



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

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

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

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

## Nutzungsrichtlinien

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

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

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

## Über Google Buchsuche

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

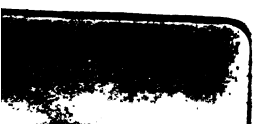
32 Feb 1921



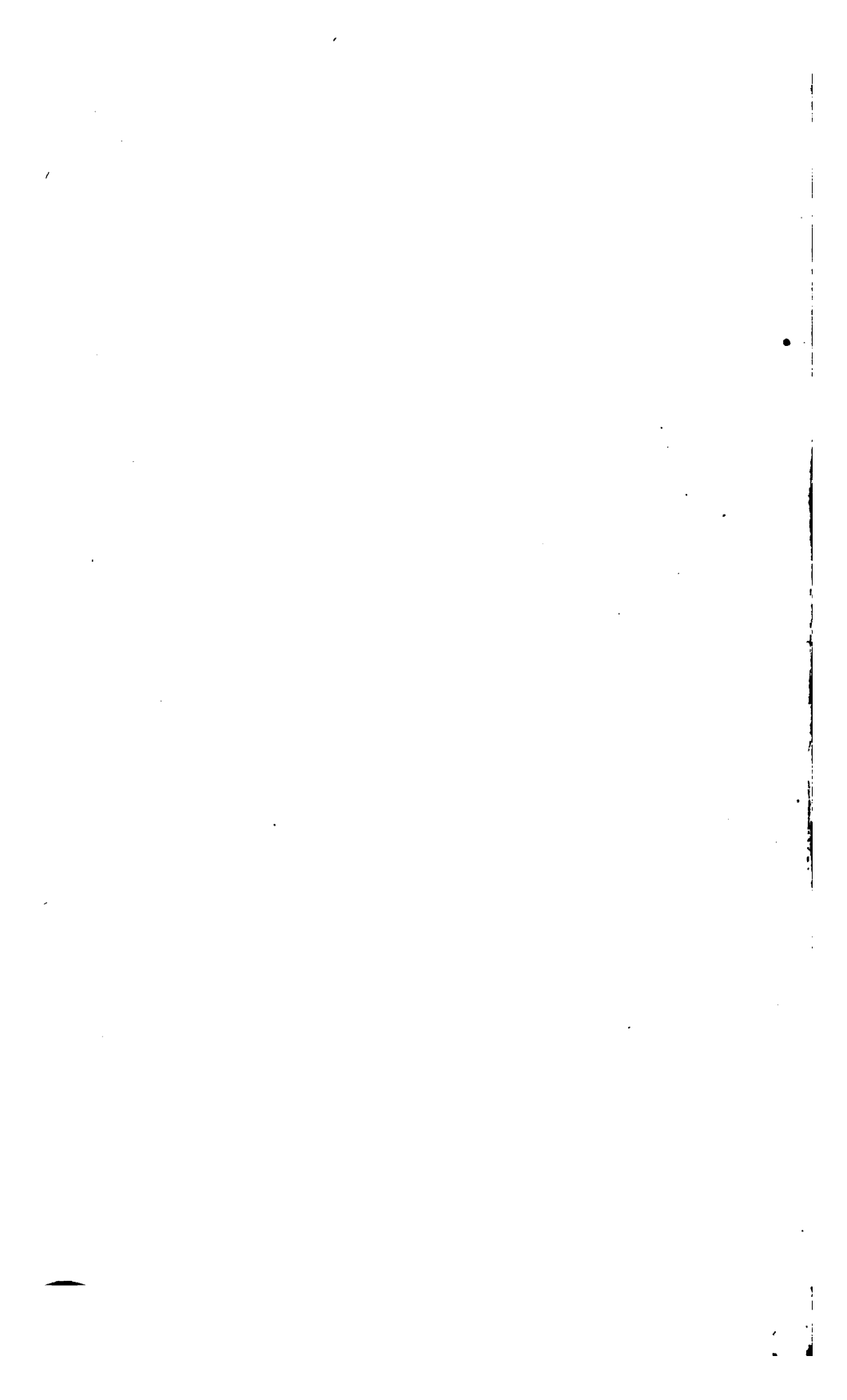
HARVARD LAW LIBRARY

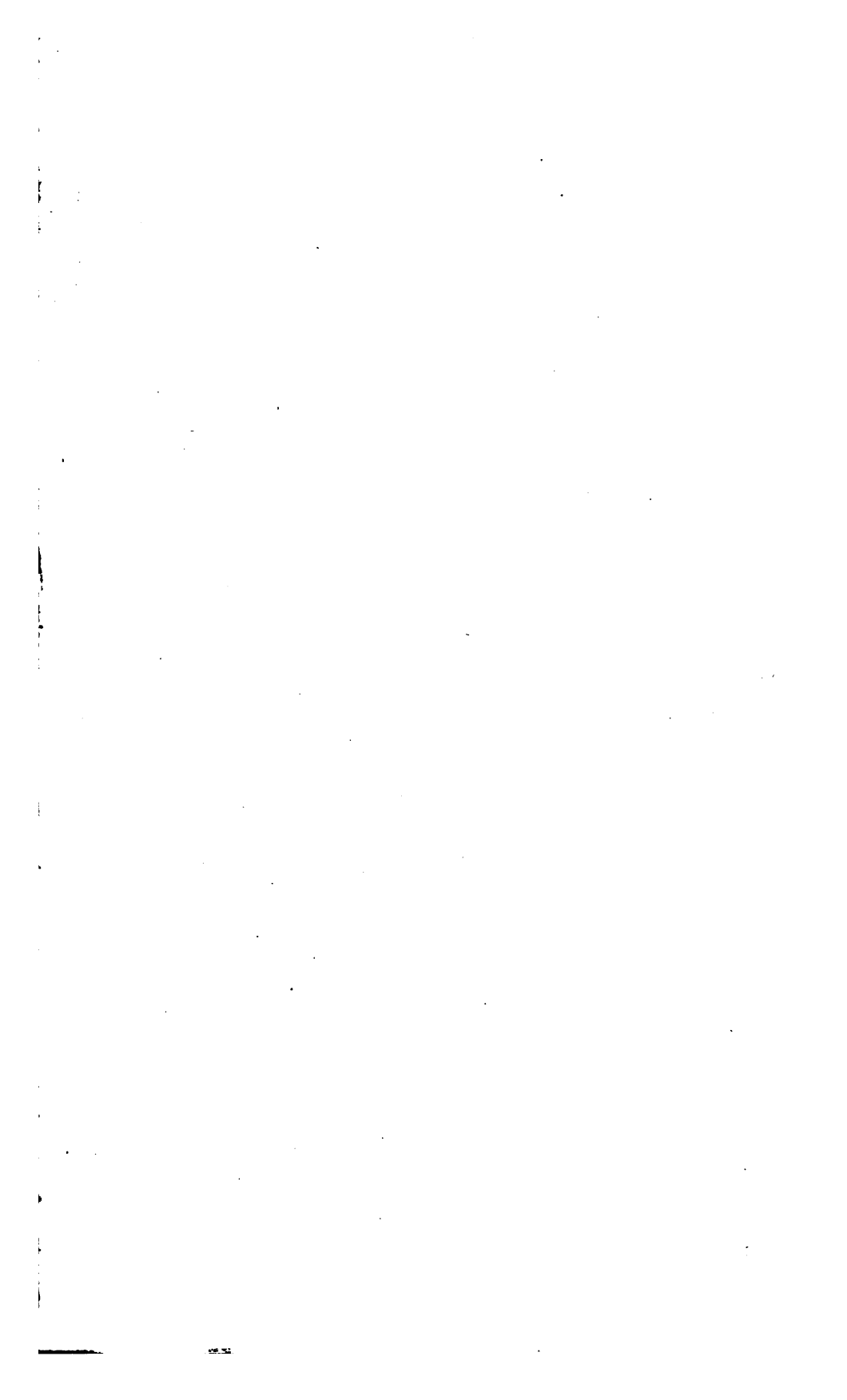
---

Received Nov. 8 1920



Germany





# Civilistische Studien

auf dem Gebiete

## dogmatischer Analyse.

V o n

Dr. Burkard Wilhelm Leist.

Viertes Heft.

Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts.

---

J e n a,

Verlag von Friedrich Frommann.

1877.

713

51

x

c

Die  
realen Grundlagen  
und  
die Stoffe des Rechts.

Von

Dr. Burkard Wilhelm Leist.

---

Jena,  
