstens einige Zeit. Der Regent erfährt z. B., daß sich falsche Münzer in seinem Lande aufhalten, und erläßt deshalb Befehle an die Obrigkeiten, wie sie sich überhaupt in Ansehung derselben, und besonders, um sie zu entdecken, verhalten sollen, so sind diese Befehle dergleichen geheime Mandate. Der Richter ist gewiß nicht bey gutem Menschenverstande, der von solchen Verfügungen etwas bekannt werden läßt. Auch sind diese Mandate unterschieden von Rescripten, denn die erstern erläßt der Landesherr aus eigenem Antriebe, ohne vorhergegangenen Bericht [c]), hingegen die letztern setzen denselben voraus. So viel ist aber richtig, daß man heutiges Tages mit dem Wort Rescript einen so weitläuftigen Sinn verbindet, und landesherrliche Verordnungen, welche eigentlich Mandate sind, Rescripte nennt; so wie man auch das Wort Mandat in einer Bedeutung braucht, welche dem römischen Sinn des Worts ganz entgegen ist, wie wir in der Folge sehen werden. So viel für jetzt von Mandaten, und nunmehr will ich vom Begrif der Rescripte das wichtigste bemerken.

Rescripte bey den Römern waren diejenigen kaiserlichen Antwortsschreiben, welche auf eingereichte Bittschreiben, oder eine geschehene Anfrage und den erstatteten Be-

b) Boehmer Diss. cit. c. 1. n. 57. 58. 59.

c) Myl. ab Ehrenbach de Princip. et Statib. Imp. c. 40. §. 4. Gothofredus ad rubr. tit. C. de mand. Princ. lit. p. Boehmer Diss. cit. c. 1. n. 54.

richt solcher Personen erlassen wurden, die sich in einer zweifelhaften Rechtsangelegenheit oder auch in anderen Angelegenheiten an den Kaiser selbst gewendet hatten [d]). Bey diesen Rescripten muß hauptsächlich ein dreyfacher Unterschied gemacht werden, damit der Begrif richtig gefaßt werden kann. Es wurden nämlich diese Rescripte auf verschiedne Weise veranlaßt. Erstlich konnten Privatpersonen sich an den Kaiser in einer Supplik wenden, wovon die L. 9. D. ad Leg. Rhod. de iactu ein merkwürdiges Beyspiel enthält. Die Antworten des Kaisers in diesen Fällen wurden Rescripte im engern Verstande genennt, und es fand ein doppelter Unterschied dabey statt. Wenn nämlich der Kaiser seine Resolution eigenhändig unter die Supplik schrieb, so nennte man das Rescript adnotatio oder subnotatio. Eben deswegen kommen die Worte: adnotatio manus nostrae [e]), adnotationis nostrae decretum [f]), dextra triumphalis [g]), dextra principalis [h]) in Gesetzen vor i). Beyspiele solcher kaiserlicher Adnotationen findet man besonders in den Akten der Chalcedonischen Kirchenversammlung, und bey andern Fällen. Fertigte der kaiserliche Staatssecretär (Pro-

d) HOFACKER Princ. Iur. ciuil. Tom. I. §. 112. S. 89. SCHVLTING Orat. pro Rescriptis Imperat. roman. in *Eius* Opusc. Tom. I. S. 163. HVNTHVM D. de rescriptis Princ. Roman. in OELRICH. Thes. Diss. Belg. Vol. II. Tom. III. n. 16. S. 307. SCHROETER D. de Princip. rescr. eorumq. vsu moderno, Ien. 1709. MEIER D. de rescr. Super. Erf. 1708.

e) L. 14. C. Theod. de cursu publ. L. 52. Cod. Theod. de haeret. NOV. VALENTIN. III. de homicid. Edit. RITTER. Tom. VI. S. 107.

f) L. 1. C. de precib. Imp. offerr.

g) L. pen. Cod. Theod. de anon. ciu. L. 13. C. de muril.

h) L. 21. 22. 23. Cod. Theod. de diuers. offic.

i) Iac. GOTHOFREDVS ad L. 27. et 28. Cod. Theod. de petit. van DALE D. de subscript. Princip. Ant. ZIRARDINVS ad Impp. THEODOS. iun. et VALENTIN. III. nouellas leges, S. 236. 241. 487.

(Promagister, Magister Scriniorum) die Resolution des Kaisers aus, und unterschrieb solche, so nennte man die Antwortsschreiben rescripta simplicia, wie man aus der L. 27. Cod. Theod. de petit. und der angeführten Nouella Valentin. III. de homic. sieht [k]). Von den Zeiten des Tibers an, wurden diese Rescripte sehr gewöhnlich, weil es einer Privatperson nicht leicht erlaubt wurde, ihre Sache mündlich vorzutragen [l]). Die zweyte Art der Rescripte waren die Epistolae, wenn eine Magistratsperson auf die geschehene Anfrage vom Kaiser eine Antwort erhielt, oder auf den erstatteten Bericht [m]), weil man sie nach Art eines Briefes einrichtete, wie das zehnte Buch der Briefe des jüngern Plinius beweißt. Wenn endlich dritters das Rescript an eine Provinz, eine Stadt, oder eine andere Gemeinheit, auf geschehene Vorstellung, in öffentlichen Angelegenheiten erlassen worden, so erhielten sie den Namen Sanctiones pragmaticae, iussiones pragmaticae [n]), wovon in der L. 4. §. 5. D. de offic. Proc. ein Beyspiel vorkommt. Ueber den eigentlichen Verstand des Ausdrucks Sanctio pragmatica, bemerkt Hr. RR. Eichmann aus der Böhmerischen Abhandlung folgendes: — Das Wort Sanctio zeigte bey den Römern den Schluß eines Gesetzes an, welcher dessen perpetuam sanctitatem betraf. In der Folge machte man die Benennung des Schlusses zum Namen für das Ganze, und nennte die Leges und Constitutiones, Sanctiones. Eben deswegen konnten auch Rescripta so genannt werden. Das Wort pragmatica zeigt an, daß nicht alle Rescripte so genennt werden können. Es ist die-

k) Iac. Gothofred. ad L. 27. Cod. Theod. de petit. a Costa ad Decret. S. 26.

l) Tacitvs in Annal. Lib. 4.

m) L. 13. D. §. 8. de iure fisci, L. 6. §. 3. D. de offic. Proc. L. 3. D. de restib. L. 7. pr. D. de in integr. restit.

n) L. 7. C. de diuers. resc. L. 15. C. de prox. sacr. scrin. Iust. Hen. Boehmer D. de Sanctionum pragmatic. indole, in *Eius* Exerc. ad Dig. Tom. I.

ser Ausdruck griechisch, und kommt von πραγμα her, welches res oder negotium heißt. Gleichwie nun aber die Römer in engerer Bedeutung, unter dem Worte res, causſas publicas verſtanden, und deswegen von Regenten und öffentlichen Beamten ſagten, rebus praeeſſe, ſummam rerum tenere, ſo verſtanden auch die Griechen unter πράγματα cauſſas et negotia publica. So kommt beym Harduin o) der Ausdruck vor: ἐυλαβεσατοι τῶν πραγματῶν δεσποται, piiſſimi rerum domini. So zeigt beym Cicero, in den Briefen an den Attikus 16. 3. der Ausdruck, πραγματικὸν alles das an, quod circa cauſſas publicas verſatur. Daher wurden von den Griechen die reſcripta in cauſſis publicis lata πραγματικὰ βασιλικὰ genannt. Verſchiedne Rechtslehrer glauben, daß die Benennung Sanctio pragmatica daher rühre, weil dieſe Art von Reſcripten mit Zuziehung pragmatiſcher oder erfahrner Männer wären gegeben worden. Allein es iſt dieſes um ſo weniger anzunehmen, da die pragmatiſchen Sanctionen eben ſo, wie die andern Reſcripte, wenn die vorgetragene Sache wichtig war, mit Zuziehung des geheimen Raths von den Kaiſern erlaſſen wurden. Uebrigens unterſchieden ſich dieſe Reſcripte von den übrigen Arten in folgenden Stücken, denn 1) wurden ſie in öffentlichen Sachen, worüber auch konnte geſtritten werden, erlaſſen, die übrigen aber nicht p). Unter öffentlichen Sachen werden hier diejenigen verſtanden, welche das Wohl des Staats betreffen. 2) Wurden ſie auch in einem beſondern Archiv q) aufgehoben (Scrinium). 3) Wurde in einem ſolchen Reſcript die geſchehene Vorſtellung und Bitte ſehr ſelten wieder vorgetragen, weil man es nicht für nöthig hielt, da die Wohlfahrt des Staats nichts dadurch leide r). Endlich 4) wur-

o) Hardvin Act. Concil. Tom. III. S. 1112.

p) L. 2. C. de diu. reſcr. Boehmer Diſſ. cit. c. 1. §. 12.

q) Pancirolli in Notit. Dignit. Imp. orient. S. 94. in Graevii Theſ. Tom. VII. S. 1179. Boehmer l. c. c. 1. §. 8.

r) Cviacii Parat. ad Cod. Lib. I. tit. 23.

4) wurden sie niemals von den Kaisern, ohne Zuziehung ihres geheimen Raths, und ohne reifliche Ueberlegung ertheilt, welches bey andern Rescripten oft nicht beobachtet wurde s).

Die kaiserlichen Decrete waren Entscheidungen und Endurtheile in Rechtshändeln, die in dem kaiserlichen Hofgericht, nach geschehener Prüfung der Umstände, abgefaßt wurden t); jedoch wurde auch bisweilen jede kaiserliche Verordnung Decretum Principis genannt u). Dieses Hofgericht, bey welchem die an den Kaiser gebrachten Rechtssachen, in Gegenwart des Kaisers und der Beysitzer dieses Gerichts untersucht und entschieden wurden, heißt in Gesetzen Auditorium Principis, wie man aus der L. 22. pr. D. ad Sctm. Trebell. L. 18. §. 1. D. de minor. L. 54. D. de re iudic. L. 1. §. fin. D. ne de stat. defunct. L. 40. 44. 84. Cod. Theod. de appellat. L. 3. 4. 6. eod. de reparat. sieht. Davon war das Consistorium Principis, oder sein geheimer Staatsrath, worinn blos Staatssachen vorkamen, unterschieden, über welchen der Herr Oberhofgerichtsassessor D. Haubold zwey gelehrte Abhandlungen herausgegeben x). Wenn in der Sache blos ein sogenanntes Zwischenurthel abgefaßt worden, so bekam die kaiserliche Entscheidung die Benennung: Interlocutio Principis y). Einige Rechtslehrer, z. B. Huber z), behaupten, der Unterschied zwischen kaiserlichen Decreten und Interlocutionen habe darinn bestanden, daß jene nicht eher abgefaßt worden, als nach geschehener sorgfältiger Prüfung aller Umstände und Rechtsgründe, diese aber habe man ertheilt, ohne eine solche sorg-

s) Boehmer Diss. cit. c. 1. §. 15.

t) Theophil. ad §. 6. Inst. de I. N. G. et C.

u) L. 7. pr. D. de iust. et iure. L. 28. §. 2. D. ex quib. caus. maior. Noodt de pact. et trans. cap. 19. Zepernick ad Siccam. S. 378.

x) Chr. Gottl. Haubold D. de Consistorio Principum, Lips. 1788.

y) Io. Casp. Heimburg Progr. duo de interlocutionibus Principum, Ien. 1739.

z) Huber ad Inst. Lib. 1. tit. 2. §. 9.

fältige Untersuchung vorzunehmen. Sie berufen sich darauf, daß in der L. 1. §. 1. D. de const. Princ. folgende Worte vorkommen: quodcunque igitur Imperator per *epistolam* et *subscriptionem* statuit, vel cognoscens *decreuit*, vel *de plano interlocutus* est, vel *edicto* praecepit: legem esse constat. Hae sunt, quas vulgo *Constitutiones* appellamus, und daß auch die Kaiser selbst nichts von einer Untersuchung erwähnten, wenn sie von Interlocutionen redeten, wie z. B. die L. 3. C. de legib. et constit. beweise. Hierauf antwortet der Hr. RR. Eichmann S. 8. — es ist diese Meinung ungegründet, denn a) hat Ulpian an dem angeführten Orte keinen Begriff von Decreten bilden, sondern nur zu erkennen geben wollen, daß dasjenige, was der Kaiser, ohne vorhergegangene genaue Untersuchung, ausgesprochen, eine so gute gesetzliche Kraft habe, als sein auf eine solche Untersuchung gegründeter Ausspruch. b) Gebe ich gerne zu, daß bey interlocutorischen Decreten die Kaiser die Sache nicht so genau untersucht haben, als bey Enddecreten, welches auch ganz vernünftig war, und heutiges Tages eben so gehalten wird; allein deswegen macht dieser Umstand noch nicht einen wesentlichen Unterschied unter den Decreten aus, weil die Kaiser ohne Zweifel zuweilen auch Nebenpuncte des Processes genau untersucht haben. Niemals aber wurde ein Decret, ohne einige vorhergegangene Untersuchung nach den Acten, ertheilt. Da de plano cognoscere so viel heißt, als: ex plano et aequo loco, non ex superiore cognoscere und der cognitioni pro tribunali entgegen gesetzt ist, so scheint Ulpian an dem angeführten Orte sagen zu wollen, daß sowohl die Decrete, welche pro tribunali, als auch die, welche in auditorio ertheilt würden, die Kraft der Gesetze hätten. c) Nennen auch andere römische Rechtsgelehrte, z. B. in der L. 1. §. 5. D. ad Sctm. Turp. und selbst Ulpian in der L. 1. §. 2. D. de appellat. L. 15. D. de re iud. die Sentenzen des Prätors oder Richters, welche einen Nebenumstand eines Streits entscheiden, Interlocutionen, und geben dadurch deutlich genug zu erkennen, was sie unter den kaiserlichen Interlocutionen verstehen; und ob wohl d) die Kaiser

Kaiser sich des Worts Interlocutionen bedienten, ohne einer Untersuchung zu erwähnen, so wird doch keineswegs Hubers Meynung dadurch unterstützt, da sie nur der Kraft solcher Verordnungen gedenken, aber nicht davon reden, was sie sind und wie sie gemacht werden [a]). Herr HR. Glück macht S. 510 folgende Bemerkung: — Lehrreiche Beyspiele von solchen kaiserlichen Decreten liefern uns die Fragmente, welche aus des Iulii Pauli libris decretorum seu sententiarum in imperialibus cognitionibus prolatarum in unsere Pandekten gekommen, und von Wieling vollständig angeführt worden sind [b]). Sie enthalten die Entscheidungen und Urtheilssprüche der Kaiser Septimius Severus, und Antoninus Caracalla, in deren Tribunal Paulus selbst, nebst andern sehr berühmten Rechtsgelehrten der damaligen Zeit Beysitzer waren [c]). Ich will nur einige von diesen Fragmenten ausheben, als L. 38. D. de minor. L. 8. D. quod cum eo, qui in aliena potest. L. 92. D. de hered. instit. L. 240. D. de verb. signif., welche einen Beweis geben, wie sehr oft der Kaiser mit seinen Tribunalsräthen über die Entscheidung streitiger Fälle disputiret, und wie freymüthig der Jurist Paulus den Kaisern selbst ins Gesicht widersprochen habe [d]).

Die zeither vorgetragenen und erklärten Begriffe der wichtigsten kaiserlichen Verordnungen bey den Römern, lassen sich nach unserer heutigen Verfassung nicht durchaus anwenden. Wir haben zwar ebenfalls mehrere Gattungen gesetzlicher Verordnungen, welche nicht nur durch verschiedne Benennungen von einander abgesondert werden, sondern auch wirklich von einander abgehen, aber ihre Beschaffenheit kommt dennoch mit den angeführten römischen Verordnungen nicht ganz überein. Es giebt heutzutage ebenfalls allgemei-

a) Heimburg l. c. Progr. II. S. 4. et 8.
b) Wieling Iurisprud. restitut. S. 159.
c) Eu. Otto in Papiniano cap. 12. §. 1. c. 14. §. 5. S. 364. 517.
d) Zepernick ad Siccam. S. 365.

ne landesherrliche Verordnungen, und wieder andere, welche besondere heißen. Jene heißen sehr oft Edicte, und weil sie in den vorigen Zeiten entweder vermittelst eines durch den Herold geschehenen Ausrufens, oder ohne diese Feyerlichkeit blos durch einen öffentlichen Anschlag bekannt gemacht wurden, so nennte man sie im ersten Falle Proclamen, Ausrufe; im zweyten aber Programmen, Anschläge, Patente e). So haben wir Proclamen in Münzsachen von den Kaisern Maximilian und Rudolph dem Zweyten, welche nachher den Reichsabschieden einverleibt worden. Unter Mandaten versteht man bey uns mehrentheils solche landesherrliche Verordnungen, worinn der Gesetzgeber gewissen Unterthanen aus eigener Bewegung etwas vorgeschrieben hat f); jedoch werden auch allgemeine Gesetze hier und da Mandate genannt. Am meisten zeigt sich der Unterschied bey den Rescripten, denn durch das kanonische Recht ist ein sehr weitläuftiger Begriff dieses Worts veranlaßt worden g). Nach dem kanonischen Rechte werden alle schriftliche Ausfertigungen, wodurch der Landesherr den Unterthanen, seine Entschliessungen, Absichten, Willensmeinungen und Befehle, zu ihrer Befolgung, auf ihre Anfrage und Berichte bekannt macht, Rescripte genennt. Heutzutage ist man noch weiter gegangen, und nennt sogar diejenigen schriftlichen Aufsätze Rescripte, welche von einem Obern, an einen ihm untergebenen Beamten, oder einen distinguirten Gerichtsunterthanen in öffentlichen Angelegenheiten erlassen werden h). Diese Rescripte werden in Ansehung der Anrede, des

e) L. 3. C. de legib.

f) SCHMIDT Instit. iur. ciuil. §. 187.

g) tot. tit. de *rescriptis* in Lib. I. tit. 3. Decret. c. 23. de praeb. in 6to. G. L. BOEHMER Princ. iur. canon. §. 225.

h) Hr. HR. Claproths Grundsätze von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen, von Rescripten und Berichten, von Memorialien und Resolutionen, Götting. 1783. Laur. REICHWEIN formulare variarum supplicationum, Col. 1625. Ern. Fried. SCHROETER de Supplicationibus, Ien. 1657.

des Schlusses, der Titulatur, nach den alten Curialien abgefaßt, wie solche in den vorigen Zeiten bey allen Briefen auf ähnliche Art gebräuchlich waren. Die Hauptsache bey deren Abfassung besteht 1) in der Schreibart überhaupt, 2) in der Titulatur, 3) im Eingange, 4) in der Verordnung, 5) in dem Schlusse und der Aufschrift. Man theilt die Rescripte 1) in Erkundigungsrescripte, wodurch der Oberrichter von dem Unterrichter eine Nachricht abfordert. Sie werden erlassen, wenn Unterthanen über ihre Guthsherrschaft Beschwerde geführt haben, damit sich das Obergericht von dem Grund oder Ungrund dieser Beschwerden hinlänglich unterrichten kann. Es giebt 2) promotorialische Rescripte, wenn der Oberrichter dem Unterrichter die Beschleunigung einer Sache befiehlt. Davon sind die Fürschreiben (intercessionales) unterschieden, wenn ein Gericht von gleichem Range, oder ein auswärtiges Gericht, ja wohl gar ein auswärtiger Fürst, die Beschleunigung einer Sache wünscht und darum ersucht. Ferner haben wir 3) avocatorische Rescripte, wenn der Oberrichter dem Unterrichter befiehlt, die Akten einzuschicken, und ihm die fernere Untersuchung der Sache verbietet, welches alsdenn zu geschehen pflegt, wenn der Unterrichter die Sache aufgehalten hat, oder auf andere Art verdächtig ist. Von den angeführten Arten der Rescripte sind 4) die inhibitorialischen und compulsorialischen unterschieden. Erstere enthalten den Befehl des Oberrichters an den Unterrichter, das er sich aller fernern Untersuchung der Sache, weil die Appellation eingewendet worden, enthalten soll; letztere aber bestehen in dem Befehle des Oberrichters an den Unterrichter, nach geschehener Einführung der Appellation, die in der Sache ergangenen Akten einzuschicken. Die Rescripte können 5) in solche eingetheilt werden, die aus eigner Bewegung erlassen worden, und in diejenigen, die auf eine vorhergegangene Vorstellung abgefaßt worden sind. Bey den Rescripten der ersten Art, muß der Obere die Absicht seines Rescripts genau ausdrücken, weil der Unterbeamte sonst nicht weiß, was er thun soll. Oft wird ein Rescript auch dadurch veranlaßt, daß bey den Obern

etwas

etwas angezeigt worden. In dergleichen Fällen kann das Reſcript gar wohl mit Beziehung auf die beygelegte ſchriftliche Anzeige abgefaßt werden, wenn es die Umſtände nicht erfordern denjenigen zu verſchweigen, der die Anzeige gemacht hat. 6) Endlich ſind die Reſcripte entweder **Gnadenreſcripte** (reſcripta gratiae), oder **Juſtizreſcripte** (reſcripta iuſtitiae), je nachdem dadurch vom Regenten entweder eine Gnade ertheilt, z. B. eine Verſorgung, oder eine Anwartſchaft, oder eine Befreyung verliehen wird, oder der Inhalt deſſelben betrift eine Rechtsſache, und es wird darinn feſtgeſetzt, was geſchehen ſoll oder anzunehmen iſt [i]). Nach dem römiſchen Rechte läßt ſich dieſer Unterſchied nicht beweiſen, obgleich einige Rechtslehrer ſolchen aus der L. 2. C. de diverſ. reſcr. beweiſen wollen, wo folgende Worte vorkommen: — falſo adſeueratur auctoritatem reſcriptorum deuoluto ſpatio anni firmitatem ſuam obtinere non oportere: cum ea quae ad ius praeſcribuntur, perennia eſſe debeant: ſi modo tempus, in quo allegari vel audiri debent, non ſit comprehenſum. In dieſem Geſetz werden diejenigen getadelt, welche behaupten, daß ein Reſcript nach Ablauf eines Jahres die Gültigkeit verliehre, und zwar aus dem Grunde, quia ea, quae ad ius reſcribuntur, perennia eſſe debent. Da aber der Anfang dieſes Geſetzes von Reſcripten überhaupt handelt, ſo ſieht man ganz deutlich, daß das Wort reſcribere blos um des ſtärkern Nachdrucks willen, wiederhohlt wird [k]). Nach dem kanoniſchen Rechte ſind freylich die Gnadenreſcripte gleich vom Tage ihrer Ausfertigung vollkommen verbindlich; die Juſtizreſcripte hingegen erſt von der Zeit an, da ſie dem Richter inſinuirt worden [l]); und zwar ſollen letztere innerhalb

i) Rebvff D. de differentiis inter reſcripta gratiae atque iuſtitiae, Lugd. 1579. Paris, 1664.

k) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 11

l) c. 7. c. 19. X. de reſcript. c. 9. c. 14. eod. in 6to. c. 7. de Praeb. in 6to. c. 59. X. de appellat. G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 227. a Riegger Inſtit. iurispr. eccleſ. P. II. §. 95. Eibels kathol. Kirchenr. Thl. 4. Buch 1. Hptſtck. 2. §. 256.

halb eines Jahres von dem Impetranten vorgezeigt werden, nachdem derselbe Gelegenheit dazu gehabt hat[m]). Wenn dieses vorsätzlich oder aus Nachlässigkeit unterlassen worden, so gilt das Rescript nicht mehr gegen ein neueres, welches der Gegner indessen ausgewürkt hat. Es versteht sich also von selbst, daß das erstere auch noch nach einem Jahre gelte, wenn vom Gegner kein neueres Rescript ausgewirkt worden[n]), jedoch ist die Ausnahme, si modo tempus, in quo allegari vel audiri debent, non sit comprehensum, welche in der angeführten L. 2. C. de diu. rescr. vorkommt, nicht aus der Acht zu lassen; schreibt Hr. HR. Glück S. 515. Bey uns wird die ganze Staatsregierung durch Rescripte verwaltet, und daher bedienen sich die höhern Collegien nicht nur in Justitzsachen, sondern auch in Polizeysachen der Rescripte. Sie gehen entweder auf Untersuchungen, oder Gutachten, oder auf Vollstreckung bereits beschlossener Angelegenheiten, wozu ein Unterrichter gebraucht wird. Rechtmäßig wird durch ein Rescript Bericht erfordert, wenn die Sache die eigene Verantwortung des Beamten betrift; wenn es einigermaßen auf seine Einwilligung mit ankommt; wenn die Wahrheit der in der Vorstellung vorkommenden Umstände untersucht werden muß. Wenn hingehen der Obere so weit von der Handlung durch die Vorstellung unterrichtet ist, daß er einen Entschluß in der Sache fassen kann, so braucht er keine Berichtserstattung zu fordern, weil dadurch die Sache nur aufgehalten wird. Er hat auch nicht nöthig, dem Rescript die Clausel einzurücken, wenn die Sache sich angebrachtermaßen verhält; denn sie wird allemal stillschweigend verstanden, wie wir bald sehen werden. Er braucht auch nicht dasjenige, was er verordnet, mit Gründen zu unterstützen, weil er nicht schuldig ist, seinen Untergebenen Rechenschaft von seinen Verordnungen abzulegen. Daß heutzutage

m) c. 9. 23. X. de rescr. FLORENS ad tit. decr. de rescr. Tr. 3. Tom. I. Oper. S. 101. Eibel a. a. O. §. 255.

n) L. 2. C. de diuers. rescr.. FACHIN. controu iuris, Lib. 8. c. 65.

zutage kein Unterschied zwischen Rescripten in der engern Bedeutung und den Adnotationen oder Subnotationen gemacht werde, ist eine bekannte Sache, so wie Geschäftsmänner auch wissen, daß die vom Regenten an die höchsten Landescollegia oder Justitzbeamte erlassenen Rescripte, bisweilen fürstliche Ausschreiben genennt werden o).

Der Ausdruck pragmatische Sanction wird heutzutage ebenfalls nicht mehr in dem Verstande gebraucht, wie bey den Römern, ob gleich dieses Wort von ihnen zu den Franken und Teutschen gekommen. Einigemal ist es jedoch in den Capitularien der fränkischen Könige, in der alten Bedeutung gebraucht worden p). Wir verstehen unter einer pragmatischen Sanction, ein schriftlich abgefaßtes Staatsgrundgesetz, wodurch über die Staatsverfassung eines Reichs oder Landes etwas bestimmt werden soll, und welches Gesetz mit Einwilligung der Stände desselben die Kraft erhalten hat, daß es eine beständige Gültigkeit behalten soll q). In diesem Verstande wird dieser Ausdruck z. B. von der goldenen Bulle, dem Religionsfrieden, dem Westphälischen Frieden, den Reichsabschieden gebraucht.

Was die Beschaffenheit der heutzutage vorkommenden Decrete anbetrift, so haben einige derselben zwar ebenfalls die Würkung und Kraft, die man ihnen unter der Regierung der römischen Kaiser beylegte. Dafür sind nur nicht die Entscheidungenr der höchsten Gerichte zu halten, wenn der Gesetzgeber bey diesem oder jenem Falle es nicht etwa ausdrücklich erklärt hat, weil jene Collegia keine gesetzgebende Gewalt haben r). Landesherrliche Decrete müssen nicht blos im Namen des Regenten von dem höchsten Gericht abgefaßt worden seyn, sondern der Regent muß solche auch selbst unterschrieben

o) Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 1. S. 516.

p) Capit. XXX. Caroli M. Lib. II. in Balvzzi Capitul. Reg. Franc. Tom. I. S. 447.

q) Boehmer Diss. cit. cap. 2.

r) Reinhardt ad Christ. Vol. I. Obs. 1. 2.

ben haben[s]). Uebrigens werden auch bloße Landesherrliche Befehle, wodurch Jemanden ein Amt übertragen wird, bisweilen Decrete genannt.

§. 96.

Nachdem die Begriffe von **Edikten**, **Decreten** und **Rescripten** festgesetzt und erläutert worden, muß über die Kraft und Würkung derselben, und über die Frage, ob sie für **allgemein** verbindliche Gesetze, oder blos für besondere landesherrliche **Verordnungen** zu halten sind, das wichtigste gesagt werden.

Daß die **Edicte** bey den Römern eine **allgemeine** verbindliche Kraft gehabt, ist eine bekannte Sache, und es geschahe nicht selten, daß Verordnungen, die eigentlich nur für gewisse Personen abgefaßt worden, zu allgemeinen Gesetzen gemacht wurden, indem man die sogenannte Clausula edictalis hereinrückte, wie die L. 3. C. de legib. beweißt, wo es heißt: Leges vt *generales* ab omnibus aequaliter in posterum obseruentur, quae vel missae a nobis ad venerabilem coetum *oratione* conduntur, vel *inserto edicti vocabulo* nuncupantur; siue eas spontaneus motus ingesserit, siue precatio, siue relatio, vel lis mota legis occasionem postulauerit. Es kommt übrigens nichts darauf an, ob sie ein neues Recht enthalten oder nicht, weil der Gesetzgeber durch solche auch bereits vorhandene Verordnungen erläutern, deutlicher bestimmen oder aufs neue bestätigen kann, da der Wille des Regenten die Quelle der Gesetze ist.

Was die Kraft der **Decrete** unter den römischen Kaisern betrift, so haben solche nicht immer einerley Würkung gehabt. Vor dem **Justinian** erstreckte sich ihre Kraft blos auf die Partheyen, wenn nicht der Kaiser deutlich erklärte, daß sie auch in ähnlichen Fällen bey der Entscheidung der Rechtshändel gebraucht werden sollten. Dieser Umstand dient zu

s) Hr. RR. Eichmann Thl. 2. S. 7.

zur Erklärung, warum die römischen Rechtsgelehrten die kaiserlichen Decrete nur immer zur Erläuterung ihrer Behauptung, und zuletzt erst anzuführen pflegten, wenn sie ihre Meynung durch andere oft sehr weit hergehohlte Gründe bewiesen hatten [t]). Es kommen sogar Stellen in den Pandekten vor, z. B. dient die L. 28. D. de inoff. test. die L. 1. §. 14. D. ad Leg. Falcid., wo die Rechtsgelehrten etwas behaupteten, was den kaiserlichen Decreten widersprach, und es wurde gleichwohl ihre Behauptung in den Gerichten befolgt. Es verlangten aber auch die Kaiser vor Justinian gar nicht, daß ihre Decrete allgemeine Gesetze seyn sollten, wie die L. 2. C. de legib. beweißt [u]), wo es heißt: quae ex relationibus vel suggestionibus iudicantium vel consultatione, in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorium introducto negotio statuimus, *nec generalia* iura sint, sed legem faciant his duntaxat negotiis atque personis, *pro quibus fuerint* promulgata. Unter dem Wort *consultatio* versteht Gutherius [x]) eine kaiserliche Entscheidung, die nach geschehener Untersuchung und nach dem Gutachten der kaiserlichen Räthe abgefaßt worden; Herr HR. Glück ist aber der Meinung, es könne auch das Gutachten der kaiserlichen Räthe selbst darunter verstanden werden, wornach das kaiserliche Decret abgefaßt zu werden pflegte. In der L. 3. C. de leg. heißt es: — *interlocutionibus* quas in *vno* negotio *iudicantes* protulimus vel postea proferemus, *non in commune* prae iudicantibus.

Eben diese Grundsätze müssen auch von der Gültigkeit und Verbindlichkeit der kaiserlichen Rescripte, die vor dem Justinian abgefaßt worden, als richtig anerkannt werden, woraus sich zugleich erklären läßt, warum die Kaiser so oft eben dasselbe in ihren Rescripten geantwortet haben

(S. 448)

t) L. 2. D. de offic. Assess. L. 3. §. 5. D. de lib. exhib. L. 13. §. fin. D. de excusat.

u) Zepernick ad Siccam. §. 20. seq.

x) Gvther. de offic. dom. august. Lib. I. c. 28.

S. 448.), wie die L. 29. D. ad Leg. Cornel. de falsis, die L. 1. C. in quib. caus. in integr. rest., die L. 2. C. de hered. tut., die L. 26. D. de pign. act. beweisen. Für sehr merkwürdig ist daher das Rescript des Kaisers Alexander an den Superus, in der L. 1. C. de diuers. resc. zu halten, worinn der Kaiser sagt, daß das Rescript, welches Supplikant mit seinem Bruder in ihrer Rechtsangelegenheit erhalten, auf sie beyde anzuwenden sey, ob es gleich nur an den einen von ihnen gerichtet worden. Hätte wohl eine solche Anfrage an den Kaiser gerichtet werden dürfen, wenn schon damals die kaiserlichen Rescripte für allgemein verbindliche Gesetze gehalten worden. Ausdrücklich wird dieses auch in einem Gesetz vom Jahr Christi 498 gesagt, welches die Kaiser Arcadius und Honorius gegeben haben, und im Theodosianischen Codex y) steht, worinn es heißt: rescripta ad consultationem emissa vel emittenda, in futurum *iis tantum* negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur.

Der Kaiser **Justinian** hat in den vorgetragenen Grundsätzen durch seine Verordnungen eine große Veränderung veranlaßt, und sowohl den **Dekreten** als den **Rescripten** allgemein verbindliche gesetzliche Kraft beygelegt, wie man aus der L. 12. C. de legib. sieht, wo folgendes verordnet worden: — si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinauerit, et partibus cominus constitutis sententiam dixerit: omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant, hanc esse *legem* non solum illi causae, pro qua producta est, sed et *omnibus similibus*. Quid enim maius, quid sanctius imperiali est maiestate, vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, vt regalem sensum contemnat: cum et veteris iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere, aperte dilucideque defini-

y) L. 29. Cod. Theod. de diuers. rescr. ibiq. Gothofr. Tom. I. S. 25.

definiant? Diese letzten Worte scheinen zwar anzuzeigen, daß schon vor dem Justinian die Dekrete als Gesetz betrachtet worden. Berühmte Rechtslehrer [z]) behaupten aber, Justinian sage oft, wenn er etwas neues eingeführt, daß es schon vor ihm so gewesen. In den angeführten Worten steht zwar nichts davon, daß auch Rescripte für allgemeine Gesetze zu halten sind; daß dieses aber wirklich Justinians Wille ebenfalls gewesen, sieht man aus folgenden Worten eben dieses Gesetzes, wo es heißt: definimus autem, omnem Imperatorum legum interpretationem, siue in *precibus*, siue in iudiciis, siue alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi. Nach dem Willen des Justinians sollen jedoch Dekrete und Rescripte nicht anders eine allgemein verbindliche Kraft haben, als wenn darinn zugleich eine streitige und zweifelhafte Rechtsfrage entschieden worden. Dieses erfordert auch die Natur der Sache, denn wenn blos über eine Handlung des Processes ein Dekret oder Rescript abgefaßt worden, z. B. ob der Beweisführer den zu führenden Beweis in seinem Processe nothdürftig geführt habe, ob die eingewendete Appellation für erloschen zu halten, oder nicht, anderer Fälle nicht zu gedenken, so versteht sichs von selbst, daß weder das hierüber abgefaßte Dekret, noch das ertheilte Rescript als ein Gesetz betrachtet werden dürfe [a]). Auf diese Weise lassen sich die Schwierigkeiten am leichtesten heben, welche die Rechtslehrer bey Erklärung der L. 2. 3. 12. Cod. h. t. gefunden, und auf verschiedne Weise zu lösen gesucht haben [b]). Die Frage ist nur noch, schreibt Hr. HR. Glück, ob jene Vor-

z) CONTIVS in lect. subcef. Lib. I. c. 9. OROTZ in Apic. iur. ciuil. Lib. 5. c. 7. n. 3. 4. seq. ZEPERNICK ad SICCAM. S. 400.

a) REINH. ad CHRISTIN. Vol. I. obs. 1. n. 10. 11. seq.

b) BALDVINVS ad §. 6. Inst. de iur. nat. gent. verb. decreta, IDEM in Iustin. Lib. II. ed. Gund. S. 95. HVBER ad Dig. h. t. §. 5. COCCEII h. t. Qu. 1. ZIEGLER in Dicast. Concl. 36. §. 19. 20 seq.

Vorschrift des justinianischen Rechts noch heutiges Tages anwendbar sey? Huber a. a. O. im letzten Paragraphen, scheint es zu leugnen; allein seine Gründe können nicht gebilligt werden, wie Hr. HR. Reinhardt gezeigt hat [c]). Es kommt freylich auch bey uns alles drauf an, daß nicht blos Proceßhandlungen, sondern wahre zweifelhafte Gesetzfälle durch das landesherrliche Rescript oder Dekret bestimmt, und die Befolgung desselben wenigstens allen Gerichten vorgeschrieben worden. Aber weder Gnadenrescripte, noch fürstliche Machtsprüche [d]) haben diese Kraft; so wie auch Dekrete und Rescripte alsdenn die Würkung allgemein verbindlicher Gesetze nicht haben, wenn der Regent als höchster Richter, und nicht als Gesetzgeber, solches in einer Proceßsache abgefaßt und dabey gewollt hat, daß sie blos die Kraft einer rechtskräftigen Entscheidung unter den Partheyen haben soll; daher wider diese Entscheidungen durch eingewendete Rechtsmittel innerhalb der vorgeschriebenen Zeit, Vorstellungen gemacht werden können und müssen [e]).

Wegen Wichtigkeit der Materie will ich die Erklärung des Herrn RR. Eichmanns anführen, woraus man sehen kann, wie verschieden sich dunkele Rechtswahrheiten vortragen lassen. Es heißt S. 43. — was

I) Die Edikte anbetrift, so sind diese als allgemein geltende Gesetze zu betrachten; nur müssen sie die Eigenschaften der Gesetze haben, und auf die gehörige Art bekannt gemacht worden seyn. Ist dieses geschehen, so haben die Edikte die Würkungen, welche im 2 . und 43. §. angeführt worden, und überhaupt kann das, was ich daselbst von Gesetzen überhaupt gesagt habe, auf die Edikte angewendet werden. Sie können folglich entweder etwas ganz neues verordnen,

c) Reinh. ad Christin. Vol I. Obs. 2. S. 2. seq.

d) Schrader tr. de sententiis Principum ex plenitudine potestatis latae.

e) Diez Progr. de rescriptis Principum auctoritatem rei iudicatae habentibus, Lips. 1727. Hr. GR. Nettelbladt in der practisch. Rechtsgelahrheit, §. 575.

oder auch das, was schon verordnet ist, klärer ausdrücken, in welchem letztern Falle sie erläuternde Edikte heissen, von denen eben das gilt, was von erläuternden Gesetzen gesagt worden. Hierdurch wird auch zugleich die Meinung derjenigen widerlegt, welche behaupten, daß durch Edikte ein neues Recht eingeführt werde, und eben hierdurch die Edikte von Dekreten unterschieden werden müßten. Der Unterschied unter diesen Verordnungen muß vielmehr darinn gesucht werden, daß Edikte aus eigener Bewegung ertheilt worden, Dekrete aber auf geschehene Vorstellung und erfolgte Untersuchung einer Sache nach den Akten[f]. Unter den ersten römischen Kaisern pflegten zwar solche Edikte, vermittelst eines Rathsschlusses, bestätigt zu werden; allein, da dieses nicht mehr auf unsere Verfassung paßt, so fällt auch heutiges Tages eine solche Bestätigung weg. Ich habe übrigens auch nicht nöthig zu untersuchen, ob unsere Reichsstände die Einwilligung der Landstände nöthig haben, wenn sie Edikte geben wollen, denn hier finden die im 24. §. vorgetragenen Grundsätze ebenfalls ihre Anwendung. Noch kommt die Frage vor: ob die 13 Edikte des Justinians, welche in verschiednen Ausgaben des corporis iuris ciuilis nach den Novellen vorkommen, eine Gültigkeit in den Gerichten haben. — Da dieselben erst nach der Aufnahme der Justinianischen Rechte, zu diesem Gesetzbuche sind hinzugefügt worden, und von einer neuen Aufnahme nichts bekannt ist, so haben auch dieselben eben so wenig eine Gültigkeit in den Gerichten, als die übrigen nach der Sammlung von Novellen, von Justin und Leo und Justinian selbst vorkommenden Verordnungen, obwohl einiges darinn vorkommt, was in den Justinianischen Gesetzbüchern nicht entschieden ist[g]. Nun können wir

II)

f) Schmidt Inst. iur. ciuil. §. 115. Koch de constit. Princ. in der Tabelle.

g) Lavterbach ad Dig. in Prol. §. 17. n. 6. Wernher ect. comment. h. t. §. 3. Brvnqvel Hist. iur. P. 2. c. 13.

II) auf die Dekrete sehen. Obwohl fast alle Rechtsgelehrte diese in die Classe der allgemeinen Verordnungen setzen, so eignen doch diese ihnen nicht einerley Würkung zu. Einige sagen, sie machen nicht nur ein Recht unter den streitenden Theilen, sondern sie müssen auch in allen vorkommenden ähnlichen Fällen zur Entscheidung dienen. Andere behaupten, daß sie der Regel nach, blos die vorgetragene streitige Sache entscheiden, und nur in gewissen Fällen auf andere ähnliche Fälle angewendet werden könnten. Noch andere nehmen an, daß, ob zwar ehemals die Dekrete ein gemeines Recht gewürkt hätten, sie doch heutiges Tages nur ein Recht unter den Partheyen machten. Allein ein großer Theil dieser Rechtsgelehrten reden hiervon, ohne den Begrif von Dekreten in eine Harmonie mit den Grundsätzen der gesetzgebenden Gewalt zu setzen. Ich trete billig den ersten bey; denn α) rechnen sie die Gesetze [h]) selbst zu den allgemeinen Verordnungen, und sagen von diesen überhaupt, daß sie einen jeden als Gesetze verbinden. β) Muß man auch um deswillen dieses behaupten, weil, wenn der Landesherr nach vorhergegangener Untersuchung einer Sache nach den Akten, etwas entscheidet, man vermuthen kann und muß, daß er andere ähnliche Fälle eben so entschieden wissen wolle, da der Gesetzgeber schuldig ist, so viel als möglich, ein gleiches Recht unter seinen Unterthanen gelten zu lassen, und nur alsdenn Ausnahmen zu machen, wenn besondere Umstände dieses erfordern. Daß aber dergleichen Umstände eine besondere rechtliche Entscheidung sollten veranlaßt haben, kann nicht vermuthet werden, sondern erfordert vielmehr einen Beweis. γ) Haben wir auch das deutlichste Gesetz, welches besonders von den Dekreten verordnet, daß sie nicht nur in Ansehung der durch dieselben entschiedenen Sachen, sondern auch in allen andern ähnlichen, sollen als Gesetze beobachtet werden. Es ist dieses die L. 12. C. h. t., wo es heißt: si imperialis — similibus (S. 461). Zwar beruft man sich δ) auf die L. 2. und 3. des nämlichen

h) §. 6. Inst. de iure nat. gent. L. 1. §. 1. D. h. t.

Titels (S. 460.), und sucht hieraus zu beweisen, daß Dekrete der Regel nach ein Recht unter den Partheyen machen, wenn nicht der Landesherr ausdrücklich verordnet hätte, daß sie sich auch auf ähnliche Fälle erstrecken sollen. Allein die L. 2. redet gar nicht von Dekreten, sondern von Privilegien; und wenn dieses Gesetz auch sollte von Dekreten verstanden werden können, so würde es aus einem andern Grunde, den ich gleich anzeigen will, uns nicht entgegen stehen. Die L. 3. ist deutlich, und verordnet wirklich das Gegentheil von dem, was in der L. 12. enthalten ist. Demungeachtet aber entkräftet dieser Umstand unsere Meinung nicht, da die L. 12. vom Justinian herrührt, hingegen die L. 2. u. 3. von den Kaisern Theodosius und Valentinian gegeben worden, folglich als ältere Gesetze der Verordnung Justinians nachstehen i). Ob man wohl endlich s) gleich den §. 1. der L. 12. anführt, so enthält solcher dennoch gar keine Einschränkung der im Anfange dieses Gesetzes vorkommenden allgemeinen Verordnung, sondern erklärt die gesetzliche Auslegung für allgemein verbindlich. Und wenn man auch selbst diesen §. anders erklären wollte, so ließe sich dadurch immer noch nicht beweisen, daß durch die Dekrete nur alsdenn ein gemeines Recht eingeführt werde, wenn darinn ein dunkles oder zweifelhaftes Gesetz deutlicher bestimmt worden k). Soll nun aber ein Dekret eine solche Würkung haben, so muß es 1) dem Sinne der schon vorhandenen positiven Gesetze gemäß seyn, denn ein Landesherr, der nicht offenbare Ungerechtigkeiten begehen will, muß die Handlungen seiner Unterthanen nicht nach seiner Willkühr beurtheilen, und sie, wenn sie streitig sind, nach Gutdünken entscheiden, sondern nach den Vorschriften, die ihnen bereits gegeben sind. Jeder Landesherr, der sich in seiner ganzen Würde,

i) Boehmer in thesibus manuduct. ad artem disput. adiectis, Pag. 231. verb. — Codex derogat Digestis. Imo in Codice saepe vna Lex alteri derogat. Exempla sunt in L. 2. 3. et vlt. C. de legib. et const.

k) Koch D. de constitut. Principum l. c.

Würde, mit den Verbindlichkeiten, die sie ihm auflegt, kennt, wird sich um so mehr von dieser Pflicht überzeugt finden, da die Räthe, welche einen Einfluß auf solche Dekrete haben, oft verschieden denken, und daher die verschiedne Denkungsart und Einsicht derselben, die widersprechendesten Dekrete veranlassen kann, wobey das Recht und die Unterthanen leiden. Sind nun aber Dekrete dem Sinne der schon vorhandenen positiven Gesetze gemäß, so dienen sie zur Richtschnur in ähnlichen Fällen, ohne daß eine besondere Promulgation derselben nöthig ist; denn sie enthalten kein neues Recht, sondern sind als authentische Auslegungen der Gesetze zu betrachten, welche keine neue Bekanntmachungen erfordern. Es giebt aber doch einige Fälle, wo durch dieselben ein neues Recht eingeführt werden kann, nämlich α) wenn der streitige Fall zwar noch nach den vorhandenen Gesetzen entschieden ist, aber der Landesherr zugleich bestimmt hat, wie man in andern ähnlichen Fällen sich verhalten soll. β) Wenn die gegenwärtigen Umstände es nothwendig erfordern, von den vorhandenen Gesetzen abzugehen, welches freylich der Einsicht des Landesherrn überlassen werden muß; jedoch darf der Landesherr nicht so weit gehen, daß, wenn schon einer von den streitenden Theilen durch eine Entscheidung des Richters, durch Vergleich, oder auf eine andere Art ein Recht erworben hat, ihm dasselbe durch das Dekret wieder genommen wird. Es läßt sich übrigens verschiednes hier anwenden, was bey dem 24. §. bereits von der Kraft der Gesetze in Ansehung vergangener Handlungen gesagt worden. γ) Wenn nach den vorhandenen positiven Gesetzen der streitige Fall nicht entschieden werden kann, weil sie nichts darüber enthalten. Hier muß man zwar annehmen, daß es des Landesherrn Wille sey, andere ähnliche Fälle auf gleiche Art zu entscheiden; allein es muß doch sowohl in diesem als in dem vorhergehenden Falle die gehörige Bekanntmachung hinzu kommen, wenn ein solches Dekret auch für die Zukunft in ähnlichen Fällen gelten soll; denn diese macht, daß sich die Kraft einer gesetzlichen Verordnung äußern kann. Ueber-

haupt muß ein Dekret, durch welches ein neues Recht eingeführt werden soll, die Eigenschaften eines Gesetzes haben. 2) Muß auch das Dekret von dem Landesherrn selbst ertheilt, und mit seinem Siegel bestärkt worden seyn, denn was sich nicht von ihm selbst herschreibt, hat keine gesetzliche Kraft; jedoch kann es von einem Minister des Herrn, auf seinen Befehl unterschrieben werden, nur muß auch dieser Befehl sich dabey befinden, indem es sonst nach allen vernünftigen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, keine gesetzliche Kraft haben kann. Uebrigens aber ist es einerley, ob sie in dem geheimen Rathe oder in seinen höchsten Justizcollegien gegeben worden sind. Keinesweges aber sind für solche Dekrete, welche die Kraft allgemeiner Constitutionen haben, die rechtlichen Aussprüche der höchsten Justizcollegien eines Landes, welche der Landesherr nicht selbst giebt, zu halten, und wenn sie auch im Namen des Landesherrn abgefaßt seyn sollten; denn sie stellen ihn nur in Ansehung der Ausübung der Gerichtsbarkeit vor, und nicht in Rücksicht der gesetzgebenden Gewalt. Da nun die Gerichtsbarkeit blos ein Recht giebt, Sachen nach den Gesetzen zu beurtheilen und zu entscheiden, keinesweges aber gesetzliche Verordnungen zu machen; so müssen auch die rechtlichen Aussprüche solcher hohen Gerichte den Gesetzen gemäß seyn, und zwar den positiven, wenn dergleichen zur Entscheidung der vorkommenden Sache dienende, vorhanden sind, ausserdem aber den natürlichen. Es ist daher in Ansehung dieser außer allen Zweifel, daß sie blos ein Recht unter den Partheyen machen. Auch können aus eben den Gründen solche Justizcollegien nicht einmal authentisch interpretiren, wenn ihnen dieses Recht von dem Regenten nicht verliehen worden ist. Eben so wenig kann das Reichskammergericht zu Wetzlar, da die Beysitzer desselben kein Recht, Gesetze zu geben, haben, Dekrete ertheilen, die als allgemeine Verordnungen anzusehen sind [1]). Von dem Gerichtsgebrauche aber, der

1) Wernher comment. ad Pand. h. t. §. 4.

der durch dergleichen richterliche Ausspruche entstehen, und dem Rechte, das dadurch eingeführt werden kann, ist hier nicht die Rede. Nun wende ich mich

III) Zu den Rescripten, nämlich in der Bedeutung des römischen Rechts. Mit Grunde kann behauptet werden, daß auch diese Rescripte ein allgemeines Recht in dem Lande des Regenten einführen. Das, was ich von den Dekreten gesagt habe, kann auch größtentheils hier angewendet werden; denn α) rechnen sie die Gesetze [m]) selbst zu den allgemeinen Verordnungen, und legen ihnen eine solche Kraft bey. β) Muß man auch um deswillen annehmen, daß das Rescript auf ähnliche Fälle mit dem entschiedenen gehe, weil der Landesherr sowohl nach den allgemeinen bürgerlichen, als auch unsern Reichsgesetzen [n]) verbunden ist, ein gleiches Recht unter seinen Unterthanen statt finden zu lassen, wenn nicht besondere Umstände eine Ausnahme verlangen, solche Umstände aber und eine darauf sich gründende Ausnahme nicht vermuthet werden können. Da nun γ) dieses als der Grund anzusehen ist, warum im Anfange der L. 12. C. h. t. den Dekreten eine allgemein verbindliche Kraft beygelegt wird, und dieser auch auf die Rescripte paßt, so läßt sich auch dieses Gesetz hier mit allen den Grundsätzen anwenden, welche eben vorgekommen. Und da kein Grund noch auch kein Gesetz vorhanden ist, von dieser Meinung abzugehen, so wird mit Recht noch heutiges Tages von einsichtsvollen Rechtsgelehrten, den Rescripten in der Bedeutung des römischen Rechts eine gesetzliche Kraft in ähnlichen Fällen beygelegt [o]), nur müssen sie die nöthigen Eigenschaften haben, wovon im folgenden Paragraphen.

m) §. 6. Inst. de I. N. G. et C. L. 1. §. 1. D. de constit. Princ.

n) R. A. vom J. 1570. §. 78.

o) Koch de constit. Princ. S. 77.

§. 97.

Ein Rescript kann nicht eher für gültig gehalten werden, als bis es die nöthigen Eigenschaften hat, und dazu gehört,

I) daß es von dem Landesherrn unterschrieben, und das Staatssiegel beygedruckt worden [p]; jedoch kann die Unterschrift auch von einem dazu bevollmächtigten Minister geschehen, in welchem Falle aber die dazu erhaltene Erlaubniß gehörig bewiesen seyn muß, und selbst unter den römischen Kaisern, unterschrieb der Promagister oder Staatssecretär nicht selten die Rescripte, auf Befehl des Kaisers [q]. Nach der Novelle 114. Cap. 1. woraus die Auth. glorioſiſſimi C. de diuerſ. reſcr. gezogen worden, sollte man dafür halten, daß diese Unterschrift nicht nöthig sey. Es redet aber diese Novelle blos von Befehlen des Quästors, wo seine Unterschrift allein hinreichend war, folglich steht sie der im Codex enthaltenen und angeführten Verordnung nicht entgegen [r]. Diese Behauptung wird auch durch den, der 114 Novelle beygesetzten kurzen Inhalt derselben bestätigt, wo es heißt: omnis ſacra iuſſio *Quaeſtoris* ſubſcriptionem habeto: et quibus de rebus publicetur, qualemque iudicem det, manifeſtator. Non repugnat, quod iubetur, omne Principis reſcriptum Principis manu ſubſignari debere. Nam praeſens conſtitutio non tollit et abrogat, quod in codice dictum, et addit, quod hic ſtatuitur, videlicet, quae a Principe ſubſignari non oportere. Es ist auch heutzutage sehr gebräuchlich, daß Verfügungen eines von dem Regenten dazu bestimmten Collegiums, blos von dem Director desselben, oder demjenigen, der im Behinderungsfall dazu bevollmächtigt worden, unterschrieben werden. Es hängt dieses von der Staatsverfassung ab, und daher weichen die

p) L. 3. I. 6. C. de diuerſ. reſcr.

q) Illuſtr. Püttmann in Probab. Lib. 2. §. 34.

r) Rittershvs. ad Nouell. P. 2. c. 1. n. 11. Brvnnemann ad Cod. Lib. I. tit. 29. in f.

die Regierungen von einander ab. In manchen Ländern unterschreibt der Regent dergleichen Verfügungen ebenfalls, und überdieses auch noch der Präsident. Es gehören aber solche Verfügungen nicht unter die Gesetze.

II) Muß Jahr und Tag in dem Rescript angeführt werden [s]). In der L. 4. C. de diuers. rescr. werden zwar nur Gnadenrescripte, oder beneficia personalia, wie das Gesetz sagt, für ungültig erklärt, wenn sie sine die et consule ausgefertigt worden. Dieses Gesetz des Constantinus M. ist aber blos von den Verfassern des Justinianischen Codex dahin abgeändert worden; denn wie es im Theodosianischen Codex vorkommt, handelt es von allgemeinen Constitutionen, und da bey so genannten Justizrescripten ebenfalls sehr viel auf die Zeit der Ausfertigung ankommt, z. B. deswegen, um bey mehrern dergleichen Rescripten beurtheilen zu können, welches dem andern vorgehe, so ist die Anführung des Jahres und Tages der geschehenen Ertheilung des Rescripts, schlechterdings nöthig [t]).

III) Darf kein Rescript der Wohlfahrt des Staats entgegen seyn [u]), auch kann niemandem ein durch Vergleich, Rechtskraft, oder auf irgend eine andere Art rechtmäßig erworbenes Recht dadurch wieder genommen werden [x]), es müßte denn die Wohlfahrt des Staats diese Härte entschuldigen, weil in solchen Fällen die Rechte der Privatpersonen nachstehen, wofür sie aber eine billige Entschädigung erhalten müssen.

IV) Wird zur Gültigkeit eines Rescripts schlechterdings erfordert, daß in der Supplik oder in dem Bericht, wodurch solches veranlaßt worden, die Wahrheit vollständig erzählt ist.

s) L. 3. L. 6. C. de diuers. rescr.

t) Iac. Gothofredus Tom. I. Cod. Theodos. S. 6. Voet h. t. n. 5. Westenberg in Diuo Marco, Diss. II. c. 2. §. 12. Brvnnemann ad Cod. Lib. I. tit. 23. lit. a.

u) L. 6. C. si contra ius vel vtilit. L. 3. L. 7. C. de precib. Imp. offer.

x) Schilter Exerc. I. §. 20.

ist. Es ist dieses sowohl durch das römische als kanonische Recht deutlich vorgeschrieben worden [y]), und nur darinn gehen sie von einander ab, daß nach dem römischen Rechte, vermöge der L. 7. C. de diuers. rescr. in das Rescript die Clausel hereingerückt werden mußte, si preces veritate nitantur, wenn sich die Sache berichteter maßen verhält; hingegen im kanonischen Rechte, und zwar dem c. 2. X. de rescr. wird diese ausdrückliche Einrückung nicht für nöthig erklärt, sondern man soll annehmen, jedes Rescript enthalte stillschweigend diese Clausel, das heißt, es setze diese Bedingung voraus, und diese Verordnung befolgen wir in unsern Gerichten [z]). Wenn also dem Regenten die Wahrheit nicht vorgetragen worden, so wird das von ihm erlassene Rescript ein heimlich erschlichenes genennt, und dieses ist wiederum entweder ein obrepticisches, wenn wahre Umstände, worauf bey der Sache etwas ankommt, verschwiegen, wenigstens nicht mit berichtet worden [a]); oder ein subrepticisches, wenn falsche Umstände, welche auf die Entscheidung der Sache einen Einfluß haben, an den Regenten berichtet worden sind [b]). Damit der Regent nicht durch eine unrichtige Vorstellung der Sache hintergangen werde, muß er von der Obrigkeit, wohin die Sache gehört, informatorischen Bericht verlangen, welches aber nicht geschieht, wenn die Obrigkeit selbst die Vorstellung übergeben hat, weil die Vermuthung für solche streitet, daß sie nichts unwahres vortragen werde [c]). Endlich

V) mußte

y) L. 13. C. de transact. L. 7. C. de diuers. rescr. L. pen. et fin. C. si contra ius vel vtilit. publ. cap. 2. 3. 8. 15. 17. 19. 20. 22. 26. X. de rescr.

z) Boehmer Ius eccles. Prot. Lib. I. tit. 3. §. 4.

a) c. 20. X. de sent. et re iud. c. 4. X. de procur. c. 7. X. de donat. int. vir. et vxor.

b) c. 38. X. de offic. et pot. iud. deleg. c. 6. X. de transact. c. 33. X. de testib.

c) c. 6. X. de renunc. c. 16. in f. X. de sent. Boehmer l. c. §. 24.

V) mußte nach dem römischen Rechte das **Original** des Rescripts insinuirt werden [d]); heutzutage aber wird das Originalrescript an die Obrigkeit, in deren Gerichtszwang die Sache gehört, eingeschickt, und diese eröfnet es den Partheyen, ertheilt ihnen auch auf Verlangen Abschrift davon, damit sie nöthigen Falls Vorstellung dagegen überreichen können. Das **Original** muß zwar den Partheyen auf Verlangen vom Richter vorgezeigt werden, ausgehändigt wird es ihnen aber nicht, sondern kommt zu den Acten. Vor der Eröfnung hat das Rescript keine Kraft. Bey einigen Gerichten wird ein besonderer Termin zur Eröfnung des Rescripts angesetzt, wozu die Partheyen vorgeladen werden; bey andern Gerichten aber setzt man keinen Eröfnungstermin an, sondern schickt den Partheyen blos die Abschrift des Rescripts zu ihrer Nachricht zu.

Nachdem die Eigenschaften der heutzutage üblichen Rescripte angeführt worden, muß ich von den Folgen eines **erschlichenen** Rescripts das nöthige anführen. Ueber diese wichtige Materie, findet man ebenfalls verschiedene Behauptungen in den Schriften der Rechtsgelehrten, die jeder praktische Rechtsgelehrte kennen muß. Herr HR. **Glück** trägt S. 526 folgende Grundsätze vor. — Wider ein heimlich erschlichenes Rescript kann sich der **Impetrat**, dem es zum Nachtheil gereicht, mit einer Einrede schützen, die nach dem Unterschiede der Fälle bald exceptio subreptionis, bald exceptio obreptionis heißt. Ist nemlich das Rescript durch Anführung **falscher** factischer Umstände erschlichen worden, so steht demselben die **Einrede der Subreption** entgegen; ist es aber durch Verschweigung **wahrer**, zur Sache gehöriger Umstände veranlaßt worden, so findet dagegen **die Einrede der Obreption** statt. Dieses sind die gewöhnlichen Begriffe, die sich auf das c. 20. X. de rescr. gründen. Andere erklären die Sache gerade umgekehrt [e]), und überhaupt drücken sich die ältern Rechtslehrer sehr unbestimmt dar-

d) L. 3. C. de diuers. rescr. c. 59. X. de appellat.
e) Volck. Bechmann D. de sub- et obreptione, cap. 1.

darüber aus. Einige nennen auch beyde zusammen exceptionem mendacii. Ueber die Frage, ob zwischen den gedachten Exceptionen ein wahrer Unterschied anzunehmen sey, stimmen die Meinungen der Rechtsgelehrten nicht mit einander überein. Einige [f]) verwerfen allen Unterschied, weil in den Gesetzen Sub- und Obreption als gleichbedeutend genommen würden. Sie berufen sich auf die L. 10. §. 2. D. de in ius voc. L. 8. §. 1. D. de neg. gest. L. 1. §. 1. D. si a parente quis manum. L. 49. D. de bon. libert. L. 2. C. de legib. L. 1. C. si nupt. ex rescr. Andere hingegen wollen mehr als einen Unterschied gefunden haben. Sie setzen ihn 1) darinn, daß durch die Subreption ein Falsum begangen werde, nicht aber durch eine Obreption [g]); daß 2) die Einrede der Subreption nicht von den Excipienten bewiesen werden dürfe, weil dieser verneine, daß das, was dem Landesherrn vorgetragen worden, Wahrheit sey; bey der Obreption hingegen verhalte sich die Sache ganz anders. Diese müsse derjenige, der selbige zur Ausflucht vorschützt, allemal beweisen, weil er nicht blos etwas verneine, sondern behaupte, was nicht vermuthet werden könne, nämlich, daß nicht alle, und zwar wesentliche Umstände angeführt worden [h]). Allein so viel den ersten Unterschied betrift, so ist dieser offenbar ungegründet, weil, wie die Criminalisten [i]) umständlich zeigen, jede Verdrehung der Wahrheit, die auf den Schaden eines andern abzweckt, zumal wenn sie vorsetzlich ist, sie mag begehungs- oder unterlassungs-

f) Mascard de probat. Vol. III. Concl. 1123. n. 6. Friderus de Proceff. Lib. I. c. 15. §. 3. ab Eyben in Operib. S. 496.

g) Stryck D. de falsitate precum Principi oblatarum, Hal. 1699. c. 4. n. 34.

h) Boehmer Ius eccles. Tom. I. tit. 3. §. 11. Eibel im kathol. Kirchenr. 4 Thl. 1 Bd. §. 262. not. c. S. 98. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 63.

i) de Boehmer ad Carpz. Part. 2. Qu. 93. Obs. 1. Leyser Spec. 614. Koch inst. iur. crim. Lib. 2. c. 39.

lassungsweise geschehen, unstreitig ein Falsum zu nennen. Der andere bemerkte Unterschied, welcher den Beweis der vorgeschützten Einrede, daß das Rescript erschlichen sey, betrift, ist auch noch großen Zweifeln unterworfen; denn wie bekannt, sind die Rechtsgelehrten hierüber noch nicht einig. Einige [k]) wollen den Beweis ohne Unterschied dem Impetranten auflegen, weil alle Rescripte die Clausel enthalten, si preces veritate nitantur, der Impetrant aber, daß die Sache sich berichtermaßen verhalte, jederzeit gegen den Excipienten behaupte, mithin auch den Grund des Rescripts beweisen müsse. Andere [l]) hingegen verlangen den Beweis schlechterdings von dem Excipienten; denn 1) sagen sie, sey es eine gemeine Regel: reus excipiendo fit actor, er muß also fundamentum intentionis suae beweisen; 2) nach der bekannten praesumtione doli excluſiua dürfe die Begehung eines falsi von dem Impetranten nicht vermuthet werden. Diejenigen haben wohl ohne Zweifel die richtigste Meinung, welche, ohne eine beständige Regel zu geben, nach Befinden der vorkommenden Umstände bald dem Impetranten, bald dem Impetraten den Beweis auferlegt, und daher die Sache lediglich dem Ermessen eines klugen Richters überlassen wissen wollen [m]). Diese Meinung gründet sich auf die deutliche Verordnung des jüngsten Reichsabschiedes, wo es §. 80. heißt: ob aber dem Impetranten bey der Decision der ganzen Sache seine Narrata gleich anfangs zu verificiren, oder aber dem Impetrato siue reo, seine eingewendeten exceptiones sub- et obreptionis zu beweisen obliege; das lassen wir alles zur Ermäßigung und Befindung des Richters, welcher

k) MASCARD de prob. l. c. de BOEHMER l. c. §. 11.

l) ZANGER de except. Part. 2. c. 15. n. 18. BECHMANN Diss. cit. c. 3. §. 9. STRYCK Diss. cit. c. 3. EYBEN l. c. ad n. 4. SCHAVMBVRG h. t. §. 6. BOEHMER Princ. iur. can. §. 228. HOFACKER Princ. iur. Rom. Tom. I. §. 115.

m) TAFINGER Inst. iurispr. camer. §. 909. C. O. GRAEBE Disq. de exceptionibus sub- et obreptionis earumque probatione, Rintel. 1788.

cher nach Gestalt und Gelegenheit der Sachen auch deren Umständen, daraus er sich informiren muß, ob nämlich dem Kläger oder dem Beklagten das onus probandi aufzubinden sey, nach Bescheidenheit der Rechte zu urtheilen hat, anheim gestellt seyn. Diesem nach wird nun der Richter besonders auf folgende Umstände Rücksicht zu nehmen haben:

1) ob das ergangene Rescript auf bloße, oder auf bescheinigte Vorstellung, wie der jüngste R. A. §. 79. in den Worten: alle Supplicanten sollen ihre narrata zugleich etlichermaßen bescheinigen, verlangt, ertheilt worden sey, indem, wenn letzteres ist, die Sache des Impetranten so lange billig für richtig und vollständig vorgetragen angenommen werden muß, als nicht das Gegentheil vom Impetraten erwiesen worden.