Verlag von Friedrich Frommann.

1877.

+

1882 X2

GER.  
906  
157



„Was mich beschäftigte, waren die Sitten der Völker. An ihnen zu lernen, wie aus dem Zusammentreffen von Nothwendigkeit und Willkür, von Antrieb und Wollen, von Bewegung und Widerstand ein Drittes hervorgeht, was weder Kunst noch Natur, sondern beides zugleich ist, nothwendig und zufällig, absichtlich und blind: ich verstehe die menschliche Gesellschaft.“

Goethe.

NOV 8 - 1920

BK 2004

## V o r r e d e .

---

Den Inhalt des vorliegenden vierten und letzten Hefes der „Civilistischen Studien“: — Darlegung des Wesens der naturalis ratio im Gegensatz zu dem der Aequität — hatte ich mir bereits beim Erscheinen des ersten Hefes (1854) vorausbestimmt. Ich hatte gleich die Absicht mit dem Erscheinenlassen dieses vierten Hefes längere Zeit zu warten. Als aber die Zeit herankam, in der ich im Voraus gedacht hatte zur Ausführung schreiten zu können, traten unvorhergesehene Hemmnisse ein: schweres Leiden und die Uebernahme der größeren Commentararbeit, zu deren Stoff mich eine alte Liebe zog.