2) Ob nicht solche besondere Umstände in facto vorhanden sind, welche die Sache des Impetranten verdächtig, die Exception des Impetraten aber wahrscheinlich machen; in welchem Falle sodann dem Impetranten, weil ihm die Vermuthung entgegen stehet, der Beweis des Grundes des von ihm erhaltenen Rescripts aufzulegen seyn wird, wie die Herren Revisoren des Concepts der Cammergerichtsordnung ebenfalls geurtheilt haben [n]). In Ermangelung solcher besonderer Umstände und Vermuthungen aber wird

3) der Richter im Zweifel die Beschwerde der Beweisführung dem Impetraten, er mag nun die Einrede der Sub- oder Obreption dem Rescripte entgegen setzen, auflegen müssen; denn einmal muß nach der allgemeinen Regel jeder Excipient seine Einreden beweisen, in so ferne sie wie jene, auf Thatumständen beruhen [o]). Sodann hat Excipient insgemein die Vermuthung wider sich, denn daß ein Rescript durch Sub- oder Obreption erschlichen sey, wird nicht vermuthet. Exceptio quippe sub- et obreptiones, schreibt Hr. Prof. Gräbe in der angeführten schönen Schrift über

n) Hr. v. Selchow's Concepte der C. G. O. Götting. 1782. Thl. 3. Tit. 42. not. x. S. 329.

o) L. 19. pr. D. de probat.

über diesen Gegenstand §. 14. am Ende, continet opprobrationem mendacii et falsi, a qua suspicione impetrantem liberat praesumtio viri boni. Wie schwankend die Affirmation in den Rechten ist, und wie viel bey Direction der Beweisführung auf Vermuthungen ankomme, haben viele Rechtslehrer p) gründlich gezeigt.

Uebrigens bestehet die Würkung dieser Einreden darinn, daß die Vollziehung des Rescripts, wider welches selbige vorgeschützt worden sind, bis zu Austrag der Sache ausgesetzt werden muß q). Nun stehet es zwar dem Richter, an welchen das Rescript ist erlassen worden, allerdings zu, zu untersuchen, ob die Sache dem Landesherrn der Wahrheit gemäß vorgestellt worden sey, oder nicht r); er muß sich jedoch hierinn alles eigenmächtigen Erkenntnisses enthalten, und vielmehr nach geschehener Untersuchung nöthigen Bericht davon an den Landesherrn erstatten s). Der Landesherr kann nun entweder selbst entscheiden, ob und in wie fern das Rescript für erschlichen zu halten, und daher aufzuheben sey, oder auch das Erkenntniß über die Gültigkeit des Rescripts dem Richter überlassen t). Daß der betrügerische Impetrant in einem solchen Fall auch zu den Kosten und zum Schadensersatze gehalten sey, hat keinen Zweifel u).

Herr

p) Hr. GJR. Westphal von dem rechtlichen Beweise einer Verneinung, Halle, 1783. 4. Hr. Hofr Möckert in der Dissert. de affirmatione in iure ad varias species applicata, Rint. 1772. et in Speciminib. de indole praesumtionum iuris, Rint. 1782. Götting. 1787.

q) Boehmer Ius eccles. l. c. §. 12.

r) L. 4. C. si cont. iur. L. vlt. C. eod. L. 7. C. de precib. imp offer. c. 2. X. de offic. et pot. ind. deleg. c. 7. X. de fide instr. Boehmer l. c. §. 7. Mevius Dec. Part. I. Dec. 143.

s) c. 5. et 10. X. de rescr. Mevius Part. II. Dec. 197. Wernher Comment. ad h. t. §. 4 5.

t) Boehmer Ius eccles. l. c. §. 16.

u) c. 5. X. de rescr. c. 2. eod. in 6to. Clem. 1. h. t. L. 5. C. si contr. Boehmer l. c. § 17.

Herr RR. Eichmann hat über diese wichtige Materie S. 60 des 2ten Theils seiner Erklärungen des bürgerlichen Rechts, folgende Grundsätze vorgetragen. — Es kann seyn, daß ein Rescript zwar alle Eigenschaften hat; aber dennoch ein oder der andere Theil nicht damit zufrieden ist. Es kann ihm z. B. ohngeachtet es alle angegebene Eigenschaften hat, doch wegen anderer darinn vorkommenden Umstände verdächtig vorkommen. Soll hier der Befehl, den das Rescript enthält, nicht vollzogen werden; so muß der unzufriedene Theil Vorstellung darwider thun, welches aber nicht nothwendig binnen zehen Tagen zu geschehen braucht, weil Rescripte nicht rechtskräftig werden [x]); jedoch behauptet man dieses von denjenigen, welche nach vorhergegangener vollständigen Untersuchung und nothdürftigen Anhörung der streitenden Theile gegeben worden sind [y]), und verlangt, daß binnen zehen Tagen wider solche die nöthige Vorstellung gethan werden müsse. Allein eigentlich sind dieses keine Rescripte, sondern Decrete, wie bereits gezeigt worden, welche nach der Meinung der Rechtsgelehrten, rechtskräftig werden, wenn binnen zehen Tagen keine Vorstellung dawider gethan wird. Der vorgeblich beschwerte Theil kann sich hierbey auf eine doppelte Art verhalten; er kann nämlich α) seine Nothdurft bey dem Richter, an den das Rescript erlassen worden, einbringen, und um Bericht an den Landesherrn bitten. Will er ihn aber an Vollziehung des Rescripts hindern; so muß er zugleich wider alle executivische Verfügungen protestiren, und bedingungsweise an den Landesherrn appelliren. Nun muß der Richter Bericht erstatten, und die Landesherrliche Entschließung abwarten. Er kann aber auch β) mit seiner Vorstellung sich unmittelbar an den Herrn wenden, nur muß er dem Richter, an den das Rescript gerichtet ist, Nachricht hievon ertheilen, und ihn bitten,

x) Boehmer Ius eccles. Lib. I. tit. 3. §. 9.

y) Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. 1. thes. 23. not. 5. Mevius Part. 2. Dec. 198. n. 7. Boehmer Ius eccles. Lib. I. tit. 3. §. 9.

bitten, mit allen Verfügungen bis nach eingegangenem anderweitigen Rescripte Anstand zu nehmen. Der Richter muß der Regel nach, wenn nicht besondere Umstände die Vollziehung des Rescripts nothwendig machen, diese Bitte annehmen; doch kann er eine gewisse Frist zu Beybringung eines andern Rescripts ansetzen, auch diese nach Beschaffenheit der Sache ein- oder mehrmal verlängern. Sollte der Richter dem Bittenden abschlägige Resolution ertheilt haben; so kann dieser ebenfalls wider alle Verfügungen bis nach beygebrachtem andern Rescripte protestiren und appelliren. Eine solche Appellation ist also nicht wider das Rescript selbst gerichtet; denn solche ist unerlaubt, und auch nach dem Begriffe von der Appellation unschicklich. Hat nun aber ein Rescript die angezeigten Eigenschaften nicht, so ist es ungültig; denn die Unterthanen haben ein Recht auf eine solche Einrichtung eines Rescripts. Ob es aber an sich null und ungültig sey, oder erst vermittelst einer Einrede darwider nichtig werde, darüber sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Einige behaupten das erstere [z]), andere das letztere [a]). Ich trete billig erstern bey; allein da ein jeder Unterthan den Gesetzen, in so fern sie zu seinem Vortheil gereichen, renunciren kann, so hängt es von denjenigen ab, welche es angehet, ob sie dasselbe als gültig ansehen wollen oder nicht. Dieses gilt aber nicht nur von denen, die jetzt das Rescript veranlaßt haben, sondern auch von denjenigen, die nachher in gleichen Fällen darnach sollen beurtheilt werden, denn Rescripte machen ja ein gemeines Recht. Wenn daher die strei-

z) Gonzalez ad c. 20. X. de resc. n. 8 Boehmer l. c. §. 14. Zwar reden diese Rechtsgelehrten und die, welche in der folgenden Note angeführt sind, nur von erschlichenen Rescripten; allein es müssen andere fehlende Eigenschaften eben die Würkung haben, weil in dem Mangel der Eigenschaft der Grund der Würkung zu suchen ist.

a) Gail Lib. I. Obs. 14. n. 3. seq. Engel ad tit. de resc. n. 17. Stryck de falsit. precum Principi oblatar. c. 4. n. 14. Fagnanvs ad c. 20. X. de resc. n. 20.

tenden Theile nichts wider dasselbe einwenden, so hat auch der Richter nicht nöthig Vorstellung dawider zu thun; jedoch ist er hierzu berechtigt, wenn der Mangel der Eigenschaft aus den Acten erhellet [b]). Will aber der eine oder der andere Theil es nicht für gültig erkennen, so muß er auf die Art, wie ich vorher schon angeführt habe, Vorstellung dawider thun, und seine Exception ausführen [c]); besonders findet die Ausflucht statt, daß das Rescript subreptizisch oder obreptizisch sey, wenn die Sache dem Landesherrn nicht so, wie sie wirklich ist, vorgetragen seyn sollte. Es ist aber viel unter den alten Rechtsgelehrten darüber gestritten worden, wer diese Einrede beweisen müsse, und endlich ist dieser Umstand von bewährten Rechtsgelehrten mit einem gewissen Unterschiede bestimmt worden. Nämlich derjenige, welcher sagt, daß falsche Umstände angegeben worden, und also das Rescript für subreptizisch ausgiebt, hat nicht nöthig, dieses zu beweisen, weil er in der That verneinet, daß das, was dem Landesherrn vorgetragen worden ist, Wahrheit sey. Dieses verhält sich ganz anders bey dem, welcher vorgiebt, daß wahre Umstände dem Landesherrn nicht mit vorgetragen worden, und also behauptet, daß das Rescript obreptizisch sey, denn da er nicht blos etwas verneinet, sondern behauptet, was nicht vermuthet werden kann, so muß er auch den Beweis über sich nehmen [d]). Hat nun der streitende Theil diese seine Einrede bey dem Richter, an den das Rescript ist erlassen worden, entgegen gesetzt, so sind ihm die Hände nun-

b) Boehmer l. c. §. 14.

c) Wenn blos daher, daß die vierte oder fünfte Eigenschaft des Rescripts mangelt, (nämlich Jahr, Tag, Siegel fehlt, oder das Original ist nicht vorgelegt worden), dasselbe den Verdacht der Falschheit wider sich hat; so kann nach Beschaffenheit der fehlenden Eigenschaft, entweder durch eine richtige Insinuation, Eröfnung oder auch landesherrliche Bekräftigung des Rescripts dem Mangel bald abgeholfen werden.

d) Boehmer l. c. §. 11. Wamesivs de iure pontif. Conf. I. de rescr. §. 2. Brvnnemann ad L. 11. de interr. in iure fac. n. 35.

nunmehr gebunden, und er darf das Rescript nicht vollziehen; eine Appellation ist, wie ich schon erinnert habe, unnöthig und unschicklich [e]). Sollte aber der Richter auf die gethane Vorstellung keine Rücksicht nehmen, und das Rescript vollziehen wollen; so kann sowohl wider alle Verfügungen, als auch wider seinen Ausspruch, in welchem er die Einrede des erschlichenen Rescripts verwirft, appellirt werden [f]); ja es findet auch alsdenn eine Appellation statt, wenn nach eingegangenem Rescripte von dem Richter, nachdem er beyde Theile gehört hat, eine Sentenz ertheilt wird [g]). Es ist aber nicht genug, daß der Richter mit Vollziehung des Rescripts Anstand nimmt, sondern er muß untersuchen, ob die Sache dem Landesherrn der Wahrheit gemäß vorgestellt worden sey oder nicht [h]). Ueber die Gültigkeit, die Kraft und den Sinn des Rescripts darf er nicht urtheilen, sondern nach geschehener Untersuchung muß er Bericht von der Sache an den Landesherrn erstatten [i]), welcher auf keine Weise die Einrede, daß das Rescript erschlichen worden sey, beleidigend halten darf, indem der streitende Theil sie ja blos zur Vertheidigung seines Rechts vorschützt. Es läßt sich hier eben so wenig eine Beleidigung denken, als wenn ein streitender Theil dem Landesherrn um Erklärung des Sinns des Rescripts gehörig bittet [k]). Wenn der Richter Bericht erstattet hat, so muß nun der Landesherr darüber urtheilen,

e) Lyncker in Instr. for. c. 5. Sect. 2. §. 7. Martini ad Proc. Saxon. tit. 10. §. 1. n. 240. Boehmer l. c. §. 11.

f) Lyncker Inst. for. c. 7. Part. 2. §. 7. Boehmer l. c. §. 12.

g) Mevius Part. I. Dec. 244. Wernher lect. comment. Lib. I. tit. 4. §. 4.

h) L. 4. C. si contr. ius L. f. C. eod. L. 7. C. de precib. princ. offer. c. 2. X. de offic. et pot. iud. deleg. c. 7. X. de fide instr. Boehmer l. c. §. 7. Mevius Part. I. Dec. 143.

i) L. 5. X. de rescr. c. 28. §. 3. X. de offic. et pot. iud. deleg. Mevius Part. 2. Dec. 197. Wernher lect. comm. h. t. §. 5.

k) Wernher Obs. Vol. I. Obs. 49.

ob und in wie fern das vorige Rescript abzuändern sey. Wenn er dieses thut, so muß er in dem neuern Rescripte des erstern erwähnen, indem sonst der Verdacht entsteht, daß das letztere erschlichen worden sey [l]), weil α) man von dem, welcher seine schon gefaßte Meinung ändert, vermuthet, daß er durch irrige Vorstellungen hintergangen worden sey [m]), und weil man β) auch nicht von dem Landesherrn im zweifelhaften Falle annehmen kann, daß ihm das, was er gethan hat, reue [n]). Entsteht also hierüber von neuem Streit, so gilt während desselben weder das erstere, noch das letztere [o]). Will nun aber der streitende Theil, der die Einrede, daß das Rescript erschlichen worden, für gegründet hält, sich nicht damit an den Richter, weil er vielleicht kein Zutrauen zu ihm hat, wenden, so kann er sie unmittelbar bey dem Landesherrn in einer Supplik anbringen; jedoch muß er, wie ich schon bemerkt habe, dem Unterrichter hiervon Nachricht geben, und ihn mit der Vollziehung des Rescripts Anstand zu nehmen bitten. Der Richter muß hierauf, wie ich auch schon angeführt habe, die Vollstreckung des Rescripts anstehen lassen, kann aber doch eine oder auch mehrere Fristen zu Beybringung eines andern Rescripts setzen. Sollte aber auch erst nach Ablauf einer solchen Frist das Rescript eingehen; so hat dieses auf die Würkung des Rescripts keinen Einfluß, weil der Landesherr selbst an solche Festsetzungen seines Richters nicht gebunden ist; genug, daß der streitende Theil wirklich, wie von ihm bey dem Richter vorgegeben worden ist, bey dem Landesherrn Vorstellung gethan hat. Die Wege, die ein Landesherr einschlagen kann, wenn man sich in Ansehung des widrigen Rescripts an ihn gewendet hat, sind folgende. α) Kann er gleich, ohne Berichtserstattung von dem Richter zu verlangen, ein bestätigendes oder abänderndes Rescript erlassen; β) kann er vor

Fassung

l) Wernher lect. comment. h. t. §. 5.
m) Arg. cap. cum olim X. de sent. et re iudic.
n) Novell. 81. c. 2. illud at.
o) Mevius Part. II. Dec. 182.

Fassung eines Entschlusses dem Richter eine Berichtserstattung anbefehlen, und γ) kann er an ihn den Befehl erlassen, die Sache und die vorgebrachte Einrede zu untersuchen, und nach Beschaffenheit der Umstände rechtliche Weisung zu ertheilen.

§. 98.

Was zeither vorgetragen worden, bezieht sich hauptsächlich auf allgemein verbindliche constitutiones der römischen Kaiser; und nunmehr soll auch von den besondern gesetzlichen Verordnungen das Wichtigste bemerkt werden [p]). Es giebt mehr als eine Art solcher besondern Gesetze; denn 1) einige derselben sollen nur in Rücksicht auf die Personen, die sich an den Landesherrn gewendet, und auf ihr Ansuchen eine Entscheidung oder Antwort erhalten haben, die Kraft eines Gesetzes haben, und aus diesem Gesichtspunkte betrachtet gehören die Decrete und Rescripte ebenfalls hierher, ob sie gleich in anderer Betrachtung auch bey ähnlichen Fällen als Gesetze gelten, wie wir S. 46 gesehen haben [q]).

Von diesen besondern Gesetzen sind 2) diejenigen zu unterscheiden, wodurch nach dem Willen des Regenten nur diejenigen einzelnen Unterthanen verbindlich werden sollen, auf welche bey deren Abfassung unmittelbar Rücksicht genommen worden. Hierbey findet nochmals ein doppelter Unterschied statt; denn entweder beziehen sie sich blos auf einen Auftrag zu Besorgung eines den Regenten allein betreffenden Geschäfts, oder sie enthalten einen, ohne vorhergegangenen Bericht, an ein Collegium oder an eine Magistratsperson gerichteten Befehl in Angelegenheiten, die zu ihrer Amtspflicht oder zu der Verwaltung der Justiz gehören. Die Befehle der ersten Art nennten die Römer Epistalmata, die letztern aber heißen Mandate im uneigentlichen

p) Hofacker Princ. iur. civil. Tom. I. S. 73.
q) Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. I. S. 532.

chen Verstande, desgleichen Rescripte in uneigentlicher Bedeutung.

3) Können die besondern gesetzlichen Verordnungen auch solche seyn, wodurch eine Ausnahme von der Verordnung des gemeinen Rechts veranlaßt wird, und diese nennt man Privilegien in der allgemeinsten oder uneigentlichen Bedeutung [r]). Wie ein Privilegium in der eigentlichen Bedeutung definirt werden müsse, ist sehr schwer zu bestimmen, und deswegen billigt der eine Rechtsgelehrte diesen Begriff, ein anderer jenen. Einige [s]) sehen bey der Festsetzung des Begriffs blos auf diejenigen Eigenschaften, welche von andern für bloße persönliche Privilegien gehalten werden, und wollen keine Realprivilegien statuiren. Wieder andere halten blos solche günstige Verordnungen für wahre Privilegien, wodurch der Gesetzgeber einem bestimmten Individuum eine fortdauernde Wohlthat zuerkennt, von deren Genuß andere ausgeschlossen seyn sollen [t]); und dieser Behauptung gemäß leugnen sie, daß es ungünstige Privilegien (priuilegia odiosa) gebe, wodurch dem Privilegirten ein Nachtheil zugesprochen werde. Von den mehresten Rechtsgelehrten wird hingegen der Begriff der Privilegien dahin festgesetzt, daß sowohl Realprivilegien als auch ungünstige darunter begriffen sind, und der Deutlichkeit wegen unterscheiden sie Privilegien im eigentlichen Verstande, Dispensationen und die so genannten iura singularia, wie man

r) Ge. Acac. Enenckel Bar. Hohenheim de priuilegiis iuris ciuilis, Francof. 1606. 4. I. H. Boehmer D. de finibus priuileg. regund. in *Eius* Exerc. ad Pand. Tom. I. Gebauer D. singularia de priuilegiis, Gott. 1749. et in *Eius* Exerc. acad. Vol. I. Nr. XI. de Tovllliev D. de priuilegiis, in *Eius* Collect. Diss. 15. Wasmvth D. de priuilegiorum natura generatim, et in specie de modis, quibus finiuntur vel amittuntur, Gott. 1787.

s) Alef D. de figmento priuileg. realium, Heidelb. 1741.

t) Pavli sub Praes. Siegel D. de genuino priuilegiorum conceptu, §. 15. Lipsi. 1741.

man aus den Schriften der bereits angeführten Rechtslehrer sieht, womit noch folgende u) zu verbinden sind. Was den Wortverstand des Worts Priuilegium betrift, so ist es durch Zusammensetzung der Worte priuus und lex entstanden, welches erstere Wort eben das anzeigt, was in der Folge singulus oder priuatus genennt wurde, folglich heißt privilegium nach der ersten Bedeutung des Worts lex de privo i. e. singulo, priuato, homine lata x). In diesem Verstande brauchten es auch die Römer in den ersten Zeiten ihrer Republik, und eben deswegen untersagte ein Gesetz auf den zwölf Tafeln, dergleichen Privilegien oder besondere Gesetze abzufassen, weil diese der Gleichheit der Bürger zuwider gehalten wurden. Cicero führt diese Verordnung, welche aus den Worten priuilegia ne irroganto bestanden haben soll, oft an y); die Ausleger haben aber über den eigentlichen Verstand derselben verschiedne Erklärungen gebilligt. Irrogare hieß in der reinen lateinischen Sprache bey den besten Schriftstellern so viel als populum lege rogare, vt aliquid iubeat, quod ad alterius incommodum pertinet, wie die Redensart multam irrogare beweiset z); und deswegen haben mehrere Rechtsgelehrte behauptet, durch die Gesetze der zwölf Tafeln habe man blos die nachtheiligen Privilegien verbieten wollen a). Andere Rechtsgelehrte erklären diese Worte ganz allgemein von allen Privilegien, und sagen, man

u) G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 218. Hartleben Spec. 12. med. 1. Langhaider D. de multiplici priuilegiorum significatione, eorumque notione genuina, c. 1.

x) Non. Marcellvs II. 694. Edit. Gothofr. S. 574. Gellivs in Noct. Attic. Lib. X. c. 20. Gebauer Diss cit. §. 1. 2.

y) Cicero pro Domo, c. 17. pro Sextio c. 30. de legib. c. 4. et 19.

z) Cicero Orat. pro Domo, c. 22. Ernesti Clau. Cic. v. irrogare.

a) Marcil. in Collect. et Interpr. XII. tab. S. 296. Rittershvsivs in Dodecad. Class. 2. c. 2. Noodt ad tit. de legib.

habe sie alle verbieten wollen, welche Erklärung viel für sich hat, wenn man auf die Denkungsart Rücksicht nimmt, die in Republiken herrschend ist, und wofür sich auch Cicero erklärt hat [b]). Unter der monarchischen Regierung der Kaiser wurden diese Grundsätze nicht weiter befolgt, und die Kaiser ertheilten eine große Anzahl Privilegien aller Art, die man für persönliche und Realprivilegien halten muß [c]), und es wurde am Ende der Begriff so weit ausgedehnt, daß selbst die eigentlich so genannten iura singularia, Privilegia genannt wurden, wie die Ausdrücke priuilegium dotis in der L. 74. D. de iure dot., priuilegium militare testandi in der L. 7. C. de testam. milit. und in der L. 24. D. eod. tit. beweisen, und nur Dispensationen werden davon unterschieden, und heißen in Gesetzen constitutiones personales, wie man aus §. 6. Inst. de iure nat. gent. et ciuil. und der L. 1. §. 2. D. h. t. ersieht.

Der Unterschied zwischen **Privilegien** im eigentlichen Verstande, Dispensationen und den so genannten besondern Rechten (iura singularia) zeigt sich hauptsächlich durch folgende Würkungen. Ein **Privilegium** im eigentlichen Verstande ist eine **besondere** Verordnung des Gesetzgebers, wodurch in Ansehung einer bestimmten Sache oder Person eine Ausnahme vom gemeinen Rechte dergestalt gemacht wird, daß solche nicht blos auf einen, sondern auf alle oder **mehrere** zukünftige Fälle von gleicher Art sich erstrecket. Diese Privilegien kann daher 1) nur derjenige ertheilen, den man für den **Gesetzgeber** des Staats halten muß, und eine solche Ertheilung kann nun entweder eine **ausdrückliche** seyn, oder eine **vermuthete**, welche Vermuthung derjenige für sich hat, der ein solches Recht seit **undenklichen** Jahren bereits ausgeübt hat, welches man nicht anders erhalten kann, als durch

b) CICERO de legib. Lib. 3. c. 19. RAEVARD ad Leg. XII. tab. c. 2. GOTHOFRED. ad XII. tab. GEBAVER l. c. § 8.

c) L. 3. §. 1. D. de cenſib. L. 1. §. 41—44. D. de aqua quot. et aeſt.

durch ein Privilegium [d]). Die Rechtslehrer tragen freylich über diesen Satz verschiedene Meinungen vor; und mehrere einsichtsvolle Männer leugnen es [e]); andere große Rechtslehrer [f]) aber behaupten es schlechterdings. 2) Wird ein Privilegium im eigentlichen Verstande blos einem bestimmten Individuum ertheilt, es mag solches in einer Person oder Sache bestehen, wozu auch moralische Personen gerechnet werden. 3) Wird durch ein Privilegium im eigentlichen Verstande, von der Verordnung des gemeinen Rechts eine Ausnahme für mehrere zukünftige Fälle gemacht, und dieses kann auf die Art geschehen, daß der Privilegirte Nutzen oder Nachtheil davon hat [g]). Im erstern Falle ist ein so genanntes günstiges Privilegium (priuilegium fauorabile) vorhanden, im andern aber ein ungünstiges (priuilegium odiosum). Unter die erstern gehören verschiedne Fälle, und zwar 1) wenn der Privilegirte das Recht bekommt, eine sonst allgemeine Erlaubniß allein zu genießen, und alle andere Mitbürger von der Ausübung dieses Rechts ausgeschlossen werden, in welchem Falle ein so genanntes Monopolium entsteht. Ein solches günstiges Privilegium ist 2) alsdenn vorhanden, wenn der Privilegirte ein Vorrecht erlangt hat, welches nach dem gemeinen Rechte kein Unterthan hat, sondern wovon blos der Landesherr Gebrauch machen darf; oder 3) wenn der Privilegirte von der sonst allgemeinen Verbindlichkeit eines gewissen Gesetzes für die Zukunft befreyt wird. Heutzutage ist der Ausdruck günstige Privilegien nicht gebräuchlich, sondern man sagt schlechtweg Privilegien, und versteht darunter diejenigen Vorrechte, welche nunmehr erklärt

d) c. 26. X. de V. S.

e) Thomas D. de praescr. regalium ad iura subditor. non pert. Beyer in Iure Germ. Lib. 2. c. 2. Pos. 38. Stryck Vsus mod. Lib. 44. tit. 3. §. 4.

f) Leyser Spec. 441. med. 7. Boehmer Ius eccles. Lib. 2. tit. 26. §. 45. de Cramer in Opusc. Tom. II. Opusc. I. Cocceii Qu. 2. Lib. 50. tit. 6.

g) Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 1. S. 538.

klärt werden sollen. Sie kommen auch unter der Benennung Freyheiten, Gnadenbriefe, Handfesten, vor.

Mit den Privilegien im eigentlichen Verstande sind folgende ähnliche rechtliche Geschäfte nicht zu verwechseln, und zwar 1) die so genannten **Dispensationen**. Dieses sind Verordnungen, wodurch blos in einem einzigen Falle von der Vorschrift des gemeinen Rechts für diesesmal eine Ausnahme gemacht wird, und nach der Behauptung der Rechtslehrer findet dabey ebenfalls ein doppelter Unterschied statt, wodurch die Eintheilung derselben in **günstige** und **verhaßte** entsteht, je nachdem die Dispensation zum Vortheil oder Nachtheil des Dispensirten gereicht [h]). Eine **verhaßte** Dispensation ist es, wenn der Gesetzgeber einem Verbrecher eine härtere Strafe auflegt, als nach den bereits vorhandenen Gesetzen geschehen sollte; er thut es aber, um desto mehr von diesen bösen Handlungen abzuschrecken. Ein Beyspiel kommt vor in der L. 2. D. de his qui sunt sui etc. wo der Kaiser **Hadrian** die Umbricia wegen der an ihren Sclavinnen begangenen Grausamkeit mit fünfjähriger Landesverweisung bestrafte. Ein Beyspiel vom Kaiser **Claudius** erzählt **Sueton** in seiner Lebensbeschreibung, Cap. 14. Der Unterschied von **verhaßten Privilegien** besteht darinn, daß hier die Würkung der Strafe sich bey **mehrern** zukünftigen Fällen zeigt, so oft andere Unterthanen nach dem gemeinen Rechte behandelt werden, und die Vortheile desselben genießen; bey einer **verhaßten Dispensation** wird aber die Strafe nur auf **einen** Fall eingeschränkt, und sie hat ein Ende, wenn sie einmal vollstreckt ist. Bey den **günstigen Dispensationen** kommen mancherley Arten vor, denn sie gehen entweder auf eine noch zukünftige Handlung, oder auf eine bereits geschehene. In Fällen der **ersten** Art wird die vom Gesetzgeber ertheilte Verordnung, wodurch ein Unterthan die Erlaubniß erhält, eine in den Gesetzen befohlne Handlung unterlassen, oder eine **verbotene** unternehmen

h) §. 6. Inst. de iure nat. gent. et ciuil. L. 1. §. 2. D. h. t.

nehmen zu dürfen, eine Dispensation im eigentlichen Verstande genennt. Solche Dispensationen müssen ertheilt werden, wenn sich Jemand trauen lassen will, ohne daß er aufgeboten worden, oder wenigstens nicht dreymal; oder daß die Trauung in der Fasten, oder die Adventszeit über geschehen darf, oder daß er eine Ehe in verbotenem Grade, wo aber dispensirt wird, eingehen darf, oder daß ihn ein Geistlicher in einer andern Parochie trauen darf. Diese Handlungen dürfen alle nicht eher vorgenommen werden, als nach gesuchter und erhaltener Dispensation; der Regent mag sich dieses Recht selbst vorbehalten haben, oder es durch eines seiner Collegien ausüben. Es ist also straffällig, die Handlungen vor erhaltener Dispensation vorzunehmen. Ist eine Handlung bereits wider die Gesetze vorgenommen worden, und gleichwohl soll sie als eine Ausnahme von der Vorschrift des gemeinen Rechts betrachtet werden, so muß der Gesetzgeber die nachtheiligen Würkungen derselben hindern, und dieses geschieht durch die Abolition und die Aggratiation. Erstere besteht heutzutage darinn, daß der wider eine Person angefangene peinliche Proceß nicht weiter fortgesetzt, sondern die fernere Untersuchung vom Gesetzgeber untersagt wird, und die Würkungen des Verbrechens in so fern sie in einer Strafe bestehen, völlig vernichtet werden. Eine andere Beschaffenheit hatte diese Sache bey den Römern, wovon aber hier nichts gesagt werden kann, weil erst im 16 Titel des 48sten Buchs unserer Pandekten, g. G. davon zu reden Gelegenheit seyn wird i). Man nehme z. B. den Fall an, es wird Jemand deswegen zur Verantwortung gezogen, weil er gestohlen haben soll; der Landesherr ertheilt den Befehl, die Sache soll nicht weiter untersucht werden; so ist eine Abolition des Verbrechens vorgenommen worden. Ist Jemand wegen eines überführten Verbrechens bereits zu einer Strafe verurtheilt worden, und der Regent erläßt diese Strafe entweder ganz oder zum Theil, so wird diese Handlung eine Aggra-

i) Hr. von Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 2. §. 850. S. 511. der 5ten Ausgabe.

Aggration oder Begnadigung genennt [k]). Daß die Abolition und Aggratiation als Gattungen der Dispensation in der allgemeinen Bedeutung genommen, anzusehen sind, wird von berühmten Rechtslehrern [l]) behauptet.

Von den Privilegien im eigentlichen Verstande, unterscheiden die Gesetze endlich auch noch die besondern Rechte, oder iura singularia [m]). Allgemeines oder gemeines Recht wird jede Verordnung der Gesetze genennt, die sich auf das allgemeine Beste der Bürger bezieht, und daher von allen befolgt werden muß, und allen gleiche Vortheile verschaft. Ein besonderes Recht hingegen gründet sich nur auf eigene Umstände, wobey auf besondere Vortheile dieser oder jener Bürger Rücksicht genommen wird, deren Wohlfahrt aber doch mit dem Wohl des ganzen Staats in genauer Verbindung steht. Man versteht darunter, schreibt Hr. HR. Glück, die in dem Corpus Juris enthaltene, und entweder nur einem gewissen Alter, Geschlecht, Stand oder Classe von Personen, oder einer Gattung von Sachen zukommende, oder allen und jeden Unterthanen, in so fern sie sich in einem gewissen Falle befinden, z. B. in Verfall ihres Vermögens gerathen, oder Bürgschaft geleistet, u. dgl. verheissene besondere Rechte. Der Jurist Paulus versteht noch mehr darunter, wie man aus der L. 16. D. de legib. sieht, wo es heißt: *ius singulare* est, quod contra tenorem rationis, propter aliquam vtilitatem, auctoritate constituentium introductum est. Nach seiner Behauptung ist es ein solches Recht, so aus irgend einem Grunde des gemeinen Bestens, der Nothwendigkeit oder Billigkeit, gegen die Regel

k) Hr. v. Quistorp a. a. O. Thl. 2. S. 506.

l) de Bode Praes. G. B. Beckmann D. de aequitate privilegii odiosi et potestate imperantis circa illud, Gott. 1750. §. 3. S. 10.

m) Io. Oldendorp Comm. de iure singulari, in *Eius* var. lect. Colon. 1540. fol. Cviacivs Obs. Lib. 15. c. 8. Conradi D. ad Pauli ex libro singulari de iure singulari reliqua, Lipf. 1728.

gel des gemeinen Rechts, es sey auf welche Art es wolle, durch die Gesetze eingeführt worden. Die Anzahl dieser Fälle ist sehr groß. Weil diese Rechte mehrentheils in Vortheilen bestehen, so heißen sie Rechtswohlthaten, beneficia legis. Eben deswegen kann man sie auch vortheilhafte Verordnungen neuerer Gesetze nennen, wovon man sonst nichts wußte. Das alte römische Recht weiß z. B. nichts davon, daß ein Minderjähriger, der durch einen Contract Schaden gelitten hat, sich dagegen in den vorigen Stand einsetzen, das heißt, den Contract für ungültig erklären lassen kann; die neuern Gesetze geben aber den Minderjährigen dieses Recht. Die Weibspersonen, welche sich verbürgen, müssen nach dem alten römischen Rechte so gut als die Mannspersonen bezahlen; ein neues Gesetz aber, nämlich der Vellejanische Rathsschluß, erklärt ihre Bürgschaft für ungültig. Nach dem alten römischen Rechte muß ein Erbe schlechterdings alle Schulden seines Erblassers bezahlen, und wenn er auch sein eigenes Vermögen dazu hergeben müßte. Die neuern Gesetze haben aber zu seinem Vortheile die Rechtswohlthat des Güterverzeichnisses eingeführt. Wenn er über die ganze Erbschaft ein Inventarium machen läßt, so bezahlt er nicht mehr, als er geerbt hat. Paulus führt noch andere Beyspiele zur Erläuterung seines in der angeführten L. 16. D. de legib. vorgetragenen Begriffs an, namentlich in der L. 63. D. de vsufr. und in der L. 54. D. soluto matr., welche in seinem Buche de iure singulari vorkommen. Sehr merkwürdig ist dieses letzte Gesetz, schreibt Hr. HR. Glück, da es ein Beyspiel von einem iure singulari abgiebt, quod *contra tenorem iuris singularis* introductum est. Nach der Regel des gemeinen Rechts kann nämlich jeder Gläubiger verlangen, daß ihm der Schuldner seine Forderung ganz und ohne Abzug bezahle. Er kann deshalb den Schuldner auspfänden, und ihn bis auf den letzten Heller exequiren lassen, wie in der L. 84. D. de iure dot. zu verstehen gegeben wird. Allein die Billigkeit erforderte, aus mancher Rücksicht von dieser Strenge des Rechts abzuweichen, und die Auspfändung gegen einen verarmten Schuldner nicht aufs

äusserste

äusserste zu treiben. Dies ist der Fall bey Eheleuten, wenn die Frau ihr Heyrathsguth zurückfordert; bey Eltern und Kindern; bey Schwiegereltern, wenn der Schwiegersohn bey dem Leben seiner Ehefrau, das versprochene Heyrathsguth von jenen fordert; bey Geschwistern; bey Gesellschaftsgenossen; auch bey einem Donator, wenn er eine so unmäßige Summe verschenkt hat, daß er an den Bettelstab gerathen würde, wenn er sie ganz bezahlen sollte. Solche und noch mehrere andere Personen, denen die Gesetze diese Wohlthat ertheilen, darf man nun nicht ganz auspfänden, sondern man muß ihnen so viel lassen, als sie zur Erhaltung ihres Lebens nöthig haben n). Man nennt dieses die Rechtswohlthat der Competenz, und daß dieselbe ein sehr exorbitantes und besonderes Recht sey, ist ganz unläugbar. Entsteht nun aber die Frage, wie viel solche Personen, denen die Competenz zu lassen, ohne Abbruch des nothwendigsten Unterhalts, bezahlen können, so geht es nach der Regel, die uns Ulpian in der L. 16. D. de re iud. giebt, nämlich man sieht bey der Competenz nur auf den gegenwärtigen Vermögenszustand des verarmten Schuldners selbst, ohne auf dessen übrige Schulden Rücksicht zu nehmen (non deducto aere alieno). Ist nun das Vermögen des Schuldners vollkommen hinreichend, den Gläubiger, der ihn belangt hat, zu befriedigen, so daß nach Abzug der Schuld noch immer so viel übrig bleibt, als der Schuldner zur Nahrung und Nothdurft braucht, so ist er die Forderung ganz und ohne Abzug seinem Gläubigern zu bezahlen schuldig, und er kann demselben nicht entgegen setzen, daß er noch mehrere Gläubiger habe, die er nun, ohne Verlust des nothdürftigsten Lebensunterhalts zu befriedigen außer Stande sey. Occupantis enim melior est causa, sagt Paulus in der L. 19. D. pr. de re iud. Von dieser Regel der Comperenzwohlthat ist jedoch durch eine Constitution des Kaisers Diuus Pius, deren in der L. 12. D. de donat. der L. 33. D. de iure dot., der L. 41.

n) L. 16. 17. 20. 21. 22. 30. D. de re iud. L. 63. D. pro socio, L. 173. D. de R. I.

41. §. fin. D. de re iud. Erwähnung geschieht, bey dem Donator eine sehr merkwürdige Ausnahme gemacht worden, welche auch Paulus in der L. 54. D. sol. matr. auf folgende Weise bemerkbar zu machen gesucht hat, indem er schreibt: vt, ex donatione conuentus, *omni aere alieno deducto*, facere posse intelligatur. Bey diesem muß also erst nach Abzug aller Schulden, die Competenz bestimmt werden o). Endlich bemerke ich noch, daß einige Rechtsgelehrte gewisse Umstände, wodurch sich besondere Rechte und Privilegien im eigentlichen Verstande unterscheiden sollen, für gegründet halten, andere solche aber verwerfen. Hr. RR. Eichmann schreibt: es unterscheidet sich das besondere Recht von den Privilegien im eigentlichen Verstande auf verschiedne Weise; denn α) giebt schon einen großen Unterschied selbst die Zusammenhaltung der Begriffe an, wobey ich aber nicht nöthig habe, mich aufzuhalten; β) Besondere Rechte werden ordentlich bekannt gemacht, und brauchen daher eben so wenig als die, welche schon in unserm Corpus iuris vorkommen, eines Beweises, wenn nur nicht die Bekanntmachung derselben selbst geleugnet wird; die Privilegien hingegen pflegen der Regel nach nicht ordentlich bekannt gemacht zu werden, und ist deswegen ein Beweis derselben erforderlich, wenn man sie leugnet. In Ansehung der Privilegien der Reichsstände, ist nicht nur eine Insinuation derselben bey dem Reichskammergericht nöthig, sondern sie müssen auch für insinuirt angenommen werden, wenn sie von Würkung seyn sollen. Endlich γ) zeigt sich auch darinn ein merklicher Unterschied, daß die sogenannten besondern Rechte, der Kaiser nicht anders als mit Einwilligung der Reichsstände einführen kann; hingegen das Recht Privilegien im eigentlichen Verstande zu ertheilen, zu den dem Kaiser vorbehaltenen Rechten gehört p). Ver-

o) L. 19. §. 1. L. 49. D. de re iudic.

p) Hartleben Spec. 12. med. I.

Verschiedne q) glauben, daß auch noch in folgenden Stücken ein Unterschied unter den besondern Rechten und den Privilegien im eigentlichen Verstande zu finden sey: nämlich α) giengen besondere Rechte auf die Erben über, die Privilegien in der angezeigten Bedeutung aber nicht; β) jene würden nur Unterthanen gegeben, diese aber auch andern; γ) jene brauchten nicht eben eingeschränkt erklärt zu werden, bey diesen aber sey es um deswillen, weil sie verhaßt wären, nothwendig; δ) in Ansehung jener finde keine Begebung statt, wohl aber in Ansehung der letztern; ε) die Dauer jener hänge von der Willkühr des Landesherrn ab, hingegen diese könnten nicht allezeit wieder genommen werden; und endlich ζ) hörten jene durch den Nichtgebrauch nicht auf, wohl aber würden diese hierdurch verlohren. Allein, theils sind dieses, schreibt Hr. RR. Eichmann, keine beständigen Unterscheidungsmerkmale, theils sind sie es auch gar nicht, wie aus demjenigen, was ich noch von Privilegien sagen werde, erhellen wird.

§. 99.

Man würde die Natur der Privilegien im eigentlichen und uneigentlichen Verstande nicht gehörig kennen, wenn man nicht auch wüßte, worinn sie mit einander übereinkommen. Ihre Uebereinstimmung zeigt sich,

1) Daß man sich nur in den Fällen, worinn wirklich vom Gesetzgeber eine Ausnahme gemacht worden, darauf berufen darf, und nicht in andern ähnlichen Fällen, wenn auch gleich eben der Grund vorhanden seyn sollte r). Wenn daher Cajus die Erlaubniß erhalten hat, eine Person, die mit ihm zu nahe verwandt ist, heyrathen zu dürfen, so darf ein anderer sich nicht darauf berufen, und eben diese Heyrath

q) Kobes D. de effectu hodierno priuilegiorum aeui antiquioris, cap. I. §. 6. Rüslin von besondern weiblichen Rechten, 1. B. 1. Abschn. §. 6. u. f.

r) L. 14. D. de leg. §. 6. Inst. de I. N. G. et C.

rath schliessen [s]), ob er gleich keine Dispensation erhalten hat.

2) Beyde Arten der Privilegien, weil sie eine Ausnahme vom gemeinen Rechte enthalten, werden nicht vermuthet, und daher gehts so lange nach dem gemeinen Rechte, bis ihre Existenz gewiß ist. Privilegien im eigentlichen Verstande müssen daher als ertheilt bewiesen werden, weil sie der Gesetzgeber nicht, wie andere Gesetze, publicirt; jedoch bedürfen die in unserm Corpus iuris enthaltenen besondern Rechte keines Beweises, wie bereits S. 493 gesagt worden.

3) Kann Niemand, der Regel nach, gezwungen werden, wider seinen Willen von einer, ihm durch ein Privilegium oder besonderes Recht ertheilten Wohlthat, Gebrauch zu machen, weil man Wohlthaten Niemanden aufdringt. Eben deswegen kann der Privilegirte sich seines Vorrechts begeben, wenn es ihm so gefällt; jedoch darf dieses alsdenn nicht geschehen, sondern er muß sich nach dem Privilegium richten, wenn er dem Wohl des Staats, oder den Rechten einer dritten Person dadurch schaden würde, dieses aber nicht geschehen soll. Auf diese Beschaffenheit der Sache gründen sich die Grundsätze von der Renunciation der Privilegien, wovon S. 76. etwas gesagt worden. Es geht daher z. B. an, daß Jemand von der ihm zustehenden Rechtswohlthat des nothdürftigen Unterhalts keinen Gebrauch macht, wenn er nicht will, weil dieses Vortheil auf die Rechte dritter Personen keinen Einfluß hat. Hingegen geht es nicht an, daß ein Geistlicher oder ein Akademicus sich seines privilegirten Gerichtsstandes begeben darf, weil der Gebrauch dieser Rechtswohlthat mit den Rechten des geistlichen Richters unzertrennlich verbunden ist, und diesem durch den Nichtgebrauch der Rechtswohlthat offenbar unrecht geschehen würde [t]).

s) Theophil ad §. 6. Inst. de I. N. G. et C. c. 9. X. de priuil.

t) Auth. hab. Cod. ne filius pro patre. G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 222. n. 1.

4) Weil Privilegien nur in den Fällen eine Ausnahme von dem gemeinen Rechte verstatten, wo dieses nach dem Willen des Gesetzgebers geschehen soll, so dürfen sie auch nicht eher ausdehnend erklärt werden, als in sofern es dem Willen und der Absicht des Gesetzgebers gemäß ist. Nach Anleitung dieses Satzes kann die wichtige Materie von der Auslegung der Privilegien erklärt werden, worüber man in den Schriften der Rechtsgelehrten von einander sehr abweichende Grundsätze antrift, wie man sich aus dem, was der Hr. RR. Eichmann und der Hr. HR. Glück darüber gesagt haben, leicht überzeugen kann.

Es wird nicht nur über die Art und Weise, wie Privilegien erklärt werden müssen, gestritten, sondern auch darüber, wer das Recht habe, dieses zu thun. Verschiedne u) behaupten, daß dieses Recht blos dem Landesherrn zustehe. Sie berufen sich auf die L. 191. D. de reg. iur., und auf die L. 43. Pr. D. de vulg. et pup. substit. Andere machen einen Unterschied, und glauben, daß zwar alsdenn der Richter die Privilegien auslegen könne, wenn davon die Rede sey, ob wider dasselbe gehandelt worden, oder nicht; wenn es aber auf den Verstand und die Würkung desselben ankomme, gehe es nur nach der Bestimmung des Gesetzgebers oder seiner Regierung. Wieder andere x) machen einen Unterschied zwischen Privilegien, die aus Gnaden verliehen worden, und solchen, die man durch einen Vertrag erlangt habe. Jene dürfe der Richter auslegen, und nur alsdenn könne der Regent sich dieses Rechts bedienen, wenn durch die Regeln der Auslegungskunst kein vernünftiger Sinn herausgebracht werden könne; bey letztern aber dürfe der Regent niemals die Erklärung des Privilegiums vornehmen. Hr. RR. Eichmann schreibt S. 76. des 2ten Theils seines Commentars; ich kann keiner von diesen Meinungen beytre-

u) Mevius Part. 5. Dec. 305. Hert. Tom. 2. Resp. 717. n. 1. Pfeffinger ad Vitriar. Tom. III. S. 1236.
x) Hartleben Spec. 14. med. 1.

beytreten; denn man hat die Sache nicht aus dem rechten Gesichtspunkte betrachtet, und auch oft die Frage mit in den Streit eingemischt, ob und in wie fern eine ausdehnende Erklärung statt finde. Nach meiner Meinung kann der Richter diese besondern landesherrlichen Verordnungen, sie mögen Privilegien im uneigentlichen oder eigentlichen Verstande seyn, in eben den Fällen auslegen, in welchen er in Ansehung anderer bey Streitigkeiten angeführten Gesetze, ein solches Recht hat; nur muß er in Ansehung der Art und Weise, sie auszulegen, ihre besondere Natur nicht aus den Augen setzen; denn α) gleichwie man überhaupt den Landesherrn um die Bestimmung des Sinnes eines Gesetzes nicht bitten darf, wenn man denselben finden kann, und daher eine authentische Erklärung in Ermangelung einer Verordnung, die etwas anders festsetzet, nur alsdenn statt hat, wenn das Gesetz so zweifelhaft oder dunkel ist, daß man durch die Regeln der Auslegungskunst nicht hinter den Sinn derselben kommen kann, so muß man auch dieses in Ansehung der besondern landesherrlichen Verordnungen behaupten, da sie ja auch Gesetze sind. β) Ihre besondere Natur zeigt sich in der ihnen beyzulegenden Kraft und Wirkung. Da sie diese behalten können und müssen, wenn sie der Richter auslegt, so nimmt auch die Natur derselben dem Richter dieses Recht nicht. Auch ist γ) kein Gesetz vorhanden, welches das Recht des Richters, Gesetze auszulegen, auf eine solche Art einschränkt. Auf die L. 192. D. de reg. iur. darf man sich nicht berufen. Die Worte dieses Gesetzes sind folgende: Neratius consultus, an quod beneficium dare se, quasi viuenti, Caesar rescripserat, iam defuncto dedisse existimaretur, respondit, non videri sibi, Principem, quod ei quem viuere existimabat, concessisset, defuncto concessisse: *quem tamen modum beneficii esse vellet, ipsius existimationem esse.* Dieses Gesetz unterstützt vielmehr die Behauptung, daß der Richter Privilegien erklären dürfe; denn der Jurist Neratius erklärt ja in dieser Stelle selbst, wie das Privilegium, von dem die Rede war, müsse verstanden werden, und giebt nur zugleich zu verstehen,

daß der Gesetzgeber die Kraft eines Privilegiums weiter ausdehnen könne, als es nach der blossen Natur desselben angenommen werden dürfe. Eben diese Gedanken äußert Paulus in der L. 43. D. de vulg. et pup. substit., wo es heißt: *beneficia quidem principalia ipsi Principes solent interpretari:* verum voluntatem Principis inspicientibus potest dici etc. Wenigstens enthalten diese Worte keine Verordnung, daß ein Richter und Rechtsgelehrter die Privilegien nicht auslegen dürfe. Es kann daher δ) die Meinung der Rechtgelehrten, daß man die Fälle, da wider ein Privilegium gehandelt worden sey, von solchen unterscheiden müsse, wo es auf den Sinn und die Wirkung des Privilegiums ankomme, schlechterdings nicht angenommen werden y), indem dieser Unterschied, welcher an sich schon ohne Gesetz gemacht wird, theils den Grundsätzen von dem Recht des Richters, Gesetze auszulegen, zuwider, theils aber auch der Fall, da wider ein Privilegium gehandelt worden, den andern Fall mit begreift, oder welches ich eigentlich damit sagen will, das Auslegungsrecht in Ansehung des erstern Falls nicht leicht ausgeübt werden kann, ohne sich zugleich in Rücksicht des letztern Falls desselben zu bedienen. Endlich ε) ist auch kein Grund vorhanden, bey dieser Streitfrage einen Unterschied unter Privilegien, die aus Gnaden ertheilt worden, und solchen, die sich auf einen Vertrag gründen, zu machen, wenn auch wirklich die Privilegien so unterschieden werden könnten; denn der Richter muß die Gesetze, und also auch die Privilegien nach ihrem richtigen Verstande anwenden, es mögen solche erworben seyn, wie sie wollen; dieses könnte er aber nicht thun, wenn ihm das Recht fehlte, dunkele Privilegien den Grundsätzen der Sache gemäß, auszulegen. Ob aber die Willkühr des Landesherrn bey der Auslegung der aus Gnaden verliehenen Privilegien weiter gehe, als bey solchen, die sich auf einen Vertrag

y) Pütter Progr. de iure et officio iudicis circa interpretationem priuilegiorum, §. 5.

Vertrag gründen, ist ein Umstand, der zur Beantwortung der gegenwärtigen Frage gar nicht gehört.

Was nun aber die Art und Weise anbetrift, wie Privilegien erklärt werden müssen, so findet man in den Schriften der Rechtsgelehrten z) hierüber ebenfalls verschiedne Behauptungen vorgetragen. Einige behaupten schlechtweg, daß Privilegien **ausdehnend** erklärt werden müssen; andere nehmen die gerade entgegengesetzte Meinung an, und wollen keine andere als die einschränkende Auslegung billigen. Noch andere behaupten, daß, ob zwar an sich die angeführte Meinung, der Regel nach, ihre Richtigkeit habe, sie doch nicht von dem Falle zu verstehen sey, wo das Privilegium blos zum Nachtheil desjenigen gereicht, der es ertheilt hat; auch machen viele einen Unterschied zwischen der **gesetzlichen** Auslegung und der **doctrinellen**. Die erstere kann nach dieser Meinung **ausdehnend** seyn, und hierher gehöre die L. 191. D. de reg. iur.; bey der letztern aber unterscheiden sie wieder, ob das Privilegium zum **Nachtheil** eines dritten gereiche, oder ob dieses der Fall nicht sey. Bey erstern Umständen sey es eingeschränkt zu erklären, nach der L. 2. §. 16. D. ne quid in loco publ.; hingegen im letztern Falle müsse eine **ausdehnende** Auslegung gebilligt werden, und davon rede die L. 3. D. de const. princ.

Ich kann keiner von diesen verschiedenen Meinungen so schlechterdings beytreten, schreibt Hr. RR. **Eichmann**, sondern meine Gedanken hierüber, wodurch ich zugleich den von mir angenommenen Satz genauer bestimme, sind diese. — Da Privilegien Gesetze sind, so muß auch nach der bekannten Regel: was von dem Geschlecht gilt, das muß

z) **Thomas.** D. de interpretat. beneficiorum Principis, **Stryck.** D. de interpretatione priuilegiorum. **Pütter** Pr. de iure et officio iudicis circa interpretationem priuilegiorum, in *Eius* Opusc. ad rem iud. imp. n. 5. **Idem** Pr. de iure et offic. summor. Imp. tribunal. circa interpr. priuil. caesar. **Ibid.** n. 6. **Hartleben** Spec. 14.

auch von den Arten desselben gelten, in Ansehung der Auslegung der Privilegien das angenommen werden, was von der Auslegung der Gesetze überhaupt behauptet wird; mithin kann man keine solche Erklärung des Privilegiums vornehmen, wenn das Privilegium nicht dunkel, sondern deutlich ist. Ist aber eine solche Dunkelheit in demselben zu finden, so muß man den Sinn desselben aus dem Wortverstande, oder, wenn man sieht, daß der Ertheiler desselben mehr oder weniger dabey gedacht hat, aus dem Grunde desselben herauszubringen suchen, und so wie die gesetzliche Auslegung der Gesetze, theils ausdrücklich, theils stillschweigend von dem Gesetzgeber geschehen kann, so läßt sich dieses auch bey den Privilegien denken. Gleichwie endlich die Gesetze grammatisch und logisch ausgelegt werden können, letzteres aber bald einschränkend, bald blos erklärend und bald ausdehnend geschehen kann, so wird man dieses auch an sich in Ansehung der Privilegien mit Grunde nicht leugnen können [a]). Weil nun aber die Privilegien etwas außerordentliches und abweichendes von dem gemeinen Rechte enthalten, alles aber, was diese Beschaffenheit hat, so erklärt werden muß, daß, in wiefern die natürliche Beschaffenheit der Sache es nicht verlangt, man von dem gemeinen Rechte nicht abweiche [b]), so bestimmt dieser Umstand die Regeln der Auslegungskunst in Ansehung der Privilegien, nach der ihnen wegen der Abweichung von dem gemeinen Rechte, und des ausserordentlichen, was sie enthalten, eigenen Natur. Dieses will aber weiter nichts sagen, als daß Privilegien dergestalt ausgelegt werden müssen, daß man so wenig wie möglich von dem gemeinen Rechte abweiche [c]), wenn der Sinn und Wille des Ertheilers, worauf man natürlicher Weise immer sehen muß [d]), und den man

a) Walch Introd. in controu. in Prol. c. 2. §. 3. n. 1.
b) L. 3. §. 1. D. de negot. gest.
c) L. 33. pr. C. de inoff. testam.
d) Mevius P. 2. Dec. 114. n. 5. Wernher lect. comment. h. t. §. 10.

man gewissermassen aus dem Inhalte, und der Bitte um das Privilegium mit erkennen kann, nicht ganz deutlich ist, wie im c. 6. X. de fide instr. gesagt wird. So kann man z. B. in einem zweifelhaften Falle nicht annehmen, daß ein Privilegium dinglich, sondern, daß es ein persönliches sey. Weil nun aber die Privilegien von verschiedner Art sind, so muß auch zugleich bey ihrer Auslegung auf die Art des Privilegiums, wovon die Rede ist, gesehen werden. So ist 1) bey Privilegien, wodurch gewisse Regalien verliehen worden, noch ein besonderer Grund vorhanden, sie eingeschränkt zu erklären [e]). Wenn daher z. B. Jemand in Ländern, wo man die Jagd für ein Regale hält, durch ein Privilegium das Recht, an einem Orte zu jagen, bekommen haben sollte, so kann im zweifelhaften Falle doch nur die niedere Jagd für ertheilt angenommen werden. 2) Wenn das Privilegium ein verhaßtes ist, so ist auch hier noch ein besonderer Grund vorhanden, es eingeschränkt zu erklären. 3) Privilegien, die vermittelst eines Vertrages, durch einen beschwerlichen Titel erworben worden, müssen so ausgelegt werden, daß auf die Natur des Vertrags zugleich Rücksicht genommen wird [f]). Daher muß in einem zweifelhaften Falle die Auslegung zum Besten desjenigen gemacht werden, der in Schaden kommen würde, und folglich wider denjenigen, der einen Vortheil und Gewinn zu ziehen sucht [g]). Der Landesherr kann 4) jederzeit die Gnade und Wohlthat, die er Jemandem durch das verliehene Privilegium ertheilen wollen, nach seinem Gefallen ausdehnen. So verstehe ich die L. 191. D. de reg. iur., wo es heißt: Principis esse existimationem, quem modum sui beneficii esse velit. Jedoch muß man auch annehmen, daß, wenn der Ertheiler bey der Erweiterung seiner Gnade

e) Wernher Part. 4. Obs. 58. Schilter Exercit. 1. §. 22.

f) Wernher Obs. P. VII. Obs. 86. Mich. God. Wernher in lect. comment. h. t. §. 10.

g) Hommel Obs. 589.

und Wohlthat über den Sinn des Privilegiums hinaus gehet, in der That ein neues Privilegium entstehe, so wie dieses in Ansehung der Gesetze überhaupt behauptet werden muß. Keinesweges aber findet 5) etwas besonderes statt, wenn das Privilegium blos zum Nachtheil des Landesherrn gereicht. Zwar behaupten mehrere berühmte Rechtslehrer [h]), daß in diesem Falle, eben wegen dieses Umstandes das Privilegium ausgedehnt erklärt werden müsse. Es scheint aber diese Meinung ungegründet zu seyn, wenn nicht andere Umstände vorhanden sind, die eine solche ausdehnende Auslegung rechtfertigen; denn α) verlangt die Gerechtigkeit, daß, wenn der Landesherr mit seinen Unterthanen Verträge eingeht, er nicht schlechter behandelt werde, als seine Unterthanen. Da nun, wenn letztere Verträge mit einander schliessen, wodurch der eine von ihnen dieses oder jenes Recht fahren lässet, diese Begebung nur darauf geht, was man eigentlich beabsichtigt hat, so kann der Landesherr nicht nachtheiliger beurtheilt werden; besonders da β) sein Wille ein Gesetz macht, und daher die Ueberschreitung seines Willens eine den Gesetzen zuwider laufende Handlung seyn würde; welche γ) um so weniger gebilligt werden könnte, weil schon die Natur eines Privilegiums an sich, eine einschränkende Auslegung desselben, dem Willen der Gesetze gemäß, verlangt, und δ) kein Gesetz vorhanden ist, das überhaupt eine solche Auslegung der Privilegien, die blos zum Nachtheil des Regenten gereicht, billigt; denn ob man sich ε) gleich auf die L. 3. D. de const. princ. beruft, wo es heißt: beneficium Imperatoris, quod a diuina scilicet eius indulgentia proficiscitur, *quam plenissime* interpretari debemus, so sagen diese Worte dennoch weiter nichts, als daß jedes Privilegium dergestalt erklärt werden müsse, daß derjenige, dem es ertheilt worden, den völligen Genuß desse-

h) Stryck D. de priuil. interpr. c. 4. seq. Zasius ad tit. de constit. princ. n. 1. Leyser Spec. 10. med. 3. Pütter Pr. de iure et offic. iudic. circ. int. priu. §. 7.

desselben nach seinem ganzen Umfange, so wie es der Wille des Landesherrn gewesen, erlange. Was endlich ζ) die Beyspiele anbetrift, welche der Hr. v. Leyser anführt, bey denen eine solche ausdehnende Auslegung gemacht worden, so ist seine Entscheidung zwar richtig, aber auf das angeführte Gesetz braucht er sich nicht zu beziehen; denn wenn der Sinn, die Natur des Privilegiums oder Geschäfts, worauf es gehet, nicht weniger die Natur des Vertrags, wodurch es erworben worden, die Ausdehnung desselben verlangen, so darf solche allerdings geschehen. Hr v. Leyser führt folgende Beyspiele an. — Der Regent giebt einem seiner Diener vermöge eines Privilegiums das Recht, das für sein Guth nöthige Holz aus einem in der Nähe liegenden Walde hohlen zu dürfen. Weil man dieses Privilegium in der Folge blos vom Brennholze und nicht vom Bauholze verstehen will, so muß die Auslegung des Privilegiums geschehen. Hier entscheidet nun der Hr. v. Leyser nach der L. 3. D. h. t. ganz richtig, daß das Privilegium auch vom Bauholze zu verstehen sey. Man braucht sich aber hier gar nicht auf das angeführte Gesetz zu berufen, da es schon der Wortverstand des Privilegiums mit sich brachte, eine solche Erklärung als richtig anzunehmen. Das andere Beyspiel enthält den Fall, daß der Landesherr ein gewisses Guth, gegen Bezahlung von 1600 Rthalern. von allen Landesbeschwerden befreyet hatte. Da zehen Jahre nachher die Consumtionsaccise eingeführt wurde, so stritt man darüber, ob das Guth auch hiervon frey bleibe. Herr v. Leyser behauptet es mit Recht, und beruft sich wieder auf dieses Gesetz. Dieses thut aber nichts zur Sache, weil Niemanden sein wohlerworbenes Recht anders wieder genommen, ja nicht einmal geschmälert werden darf, als wenn es die Wohlfahrt des Staats verlangt. Hier würde aber das durch ein Privilegium erlangte Freyheitsrecht des Guthsbesitzers durch das neuere Gesetz geschmälert worden seyn, wenn man es nicht von der Consumtionsaccise ausnehmen wollen. Eigentlich kann aber von diesem Falle nicht gesagt werden, daß hier eine ausdehnende Erklärung des Privilegiums gemacht worden, weil blos davon die Rede war,

war, ob das Gesetz, wodurch die Consumtionsaccise eingeführt worden, seine Würkung auch in Rücksicht auf das privilegirte Guth äußern könne. Diesen Grundsätzen gemäß kann man die Meinung derjenigen Rechtslehrer i) für gegründeter halten, welche behaupten, daß ein Privilegium, wenn es auch gleich blos zum Nachtheil des Ertheilers gereichen würde, dennoch der Regel nach nicht ausgedehnt erklärt werden müsse.

Herr HR. Glück erklärt sich S. 5. 6. folgendermaßen über diese wichtige Materie. — Privilegien lassen keine ausdehnende Erklärung zu, außer in sofern solches dem Willen des Regenten oder Gesetzgebers gemäß ist. Sie sind also stricte zu erklären, insofern sie a) die natürliche Freyheit einschränken, oder sonst andern Mitbürgern zum Nachtheil gereichen; denn Niemand darf durch Privilegien in seinem wohlerworbenen Rechte gekränkt werden. Doch aber muß die Auslegung immer so geschehen, daß die Gnade, welche der Landesherr dem Privilegirten angedeihen lassen wollte, nicht vereitelt werde, sondern letzterer derselben nach der Absicht des Ertheilers so vollkommen, als möglich, genieße, so weit es saluo iure tertii quaesito geschehen kann k). Wie aber, wenn b) das Privilegium blos in die landesherrliche Gerichtsame einschlüge, und nur dem Regenten, der solches ertheilt hat, allein zum Nachtheil gereichet, findet auch gegen den Landesherrn die restrictive Auslegung statt? z. B. wenn das Privilegium eine Befreyung von Steuern, oder die Ertheilung des sonst dem Landesherrn zustehenden Abzugsrechts, der Jagd, Gerichtsbarkeit, des Münzrechts

i) Walch Introd. in contr. iur. S. 12. Hartleben Spec. 14. med. 2. Strubens Bedenk. Thl. 4. S. 15. Knorrs rechtl. Anmerkungen, S. 3.

k) Enenckel de priuil. Lib. 2. c. 5. n. 10. Boehmer Tom. II. P. I. Resp. 190. n. 5. 6. Resp. 428. n. 9. Mevius P. 4. Dec. 321. n. 4. Boehmer D. de finib. priuil. regundis, cap. 2. §. 9. Pütters Rechtsfälle, 1 Bandes 2 Thl. Resp. 35. n. 21. 22.

rechts u. dergl. betrift. Die gemeine Theorie der Rechtsgelehrten, welcher auch unser Auctor nicht undeutlich seinen Beyfall giebt, gehet dahin, daß ein Privilegium gegen den Regenten selbst immer ausdehnend erkläret werden müsse l); denn hier komme es blos auf die Gnade und Mildigkeit des Regenten an, welche keine bestimmte Grenzen habe. Es bestätige auch eben dieses der bekannte Ausspruch Javolens in der L. 3. D. h. t. beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus. Allein diese Gründe sind seicht, und haben mich nie für diese Meinung eingenommen; denn

1) ist das von der Freygebigkeit des Regenten hergenommene Argument viel zu kühn, und kann für denjenigen, der auf landesherrliche Gnade lossündigt, sehr unangenehme Folgen haben. Verleiht der Regent einem Unterthan ein Regal schlechtweg, ohne weder die Gattung desselben, noch die Art und Weise, dasselbe auszuüben, genau und deutlich auszudrücken, so muß im Zweifel immer eher vermuthet werden, daß sich der Regent bey der Verleihung des Regals, so wenig, als nur seyn konnte, habe vergeben wollen; indem sonst nicht allein die Sache selbst, sondern auch der gewöhnliche Hofstyl bestimmtere und deutlichere Ausdrücke erheischt haben würde m). Sodann aber will auch

2) der angezogene Ausspruch Javolens gar nicht dasjenige sagen, was man damit beweisen will, indem der wahre Sinn dieses Rechtsgelehrten nur dahin gehet, daß ein Privilegium so erklärt werden müsse, daß die Gnade, die der Regent dadurch hat erzeigen wollen, nicht vereitelt werde, sondern diejenige vollkommene Würkung habe, welche der Ertheil-

l) de Cocceii iur. contr. Lib. 1. tit. 4. qu. 6. Voet ad Pand. T. I. Lib. 1. tit. 10. §. 16. Stryck D. de priuil. interpr. c 4. Leyser Spec. 10. med. 3.

m) Hr. HR. Schnauberts Erläut. des Lehnr. Lib. I. Sect. I. cap. 3. §. 65.

Ertheiler dadurch intendiret hat n). Und überhaupt ist noch die Frage, ob jene Stelle Javolens von eigentlichen Privilegien zu verstehen sey; denn nicht ohne Grund erklärt sie Thomasius o) blos von den Rechtswohlthaten, die man iura singularia zu nennen pflegt. Viel richtiger ist daher die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten p), welche behaupten, daß ein Privilegium, auch selbst wenn es blos die Rechte des Regenten angehet, und nur ihm allein zum Präjudiz gereichet, dennoch nicht immer deshalb extensiue erklärt werden dürfe, sondern der Sinn desselben theils aus der Qualität der Person, welcher solches ertheilt worden, theils aus der Beschaffenheit des Objects, theils aus dem bisherigen Gebrauch und Herkommen q), theils aber auch hauptsächlich aus dem Zweck und der Absicht des Regenten, der das Privilegium ertheilt hat, und solchemnach bald restrictiue bald extensiue zu bestimmen sey. So z. B. kann die einem Unterthan ertheilte Steuerfreyheit im Zweifel nur von den gewöhnlichen Lasten verstanden, auf außerordentliche nicht vorher gesehene Fälle aber, woran der Landesherr zur Zeit des ertheilten Privilegiums nicht gedacht hat, z. B. wenn in Kriegszeiten, oder auf andere Art eine allgemeine dringende Landes-

n) Boehmer D. de finib. priuil. c. 2. §. 9. Fratr. Beckmann. Conf. P. I. Resp. 1. S. 23.

o) Thomas. D. de interpr. benef. princip. § 11. Man denke z. B. an das, was Ulpian L. 2. §. 1. D. ad Sctm. Vell. sagt: hoc Senatusconsulto *plenissime* feminis omnibus subuentum esse. Es fehlt auch nicht an Beyspielen, wo die römischen Rechtsgelehrten dergleichen besondere Rechte in ähnlichen Fällen zur Anwendung gebracht haben. Mehrere Beyspiele hat Er. Car. Conradi in Diss. de iure sing. §. 12. gesammelt.

p) Chr. Thomas. Diss. cit. Walch Int. in contr. Prol. c. 2. §. 2. Hartleben Spec. 14. med. 2. Wasmuth D. de priuil. nat. cap. 1. §. 14.

q) Es lässet sich allerdings auch von den Privilegien behaupten: optima priuilegiorum interpres est consuetudo, was Callistratus in der L. 37. D. de leg. von Gesetzen überhaupt sagt. Pütters Rechtsf. a. a. O. n. 24. 25. Mevius P. 5. Dec. 182. n. 7.

Landesnoth entstehet, keinesweges gezogen werden[r]). Wenn ferner die Gerichtsbarkeit Jemanden innerhalb eines gewissen Distrikts schlechtweg verliehen worden ist, und Zweifel entstehet, ob nur die niedere, oder ob auch zugleich die obere verliehen worden sey, so ist bey einem landsäßigen Unterthan eine solche unbestimmte Verleihung der Gerichtsbarkeit nur von der niedern zu erklären; denn das Recht über Leben und Tod der Unterthanen ist ein viel zu wichtiges Hoheitsrecht des Landesherrn als daß man ohne genugsamen Grund vermuthen dürfte, daß er solches seinen Unterthanen werde mitgetheilt haben. Dahingegen, wenn einem Reichsstande die Gerichtsbarkeit binnen einem gewissen Distrikt vom Kaiser unbestimmt ertheilt worden, im Zweifel zu vermuthen steht, daß auch die Blutgerichte mit darunter verstanden sind[s]). Daß übrigens der Regent die Wohlthat, welche er Jemandem durch das Privilegium hat ertheilen wollen, weiter erstrecken könne, als die Natur desselben es mit sich bringt, hat keinen Zweifel[t]). Außerdem stehet dem Landesherrn die authentische Interpretation bey den Privilegien nur alsdann zu, wenn eine solche Dunkelheit oder ein solcher Zweifel vorhanden, so durch die Regeln der Auslegungskunst schlechterdings nicht gehoben werden kann. Verschiedne Rechtsgelehrte haben behaupten wollen, als ob das Recht, Privilegien auszulegen, nur allein dem Regenten zustehe. Sie berufen sich deshalb auf die L. 43. pr. D. de vulg. et pup. subst. wo es heißt: beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari. Allein wer sieht nicht, daß die Worte des Rechtsgelehrten bloß enunciativ sind, und keinesweges eine Verordnung enthalten, daß Richter und Rechtsgelehrte sich

r) Hr. GJR. Pütter in den Rechtsf. 1. Bandes 3ter Thl. Dec. 73. n. 3. 4. u. f. 2. Bandes 4ter. Thl. Resp. 239. n. 40. 41. u. f. 3. Bandes 3ter Thl. Resp. 271. n. 70. Lvdewig Conf. Hal. Tom. II. Lib. 2. Resp. 90. n. 60.

s) Buri Erläut. des Lehnrechts, 3te Fortf. S. 665. Hrn. GJR. Böhmers Princ. iur. feudal. §. 67.

t) L. 191. D. de reg. iur.

sich der Auslegung in Ansehung zweifelhafter Privilegien enthalten sollen u).

§. 100.

Es sind bereits verschiedne Eintheilungen der Privilegien vorgekommen; da wir nun von denselben wichtige Grundsätze haben, so muß hierüber das Nöthige bemerkt werden x). Sieht man darauf, wem Privilegien ertheilt werden können, so giebt es theils persönliche theils dingliche Privilegien. Wird bey der Verleihung des Privilegiums blos auf eine bestimmte Person Rücksicht genommen, so heißt das Privilegium ein persönliches. Weil es physische und moralische Personen giebt, wie wir im folgenden Titel sehen werden, so können auch beyde Classen derselben mit Privilegien begünstigt werden. Solche moralische Personen sind die sogenannten Universitäten, deren S. 391 gedacht worden, als Städte, Dörfer, Innungen, Schulen, u. s. f. Haftet das ertheilte Privilegium auf einer bestimmten Sache, so nennt man es ein dingliches Privilegium y). Einige Rechtsgelehrte unterscheiden von diesen beyden Arten der Privilegien noch eine dritte Gattung, nämlich die gemischten (priuilegia mixta), und sie verstehen solche persönliche Privilegien darunter, welche auf die Erben des Privilegierten übergehen. Hr. RR. Eichmann bemerkt aber, diese Benennung sey nicht schicklich, weil der Umstand, daß sie auch von den Erben genossen werden können, für keine hinlängliche Ursache gehalten werden könne, sie gewissermaßen für dingliche Privilegien zu halten, sondern sie bleiben deswegen doch noch persönliche Privilegien, und schicklicher könne man sie ausgedehnte persönliche Privilegien nennen. Privilegien, welche phy-

u) Wasmvth Diss. cit. cap. I §. 12.

x) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom I. S. 74.

y) L. 196. D. de reg iur. Hert D. de transitione priuilegii personalis, Giss. 1696. Alef D. de figmento priuileg. realium, Heid. 1741.

physischen Personen ertheilt worden sind, unterscheiden sich von denen, die eine moralische Person erhalten hat, theils durch die Dauer, theils durch die Würkungen. Moralischen Personen ertheilte Privilegien, davon in der L. 17. D. de excusat. tutor. L. 37. D. de reb. aut. iud. poss. L. 1. §. 2. D. ad munic. L. 4. §. 3. D. de cens. Beyspiele angeführt werden, gehen auf alle künftigen Mitglieder der privilegirten Gemeinheit fort, weil moralische Personen nicht sterben, sondern so lange nur noch ein Mitglied derselben vorhanden ist, das nach Abgang oder Absterben der vorigen Mitglieder dazu gekommen, fortdauern[z]). Diese Privilegien gehören zum Eigenthum der ganzen Gemeinheit (ad res vniuersitatis), und die Benutzung der aus dem Privilegium herrührenden Vortheile, wird nach Beschaffenheit des Privilegiums verwaltet. Bey gewissen Privilegien üben die dazu verordneten Personen das mit solchen verbundene Recht aus, welches z. B. der Fall mit der ertheilten Gerichtsbarkeit ist; andere Privilegien sind so beschaffen, daß jedes einzelne Mitglied davon Gebrauch machen kann und darf. Hierher gehört z. B. das Privilegium des Jahrmarkts, der Huthungsgerechtigkeit, der Freyheit von gewissen öffentlichen Beschwerden [a])

Ist ein Privilegium einer physischen oder wirklichen Person ertheilt worden, so zeigt sich bey dergleichen Personen ein doppelter Unterschied; denn entweder muß die Person, der das Privilegium ertheilt werden soll, gewisse persönliche Eigenschaften haben, oder darauf wird gar nicht gesehen. Beyde Arten der Privilegien kommen darinn überein, daß der Regel nach nur die privilegirte Person davon Gebrauch machen darf, und weder die Erben derselben noch weniger andere Personen darauf Ansprüche machen dürfen.

z) L. 4. §. 3. D. de censib. L. 7. §. 2. D. quod cuiusque vniu. nom. L. 76. D. de iudic.

a) de Toullieu Collect. iur. ciuil. Diss. 15. S. 375.

fen[b]). In der L. 1. §. 43. D. de aqua quot. et aest. wird dieses sehr deutlich erklärt, wo es heißt: ius aquae ducendae, quod datur *personis*, *cum personis amittitur*; ideoque neque ad *alium dominum* praediorum, neque ad *heredem* vel qualemcunque *successorem* transit. Es hat aber diese Regel mehrere Ausnahmen[c]), weil einige persönliche Privilegien ihrer Natur nach auf die Nachkommen fortgehen, wie der sogenannte Briefadel beweißt, indem es eine bekannte Sache ist, daß alle eheliche Kinder des adelichen Vaters, die ihm nach geschehener Erhebung in den Adelsstand gebohren worden, ebenfalls als Personen vom Adel betrachtet werden. Andere persönliche Privilegien gehen nach der Verordnung der Gesetze, aus besondern Ursachen, auf gewisse Personen über, die mit dem Privilegirten in Verbindung stehen, und dieses geschieht daher nicht nach Erbgangsrechte[d]). Dieser Umstand hat eben einige Rechtslehrer[e]) veranlaßt, solche Privilegien den dinglichen gleich zu halten, und sie führen z. B. diejenigen Privilegien an, die man von dem Verleiher zur Vergeltung (remunerandi animo) erhalten. Wie bekannt, nimmt die Ehefrau an den persönlichen Privilegien ihres Ehemannes Antheil, und genießt dieselben selbst noch in ihrem Witwenstande[f]). Das priuilegium aetatis erstreckt seine Würkungen selbst auf die Erben des Minderjährigen[g]), und der privilegirte Vorzug der Hypothek, welche die Ehefrau zur Sicherheit ihres

b) L. 1. §. 43. D. de aqua quot. et aest. L. 68. L. 169 D. de reg. iur.

c) Hert D. de transitione priuil. personalis ad alios, in *Eius* Opusc. Vol. I. Tom. III. Diss. 2.

d) Stein Diss. de priuilegiorum extensione, Erf. 1725. §. 28 — 37.

e) Menoch de Praesumt. Lib. 3. Praes. 103. Hofacker l. c. §. 77.

f) L. 13. C. de dignit. L. 10. C. de nupt. L. 6. §. f. C. de prof. et med. L. f. C. de incol.

g) L. 8. §. f. D. de minor. L. 19. D. eod. L. vn. C. si aduers. dotem.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0568
DFG

ihres Brautschatzes an den Güthern ihres Ehemannes hat, kommt selbst ihren Kindern zu statten [h]).

Herr Prof. Hofacker hat den Begrif eines persönlichen Privilegiums folgendermaßen aus einander gesetzt. Er schreibt, ein persönliches Privilegium ist dasjenige, welches auf einer Person haftet, und mit ihrem Tode aufhört, daher keine andere Person davon Gebrauch machen darf, wenn sie auch eben die Eigenschaften haben sollte [i]). Die Personen, welche solche Privilegien erhalten, können theils wirkliche, theils als solche angenommene (fictae) seyn, und beyde Classen entweder bestimmte (certae) oder unbestimmte (incertae). Wird ein Privilegium einer wirklichen und bestimmten Person, z. B. dem Titius verliehen [k]), so darf nur er allein davon Gebrauch machen, und weder seine Erben noch irgend Jemand anders. Unter persönlichen Privilegien, welche einer wirklichen aber ungewissen Person ertheilt worden, versteht man solche, welche eine ganze Classe von Menschen, z. B. alle Minderjährige, eine Familie, erhalten hat. Diese Privilegien bringen eben die Wirkungen hervor, die mit persönlichen Privilegien verbunden sind, und folglich kann jedes Mitglied dieser Personen davon nach Belieben Gebrauch machen, sie haften aber so fest an ihnen, daß weder ihre Erben, noch die Bürgen, oder diejenigen, denen sie abgetreten worden, davon den geringsten Gebrauch machen dürfen [l]). Bey persönlichen Privilegien, welche moralischen Personen zu Theil werden, kommt

h) L. f. C. §. 1. qui pot. in pign. Nov. 91. pr. et §. 1.

i) L. 1. §. 43. D. de aqua quot. et aest.

k) Solche Privilegien sollte eben nach der Vorschrift der 12 Tafeln kein römischer Bürger erhalten, weil dieses in Republiken nicht geduldet werden kann. Cicero de Leg. III. 19. Gell. Noct. Att. X. 20. Unter den Kaisern wurden diese Privilegien durch persönliche Verordnungen (constit. personalibus) ertheilt, daher man sie beneficia Principum nannte, L. 3. D. de Const. Princ. und beneficia specialia L. 38. pr. D. ex quib. caus. maior.

l) L. 68. L. 196. D. de reg. iur.

ebenfalls der bey wirklichen oder physischen Personen bemerkte Unterschied vor; denn entweder wird bey der Verleihung des Privilegiums blos auf eine gewisse und bestimmte moralische Person oder Gemeinheit Rücksicht genommen [m]), oder auf eine ganze Classe dieser Gemeinheiten. In beyden Fällen gehört das Privilegium selbst der ganzen Gesellschaft, als ein Eigenthum zu, die Ausübung und Benutzung desselben richtet sich aber nach der Beschaffenheit des Privilegiums, und dieses macht, daß solche entweder im Namen derselben, von dazu ernannten Mitgliedern vorgenommen wird, oder jedes einzelne Mitglied nimmt selbst unmittelbaren Antheil daran [n]).

Obgleich die persönlichen Privilegien, wie wir gesehen haben, nur von der Person benutzt werden sollen, der sie verliehen worden, und von Niemanden weiter, so erstreckt sich ihre Kraft dennoch, entweder weil die Gesetze dieses deutlich verordnen, oder nach einer richtigen Beurtheilung derselben, bisweilen auch auf andere Personen, und sie machen deswegen ebenfalls von diesem Vorrechte Gebrauch, wiewohl man hier nur einen ähnlichen, und nicht den nämlichen Fall annehmen kann [o]). Vtuntur priuilegio, non eodem, sed nouo *eiusdem cum priore speciei*, schreibt der verstorbene Herr Prof. Hofacker. Daher kommt es eben, daß bisweilen auch die Erben des Privilegirten, von dem ihm ertheilten persönlichen Privilegium Gebrauch machen können; daß es auf seine Kinder, entweder schlechterdings übergeht, welches beym Briefadel der Fall ist, oder nur unter der Bedingung, wenn sie als seine Erben betrachtet werden müssen [p]); auf die Ehegat-

m) L. 1. §. 2. D. ad municip. L. 17. §. 1. D. de excus. tut.

n) Leyser Spec. 10. med. 1.

o) Hert. D. de transitione priuil. person. ad alios, in Opusc.

p) Als Beyspiele kann man das Privilegium der Eheweiber zum Besten ihres Brautschatzes (L. 12. C. qui pot. in pign. Nov. 91. pr.) betrachten; die Rechtswohlthat des nothdürftigen Unterhalts, L. 18. pr. D. soluto matrim.

Ehegattin q), auf die Familie desselben, u. s. f. So weit Herr Prof. Hofacker.

Eine wichtige hierher gehörende Frage ist es ferner: wie ein persönliches Privilegium zu erklären sey, wenn solches Jemanden nicht nur für seine Person, sondern auch zugleich für seine Erben ertheilt worden? Wenn es deutlich bestimmt wäre, was für Erben gemeint sind, so finden sich bey Beantwortung dieser Frage keine großen Schwierigkeiten. Fehlt es aber an dieser deutlichen Bestimmung, so komme es darauf an, behauptet Herr RR. Eichmann, ob derjenige, welcher mit dem Privilegium begnadigt worden ist, sich in solchen Umständen befunden habe, daß der Ertheiler von ihm hat glauben können, er werde noch Kinder bekommen, oder dieses war nicht der Fall. Hier kann unmöglich angenommen werden, daß unter dem Worte Erben blos Kinder in der eigentlichen Bedeutung des Worts gemeint sind, sondern man muß vielmehr dieses Wort so erklären, daß das Privilegium zwar nicht auf alle Arten der Erben, wozu die testamentarischen, die gesetzlichen und die Vertragserben gehören, aber doch auf die gesetzlichen gehe. Es scheint zwar, als wenn jener allgemeine Verstand des Wortes Erbe hier gar wohl anwendbar sey, weil α) das Wort Erbe gewöhnlich in diesem Verstande in Rechten vorkommt, und β) der Ertheiler des Privilegiums wegen der vorhandenen Umstände, nicht blos Kinder oder sogenannte Descendenten, unter dem Worte Erben verstanden haben kann. Allein es läßt sich beydes so wenig behaupten, als es ganz unbillig seyn würde, anzunehmen, der Genuß des Privilegiums müsse dieser Undeutlichkeit wegen, mit dem Tode des Privilegirten aufhören. Denn α) kann man nicht annehmen, daß der Verleiher des Privilegiums Worte, ohne ihnen eine Würkung beyzulegen, habe brauchen wollen, welches jedoch seyn würde, wenn man alle Erben von dem Privilegium ausschliessen wollte, mithin muß man β) gewisse

q) L. 13. C. de dignit.

wisse Erben zum Genuß desselben zulassen, jedoch nur die gesetzlichen, nicht aber auch die testamentarischen oder Vertragserben. Es würde sonst γ) die Ausdehnung der Dauer des Privilegiums in Rücksicht auf die Personen, denen es zu Theil wird, blos von dem abhängen, der es erhalten hat, welches man aber, so lange die Wahrheit zweifelhaft ist, nicht vermuthen darf, da, wie bereits gesagt worden, δ) die Natur der Privilegien eine eingeschränkte Auslegung nothwendig macht, und ε) deswegen, weil, da die gesetzlichen Erben dem Ertheiler des Privilegiums bekannt sind, es sehr wahrscheinlich ist, daß die angenommene Erklärung dem Sinne des Privilegiums gemäß sey. Uebrigens aber ist nicht zu zweifeln, daß das Privilegium blos von den gesetzlichen Erben desjenigen, dem es ertheilt worden, gebraucht werden dürfe, aber nicht auch von ihren eigenen Erben; denn diese letztern sind ja nicht Erben des mit dem Privilegium Begnadigten; gleichwohl ist dasselbe blos ihm und seinen Erben ertheilt worden.

Nun nehme man den andern Fall (S. 513), wo der Ertheiler des Privilegiums hat glauben können, daß der damit Begnadigte, Kinder oder Verwandte in absteigender Linie hinterlassen werde. Hier sind unter den Erben, der Regel nach, die Verwandten in absteigender Linie zu verstehen, jedoch ebenfalls nur solche, welche von dem ersten Erwerber des Privilegiums erben, es mögen übrigens Erben des ersten oder von weitern Graden seyn; ihre Erben hingegen können keine Ansprüche auf die Fortsetzung des Privilegiums machen. Wenn also der Erwerber stirbt, und hinterläßt blos Enkel, so sind diese als Erben desselben fähig das Privilegium fortzubehalten. Die Gründe dieser Meinung sind folgende: α) Wenn der Landesherr, von welchem das Privilegium ertheilt worden, hat glauben können, daß der Erwerber Verwandte in absteigender Linie hinterlassen werde, so durfte er auch, wegen der Liebe des Vaters zu den Seinigen, nicht anders vermuthen, als daß sie seine Erben seyn würden, und daher hat er auch aller Wahrscheinlichkeit nach diesen Verstand des Worts Erbe angenommen. β) Hat er um so weniger an andere

Erben

Erben denken können, da diese Descendenten schlechterdings zu Erben eingesetzt werden sollen. Hierzu kommt γ), daß in Teutschland in den ältesten Zeiten blos die Verwandten in der absteigenden Linie, Erben wurden, und man erst nach der Zeit auch andere Blutsfreunde für erbfähig hielt. Bey diesen Umständen gründet sich δ) die angenommene Meinung, auch noch auf die Natur der Privilegien, welche eingeschränkt erklärt werden sollen, und man folglich unter Erben nur Descendenten verstehen dürfe.

Mehr Ausdehnung muß einem Privilegium gegeben werden, wenn es dem Erwerber für seine Person, Erben und Nachkommen ertheilt worden. Zwar kann hier nicht angenommen werden, daß alle Nachfolger des ersten Erwerbers, sie mögen allgemeine oder besondere seyn, zur Fortsetzung des Privilegiums berechtigt sind; denn wenn gleich der Ausdruck Nachkommen in der weitläuftigsten Bedeutung diese Personen in sich schließt, so braucht man es dennoch im engern Verstande, welcher zugleich der gewöhnlichste ist, nur von den sämmtlichen Verwandten in absteigender Linie r), und diese Erklärung erfordert auch die Natur der Privilegien, weil sie eingeschränkt erklärt werden sollen. Man nehme also den Fall an, Titius hätte für sich, seine Erben und Nachkommen, ein Privilegium bekommen, welches in einem gewissen Hause ausgeübt werden soll. Er verkauft hierauf sein Haus in einiger Zeit an den Sempronius; und dieser will sich nun ebenfalls des Privilegiums bedienen? Darf er es wohl? — Nein, er müßte denn ein Anverwandter des Titius in abstammender Linie seyn. Allein da die Nachkommen nicht eben Erben zu seyn brauchen, und dennoch zur Nachkommenschaft gehören, so folgt, daß nach der Absicht des Ertheilers nicht nur die Anverwandten im ersten Grade der absteigenden Linie, sondern auch die Entfernten zu dem Privilegium berechtigt sind. Es darf auch nicht gesagt wer-

r) Leyser Spec. 13. med. 1. Hartleben Spec. 13. med. 1. Schorch Resp. 271.

den, daß nur die Anverwandten von der männlichen Linie zur Benutzung des Privilegiums fähig sind, da dieses mit der gewöhnlichen Bedeutung des Worts streitet, und eben so wenig kann man das Privilegium blos auf gewisse Grade der absteigenden Verwandtschaft einschränken [s]). Es giebt aber dennoch Fälle, wo blos diejenigen Verwandten unter den Descendenten zum Genuß des Privilegiums berechtigt sind, die von Mannspersonen abstammen. Dieses geschieht, 1) wenn die Rede von der Freyheit, gemeine Beschwerde zu tragen, ist, weil dieses die Gesetze [t]) ausdrücklich sagen. 2) Wenn es heißt: die Nachkommen in der Familie; denn bekannten Rechtsgrundsätzen gemäß gehen Frauenzimmer aus der Familie heraus, wenn sie geheyrathet haben. 3) Wenn der Ertheiler des Privilegiums es auf diese oder jene Art hinlänglich zu verstehen gegeben, daß er diese Nachkommen verstehe.

Ist das Privilegium Jemandem für seine Person und Kinder ertheilt worden, so dürfen unter diesen Personen weiter keine andern verstanden werden, als Verwandte im ersten Grade von der absteigenden Linie [u]); denn bey zweifelhaften Fällen ist dafür zu halten, daß ein Wort in der eigentlichen und gewöhnlichen Bedeutung gebraucht worden sey; über dieses erfordert das Wesen der Privilegien jede einschränkende Erklärung desselben. Im gemeinen Leben versteht man aber unter den Kindern nicht zugleich auch die Kindeskinder, folglich dürfen diese nicht auf das Privilegium Anspruch machen, wenn es nur auf die Kinder gehen soll, und noch weniger die entferntern Anverwandten [x]). Der lateinische Ausdruck liberi begreift freylich alle Descendenten ohne Unter-

s) Arg. L. 4. D. de iure immunit.

t) L. 13. D. de muner. et honor. L. 1. D. de iure immunit.

u) Wachter in Gloss. S. 838. Wehner Obseru. selectae, voc. Kinder.

x) Reinh. ad Christin. Vol. III. Obs. 31. Vol. IV. Obs. 26. Gruben Discept. forens. S. 458. 489. Pütters Rechtsfälle, 1 Band. 2 Thl. Resp. 53. u. 44. S. 500.

Unterschied des Grades in sich y); darauf kann man aber bey einem in teutscher Sprache ertheilten Privilegium keine Rücksicht nehmen. Sollte das Privilegium lateinisch abgefaßt, und darinn das Wort liberi gebraucht worden seyn, so muß man es freylich so verstehen, wie es bey den Römern gebraucht wurde, da man der Vernunft gemäß annehmen kann, der Concipient werde dieses Wort eben so genommen haben, wie es den Grundsätzen der lateinischen Sprache gemäß gebraucht werden soll. Hier frägt sich nun, ob alle Descendenten auf das Privilegium Anspruch machen können, weil diese Personen in den angeführten Gesetzen unter dem Ausdruck liberi verstanden werden? Nein, dieses kann man nicht annehmen, weil nach der L. 10. §. 7. D. de gradib. et affin. bisweilen unter diesem Worte blos die Descendenten bis auf den Vierturenkel verstanden werden, und dieser Sinn ist daher auch bey gegenwärtiger Materie deswegen anzunehmen, da die Privilegien eingeschränkt erklärt werden sollen.

Da der Begriff persönlicher Privilegien hinlänglich erläutert worden, so will ich über den Begriff der dinglichen Privilegien ebenfalls das wichtigste bemerken. Es werden diejenigen Privilegien darunter verstanden, die mit einer Sache oder einem Geschäfte verbunden sind. Es findet aber ein dreyfacher Unterschied dabey statt, denn entweder haften sie auf einem Grundstücke, oder sie sind blos mit der Verwaltung eines gewissen Amtes verbunden, oder die Gesetze haben einer Klage das Vorrecht ertheilt, daß jeder, der solche angestellt hat, ein bestimmtes Privilegium genießen soll. Diese letztern werden priuilegia cauſſae genennt, und die erstern priuilegia rei. In der L. 196. D. de regul. iur. heißt es: Priuilegia quaedam *cauſae* ſunt, quaedam perſonae; et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae *cauſae* ſunt, quae perſonae ſunt, ad heredem non transeunt. Eben diese Gedanken findet

y) L. 220. pr. D. de V. S. L. 4. §. f. D. de in ius vocat. L. 6. C. de teſt. §. f. Inſt. qui teſtam. tut. dari poſſ.

man in der L. 68. D. de reg. iur., welche aus folgenden Worten besteht: in omnibus causis id obseruatur, vt, nisi *personae conditio* locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat; vbi vero *genus actionis* id desiderat, ibi, ad quemuis persecutio eius deuenerit, non deficiat ratio auxilii. Diese Gesetze haben Gothofredus und Gebauer vortrefflich erläutert z). Als ein anderes Beyspiel, kann man die Forderung wegen gehabter Begräbnißkosten betrachten; denn diese hat große Vorrechte, und solche kommen sogar dem Erben und Nachfolger desjenigen zu gute, der das Begräbniß bezahlt hat a). Solche Privilegien sind auch mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, dem Vellejanischen und Macedonianischen Rathsschluß b) verknüpft, und kommen allen denen, auf welche die Sache gekommen, zu statten, nicht nur den Erben, sondern auch den Bürgern, Cessionarien u. s. f. Die auf der Sache haftenden Privilegien gereichen entweder nur einer bestimmten und gewissen Sache zum Vortheil, oder einer ganzen Classe von Sachen, z. B. einer Art von Grundstücken. In dem einen oder dem andern Falle kommen sie nur den Besitzern dieser privilegirten Sachen zu statten, und es darf weder der Erbe desselben, als solcher, noch eine dritte Person Anspruch darauf machen. Hinterläßt also der Eigenthümer des Grundstücks mehrere Erben, so geht das Privilegium blos auf denjenigen von ihnen über, der die Sache bekommt, und wäre sie einem andern vermacht worden, so haben die Erben weiter keinen Anspruch an den auf der Sache haftenden Privilegium, sondern der Vermächtnißnehmer genießt es allein c). Hr. HR. Hartleben erzählt folgenden Fall.

z) GOTHOFRED. ad Leg. 68. *de regul. iur.* GEBAVER D. de priuilegiis, §. 17. S. 62.

a) L. 31. §. 2. L. 45. D. de relig. et sumt. funer. L. 17. pr. D. de reb. auct. iud. possid.

b) L. 7. §. 1. D. de except.

c) MADIHN Instit. iur. ciuil. in praec. gener. cap. 1. tit. 4. §. 39. S. 29.

Fall [d]). Einer von Adel erlangt für ein gewisses Schloß die Jagdgerechtigkeit, vermöge eines Privilegiums, und stirbt einige Zeit nachher. Da er einen Sohn als einzigen Erben hinterlassen, seinem Bruder aber dieses Schloß vermacht hat, so entsteht zwischen diesen beyden Personen ein Proceß darüber, wer zur Ausübung der Jagdgerechtigkeit befugt sey. Hr. HR. Hartleben entscheidet mit Recht für den Bruder, weil das Wesen eines Realprivilegiums nicht darinn besteht, daß es auf die Erben übergehet, sondern dieses Privilegium sich vielmehr dadurch von den persönlichen Privilegien unterscheidet, daß es auf jeden Besitzer der Sache kommt. Eben deswegen ist auch die Meinung ungegründet, daß eben deswegen, weil diese Privilegien auf die Erben übergehen, sie nach Art der Verträge, dingliche genannt werden müßten [e]). Man kann auch die L. 196. D. de reg. iur. welche vom Modestinus herrührt, nicht für diese Meinung anführen; denn es wird darinn blos der Grund angezeigt, warum die Erben zwar dingliche, aber nicht persönliche Privilegien erwerben können, nämlich deswegen, weil jene als ein Anhang der Sache betrachtet werden müssen, und folglich so wie andere Rechte, die gewissen Sachen ankleben, mit diesen zugleich auf die Erben kommen, in so fern der Eigenthümer nicht etwas anders verordnet haben sollte; diese persönlichen Privilegien aber einer Person ertheilt worden, deren Eigenschaften, auf welche bey der Ertheilung des Privilegiums Rücksicht genommen worden, nicht allemal die Erben des ersten Erwerbers haben.

Zum Beschluß dieses Paragraphens will ich noch über die Frage das nöthigste bemerken: ob ein Privilegium in zweifelhaften Fällen eher für ein persönliches als für ein Realprivilegium gehalten werden müsse? Auch hierüber findet man in den Schriften der Rechtsgelehrten von einander abwei-

d) Hartleben Spec. 12. med. 7.

e) Alef D. de figment. priuil. realium cap. 3.

abweichende Meinungen. Berühmte Rechtslehrer [f]) behaupten, man müsse allemal eher ein Realprivilegium annehmen, als ein persönliches. Nicht weniger einsichtsvolle Rechtslehrer [g]) halten das Gegentheil für gegründeter, und behaupten, in zweifelhaften Fällen sey das Privilegium allemal eher für ein persönliches als dingliches zu halten. Noch andere machen einen Unterschied unter Privilegien, welche man durch einen beschwerlichen Titel erworben hat, und solchen, die Jemandem, ohne etwas dafür gegeben zu haben, ertheilt worden. Die Privilegien der ersten Art sind nach ihrer Meinung in zweifelhaften Fällen für Realprivilegien zu halten, letztere aber für persönliche [h]). Wieder andere Rechtsgelehrte halten ein Privilegium alsdenn für ein Realprivilegium, wenn das worauf es gehet, vortheilhaft und nicht wider das gemeine Beste ist, noch auch gegen die Rechte eines Dritten streitet; für ein persönliches erklären sie es aber alsdenn, wenn es verhaßt ist, oder zum Nachtheil des Staats gereicht, oder die Rechte eines Dritten dadurch gekränkt werden [i]). Endlich sind noch andere der Meinung, daß Privilegien, die durch einen Vertrag erworben worden, von solchen unterschieden werden müßten, die nach Wohlgefallen ertheilt sind. Die erstern sollen nicht mit dem Tode des Erwerbers aufhören, sondern auf seine Erben übergehen, weil dieses der Natur der Verträge gemäß sey; die letztern hingegen müsse man für blos persönliche halten, da sie als ein bittweise verstattetes Recht betrachtet werden müßten. Diese Meinung hält Hr. HR. Hartleben für richtig, und er hat zugleich die übrigen Meinungen zu wider-

f) Cocceii Ius contr. h. t. S. 60. Stryck D. de interpr. priuileg. c. 1. n. 36. in Tom. IV. Diff. Frf.

g) Walch Introd. in contr. iur. Prol. c. 2. §. 4. Einert Exerc. iurid. priuileg. in dubio magis pro personali, quam reali reputandum esse, Lipſ. 1778.

h) Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. 1. thes. 25. Gail Obſ. Lib. 2. c. 2 et 10.

i) Voet ad Dig. h. t. n. 14. Zoesius ad Pand. h. t. n. 18. P. Voet de ſtatutis, Sect. 2. c. 3. n. 7.

widerlegen gesucht [k]). Hr. RR. Eichmann ist nun der Meinung, diese Entscheidung sey gar schlechterdings nicht dem Sinne der Frage angemessen; denn sie wolle nicht so viel sagen, ob in zweifelhaften Fällen anzunehmen sey, daß ein Privilegium auf die Erben gehe, oder nicht, sondern ob man bey zweifelhaften Umständen vermuthen könne, daß ein Privilegium einer Person, oder einer Sache ertheilt worden sey. Es haben noch mehrere Rechtsgelehrte nicht genau darauf gesehen, was die aufgeworfene Frage eigentlich enthalte, und dieses hat sie ebenfalls verleitet, dieselbe aus einem ganz falschen Gesichtspunkte zu beantworten. Anstatt also mit dem Hrn. HR. Hartleben diese Frage zu theilen, trete ich vielmehr der Meinung des Hrn. GJR. Walchs und anderer bey, die eben diese Meinung annehmen, und zwar aus folgenden Gründen. Wenn es zweifelhaft ist, ob das Privilegium einer Person oder Sache ertheilt worden, so muß man das erstere vermuthen, und folglich das Privilegium für ein persönliches halten. Dieses kann nun aber ein blos persönliches, oder auch ein ausgedehntes, so genanntes gemischtes seyn, wiewohl neuere Rechtslehrer [l]) diese Benennung misbilligen; jedoch muß das erstere in einem zweifelhaften Falle vermuthet werden. Die Gründe dieser Behauptung sind folgende: α) Müssen Privilegien eher eingeschränkt als ausgedehnt erklärt werden, weil sie eine Abweichung von den Vorschriften des gemeinen Rechts enthalten. Da nun hier angenommen und vorausgesetzt wird, daß es zweifelhaft sey, ob der Landesherr das Privilegium einer Person oder Sache geben wollen, so kann man unmöglich das letztere annehmen, weil hier die Abweichung vom gemeinen Rechte so lange dauern würde, als die Sache existirt. β) Ob aber ein solcher Zweifel bey denjenigen Privilegien eintrete, die man vermöge eines deswegen geschlossenen Vertrags erworben hat, sollte erst in der Folge untersucht

k) Hartleben Spec. 14. med. 5.
l) Nettelbladt Systeм. elem. §. 387. Herr GTR. Höpfner im Comment. über die Institut. §. 49.

sucht werden, da die Beantwortung dieses Rechtsfalls gar nicht hierher gehört, weil bey dieser Frage ein wirklicher solcher Zweifel vorausgesetzt wird. Es werden aber auch etwas übereilt, die durch Verträge erworbenen Privilegien für dingliche, und die auf Wohlgefallen ertheilten, für persönliche gehalten, indem, wenn wir auch die von dem Hrn. Hofrath Hartleben beliebte Eintheilung annehmen wollten, sie coordinirte Arten der Privilegien seyn würden, und daher die dinglichen sowohl als die persönlichen in solche, die durch Verträge erlanget, und die auf Wohlgefallen gegeben worden, müßten eingetheilt werden können. Und ob zwar γ) wahr ist, daß ein Vertrag seiner Natur nach auch die Erben angeht, es mag der Erben gedacht worden seyn, oder nicht; so ist doch wohl gar nicht zu leugnen, daß sehr viele Verträge nur die Paciscenten betreffen, andere aber von der Beschaffenheit sind, daß sie auch für die Erben verbindlich sind, und noch andere die Sachen so angehen, daß alle Nachfolger gewisse Rechte dadurch erlangen. So verhält sichs denn auch mit den Privilegien, und man kann ohne offenbare Unrichtigkeit nicht behaupten, daß diejenigen, welche durch einen geschlossenen Vertrag erworben worden, an sich und überhaupt als blos persönliche, oder als ausgedehnte persönliche, oder als dingliche zu betrachten sind, sondern man muß darauf sehen, wie sie ertheilt worden, und hieraus beurtheilen, zu welcher Art von Privilegien sie zu rechnen sind. Da nun die Gesetze m) ausdrücklich und ohne Unterschied der Art der Erlangung sagen, daß diejenigen Privilegien, welche der Person ertheilt worden, mit der Person aufhören sollen, auch die Natur des Privilegiums hier einen stärkern Einfluß auf die Entscheidung dieser Frage hat, als die Natur des Vertrags, so muß man auch in einem zweifelhaften Falle annehmen, daß vertragsweise erworbene Privilegien nicht auf die Erben gehen, und folglich blos persönliche, nicht aber ausgedehnte persönliche, am allerwenigsten aber dingliche sind. Sollte aber die Ertheilung des

m) L. 196. D. de regul. iur. c. 7. de reg. iur. in 6to.

des Privilegiums so geschehen seyn, daß zwar in Ansehung des Ueberganges desselben auf die Erben, kein Zweifel vorhanden, wohl aber in so fern, ob es einer Sache zustehen und also auf einen jeden Besitzer übergehen soll, so muß man, wenn keine Umstände da sind, die diesen Zweifel heben, diese Eigenschaft dem Privilegium aus den bereits angeführten Gründen absprechen, besonders da auch nicht einmal in der Natur der Verträge ein Grund für die entgegen gesetzte Meinung enthalten ist. Es kann auch δ) nichts darauf ankommen, ob das Privilegium durch einen beschwerlichen oder gewinnsamen Titel erworben worden n); denn die Natur und das Wesen desselben bringt es mit sich, dasselbe nicht auf die Fälle auszudehnen, worauf es nicht deutlich geht; folglich ist diese Eigenschaft sowohl den Privilegien von der erstern als der letztern Art gemein. Uebrigens muß der Erbe die Schuld des Erwerbers, der nicht dafür gesorgt hat, daß der Inhalt des Privilegiums deutlicher ist bestimmt worden, büßen. Es ist kein Gesetz vorhanden, welches diese natürliche Eigenschaft der Privilegien blos auf gewinnsame einschränket. Hieraus erhellet auch zugleich, ε) daß die vertheidigte Meinung bey denjenigen Privilegien ebenfalls statt finden müsse, welche etwas vortheilhaftes enthalten, nicht wider das gemeine Beste sind, und die Rechte dritter Personen nicht schmälern; denn es gründet sich die Eigenschaft der Privilegien, sie in zweifelhaften Fällen für persönliche und nicht für dingliche, jene aber wiederum für blos persönliche und nicht gemischte zu halten, auf die allen Privilegien gemeine, und nicht auf die den verhaßten und den zum Nachtheil des Staats oder der Rechte eines Dritten gereichenden eigene Natur. Ich kann übrigens nicht unbemerkt lassen, daß es oft zweifelhaft zu seyn scheint, ob ein Privilegium ein blos persönliches, gemischtes, oder dingliches sey, wo in der That für Männer von den nöthigen Kenntnissen ein solcher Zweifel nicht zu finden ist. Wenn einem z. B. der Adel vermittelst eines Privilegiums ist ertheilt worden, ohne der Erben und

n) Gebauer de priuil. §. 17. 18. 19.

und Nachkommen zu gedenken, so ist doch dieses Privilegium für ein gemischtes zu halten, welches auf alle Nachkommen gehet, weil der Adel in einer Würde besteht, die fortgeerbt wird, und er sich dadurch von andern persönlichen Würden unterscheidet. Man sieht also auch hieraus, daß aus der Natur des Rechts, welches durch das Privilegium ertheilt worden ist, der Sinn desselben erkannt werden kann.

§. 101. 102.

Nachdem die Eintheilung der Privilegien in **persönliche** und **dingliche** erläutert worden, soll auch über die übrigen Eintheilungen das Wichtigste bemerkt werden, worauf sich denn die Grundsätze von der Kraft und den Würkungen der Privilegien, sie mögen heißen wie sie wollen, gehörig erklären lassen. Was unter einem **günstigen** und **ungünstigen** Privilegium zu verstehen sey, haben wir bereits S. 487 gesehen o). In der vom Herrn von **Bode**, unter dem Präsidium des verstorbenen Herrn HR. **Beckmanns** zu Göttingen gehaltenen Disputation von ungünstigen Privilegien, wird zwischen Priuilegium odiosum in genere et in specie ein **Unterschied** gemacht, und es heißt daselbst §. 4. und 20., priuilegium odiosum in *genere* dicimus *exceptionem* a lege generaliori in *odium* personae singularis factam; in *specie* vero dicitur *exceptio* a lege generali facta, vi cuius alicui poena in nulla lege antea determinata in *odium* ipsius actu irrogatur. Sie bestehen in einer Erhöhung der Strafe eines begangenen Verbrechens, die nicht eher zuerkannt werden darf, als wenn es der Regent deutlich erklärt hat. Z. B. er verurtheilt Jemanden zum Strange, da andere nach den vorhandenen Gesetzen nur mit dem Schwerdte bestraft werden. Von diesen ungünstigen Privilegien läßt sich das ius singulare odiosum unterscheiden, behauptet Hr. HR. Glück, und Hr. GJR. Gebauer.

o) Laz. Car. WOELCKER D. de priuilegiis odiosis et poenalibus Alt. 1718. HARTLEBEN Spec. 12. med. 2.

bauer. Ein Beyspiel hierzu sey das Gesetz des Arkadius und Honorius, nach welchem die Söhne des Hochverräthers, die Schuld ihres Vaters zu büßen, verurtheilt werden, da es doch die Regel des gemeinen Rechts [p]) ist, daß Kinder wegen ihrer Eltern Verbrechen nicht bestraft werden können [q]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß verschiedene Rechtsgelehrte diese Eintheilung für ganz ungegründet erklären; denn einige [r]) halten alle Privilegia für verhaßte, und andere [s]) halten sie alle für günstige.

Die günstigen Privilegien bestehen aus zwey Classen, wie Hr. Prof. Hofacker behauptet [t]); denn einige sind eigentlich so genannte, und hierher gehören diejenigen, die blos aus den Gesetzen entspringen, und folglich nur von der Willkühr des Regenten, der sie ertheilt hat, abhängen; andere müssen aber für uneigentliche gehalten werden, worunter man alle diejenigen versteht, welche als ein zwischen dem Regenten und dem Privilegirten geschlossener Vertrag betrachtet werden müssen. Dergleichen Privilegien sind diejenigen, welche gegen ein verhältnißmäßiges Aequivalent von dem Privilegirten erworben worden [u]), und als ein solches kann man auch erworbene Verdienste [x]) betrachten. Die mehresten Rechtslehrer [y]) bedienen sich der Ausdrücke conventionelle und graziöse Privilegien. Ein conventionelles Privilegium nennen sie dasjenige, welches durch einen ordent-

p) L. 26. D. de poen. L. 22. C. eod.

q) L. 5. C. ad L. Iul. Maiest. van Adrichen D. de poena perduellionis, veroque sensu Legis *quisquis* Cod. ad Leg. Iul. Maiest. Lugd. Bat. 1784. Gebauer de Priuil. §. 15. Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 1. S. 544.

r) Löhlein Progr. priuilegia titulo oneroso etiam extraneo quaesita reuocari posse.

s) Observat. Halens. Tom. III. Obs. 15.

t) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. S. 78.

u) Stryck D. de priuil. titulo oneroso quaesitis.

x) Stryck et P. Müller D. de bene merito.

y) Io. Gottfr. Schaumburg D. de natura priuilegiorum tam gratiosorum quam conuentionalium, Ien. 1736.

ordentlich eingegangenen und verabredeten Vertrag erworben worden; für ein gratiöses Privilegium hingegen sey es zu halten, wenn der Gesetzgeber dasselbe ertheilt hat, ohne daß darüber ein ordentlicher Vertrag geschlossen worden. Einige Rechtslehrer [z]) erklären diese Eintheilung für falsch, weil ein jedes Privilegium conventionell sey; denn wenn es auch blos aus Gnaden von dem Regenten ertheilt seyn sollte, so enthalte nichts destoweniger die Zusage des Privilegiums und die geschehene Annahme einen wahren Vertrag, welcher als eine Schenkung zu betrachten sey, die, wie bekannt, ebenfalls für einen Vertrag gehalten wird. Es läßt sich auf diese Gründe nichts weiter einwenden, als daß jene Eintheilung einmal hergebracht, und zur Erklärung der darauf sich beziehenden Grundsätze ganz schicklich ist. Die conventionellen Privilegien theilen die Rechtslehrer wiederum in beschwerliche (priuilegium conuentionale onerosum) und in gewinnsame (priuilegium conuentionale gratuitum). Ist ein Privilegium umsonst, oder wenigstens gegen ein so geringes Aequivalent ertheilt worden, daß solches in gar keinem Verhältniß mit den Vortheilen des Privilegiums steht, so heißt das Privilegium ein gewinnsames. Wenn aber der Vertrag die Bedingung enthält, daß der Privilegirte gegen Bezahlung einer bestimmten Summe, oder gegen eine andere bestimmte Leistung das Privilegium bekommen soll, so wird es ein beschwerliches genennt. Für eine solche Leistung erklären verschiedne Rechtslehrer [a]) die Verdienste um den Staat. Hr. RR. Eichmann antwortet darauf: es ist diese Meinung ungegründet; denn wenn ich mich um eine Person noch so verdient mache, so legen ihr doch diese meine Verdienste um sie, keine vollkommne Verbindlichkeit auf, und ich erlange also auch hierdurch kein Recht etwas von ihr dafür zu fordern. Eben so verhält es

z) Wernher lect. comment. h. t. §. 8.

a) Stryck D. de bene merit., c. 1. §. 14. Schaumburg Diss. cit. §. 10. Myler de Princip. et Statibus imp. Part. 2. c. 49. §. 5.

es sich mit einem Unterthanen, der sich um den Staat oder seinen Landesherrn sehr verdient gemacht. Hat aber dieses an sich seine Richtigkeit, so kann auch das Privilegium, welches in Rücksicht der Verdienste um den Staat oder den Landesherrn selbst ist ertheilt worden, nicht als ein solches angesehen werden, dessen Erwerbung durch einen beschwerlichen Titel geschehen ist. Sollte aber mit den Verdiensten zugleich ein solcher Umstand verbunden seyn, der nach den Gesetzen einen Grund einer Verbindlichkeit, und eines Rechts etwas zu verlangen, abgiebt; so kann auch in einem solchen Falle das Privilegium mit zu denjenigen gerechnet werden, die durch einen beschwerlichen Titel erworben worden. So ist z. B. das Privilegium, welches der Landesherr einem Bürger einer Stadt, welcher dem Feinde die unter angedrohter Plünderung der Stadt abgeforderten Gelder bezahlt, und dadurch solche von dem ihr bevorstehenden Unglück befreyt hat, in Rücksicht dieser Aufopferung, und zur Belohnung, weil er die Wiederbezahlung dieser Gelder nicht verlangt, ertheilt hat, allerdings für ein durch einen beschwerlichen Titel erworbenes zu halten.

Außer den angeführten Arten der Privilegien giebt es auch affirmative und negative [b]), und unter den erstern verstehet man diejenigen, vermöge deren der Privilegirte etwas zu thun berechtigt ist, was ihm nach der Vorschrift des gemeinen Rechts nicht erlaubt ist. Man erlangt also dadurch eigene und besondere Freyheiten, dergleichen z. B. die Gerichtsbarkeit, das Jagdrecht, ein Monopolium, das Recht Wein zu schenken, ist. Die Kraft der negativen Privilegien besteht darinn, daß der Privilegirte etwas nicht zu thun braucht, wozu er sonst nach dem gemeinen Rechte verbindlich seyn würde. Hierher gehören die Steuerfreyheit, die Anstandsbriefe oder Moratorien, u. s. f., welche in der Befreyung von gemeinen Verbindlichkeiten bestehen, oder doch das Recht geben, eine Verbindlichkeit jetzt noch nicht zu erfüllen,

b) G. Ios. Stein D. de priuileg. extenſione, §. 7.

füllen, die nach Vorschrift des gemeinen Rechts sogleich erfüllt werden sollte.

Ich komme auf die Rechte und Verbindlichkeiten, welche mit rechtmäßig erlangten Privilegien verbunden sind, oder auf die Würkungen derselben. Man muß hierbey beständig darauf Rücksicht nehmen, daß Privilegien Gesetze sind; denn dieser Beschaffenheit wegen, zeigt ein Privilegium viel solche Würkungen, die mit jedem Gesetz unzertrennlich verbunden sind. Außer diesen Würkungen bringt aber ein Privilegium auch noch besondere, ihm eigene hervor, und diese haben in der besondern Beschaffenheit desselben ihren Grund. Sie zeigen sich hauptsächlich in der Befugniß, welche dem Privilegirten, vermöge seines habenden Privilegiums, zustehet, und was für Grenzen bey der Ausübung der mit dem Privilegium verbundenen Rechte beobachtet werden müssen.

Die erste allgemeine Würkung eines rechtmäßig erlangten Privilegiums besteht darinn, daß solches sogleich seine Kraft und Würkung zeigt, nachdem es rechtmäßig erworben worden, weil auch Gesetze gleich von der Zeit an ihre Kraft zeigen, nachdem sie gehörig bekannt gemacht sind. Wie aber selbst Gesetze nur auf künftige Handlungen gehen, und nicht auf vergangene, so darf auch ein Privilegium auf keine Handlungen gezogen werden, die bereits vor der Ertheilung desselben geschehen sind, weil dieses auch bey keinem Gesetze der Regel nach erlaubt ist. Daß aber die Privilegien würklich eben so beurtheilt werden müssen, sieht man aus der L. 7. C. de legib. ganz deutlich, weil dieses Gesetz ausdrücklich von Constitutionen redet, und Privilegien dazu gehören. Gegen die Richtigkeit dieses Satzes kann gleichwohl bey der Anwendung leicht gefehlt, und ein Privilegium auf vergangene Handlungen gezogen werden, welchen Fehler selbst der Hr. von Leyser und Schaumburg begangen haben c). Sie führen folgenden Fall an. Die Knopf-

c) Leyser Spec. 7. med. 5. Schavmb. Diss. cit. §. 16.

Knopfmacher eines Orts erlangen durch die im Jahr 1703 erfolgte höchste Genehmigung ihrer Innungsartikel das Recht, daß keiner außer ihrem Handwerk an dem Orte Knöpfe machen soll. Nun entsteht die Frage: ob auch diejenigen, welche bereits einige Jahre vorher das Knopfmachen getrieben, sich desselben enthalten müssen? Beyde Rechtsgelehrte behaupten, daß auf diese die Kraft des Privilegiums sich nicht erstrecke, theils wegen des angeführten Gesetzes, theils auch deswegen, weil dergleichen Privilegien so ausgeübt werden müßten, daß denjenigen kein Nachtheil zugefügt werde, die ein älteres Recht haben. Herr RR. Eichmann erklärt ihre Meinung für falsch, und schreibt S. 110 des 2ten Theils seiner Erklärungen des bürgerlichen Rechts: α) kann man hier gar nicht sagen, daß das Privilegium auf das Vergangene erstreckt werde, wenn man denjenigen, die bisher das Knopfmachen getrieben, dieses Gewerbe nach der erfolgten landesherrlichen Genehmigung der Innungsartikel untersagt; denn das Knopfmachen besteht in mehrern Handlungen, wovon nur diejenigen, welche vor der Bestätigung und Genehmigung geschehen sind, in Absicht auf diese als vergangene angesehen werden müssen, daher auf solche die Innungsartikel als ein Privilegium nicht gezogen werden können. Es steht eben deswegen auch den Personen, die vor dieser Zeit Knöpfe gemacht haben, das Recht zu, diese bereits fertigen Knöpfe zu verkaufen, weil sie eben von vergangenen Handlungen herrühren, und nur neue Knöpfe dürfen sie nach der Bestätigung der Innungsartikel nicht machen, weil dieses künftige Handlungen seyn würden, welche nach dem Privilegium nicht geschehen sollen. β) Gebe ich zwar gerne zu, daß Privilegien so verstanden werden müssen, daß derjenige, der schon ein älteres Recht hatte, nicht darunter leidet; allein dieses läßt sich von dem gegenwärtigen Falle gar nicht sagen, weil vom Herrn von Leyser und Schaumburg nicht vorausgesetzt wird, daß die Personen, welche vor der Bestätigung der Innungsartikel, Knöpfe gemacht haben, das Recht dazu bereits auf eine gesetzmäßige Weise erworben hatten, z. B. durch die Verjährung; denn wenn sie gleich das

Knopfmachen zeither getrieben, so ist diese Handlung an und für sich nicht so beschaffen, daß ein Recht für die Zukunft dadurch erworben werden kann, sondern es war diese zeither vorgenommene Handlung blos eine Folge ihrer natürlichen Freyheit, die aber nach Einführung der Innungsartikel für das bestätigte Knopfmacherhandwerk eingeschränkt worden. Wer aber auf die gehörige Art, wohin z. B. hauptsächlich die Verjährung gehört, das Recht Knöpfe zu machen erworben hat, dem kann es freylich durch die nach der Zeit bestätigten Innungsartikel nicht wieder genommen werden. γ) Will auch der Einwurf nichts sagen, daß an denjenigen Orten, wo die natürliche Freyheit in Ansehung der Künste und Gewerbe nicht so eingeschränkt ist, daß nur gewisse Personen hierzu berechtigt sind, die Künste und Gewerbe sich in einem blühendern Zustande befänden; denn wenn dieser Satz auch gegründet wäre, so gäbe er höchstens blos einen politischen Grund für den Regenten ab, die natürliche Freyheit in diesem Stück nicht zu sehr einzuschränken, könnte aber den Rechtsgelehrten nicht berechtigen, eine landesherrliche Verordnung nicht so zu erklären, wie es ihrer Natur nach und allgemeinen Rechtswahrheiten gemäß geschehen soll. Endlich δ) kann man auch nicht einwenden, daß die Leute, welche bisher dergleichen Gewerbe getrieben, das nunmehr auf ein Handwerk eingeschränkt worden, unbrauchbare Mitglieder des Staats werden würden; denn müssen sie dieses befürchten, so ist es der Klugheit gemäß, darüber Vorstellungen bey dem Regenten zu übergeben, und dieser kann nunmehr die Verfügung treffen, daß sie in das neue Handwerk mit aufgenommen werden sollen; oder wenn dieses nicht geschehen kann, verstattet er ihnen das Recht, die nämliche Handthierung lebenslang noch treiben zu dürfen. Es ist daher der Klugheit gemäß, daß er sich vor der Ertheilung eines solchen Privilegiums genau nach allen Umständen erkundigt, und wenn Personen, die zeither diese Arbeit getrieben haben, vorhanden sind, solche von der Würkung des Privilegiums ausnimmt. Die Regel ist also diese: Privilegien gehen nicht auf **vergangene Handlungen**, weil selbst **Gesetze** keine solche Kraft haben.

haben. Weil es jedoch angeht, Ausnahmen zu machen, und Gesetze aus gegründeten Ursachen auf bereits vergangene Handlungen anzuwenden, wie wir S. 109 gesehen haben, so kann auch dem Regenten die Befugniß nicht bestritten werden, ein ertheiltes Privilegien so zu favorisiren, daß er erklärt, die Kraft desselben solle sich auch auf diese oder jene vergangene Handlung erstrecken [d]). Ist ein Privilegium auf eine bestimmte Zeit verliehen worden, und der Privilegirte sucht vor Ablauf dieser Zeit um Verlängerung des Privilegiums an, er erlangt solche auch, so geht diese vom Regenten erlangte Verlängerung nicht eher an, als mit dem Tage, wo die Zeit des ersten Privilegiums völlig vergangen war, und man darf nicht glauben, sie fange gleich den Tag an, wo die landesherrliche Resolution ausgefertigt worden, daß dem Privilegirten Verlängerung auf die bestimmte Zeit zugestanden werde. Wie wichtig dieser Unterschied sey, kann man aus folgendem Falle sehen [e]). Ein gewisser Zink erhält im Jahre 1762 gegen Erlegung einer jährlichen Summe von 300 Thalern, ein Kartenprivilegium auf 12 Jahre. Im Jahre 1771 sucht er um Verlängerung dieses Privilegiums auf 5 Jahre nach, worauf in eben diesem Jahre ein Decret erfolgt, daß ihm die Verlängerung des Privilegiums auf 5 Jahre ertheilt seyn solle. Zink sieht nun das Jahr 1779 als den Beendigungstermin seines Privilegiums an, und macht auf eine so lange Zeit seine Einrichtung. Allein im Jahr 1775 findet er in den Zeitungen die Anzeige an das Publikum, dieweil das Zinkische Kartenprivilegium in dem Jahre 1776 zu Ende gehe, eine neue Versteigerung desselben auf 12 Jahre vorgenommen werden solle. Zink thut hierauf Vorstellung, und da diese von keiner Würkung ist, so ergreift er den Weg Rechtens, wo denn auch der Spruch für ihn ausfällt.

d) Schavmburg Diss. cit. §. 16. Ziegler de iurib. maiest. Lib. 2. c. 15. §. 43.

e) Gmelins und Elsäßers gemeinnützige juriſt. Beobachtungen und Rechtsfälle, Thl. 2. S. 173.

Die zweyte allgemeine Würkung eines jeden Privilegiums besteht darinn, daß es allen Unterthanen die negative Verbindlichkeit auflegt, nicht dagen zu handeln, noch den Privilegirten in der Ausübung seines Privilegiums zu hindern [f]). Weil aber selbst Gesetze nicht eher verbinden, als bis man durch die Publikation derselben von ihrem Inhalte Nachricht erhalten hat, oder solche wenigstens bekommen können, so verbindet ein Privilegium nicht eher, als bis es gehörig bekannt gemacht worden, welches bisweilen durch die sogenannte Insinuation zu geschehen pflegt [g]). Diese Insinuation und Bekanntmachung des Privilegiums kann bisweilen von dem Privilegirten selbst geschehen, welches z. B. bey Bücherprivilegien dadurch geschieht, daß auf dem Titelblatte des erhaltenen Privilegiums gedacht, oder solches wohl gar gleich nach dem Titelblatte abgedruckt wird. Läßt sich gegen die richtige Bekanntmachung des Privilegiums nichts sagen, so hat der Privilegirte nicht nur das Recht, gegen jeden, der sein Privilegium verletzt hat, zu klagen, und die hier statthabende possessorische Klage ist das interdictum vti possidetis vtile, die petitorische aber die nützliche confessorische Klage [h]), sondern es ist auch jede wider das Privilegium unternommene Handlung für null und nichtig zu halten [i]). Eben deswegen muß selbst der Ausspruch des Richters für unrichtig gehalten werden, wenn er dem deutlichen Inhalte des Privilegiums widerspricht, und solches von dem Privilegirten im Gericht gehörig bekannt gemacht worden [k]). Wie aber der Gesetzgeber selbst von allgemeinen

f) Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 2. S. 2.

g) Leyser Vol. XI. Suppl. Spec. 5. Obs. 11. Hommel Obs. 533. Vol. IV.

h) Boehmer Comp. Dig. h. t. §. 12. Berger Oecon. iur. Lib. 2. tit. 8. thes. 3. n. 3. Hr. HR. Schmidts Lehrbuch von Klagen, §. 173. u. §. 411. Hr. D. u. Prof. Schmidt, im Comment. über diese Stellen.

i) c. 10. X. de elect. Boehmer Princ. iur. can. §. 221.

k) c. 21. X. de sent. Enenckel de priuil. Lib. 2. c. 6. n. 14.

meinen verbindlichen Gesetzen Ausnahmen machen, und gewisse Personen von der Verbindlichkeit sie zu befolgen, frey sprechen kann, so geht dieses noch mehr bey Privilegien an, und in dergleichen Fällen kann freylich das Privilegium bey ihnen nicht die angeführte Würkung äußern. Uebrigens wird die Gültigkeit eines gehörig bekannt gemachten Privilegiums so lange vermuthet, bis gezeigt werden kann, daß das Privilegium seiner Natur nach, oder wegen besonderer Umstände, die es unwirksam machen, nicht mehr verbindlich sey l), welches selbst bey Gesetzen nicht anders ist. Da endlich eine mit den Gesetzen verbundene allgemeine Würkung auch darinn bestehet, daß sie nur in dem Lande befolgt zu werden brauchen, von dessen Gesetzgeber sie abgefaßt worden, so gelten auch Privilegien nicht weiter als da, wo der Verleiher derselben befehlen kann, oder die gesetzgebende Gewalt hat. Es finden jedoch auch hier die bereits S. 304 vorgetragenen Grundsätze ihre Anwendung, nach denen die Frage entschieden werden muß, in wie fern Fremde nach den Landesgesetzen zu beurtheilen sind. Wollen also Fremde in dem Lande, wo das Privilegium ertheilt ist, gegen den Privilegirten Rechte ausüben, so geht es bey ihrer Beurtheilung nach dem Privilegium. Eben deswegen schützt ein Anstandsbrief auch wider auswärtige Gläubiger, wenn sie ihren Schuldner an seinem Wohnorte verklagen wollen m). In einigen Fällen bringen es selbst die Grundsätze des Völkerrechts mit sich, den Privilegien auch in andern Ländern ihre Kraft zu gestatten, welches der Fall bey gewissen erlangten Würden ist, wohin vorzüglich der Adel und die akademischen Würden gehören; weil aus der wechselseitigen Respektirung dieser Privilegien gute Folgen entstehen n).

l) Hr. RR. Eichmann, Thl. 2. S. 113.

m) Hr. HR. Schnaubert im Staatsr. der ges. Reichsl. §. 267. Hr. GJR. Pütter in den Beytr. zum Staats- und Fürstenr. Thl. 1. Nr. 15.

n) Wernher lect. comment. h. t. §. 13. Hr. GJR. Pütter a. a. O. Thl. 1. Nr. 11. §. 14. Hr. HR. Schnaubert a. O. §. 272.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684861/phys_0591 DFG

Die besondern Würkungen eines Privilegiums, oder diejenigen, welche blos aus der Natur derselben herzuleiten sind, bestehen

1) darinn, daß von dem Privilegium so weit Gebrauch gemacht werden darf, als es die Ertheilung desselben verstattet, folglich kommt hierbey alles auf die richtige Erklärung des Privilegiums an, und die gehörige Festsetzung der damit verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten. Dann und wann werden Privilegien nach dem Inhalte und Beyspiele dieses oder jenes bereits vorhandenen Privilegiums ertheilt, welche priuilegia ad instar genennt werden, wie mehrere Gesetze beweisen o). Diese Privilegien sind völlig in Gemäßheit des Hauptprivilegiums zu erklären.

Ein Privilegium darf 2) den bereits vorher erworbenen Rechten anderer Personen keinen Eintrag thun, weil sie nicht anders ertheilt werden dürfen, als unbeschadet den vorhandenen Rechten anderer Personen p). Eben deswegen ist es in der kaiserlichen Wahlcapitulation Art. 15. §. 3. ausdrücklich festgesetzt worden, daß die contra ius tertii und ehe derselbe darüber vernommen worden, sub-et obreptitie erschlichenen Privilegien cassirt werden sollen. Die Beschaffenheit gewisser Privilegien bringt es aber mit sich, daß sie ohne Nachtheil für diese oder jene dritte Person gar nicht ausgeübt werden können, wie man an den Anstandsbriefen, dem Retractsrechte, und mehrern andern Privilegien deutlich sieht. Dieses nicht zu vermeidende Uebel läßt sich nur dadurch entschuldigen, daß solche Privilegien nicht anders ertheilt werden, als weil es die Wohlfahrt des Staats oder wenigstens die höchste Billigkeit verlangt; so wie es auch gewiß ist, daß selbst in dergleichen Fällen diejenigen Personen, deren Rechte hierbey

o) L. 7. C. de aduocat. diuers. iudic. L. vn. C. de priuil. vrb. Constant. c. 2. de priuil. in 6to. RINDER D. de priuilegiis ad instar, Alt. 1714.

p) L. 2. §. 16. D. ne quid in loco publ. L. 4. C. de emanc. verb. nec in cuiusquam iniuriam beneficia tribuere moris est.

hierbey leiden werden, vor der Ertheilung dieser Privilegien gehört werden müssen [q].

3) Ist mit dem erlangten Privilegium ein Verbietungsrecht verknüpft, und dieses besteht darinn, daß der Privilegirte alle diejenigen Personen, denen nicht ein gleiches Privilegium ertheilt worden, von dem Gebrauch des Rechts, welches in dem Privilegium enthalten ist, ausschliessen kann. Der Hr. von Leyser [r] behauptet zwar, dieses Verbietungsrecht sey nicht eher mit dem Privilegium verbunden, als wenn es ausdrücklich darinn gesagt sey, weil sonst diejenigen Privilegien nicht besser seyn würden, in welche die Verbietungsklausel eingerückt worden. Diese Gründe beweisen aber nichts [s], schreibt Hr. RR. Eichmann; denn ein Privilegium soll einmal eine besondere Befugniß geben, die der Privilegirte nicht schon nach dem gemeinen Rechte hat. Dieses ließe sich aber nicht denken, wenn andere, die kein solches Privilegium bekommen haben, gleichwohl eben das thun dürften, was das Privilegium mit sich bringt. Es folgt also aus dem Wesen des Privilegiums, daß jedes Privilegium die Verbietungsklausel stillschweigend enthalte, und kein Vorzug dadurch entstehen könne, wenn sie ausdrücklich hereingerückt worden. Uebrigens versteht sichs von selbst, daß dieses Verbietungsrecht niemals den Rechten eines Dritten, die er vor der Ertheilung des Privilegiums hatte, nachtheilig seyn darf, wie bereits gesagt worden.

4) Muß es für ein aus dem Privilegium herrührendes besonderes Recht gehalten werden, daß der Privilegirte, wenn er selbst keinen Gebrauch, von der ihm durch das erhaltene Privilegium ertheilten Freyheit zu machen im Stande seyn sollte berechtigt ist, die Ausübung desselben an einen andern pachtweise zu überlassen, und eben deswegen dürfen sogar

q) Hr. GR. Gerstlacher im 4ten Band des Corp. iur. Germ. S. 367.

r) Leyser Spec. 10. med. 4.

s) Hartleben Spec. 12. med. 4.

gar persönliche Privilegien verpachtet werden, weil diese Verpachtung keine Ueberlassung des Rechts selbst in sich schließt, sondern blos die Ausübung des Rechts verstattet wird t). Mehr Schwierigkeiten finden sich bey der Beantwortung der Frage: ob das Privilegium selbst jemanden dergestalt cedirt werden dürfe, daß es in der Person des Privilegirten selbst aufhöre, wenn es ein persönliches Privilegium ist, oder wenn es unter die Realprivilegien gehörte, die zeither privilegirte Sache dieses Vorrecht der Cession wegen, verlohren hat, und das Privilegium auf eine andere Sache übergegangen ist. Beyde Fälle müssen nach der Behauptung des Herrn HR. Glücks verneint werden; denn wenn ein Privilegium ganz persönlich ist, so darf es von der Person desjenigen, dem es verliehen ist, nicht getrennt werden u), und dieses muß noch mehr behauptet werden, wenn es eine besondere Eigenschaft der privilegirten Person voraussetzt, welches der Fall z. B. beym priuilegium aetatis, miserabilium personarum ist. Dieses will Paulus in der L. 68. D. de reg. iur. sagen, wo es heißt: in omnibus causis id obseruatur, vt vbi personae conditio locum facit beneficio, ibi, deficiente ea, beneficium quoque deficiat. Es kommt auch darauf nicht an, ob ein persönliches Privilegium auf die Erben geht oder nicht; denn die bekannte Regel: quidquid potest ad heredes transmitti, illud quoque est cessibile, findet nicht ohne allen Unterschied statt, wie das Privilegium des Adels beweißt, weil der Adel nicht cedirt werden kann. Geht ein persönliches Privilegium gar nicht auf die Erben, so hilft es auch dem Cessionar nichts, wenn er von dem Privilegirten, als Cedenten, eine Vollmacht erhalten, und das abgetretene Recht in des Cedenten Namen, als procurator

t) Leyser Spec. 10. med. 2. Wasmvth D. cit. cap. 1. § 17.

u) Voet ad Dig. h. t. n. 13. Wiese D. de iurib. ex cessione tam valida quam inualida, Rost. 1780. §. 10.

rator in rem suam ausüben wollte x), wiewohl Wasmuth anderer Meinung ist. Sollte das Privilegium ein Realprivilegium seyn, das heißt, ohne Rücksicht auf diese oder jene Person, blos mit einer Sache oder Forderung verknüpft seyn, so gehet zwar dieses Privilegium mit der Sache oder Klage auf jeden andern über, dem die Sache überlassen, oder die Klage abgetreten worden, wie die L. 1. §. 43. D. de aqua quot. und die L. 68. D. de reg. iur. beweisen; aber von der Sache selbst kann es dennoch nicht getrennt, noch durch Cession auf eine andere Sache gelegt werden, da dieses mit dem Wesen der Realprivilegien streitet, und solches nur dem Eigenthümer oder Besitzer der privilegirten Sache zu statten kommt y).

§. 103. 104.

Wenn gegen die Gültigkeit eines Privilegiums nichts gegründetes eingewendet werden soll, so muß es nicht nur von demjenigen ertheilt worden seyn, der das Recht dazu hat, sondern der Privilegirte muß auch fähig seyn, ein Privilegium zu erwerben. Ueber beyde Umstände soll jetzt das Wichtigste bemerkt werden z). Weil Privilegien Gesetze sind, so kann sie auch nur derjenige ertheilen, dem die gesetzgebende Gewalt zusteht, folglich findet in Rücksicht auf Teutschland eben der Unterschied statt, welcher bereits S. 128 erklärt

x) L. 42. D. de administr. et peric. tutor. Lauterbach ad Dig. Lib. 18. tit. 4. §. 56. Hert de transit. priuil. §. 13. in Opusc. Vol. I. Tom. 3. S. 31. Wasmuth D. de priuil. nat. §. 14.

y) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. §. 93. n. 1. S. 77.

z) de Selchow Or. de iure Imper. c. concess. priuil. in territ. stat. imper. in *Eius* Elect. n. 3. Io. Iac. Moser D. de potestate Imperatoris circa concessiones priuilegiorum, Tub. 1720. Rivinus D. de principali beneficio in concedendis priuileg. Viteb. 1754. Moser Abh. von den kaiserl. Regierungsrechten, Cap. 16.

erklärt worden. Bey dem Rechte, Privilegien zu ertheilen, die in ganz Teutschland gelten sollen, zeigt sich aber ein merkwürdiger Unterschied; denn obgleich der Kaiser ohne Einwilligung der Reichsstände keine Gesetze geben kann, so hat er dennoch das wichtige Recht, Privilegien allein zu ertheilen, die über ganz Teutschland ihre Würkung erstrecken, und es gehört dieser Vorzug zu den sogenannten Reservatrechten des Kaisers [a]). Es darf aber dieses Recht nicht ganz willkührlich ausgeübt werden, sondern die Wahlcapitulation hat verschiedne Bestimmungen desselben festgesetzt. Von diesen kaiserlichen Privilegien verdient bemerkt zu werden, daß die Kraft eines aus diesen Privilegien entspringenden Rechts nicht sowohl nach der heutigen Beschaffenheit der kaiserlichen Gewalt, sondern vielmehr nach den Zeitumständen beurtheilt werden muß, wo das Recht ertheilt wurde. Dieser Behauptung gemäß, behalten alte kaiserliche Privilegien, die in vorigen Zeiten rechtmäßig ertheilt werden konnten, immer noch heutzutage der Regel nach ihre Kraft, wenn gleich die kaiserliche Macht durch neuere Gesetze in diesen Dingen eingeschränkt worden, oder es wenigstens zweifelhaft ist, ob der Kaiser heutzutage ein solches Privilegium ertheilen darf [b]). Ferner ist zu bemerken: weil die Ausübung kaiserlicher Privilegien, die ein Landesunterthan erhalten hat, der Landeshoheit unterworfen ist, so kann und darf von dem kaiserlichen Privilegium in einer teutschen Provinz nicht eher Gebrauch gemacht werden, als nach geschehener Anzeige bey dem Regenten, worauf solches anerkannt, oder gar bestätigt wird; denn es dürfen dergleichen Privilegien schlechterdings

a) Mosers teutsch. Staatsr. Thl. 4. Cap. 56. Hr. v. Günderode in den Abhandl. des teutsch. Staatsrechts, 3. Buch, 7. Cap. Gerstlachers Corp. iur. Germ. 4tr Bnd. 9. Cap. Pütter Inst. iur. publ. §. 224.

b) Hr. GJR. Pütter in den Rechtf. 2tr. Bnd. 3tr Thl. Resp. 226. n. 116. S. 803. Lochner Select. iur. vniu. Part. I. S. 37. Kobes D. de effectu hodierno priuil. aeui antiqu. ad illustr. art. 8. §. 21. Cap. Caes. Alt. 1706.

dings nicht zur Schmälerung oder zum Nachtheil der Landeshoheit etwas beytragen [c]). Was die Ertheilung kaiserlicher Privilegien während der Erledigung des kaiserlichen Throns betrift, so ist es zwar in der goldnen Bulle Tit. 5., wo von den Rechten und Pflichten der Reichsvikarien gehandelt wird, nicht ausdrücklich gesagt, daß sie berechtigt seyn sollen, Reichsprivilegien zu ertheilen; da aber bey der Beurtheilung ihrer Gerechtsame zugleich auf das Reichsherkommen Rücksicht genommen werden muß [d]), so bedienen sie sich dieses Rechts ebenfalls mit Recht [e]), und daher sind die Beyspiele nicht selten, daß die Herren Reichsvikarien Standeserhebungen vorgenommen, Universitäten bestätigt, Titel verliehen, kaiserliche Hofpfalzgrafen, Doctoren und Notarien ernannt, Bücherprilegien verliehen, Minderjährige für Majoren erklärt, unehelich Gebohrne legitimiret und Ehrlose für ehrlich erklärt haben [f]).

Privilegien, welche blos in den Ländern eines Reichsstandes geltensollen, ertheilt jeder Reichsstand, weil ihnen nach dem Westphälischen Friedensinstrument die vollkommene Landeshoheit zustehet. Der Regel nach ertheilt ein Reichsstand

c) Wahlcapit. Art. 1. §. 9. Art. 7. §. 4. Art. 22. §. 5. Hr. HR. Schnaubert im Staatsrechte, §. 263.

d) Welches ist die rechtliche Norm, wornach die Reichsvikariatsgerechtsame zu beurtheilen? In der kurzgefaßten Erörterung einiger Staatsrechtsfragen, die Reichsvikariate betreffend, Frkfr. u. Leipz. 1790. Nr. 1.

e) GRIEBNER de iurib. Vicar. Imp. illis inprimis, quae perperam a nonnullis in dubium vocantur, in Opusc. Tom. 2. Sect. I. §. 29. seq. PÜTTER Inst. iur. publ. §. 465. WERNHER Obs. Tom. I. P. III. Obs. 116. n. 361. S. 601. ANONYMI tract. de Seren. Imp. Vicariis eorumque iuribus ex legibus fundament. et historia Imp. conf. 1790. §. 8. Hr. GR. Gerstlacher im Corp. Iur. Publ. Thl. 4. Cap. 9. S. 372.

f) SPENER Iur. publ. Thl. 6. S. 57. Hr. v. Moser von kaiserl. Regier. Rechten, S. 830. Ebend. im Staatsrechte, Thl. 8. S. 50. Hr. v. Sartori im Reichsvikar. Staatsr. Augsb. 1790. Cap. 3. §. 87. Cap. 7. §. 134.

stand solche Privilegien, ohne die Einwilligung seiner Landstände nöthig zu haben, es müßte denn das Privilegium so beschaffen seyn, daß, vermöge der Landesverfassung die Bewilligung der Landstände nöthig wäre [g]). Weil die Ertheilung eines Privilegiums, ein mit der Landeshoheit und gesetzgebenden Gewalt verbundenes Recht ist, so darf Niemand ein Privilegium ohne Bewilligung der Regierung ertheilen. Daher steht nicht einmal dem Nachfolger in der Regierung dieses Recht eher zu, als bis er selbst die Regierung erhalten hat, er mag heissen wie er will. Sollte aber der Nachfolger in der Regierung Jemandem ein Privilegium verbindlich zugesagt haben, und er ist nicht durch List und Betrug dazu bewogen worden, so muß er freylich sein Versprechen halten, so bald er die Regierung selbst angetreten hat; denn dieses erfordert Treue und Glauben [h]). Ein apanagirter Prinz darf aber kein Privilegium ertheilen, weil solche Herren keine Landeshoheit haben; und eben dieses gilt von solchen unmittelbaren Gliedern des teutschen Reichs, welche keine Reichsstände sind. Noch weniger dürfen Obrigkeiten, wenn sie auch die höchsten Landeskollegien seyn sollten, Privilegia ertheilen, weil sie keine gesetzgebende Gewalt haben. Gemeiniglich ertheilen jedoch die teutschen Reichsstände diesen Collegien das Recht, geringe Privilegien zu verleihen, wohin z. B. das Recht, eine minderjährige Person für volljährig zu erklären, Gasthöfe oder Apotheken zu errichten u. s. w. gehört [i]).

Ich gehe weiter fort zur Beantwortung der Frage: welchen Personen der Regent ein Privilegium ertheilen dürfe? Die Rechtslehrer [k]) behaupten mit Recht, daß nicht nur

g) Hr. v. Moser von der Landeshoheit in Gnadensachen, Cap. 9.

h) Leyser Spec. 10. med. 10. Wasmuth D. cit. §. 6. Rivinus. D. cit. §. 16.

i) Mevius Dec. Part. 6. Dec. 420.

k) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. S. 79. Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 120.

nur jeder, der in einem Lande als Unterthan betrachtet werden kann, um ein Privilegium nachzusuchen berechtigt sey, er mag zu den beständigen oder zu den zeitigen Unterthanen gehören, sondern es stehe auch der Regel nach in der Willkühr des Regenten, diesen Personen ein Privilegium zu ertheilen. Eben deswegen geschieht es auch, daß der Regent auswärtigen Buchhändlern ein Privilegium ertheilt, vermöge dessen ein gewisses Buch in seinem Lande weder nachgedruckt, noch ein auswärts gedrucktes Buch daselbst verkauft werden darf. Freylich geht die Kraft und Würkung eines Privilegiums nicht weiter, als die Landeshoheit ihre Würkungen zeigt, und diese sind in die Gränzen des Staats eingeschlossen, wie wir S. 288 gesehen haben l). Wenn ein Privilegium als gültig betrachtet werden soll, so muß es auf eine gesetzmäßige Weise erlangt werden, und dieses kann nicht anders geschehen als mit Bewilligung des Regenten, welche er aber sowohl ausdrücklich, als auch stillschweigend zu erkennen geben kann. Für eine solche stillschweigende Concession ist nun auch der, eine unerdenkliche Zeit über, fortgesetzte Besitz eines gewissen Privilegiums zu halten. In dergleichen Fällen begründet der so alte Besitz, und die geschehene Ausübung des Rechts, die Vermuthung, daß der Regent nichts dagegen habe, und folglich das Privilegium stillschweigend von ihm ertheilt worden sey. Selbst ein verbietendes neueres Gesetz, kann die Kraft dieser alten Privilegien nicht aufheben m). Man kann freylich, wenn man sich ganz genau ausdrücken will, nicht sagen, daß das Privilegium selbst, in so

l) Boehmer Ius publ. vniu. Part. Spec. lib. 2. c. 3. §. 58. Rivinvs Diss. cit. §. 17.

m) Boehmer D. de praescr. contra leg. prohib. in *Eius* Exerc. ad Dig. Tom. V. Leyser Spec. 461. med. 1. Wernher Obs. P. 4. Obs. 5. Reinhardt ad Christ. Vol. IV. Obs. 50. Mich. God. Wernher in lect. comment. h. t. §. 13.

so ferne es nämlich als eine besondere landesherrliche Constitution und Gesetz zu betrachten ist, durch eine Verjährung von undenklichen Zeiten erworben worden, welcher Umstand wahrscheinlich diejenigen Rechtslehrer n) irre geführt hat, welche die behauptete Meinung für falsch erklären.

Eine andere sehr interessante Frage ist es ferner: ob der Landesherr mehrern Personen einerley Privilegium ertheilen könne? Auch hier billigen die Rechtsgelehrten verschiedene Meinungen o); es verdienen aber nur diejenigen unter ihnen mit Recht Beifall, welche dem Regenten dieses Recht zugestehen. Hat also der Regent dem einen Bürger bereits das Privilegium des Bier- und Weinschankes verliehen, so ist er dennoch, auch berechtigt noch einem andern Bürger das nämliche Privilegium zu ertheilen, welches auch von der Gasthofsgerechtigkeit behauptet werden kann; daher es gar wohl angeht, mehrere Gastwirthe zu privilegiren p). Man kann auch nicht sagen, es müsse doch wenigstens darauf Rücksicht genommen werden, ob das Privilegium noch Wohlgefallen, oder durch einen Vertrag ertheilt worden; denn in allen diesen Fällen geht es an. Die Gründe sind hauptsächlich folgende: weil 1) ist kein Grund vorhanden, in zweifelhaften Fällen anzunehmen, daß sich der Regent durch die geschehene Ertheilung des Privilegiums die Hände dergestalt habe binden wollen, daß er weiter nicht berechtigt sey, eben dieses Privilegium auch andern Personen zu ertheilen, wobey hauptsächlich in Betrachtung kommt, daß allemal vermuthet

n) Icti Argent. Conf. II. 67. de Cramer an praescr. immemor. subdit. releuet contra ordinat. prouincialem, Marb. 1741. in Opusc. Tom. II.

o) Leyser Spec. 10. med. 4. Stryck D. de iure priuil. c. I. 41. Wernher Part. I. Obs. 87. Rivinus Diss. cit. §. 17. Hartleben Spec. 12. med. 4. Wasmuth Diss. cit. §. 10.

p) Hr. Pr. D. Günthers neues Leipz. Magaz. für Rechtsgelehrte, auf das Jahr 1786. 2ts Stck. Nr. 5. S. 165.

muthet wird, es sey nur der niedere Grad eines Hoheitsrechts, z. B. blos die niedere Gerichtsbarkeit, verliehen worden. 2) Soll der Privilegirte durch das Privilegium weiter nichts erlangen, als das Vorrecht, in dieser Rücksicht nicht nach dem gemeinen Rechte beurtheilt zu werden, welcher Vortheil ihm aber allemal zu Theil wird, wenn auch mehrere das nämliche Privilegium erhalten haben. 3) Kann es nicht einmal geachtet und dem Regenten sein habendes Recht abgesprochen werden, wenn gleich dem ältern Privilegirten durch das ertheilte neuere Privilegium ein Gewinnst entzogen wird, weil der Landesherr weiter nichts gethan, als sich seines Rechts bedient hat, in dergleichen Fällen aber Niemanden unrecht geschieht q). Es bleibt 4) dem Landesherrn das behauptete Recht selbst alsdenn noch, wenn gleich in das Privilegium die Clausel eingerückt worden: daß sich sonst Niemand an demselben Orte, das zugestandene Recht, z. B. die Apothekergerechtigkeit, das Weinschanksrecht, die Gastwirthschaft, anzumaßen befugt seyn solle, welche Worte ein Verbietungsrecht enthalten. Diese Worte sagen weiter nichts, als daß sich Niemand anders, an dem Orte das nämliche zu thun unterstehen soll, als wer dazu privilegirt worden, wie Herr HR. Hartleben mit Recht behauptet, weil kein Privilegium in zweifelhaften Fällen für ein ausschliessendes, oder ein sogenanntes priuilegium exclusiuum gehalten werden darf r). Wenn daher einige Rechtsgelehrte s) behaupten, schreibt Hr. RR. Eichmann, daß der Landesherr einem andern ein ähnliches Privilegium nicht ertheilen dürfe, so kann doch ihre Meinung keinen Beyfall finden, da ihre Gründe schwach sind; denn α) ist bekannt, daß die L. 3. D. h. t. worauf sie sich berufen, weiter nichts sagt, als der Privilegirte sey berechtigt von dem Privilegium so viel Vortheil zu ziehen,

q) Arg. L. 2. §. 9. D. de aqua et aquae pluu. L. 55. D. de reg. iur. Leyser l. c. Rivinus l. c. Hartleben l. c.

r) Cons. Halens. Tom. II. Lib. 2. Cons. 105. u. 4. 10.

s) Beckers Rechtsfälle, 3ter Bnd. Obs. 182. S. 543.

als ihm der Gesetzgeber gleich Anfangs zugestehen wollen; und da es nicht bewiesen werden kann, daß der Regent stillschweigend ein ausschließendes Privilegium ertheilen wollen, so steht das angeführte Gesetz der von uns angenommenen Meinung nicht entgegen. Eben so wenig beweißt β) die L. 5. D. de decret. ab ord. fac. worinn stehen soll, daß ein neues Privilegium das ältere nicht aufhebe, da hier gar nicht gesagt werden kann, daß das erstere Privilegium aufgehoben werde, vielmehr behält es seine Würkungen, die es nach dem Willen des Verleihers haben sollte. Ueberdieses ist gar in diesem Gesetz nicht die Rede von Privilegien, sondern von Verordnungen der Glieder des Raths in den Municipien, welche Decurionen genannt wurden. Dergleichen Verordnungen sollen durch keine neuen wieder aufgehoben werden, ausgenommen um des gemeinen Besten willen. Wenn aber γ) die Gegner für sich anführen wollen, daß der Landesherr von einer einmal übernommenen Verbindlichkeit nicht wieder abgehen, und dem Unterthanen sein wohl erworbenes Recht nicht wieder nehmen könne; so ist dieses eine falsche Voraussetzung, wie aus dem bereits Gesagten erhellet. Und so können endlich auch δ) die Herren Gegner nicht einwenden, daß jedes Privilegium so ausgelegt werden müsse, daß der Privilegirte den durch dasselbe erlangten Vortheil nicht verliehre; denn es ist nicht zu beweisen, daß der Privilegirte einen ihm rechtmäßig zustehenden Vortheil, durch das neuere Privilegium verliehre.

In folgenden Fällen darf der Regent von seinem Rechte, mehrern das nämliche Privilegium ertheilen zu können, keinen Gebrauch machen, nämlich 1) alsdenn darf es nicht geschehen, wenn die Beschaffenheit des Privilegiums kein neueres duldet; oder 2), wenn der Regent sich durch einen Vertrag ausdrücklich verbindlich gemacht hat, daß er an dem Orte Niemanden anders das nämliche Privilegium ertheilen wolle. Es darf aber dabey der merkwürdige Umstand niemals außer Acht gelassen werden, ob das Privilegium so beschaffen ist, daß sich dessen Kraft und Würkung über das ganze Land erstreckt, oder blos über einen bestimmten Ort.

Im

Im ersten Falle darf Niemanden dasselbe oder ein ähnliches Privilegium ertheilt werden, im zweyten Falle aber geht es an, in mehrern Städten oder Dörfern eben dieses Privilegium zu ertheilen.

Hat der Regent einer Person oder einem Orte, ausdrücklich ein Privilegium nach der Art eines bereits ertheilten Privilegiums ertheilt, oder mit andern Worten, hat er sich erklärt, daß ein Privilegium, womit, eine Person oder ein Ort begünstigt worden, nun auch noch diese Person oder dieser Ort haben soll, so kann die Frage vorkommen: wenn das ältere Privilegium, nach dessen Beyspiel das neuere verliehen ist, vergrößert, verringert, oder gar aufgehoben wird, ob alsdenn das letztere eben diese Veränderung leide? Hier muß der Unterschied gemacht werden, ob das neuere Privilegium als ein accessorisches des ältern zu betrachten ist, oder ob dieses nicht behauptet werden darf. Im ersten Falle trift es das nämliche Schicksal, weil wir die Regel haben: was in Ansehung der Hauptsache Rechtens ist, das muß auch bey dem Anhange für Recht gehalten werden t). Wenn also z. B. der Landesherr einer gewissen Person einen Freyheitsbrief gegeben, und solchen nachher auch auf seine Bedienten erstreckt hat, so geht mit dem Verlust des dem Herrn ertheilten Rechts auch das Vorrecht des Bedienten verlohren. Im zweyten Falle kann dieses aber nicht gesagt werden; denn hier besteht jedes Privilegium für sich, und man muß auch glauben, der Landesherr habe bey Ertheilung des Privilegiums nach dem Beyspiel des andern (S. 534), nur auf die gegenwärtige und nicht auf die zukünftige Zeit geschehen u). Wie bekannt, sind einige teutsche Universitäten nach dem Beyspiel der Bononischen, und andere der Pariser mit Privilegien versehen worden.

t) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 126.
u) Arg. L. 7. D. de auro et argent. legat. HARTLEBEN Spec. 12. med. 6.

§. 105.

Unter die wichtigsten und schwersten Fragen in der Lehre von Privilegien gehört unstreitig die Frage: was bey der Collision und Concurrenz mehrerer besondern Rechte, und mehrerer Privilegien, Rechtens sey? Da hier die Grundsätze verschiedner berühmter Rechtsgelehrten mit einander verglichen werden müssen, um eine gründliche Beurtheilung des Streits vornehmen zu können, so will ich mit Vorlegung derjenigen Grundsätze den Anfang machen, die der Herr HR. Glück S. 15. u. f. des zweyten Theils seines vortreflichen Commentars aufgestellt hat. Es heißt daselbst: — Es ist ferner in der Lehre von Privilegien eine Frage von praktischer Wichtigkeit, was Rechtens sey, wenn mehrere privilegirte Personen mit einander concurriren, welche um so mehr nähere Erörterung verdient, je leichter man hierinn durch Mißverstand der Gesetze irre geführt werden kann. Die Rechtslehrer pflegen hier als Regel festzusetzen, daß, wenn mehrere privilegirte Personen mit einander concurriren, dieselben nicht nach Maasgabe ihrer Privilegien, sondern nach gemeinem Rechte müssen beurtheilt werden: priuilegiatus contra priuilegiatum non suo priuilegio, sed iure communi vtitur. Allein, prüft man diesen Satz nach den Gesetzen, so findet man, daß er sein Daseyn nicht gesetzlicher Bestimmung, sondern blos dem Irrthum der Rechtslehrer verdankt, der gesetzlichen Entscheidung aber dergestalt zuwider läuft, daß vermöge derselben vielmehr der entgegenstehende Satz: daß ein Privilegirter gegen den andern nach seinem Privilegio allerdings zu beurtheilen sey, wo nicht wegen einer natürlichen Unmöglichkeit eine Ausnahme von der Regel statt findet, angenommen werden müsse[x]). Zwar pflegt zur Bestätigung jener

x) Die beyden neuesten Schriften über diese Materie, die ich vorzüglich empfehlen kann, sind Ioh. Siegfr. WIENTZEK comment. de vero sensu L. 11. §. 5. et 7. et L. 12. D. de minorib. iuncto examine regulae: priuilegiatus contra priuilegiatum non vtitur

jener gemeinen Regel die Stelle aus Ulpians Lib. 11. ad Edictum angeführt zu werden y), in welcher dieser römische Jurist die Frage aufwirft: ob ein Minderjähriger gegen einen andern Minderjährigen von der Rechtswohlthat der Restitution Gebrauch machen könne? und weil Pomponius, dessen Meinung Ulpian hier zuerst anführt, dieses schlechtweg verneinet, so glaubt man daraus folgern zu können, daß, so wie in einem solchen Collisionsfall die Restitution nicht zur Anwendung komme, es in ähnlichen Fällen auch in Ansehung der übrigen Privilegien wenigstens in der Regel eben so gehalten werden müsse; wenn nicht etwa der hier vom Ulpian angegebene Fall, den sie nur als Ausnahme von der Regel gelten lassen, eintrete; daß nämlich der eine Privilegirte bey dem im Streit befangenen Geschäfte Vortheil zu erlangen, der andere aber Schaden abzuwenden trachte. Allein bey näherer Prüfung des gedachten Fragments zeigt sich deutlich genug, daß es so wenig dem Ulpian als dem Pomponius eingefallen, die unterbleibende Anwendung der Privilegien im Collisionsfalle zur Regel zu machen, vielmehr erklärt sich ersterer ausdrücklich dahin, daß stets das Privilegium der einen Parthey in Ausübung kommen müsse, und zwar derjenigen, die aus dem Geschäft Schaden erlitten: und selbst in dem Falle, wenn beyde Partheyen durch Ausübung ihrer Rechtswohlthat, Schaden von sich abzuwenden suchen, also beyde in pari causa sich befinden, stimmen Ulpian und Pomponius darinn überein, daß sodann

vtitur iure suo, Wratislauiae, 1778. 4. und J. H. Ch. Lüders nähere Betrachtung der Lehre von der Concurrenz mehrerer Privilegien, in Hrn D. Koppe Magazin, Thl. 2. S. 485.

y) L. 11. §. 6. D. de minor. — Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? Et *Pomponius* simpliciter scribit, non restituendum. *Puto* autem inspiciendum a Praetore, quis captus sit. Proinde si *ambo* capti sunt, verbi gratia *minor minori* pecuniam dedit, et ille perdidit: *melior* est causa secundum Pomponium eius, *qui accepit*, et (vel) *dilapidauit*, vel *perdidit*.

der Minderjährige in den vorigen Stand zu seßen sey, der etwas von dem andern empfangen, ohne es zu seinem Nutzen zu verwenden. Man glaubt zwar, nach der gewöhnlichen Vorstellungsart, daß in dem Fall, si ambo capti sunt, keiner von beyden restituirt werden könne. Selbst Cujaz[z]) dachte so, indem er schreibt: si vterque captus sit, cessant Praetoris partes, et vero si minor minori crediderit, et is pecuniam statim perdiderit, satius est, rem a Praetore intactam relinqui, ne dum vult vni subuenire, in alterum iniurius esse videatur; quoniam et is, qui accepit, captus est propterea, quod pecuniam amisit, et is, qui dedit, propter exceptionem aetatis. Quare neutri restitutione data, melior erit causa eius, qui accepit et consumsit. Allein schon Anton Faber[a]) erinnerte dagegen sehr gründlich: male dici in hoc casu, a Praetore rem intactam relinqui: *nam non potest fieri, vt non teneatur is*, qui pecuniam accepit, licet eam consumserit, *si non ei succurratur per restitutionem.* Wem sonst, als seiner Restitutionswohlthat hat es also in diesem Fall der minderjährige Beklagte zu verdanken, daß er von der Verbindlichkeit, das empfangene Geld zu erstatten, frey ist; denn nach dem strengen Recht muß er allerdings bezahlen[b]).

Um jedoch nun zur Bestimmung derjenigen Grundsätze, nach welchen die Concurrenz der Privilegien zu beurtheilen ist, näher zu schreiten, so wird es, um allen Misverstand zu vermeiden, nöthig seyn, die speciellen, oder eigentlich sogenannten Privilegien, von den generellen oder den besondern Rechten zu unterscheiden. Wenn demnach der Landesherr

z) Cuiac. ad tit. de minor. Tom. II. Oper. Hanou. 1602. Pag. 169.

a) Faber Rat. ad Paud. ad L. 11. §. 6. D. de minor.

b) L. 43. D. de obl. et act. L. 101. D. de verb. obl. Marckart Interpr. Lib. 1. c. 21. Lycklama Membr. Lib. 7. eccl. 15. Fr. Behmer nouum ius contr. T. I. Obs. 47. S. 313.

desherr mehrern Individuen gleiche Privilegien ertheilt hat, so sind es entweder solche, die neben einander ausgeübt werden können, ohne sich in ihrer Anwendung hinderlich zu seyn, oder es sind die Privilegien von der Art, daß die Ausübung des einen Privilegiums mit der Ausübung des andern nicht bestehen kann. Im ersten Falle verbleiben beyde Privilegien in ihrer Kraft, und es kann kein ius commune eintreten. Keiner der Privilegirten kann und darf in diesem Fall den andern, der ein gleiches Privilegium hat, verhindern, sich desselben zu bedienen. Gesetzt also, Cajus hat in einer Stadt das Recht erlangt, eine Apotheke zu halten, Titius erhält hierauf ein gleiches Privilegium. Hier sind beyde Privilegien von der Art, daß sie sich in ihrer Ausübung nicht im Wege stehen, folglich bleiben sie beyde in ihrer Kraft, und keiner kann dem andern die rechtmäßige Ausübung seines Privilegiums verwehren. Wenn nun aber, welches der andere Fall ist, unter mehrern Privilegien eine wirkliche Collision eintritt, so daß die Ausübung des einen nicht ohne Abbruch des andern geschehen kann, z. B. der Fürst hat dem A. ein Monopolium in seinem Lande ertheilt, eben dieses hat er auch an den B. verliehen, so hat man in einem solchen Falle darauf zu sehen, ob daß eine Privilegium älter ist als das andere, oder ob die collidirenden Privilegien zu gleicher Zeit ertheilt worden, und also von gleichem Alter sind. Ist ersteres, so stehet die Regel fest; daß das jüngere Privilegium dem ältern weichen muß c); denn die Verleihung des jüngern gereicht hier offenbar zum Nachtheil des ältern, da doch bey Ertheilung eines jeden

c) Leyser Spec. 10. med. 11. Hommel Obs. 469. Vol. III. S. 104. Anderer Meynung sind Bastineller D. de eo quod iustum est in priuilegiorum collisione, Vit. 1727. §. 13. Nettelbladt System. §. 483. Allein die Regel: lex posterior derogat priori, findet aus den oben angeführten Gründen bey Collision der Privilegien keine Anwendung; vielmehr heißt es hier: posterius priuilegium priori contrarium pro subreptitio habendum, cap. 1. de constit. in 6to.

Privilegiums die stillschweigende Clausel: saluo iure tertii zum Grunde liegt[d]). Auch die Gesetzgeber gestehen selbst ausdrücklich, quod principi in cuiusquam iniuriam beneficia tribuere moris non sit, wie man aus der L. 4. C. de emanc. sieht. Ja es fehlt nicht an deutlichen Gesetzen[e]), welche bey Collision gleicher Privilegien die Regel annehmen, daß der Vorzug der Zeit, den Vorzug des Rechts bestimme. Jedoch leidet dieses billig eine Ausnahme, wenn das ältere Privilegium nur auf eine widerrufliche Art wäre verliehen worden, in welchem Fall alsdenn dasselbe durch die Ertheilung des neuern für aufgehoben gehalten werden muß. Im zweyten, aber fast undenkbaren Fall, wenn beyde Privilegien zu gleicher Zeit ertheilt worden, würde kein Grund vorhanden seyn, weshalb einer dem andern die Ausübung seines Privilegiums verwehren könne, vielmehr müßten sodann beyde Theile gegen einander nach gemeinem Rechte beurtheilt werden; das heißt sie bedienen sich beyde ihres Privilegiums in so fern, daß sie sich zwar einander nicht, aber doch alle andere, von eben dem Rechte ausschließen. Können die Partheyen sich hierüber in Güte nicht vereinigen; so thun sie, statt einen Proceß deshalb anzufangen, besser, wenn sie sich suppliciрend an den Landesherrn unmittelbar wenden, und um höchste Bestimmung, wie es bey vorwaltender Collision mit der Ausübung ihrer Privilegien gehalten werden soll, ansuchen. Richtig schreibt daher Hr. HR. Bastineller a. a. O. §. 16. — haec (sc. quomodo priuilegiorum colliſio tollenda vel temperanda) cum ad curam et officium Principis pertineat, conſequitur, principem hac de cauſa duntaxat adeundum eſſe ſuppliciter, non litem intendi oportere priuatam, priuilegio, iuſte in exercitio ſuo collidenti.

Ich schreite nun zu der Lehre von der Concurrenz der sogenannten besondern Rechte, wohin z. B. die Rechte der Minder-

d) L. 7. C. de prec. Imp. offer.

e) Nov. 91. c. 1. cap. 19. X. de praeſcr. c. 54. de reg iur. in 6to.

Minderjährigen, Kirchen, Frauenspersonen u. s. w. gehören f). Auch hier können wir zur Regel annehmen, daß derjenige, welchem ein besonderes Recht zustehet, sich desselben gegen den andern, der eine gleiche Rechtswohlthat zu geniessen hat, bedienen könne, so lange nicht der Fall eintritt, daß solches wegen einer natürlichen Unmöglichkeit nicht geschehen kann. Wir wollen jedoch die hierher gehörenden einzelnen Fälle noch genauer entwickeln. Wenn iura singularia mit einander concurriren, so kommt es zuförderst darauf an, ob sie so beschaffen, daß sie einander in ihrer Anwendung nicht hinderlich sind, weil nur eine Parthey in dem Fall sich befindet, wo ihr ein besonderes Recht nach den Gesetzen zustehet, die andere aber nicht, oder ob sie wirklich mit einander collidiren, d. i. ob sie so beschaffen sind, daß der Gebrauch des einen ohne Nachtheil des andern nicht bestehen kann. Im ersten Fall hat es keinen Zweifel, daß die concurrirenden besondern Rechte bestehen, folglich derjenige, dem ein ius singulare zustehet, sich seines Rechts gegen den andern bedienen könne, in so fern das besondere Recht, so der andere ebenfalls zu geniessen hat, nicht darunter leidet. Dies können folgende Fälle, die wir in unsern Gesetzen finden, beweisen.

1) Eine Frauensperson, wenn sie sich gleich bey einer andern Frauensperson für einen dritten verbürgt hat, kann dennoch die ihr nach dem Vellejanischen Rathsschluß zustehende Rechtswohlthat ausüben, nach der L. 5. C. ad Sctm. Vellei. wo es heißt: quodsi consensisti obligationi, *sciente creditrice*, auxilio Senatusconsulti vti potest.

2) Wer in öffentlichen Geschäften abwesend gewesen, kann eine Wiederherstellung seiner Rechte auch wider denjenigen erlangen, der aus gleicher Ursache abwesend gewesen ist g).

3) Ein

f) Hartleben Spec. 13. med. 8.

g) L. 46. D. ex quib. caus. maior.

3) Ein Minderjähriger wird auch gegen den Fiscus mit dem Wiederherstellungsgesuch gehört [h]), wenn gleich der Fiskus sonst auch die Rechte der Minderjährigen zu genieſſen hat i).

4) Wenn eine Kirche gegen die andere verjähren will, ist auch eine Zeit von 40 Jahren erforderlich [k]), und

5) derjenige, welcher einen befreyten Gerichtsstand hat, kann sich dieses Privilegiums auch gegen denjenigen bedienen, welchem ebenfalls ein solcher befreyter Gerichtsstand zustehet, so daß er vor demselben belangt werden muß. So zum Beyspiel kann sich ein Geistlicher gegen einen andern Geistlichen auf sein priuilegium fori berufen, wenn ihn letzterer bey einem weltlichen Richter belangen wollte [l]).

Der Grund von diesen Entscheidungen ist leicht einzusehen; denn wenn gleich in den genannten Fällen beyde Partheyen privilegirt sind, so befindet sich doch nur überall die eine in dem Fall, wo ihr die Gesetze ein besonderes Recht geben, mithin wird die der andern Parthey in einem ähnlichen Fall zustehende Rechtswohlthat nicht geschmälert. So findet z. B. der Vellejanische Rathsschluß nicht statt bey der Frau, welche das Geld anleihet, und zu deren Sicherheit die Bürgschaft geleistet wird, sondern nur bey derjenigen, die sich verbürget hat; und eben so hat nur die Kirche sich ihrer Wohlthat zu erfreuen, gegen welche verjährt wird; nicht die, welche verjährt, u. s. w. Diejenigen, welche für die Regel streiten: priuilegiatus contra aeque priuilegiatum non vtitur iure suo, wollen zwar dagegen die L. 8. pr. und die L. 41. §. vlt. D. de excuſ. anführen, aber vergeblich. Das erste Gesetz giebt den Soldaten nach ihrer ehrenvollen Entlassung (veterani) die Freyheit von Uebernehmung der Vormundschaften, sagt

h) L. 1. C. si aduerſ. fiſc.
i) L. 9. C. quib. ex cauſ. maior. L. 3. C. de iure reip. L. 9. C. de appell.
k) c. 8. X. de praeſcr. c. 6. X. eod.
l) c. 1. X. de foro comp.

sagt aber ausdrücklich, daß dieses Privilegium gegen Soldatenkinder keine Anwendung finden solle. Allein, wo concurriret denn hier ein Privilegirter mit einem andern Privilegirten, da das Privilegium wegen der Befreyung von Vormundschaften den Veteranen, nicht aber deren Kindern ertheilt ist? Es ist also dieser Fall für nichts weiter, als für eine Einschränkung jenes Privilegiums der Soldaten anzusehen. Und eben dieses gilt auch von dem andern Gesetz.

Wenn nun aber beyde Partheyen in dem Fall sich befinden, wo ihnen nach den Gesetzen ein besonderes Recht zusteht, von der einen aber doch die ihr zustehende Rechtswohlthat gegen die andere nicht ausgeübt werden kann, ohne derselben zu nahe zu treten, und selbige zu schmälern, so ist nun eine wahre Collision dieser Rechtswohlthaten vorhanden, bey welcher man auf folgende Puncte zu sehen hat, und zwar

I) darauf, ob die collidirenden Rechtswohlthaten von einerley Beschaffenheit sind, oder von verschiedener Art. Ist letzteres, so versteht es sich von selbst, daß die schwächere der stärkern nachstehen müsse. Für die stärkere Rechtswohlthat wird aber diejenige gehalten, welche die Gesetze mehr begünstigen. Wir finden in den Gesetzen hiervon mancherley Beyspiele. So verliehrt das Sctm. Velleianum gegen einen Minderjährigen seine Kraft, wenn der Hauptschuldner nicht bezahlen kann, für welchen sich die Frauensperson verbürgt hat[m]). Eben so wenig kann das Sctm. Macedonianum einem Minderjährigen entgegen gesetzt werden, wenn dieser einem andern, der zwar majoren, aber noch in väterlicher Gewalt ist, Geld als Anlehn gegeben hat; denn die Gesetze[n]) sagen: magis aetatis ratio, quam Senatusconsulti habenda est. Ist ein besonderes Recht blos nach dem Beyspiel eines andern

m) L. 12. D. de minor.

n) L. 3. §. 2. D. de Scto. Maced. L. 11. §. 7. D. de minorib.

dern eingeführt worden (S. 545), so stehet es der eigenen Rechtswohlthat des andern nach, sie sey entweder in der Minderjährigkeit, oder auch nur in einem Senatusconsultum gegründet. So z. B. kann auch den Städten der Macedonianische Rathschluß entgegengesetzt werden o); und wenn ein Minderjähriger mit einer Kirche in Collision kommt, so hat das Recht des Minderjährigen den Vorzug p).

II) Kommen besondere Rechte von gleicher Art in Collision, deren eines nicht mehr begünstigt ist, als das andere, so ist entweder das Recht des einen älter und eher entstanden, als das Recht des andern, oder das Recht beyder Partheyen ist zu einer Zeit, und durch einerley Geschäfte begründet worden. Im ersten Fall entscheidet der Vorzug der Zeit, und das ältere Recht der einen Parthey hat vor dem jüngern der andern Parthey den Vorzug q). So ist z. B. das Vorzugsrecht der Kinder erster Ehe wegen des Brautschatzes ihrer verstorbenen Mutter stärker, als das ihrer Stiefmutter wegen ihres Eingebrachten r). Im letztern Falle, wenn beyde Partheyen bey dem Geschäfte Schaden erlitten, den sie durch Ausübung ihrer Rechtswohlthat von sich abzuwenden suchen, mithin beyde in gleicher Lage sich befinden, so ist nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze für den Beklagten zu sprechen, und derselbe nach seinem besondern Rechte zu beurtheilen. Hierher gehört folgender vom Ulpian in der L. 11. §. 6 D. de minor. entschiedene Rechtsfall. Wenn ein Minderjähriger von einem andern Minderjährigen Geld geborgt hat, und dieses geborgte Geld von ihm verschwendet, oder doch wenigstens kein Nu-

o) L. 15. D. de Scto. Maced. ibique GOTHOFRED. lit. k.

p) c. 1. X. de in int. restit. HARTLEBEN Spec. 13. med. 8. reg. 3. S. 266.

q) Nov. 91. cap. 1.

r) L. 12. §. 1. C. qui pot. in pignor.

Nutzen davon gezeigt werden kann, und deswegen nach erhobener Klage auf die Wiederbezahlung gegen das Darlehn Restitution sucht, um die Bezahlung zu verhindern, wodurch er in Schaden gebracht werden würde, und nun der Kläger in seiner Replik sich auf die nämliche Rechtswohlthat beruft, weil er auch Schaden leide, wenn er sein Geld nicht wiederbekomme; so soll in diesem Collisionsfall blos der Beklagte mit seinem Restitutionsgesuch gehöret, und Kläger damit abgewiesen werden. Hier ist es schlechterdings unmöglich beyde Minderjährige von ihrem besondern Rechte Gebrauch machen zu lassen f), folglich muß das besondere Recht auf Seiten des Beklagten vorgehen, den die Gesetze, wie die L. 125. D. de reg. iur. beweißt, in Collisionsfällen immer mehr begünstigen als den Kläger. Mit dieser Entscheidung stimmt auch Paulus in der L. 34. pr. D. de minorib. auf das genaueste überein, wenn er sagt: si minor

f) Ich kann nicht umhin, hier eine Stelle aus der oben angeführten Commentation des Wientzeck, zumal da solche nicht in Aller Händen sich befindet, anzuführen, weil so viele große Rechtsgelehrte behaupten, daß in dem angeführten Fall keiner von beyden Minderjährigen von seiner Rechtswohlthat Gebrauch machen könne, sondern das gemeine Recht eintreten müsse. Die Stelle lautet cap. 1. §. 1. S. 12. folgendermaßen: cum autem in specie nostra dicitur, minorem, qui mutuam pecuniam accepit, non teneri (hoc enim sibi volunt verba dictae legis: melior est causa eius, qui accepit, et vel dilapidauit vel perdidit) necesse est, vt ob restitutionem in integrum ei concessam obligatio ad restituendum cesset. Summo itaque iure dici potest: in casu *si vterque minor captus, vnium eorum restitui*. Ast quaeritur hic, cur in specie proposita, alter minor non etiam restituatur, cum tamen quoque laesus sit, quippe qui pecuniam mutuam dedit, quam non recuperat? *Respondeo*, hic restitutionem plane esse impossibilem, hancque ob causam cessare. Si enim minor, qui accepit, in integrum restituitur, huius restitutionis hic est effectus, vt soluere, quod proprie deberet, non teneatur. Jam si minor, qui dedit, etiam restitui deberet, reus ad soluendum tamen obligatus esset. Sic itaque simul et non soluere et solvere deberet, quod per principium contradictionis est absurdum.

nor viginti quinque annis filiofamilias minori pecuniam credidit, *melior est conditio consumentis*, nisi locupletior ex hoc inueniatur litis contestatae tempore is qui accepit. Hieraus erhellet denn zugleich, daß, wenn der Minderjährige, der das Geld empfangen, solches wirklich zu seinem Nutzen verwendet hätte, und folglich zur Zeit der Kriegsbefestigung sich dadurch reicher befände, derselbe in diesem Fall mit der vorgeschützten Einrede der Restitution nicht zu hören, vielmehr der minderjährige Gläubiger gegen das Anlehn in den vorigen Stand einzusetzen seyn würde; denn hier sucht der Beklagte bey der Sache wirklich etwas zu gewinnen. Er befindet sich also eigentlich nicht in dem Fall, in welchem die Gesetze dem Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angedeihen lassen wollen; wohl aber der Kläger, der damit nur lediglich einen Schaden zu verhüten sucht, den er durch die Nichtwiederbezahlung des Darlehns leiden würde; folglich gestatten die Gesetze nur diesem den Gebrauch seiner Rechtswohlthat. Eben dieses giebt auch Ulpian durch die Worte der L. 11. §. 6. D. de minor. puto autem a *Praetore* inspiciendum, quis *captus* sit, zu verstehen. Captus heißt so viel als laesus t); in andern Fällen aber sind die Worte capi und defraudari et decipi gleichbeteutend.

Der Herr RR. Eichmann, hat S. 127 des 2ten Theils seiner Erklärungen des bürgerlichen Rechts, diese schwere Materie folgendergestalt zu erklären gesucht, wo es heißt: Ertheilt der Landesherr mehrern gleiche Privilegien, so findet der Rechtssatz statt: ein Privilegirter bedient sich wider einen andern gleich Privilegirten seines Rechts nicht. Viele verstehen diesen Satz ganz falsch, und machen daher Ausnahmen und Einschränkungen, die wegfallen, wenn man ihn recht versteht. Es liegt in demselben blos dieses: wenn einer auch ein

t) L. 3. §. 3. L. 7. pr. L. 9. §. 2. L. 29. pr. D. de minor. Brisson. de Verb. signif. v. capere, n. 7. S. 154.

ein Privilegium erlangt hat, so kann und darf er doch den andern, der ein gleiches Privilegium hat, nicht hindern, sich desselben zu bedienen. Z. B. ich habe den Weinschank auf eine solche Art erlanget, und nun erhält ihn auch Cajus. Hier kann ich nicht nur, sondern auch Cajus Wein schenken; aber kein anderer, der dieses Weinschanksrecht nicht erworben hat. So kann auch ferner in dem Fall, wenn zwey in einem District das Jagdrecht durch ein Privilegium erworben haben, keiner den andern von der Jagd ausschließen. Allein zuweilen kann es kommen, daß die Ausübung des einen Privilegiums mit der Ausübung des andern nicht bestehet; alsdenn ist eine Collision der Privilegien vorhanden [u]), bey welcher man sehen muß, ob ein Privilegium älter ist als das andere, oder ob die collidirenden Privilegien zu gleicher Zeit ertheilt worden. Im erstern Falle geht das ältere dem neuern vor; denn obwohl sonst bey den Gesetzen das Gegentheil statt findet, und das neue Gesetz der Regel nach dem ältern vorgeht, so kann doch diese Regel auf Privilegien nicht angewendet werden, weil kein Privilegium zum Nachtheil eines Dritten gereichen darf, und daher allezeit mit der Clausel verstanden werden muß: dem Recht eines Dritten unbeschadet [x]). Dieses muß man aber nicht nur bey den sogenannten conventionellen [y]), sondern auch bey den gratiösen Privilegien annehmen [z]). Denn da bey denselben wegen

u) Sam. Stryck D. de iure priuilegiati contra priuilegiatum, Frf. 1648. Bastineller D. de eo quod iustum est circa priuilegiorum collisionem, Vit. 1727. Hommel Obs. 469. Hartleben Spec. 13. med. 8.

x) L. 7. C. de prec. Imp. L. 4. C. de emanc. lib. L. 2. §. 10. D. ne quid in loc. publ.

y) Berlich Dec. 26. n. 31. Ziegler de iur. maiest. Lib. I. c. 12. thes. 5. Boehmer Cons. Tom. I. Part. 2. Resp. 3. Hartleben Spec. 12. med. 5.

z) Leyser Spec. 10. med. 11. Hommel l. c.

wegen des Versprechens und der erfolgten Annahme ebenfalls ein Vertrag vorkommt, wodurch der Privilegirte berechtigt wird, auf sein Privilegium zu halten, und sich desselben zu bedienen, so muß auch in dem Fall, wenn das ältere Privilegium ein graziöses ist, das neuere mit der angeführten Clausel verstanden werden. Man kann nicht annehmen, daß der Landesherr das, was er bereits dem einen gegeben, auch nachher noch einem andern habe zuwenden wollen; jedoch leidet dieses eine Ausnahme, wenn das ältere Privilegium durch einen gewinnsamen Titel ist erworben worden, oder ein so genanntes graziöses ist, und in solchem die Clausel: zu mindern oder gänzlich aufzuheben, vorkommt, das neuere aber durch einen beschwerlichen Titel ist erlangt worden [a]); denn hier kann der ältere Privilegirte nicht über Schmälerung seines Rechts klagen, und er würde auch Gewinn mit Schaden des neuern Privilegirten suchen. Diese Umstände berechtigen allerdings den Richter, einen solchen Streit zwischen zwey Privilegirten, zum Vortheil des neuern Privilegirten zu entscheiden, weil dieses dem Willen des Regenten am gemäßesten zu seyn scheint; jedoch kann der Landesherr selbst erklären, daß dieses in der That nicht sein Wille gewesen. Im zweyten Falle, wenn die Privilegien zu gleicher Zeit sind ertheilt worden, hat der Regent entweder bestimmt, welches bey einer entstehenden Collision den Vorzug haben soll, oder er hat dieses nicht gethan. Wenn jenes ist, so geht man nach der Bestimmung des Landesherrn; wenn aber dieses ist, so müssen beyde Privilegien ruhen, und man muß sich nach dem gemeinen Rechte richten [b]), jedoch können die Privilegirten sich hierüber besonders vereinigen.

Der angeführten Rechtsregel: priuilegiatus contra aeque priuilegiatum non vtitur iure suo, bedient man sich auch bey dem so genannten besondern Rechte. Aber auch hier will sie weiter nichts sagen, als

a) Arg. L. 34. D. de minor.
b) HARTLEBEN Spec. 13. med. 8. reg. 3.

als daß derjenige, der ein besonderes Recht hat, den andern, dem eben dieses besondere Recht zusteht, nicht in dem Genuß desselben hindern könne. Dieses ist auch in so weit wahr, daß selbst derjenige, welcher ein besonderes Recht hat, des andern sein besonderes Recht wider sich erkennen muß, in wie fern das besondere Recht, so er genießet, nicht darunter leidet. α) Erhellet dieses deutlich genug aus den Gesetzen c). Minderjährige, wenn sie durch ein Geschäfte verletzt worden sind, können die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen. Wenn nun zwey Minderjährige mit Zuziehung ihrer Curatoren einen Vertrag geschlossen haben, wodurch der eine von ihnen verletzt worden, so kann er auch wider den andern Minderjährigen sich dieser Rechtswohlthat bedienen; denn der andere ist nicht verletzt, und also wird auch das ihm, in einem ähnlichen Fall zustehende besondere Recht nicht geschmälert. Wenn ein Minderjähriger einem andern Minderjährigen, der noch unter der väterlichen Gewalt steht, Geld geborgt hat, welches noch vorhanden ist, so kann er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen. So kann auch eine Frau, welche in die von ihrem Manne, einer Frauensperson geschehene Verpfändung ihrer Sachen gewilligt hat, sich der Wohlthat des Vellejanischen Rathschlusses bedienen; denn die andere Frauensperson ist nicht in dem Fall, wo ihr dieselbe nach den Gesetzen zusteht. β) Wenn man die entgegen gesetzte Meinung annehmen wollte, so würde daraus folgen, daß verschiedene Personen, denen ein besonderes Recht zustehet, niemals davon Gebrauch machen könnten; denn es giebt besondere Rechte, die nur gegen gleich Privilegirte ausgeübt werden können. Hierher gehört unter andern die Rechtswohlthat der Competenz, welche Gesellschafter haben, vermöge welcher demjenigen von ihnen, der den andern Mitgesellschaftern schuldig ist, so viel gelassen werden muß, daß er leben kann. So

c) L. 5. C. ad Sect. Vellei.

würde auch nicht γ) derjenige, der einen befreyten Gerichtsstand hat, einen andern, dem ebenfalls ein solcher befreyter Gerichtsstand zustehet, vor demselben belangen können d). Alsdenn darf aber einer, der ein besonderes Recht hat, gegen einen andern, dem ebenfalls dieses besondere Recht zusteht, solches nicht brauchen, wenn es die Gesetze verbieten. Wie bekannt, haben die Soldaten das besondere Recht, daß sie auch nach erhaltenem ehrenvollen Abschiede keine Vormundschaft zu übernehmen brauchen; allein sie dürfen sich ein Jahr nachher nicht darauf berufen, wenn sie bey andern Soldatenkindern die Vormundschaft übernehmen sollen e). Oft nun aber kommt der Fall vor, daß von dem einem ein besonderes Recht gegen den andern, der auch ein besonderes Recht hat, nicht ausgeübt werden kann, ohne demselben zu nahe zu treten und es zu schmälern. Hier muß unterschieden werden, ob die collidirenden besondern Rechte, von einerley oder von verschiedner Beschaffenheit sind. In beyden Fällen kann eine Collision vorkommen, wobey folgende Regeln ihre Anwendung finden.

1) Wenn das besondere Recht auf der einen Seite ein doppeltes Privilegium enthält, auf der andern aber, ein einfaches, so geht jenes diesem vor f). Wenn also z. B. ein Minderjähriger und eine milde Sache in einem Geschäfte mit dem Fiskus des Landesherrn verletzt worden sind, so haben sie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu hoffen, wenn auch der landesherrliche Fiskus dabey zu kurz kommen sollte g).

2) Wenn nur einfache besondere Rechte collidiren, so geht das stärkere dem schwächern vor, ohne auf ihr Alter zu sehen. Für das stärkere wird dasjenige gehalten, welches

d) Hartleben Spec. 13. med. 8. reg. 1.

e) L. 8 pr. D. de excusat.

f) Arg. §. 2. Inst. et L. pen. pr. C. de adopt. Avth. itaque C. communi de succeſſ. Hartleben Spec. 13. med. 8. reg. 2.

g) Leyser Spec. 61. med. 6.

welches die Gesetze mehr begünstigen. So kann ein Minderjähriger, wenn er einem andern, der ebenfalls minderjährig ist, oder noch unter der väterlichen Gewalt stehet, Geld gelehnt hat, das von ihm verthan worden ist, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen [h]). So kann ferner eine Weibsperson, die sich bey einem Minderjährigen für Jemanden verbürgt hat, das Vellejanische Senatusconsultum nicht wider den Minderjährigen brauchen, wenn sie bezahlen soll, weil der Hauptschuldner nichts im Vermögen hat [i]).

3) Wenn ein besonderes Recht nach dem Beyspiel eines andern eingeführt worden, so stehet jenes nach. Wenn daher z. B. ein Minderjähriger mit einer Kirche in Collision kommt, so geht der Minderjährige vor. Die Philosophen sagen: propter quod vnumquodque est tale, illud est magis tale.

4) Wenn besondere Rechte von gleicher Art in Collision kommen, und auf der einen Seite eine Handlung ist, die den Verlust der Ausübung des besondern Rechts in gegenwärtigem Falle nach sich zieht, so geht das besondere Recht auf der andern Seite vor. Z. B. wenn einer von den Minderjährigen, die verletzt worden, Betrug gebraucht hat.

5) Wenn besondere Rechte von gleicher Art collidiren, und keine von den angeführten Regeln anwendbar ist, so geht das besondere Recht auf Seiten des Beklagten vor [k]), weil ihm die Gesetze mehr Gunst erwiesen wissen wollen, als dem Kläger [l]). Ein Minderjähriger giebt einem andern Minderjährigen Geld als Darlehn, welches aber von diesem durchgebracht wird. Hierauf klagt der minderjährige Gläubiger gegen den minderjährigen

h) L. 11. §. 7. D. de minor.
i) L. 12. D. de minor.
k) L. 11. §. 6. L. 34. pr. D. de minor. Leyser Spec. 61. med. 8. Hartleben Spec. 13. med. 8. reg. 6.
l) L. 125. D. de reg iur.

Schuldner, und sucht wider den Macedonianischen Rathsschluß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Nach der angenommenen Regel muß sein Gesuch abgeschlagen werden.

In dem Privatrechte des verstorbenen verdienstvollen Herrn Prof. Hofackers, findet man im 1sten Bande S. 81 folgende Grundsätze über die Collision der Privilegien und besondern Rechte vorgetragen. Wenn bey ebendemselben Gegenstande oder Geschäfte, mehrere privilegirte Personen dergestalt mit einander in Collision kommen m), daß einer von ihnen sich seines Rechts nicht völlig bedienen kann, so muß vor allen Dingen auf den Unterschied zwischen Privilegien im eigentlichen Verstande, und den besondern Rechten Rücksicht genommen werden. Gerathen jene in Collision mit einander, so kommt es 1) darauf an, ob das eine stärker ist, als das andere, und hier geht das stärkere dem schwächern vor. Dieses Vorzugsrecht gründet sich entweder auf das Privilegium selbst, z. B. weil der Regent ausdrücklich erklärt hat, daß es stärker seyn soll, oder man kann dieses als stillschweigend geschehen annehmen, da das eine Privilegium mehr Billigkeit n) für sich hat, als das andere, oder es ist von größerm Nutzen; oder die Zeit verschaft dem Privilegium ein Vorzugsrecht o). Wenn diese Umstände nicht eintreten, so kommt es 2) darauf an, ob beyde Privilegien gleich stark sind, und hier kann keiner von den Privilegirten sich gegen den andern auf sein Privilegium

m) Stryck D de iure priuilegiati contra priuilegiatum. Bastineller D. de collisione priuilegiorum, Viteb. 1727. Leyser Spec. 61.

n) Eine größere Billigkeit streitet 1) für denjenigen, der Schaden leiden würde, als für den, dem ein Gewinn entgeht, L. 24. pr. D. de minor. 2) Hat die Begünstigung des minderjährigen Alters mehr Billigkeit für sich als die Befolgung des Macedonianischen oder Vellejanischen Rathsschlusses, L. 11. §. 7. L. 12. D. de minor.

o) Nov. 91. c. 1.

legium berufen p). Bey der Collision der Privilegien in der weitläuftigern Bedeutung oder der besondern Rechte ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob ein besonderes Recht so beschaffen ist, daß es allen andern, die dieses Recht nicht haben, die Ausübung des erhaltenen Rechts verbietet q), und gleichwohl hat Jemand das nämliche Recht erhalten, da es doch vor ihm schon Jemanden ertheilt worden war. In solchen Fällen gilt nur das eine besondere Recht, weil entweder das zuletzt verliehene als widerrechtlich ertheilt, oder das ältere für mit Recht aufgerufen betrachtet werden muß.

p) L. 11. §. 6. L. 34. pr. D. de minor.

q) Der Regel nach ist mit einem Privilegium, wenn es auch ein beschwerliches seyn sollte, das Recht nicht verknüpft, andern den Gebrauch dieses Rechts verbieten zu können, Leyser Spec. 10. med. 4. 5.

Ende des ersten Theils.

316

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0625
DFG

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684861/phys_0626
DFG

werden kann, und deswegen nach erhobe-
Wiederbezahlung gegen das Darlehn Re-
die Bezahlung zu verhindern, wodurch
racht werden würde, und nun der Klä-
r sich auf die nämliche Rechtswohlthat
Schaden leide, wenn er sein Geld nicht
oll in diesem Collisionsfall blos der Be-
Restitutionsgesuch gehöret, und Kläger
erden. Hier ist es schlechterdings un-
derjährige von ihrem besondern Rechte
lassen [f]), folglich muß das besondere
Beklagten vorgehen, den die Gesetze,
de reg. iur. beweißt, in Collisions-
begünstigen als den Kläger. Mit dieser
auch Paulus in der L. 34. pr. D. de
naueste überein, wenn er sagt: si mi-
nor

umhin, hier eine Stelle aus der oben an
on des Wientzeck, zumal da solche nicht in
findet, anzuführen, weil so viele große
ten, daß in dem angeführten Fall keiner
ährigen von seiner Rechtswohlthat Ge-
sondern das gemeine Recht eintreten müsse.
1. §. 1. S. 12. folgendermaßen: cum au-
icitur, minorem, qui mutuam pecuniam
oc enim sibi volunt verba dictae legis: me-
ni accepit, et vel dilapidauit vel perdidit)
utionem in integrum ei conceſſam obligatio
t. Summo itaque iure dici potest: in
ptus, vnum eorum restitui. Aſt quaeritur
posita, alter minor non etiam restituatur,
sus sit, quippe qui pecuniam mutuam de-
rat? *Respondeo*, hic restitutionem plane
eque ob causam cessare. Si enim minor,
um restituitur, huius restitutionis hic est
iod proprie deberet, non teneatur. Jam
iam restitui deberet, reus ad soluendum
Sic itaque simul et non soluere et sol-
r principium contradictionis est absurdum.