Nachdem dieses Commentarwerk zur Hälfte erledigt ist, kehre ich zwischendurch gern zu meinen dogmatisch-analytischen Aufgaben, die ich inzwischen immer im Auge behalten habe, — und zwar zunächst zur Abschließung dieser Civilistischen Studien zurück. Ich beabsichtige hier aber nicht bloß, die von naturalis ratio und Aequität redenden römischen Stellen zu interpretiren, sondern selbständig die darin behandelten Fragen zu prüfen und

zu ordnen. Indem ich zu diesem Zweck vielfach der Zusammenstellung von Punkten aus recht weit auseinanderliegenden Gebieten bedarf, habe ich mir, — da ich diese Punkte nicht selbst neu untersuchen will, sondern sie herbeiziehe, um sie zu meinen dogmatisch-analytischen Zwecken zu verwenden, — eine Reihe von Gewährsmännern ausgesucht, denen ich das Material entnehme. Man wird es nicht tadeln, wenn ich das Herbeigezogene, anstatt es in meine Worte zu kleiden, mit Vorliebe dem Leser in der bewährtesten Forscher eigenen Worten vor Augen stelle.

Jena, den 8. Januar 1877.

# Inhaltsverzeichnis.

## Einleitung.

	Seite
§. 1. Die römische Theorie über die rechtlichen Vorzustände unserer Völker . . . . .	1
Die Savigny'sche Theorie über die Bedeutung von naturalis ratio, aequitas und Natur der Sache . . . . .	2
§. 2. Bedeutung der „rerum natura“ . . . . .	5
Die Identificirung von naturalis ratio und Aequität ist zu verwerfen . . . . .	7
Bedeutung der naturalis ratio . . . . .	8
Quellenbelege . . . . .	8—12
§. 3. Die in Ehe, Eigenthum und Vertrag zu erforschende naturalis ratio . . . . .	13
Quellen für die Forschung: die Kunde und die Sprache . . . . .	14
Die Urböller. I. Ältere Zeit . . . . .	14
II. Spätere Zeit . . . . .	16
Steinzeit . . . . .	17
Bronzezeit . . . . .	20
Eisenzeit . . . . .	23
§. 4. Die Grundthatfachen für den Aufbau der „indogermanischen Rechtsgeschichte“ . . . . .	24
Der Traum des Alterthums von einem verlorenen Paradies der Vorzeit . . . . .	29

## I. Ehe.

§. 5. I. Das reale Element. Die Ehe die Fortpflanzungsinstitution der Menschheit . . . . .	32
Aussprüche der Römer über die in der Ehe liegende naturalis ratio . . . . .	35
Die älteste Form der Eheschließung: der Mädchenraub . . . . .	37
Hausgewalt, Blutsverwandtschaft, sacral-agnatisches Intestat-erbrecht . . . . .	38

## VIII

	Seite
§. 6. II. Das voluntare Element. Eingehung der Ehe als Mädchenkauf . . . . .	42
Confarreatio; Verhüllung und Enthüllung [nuptiae] . . . . .	43
§. 7. III. Das ethische Element. Das genossenschaftliche Element der Ehe . . . . .	45
Das religiöse Element der Ehe . . . . .	46
Sacra zum Fortbestande des Hauses . . . . .	47
Bedeutung von <i>evras</i> und <i>potestas</i> . . . . .	49
Verschiedene Gestaltungen der Hausgewalt . . . . .	50
Sacrale Geschlossenheit der Familie . . . . .	52
Intestaterbrecht . . . . .	53
Testamentarisches Erbrecht . . . . .	54

### II. Vermögen, Stamm und Staat.

§. 8. Die naturalis ratio in Betreff des Selbstschutzes, des Kampfes, Krieges und der Symmachie . . . . .	56
Bedeutung des Kampfbegriffs für die Entwicklung der indogermanischen Völkerverfamilie . . . . .	60
§. 9. I. Die Periode des Selbstschutzes.	
A. Die uralten Begriffe des Eigenthumserwerbes.	
1) Occupation . . . . .	62
Das Zähmungsverhältniß . . . . .	63
Kriegsbeute . . . . .	64
Sklaverei . . . . .	65
Die römische Theorie von Verwerfung der naturalis ratio bei der Sklaverei . . . . .	66
Der im Kriegszustand liegende Gedanke des Gleich-Bergeltens . . . . .	67
§. 10. 2) Der Gültertausch (Kauf). Der internationale Handelsverkehr der ältesten Zeiten . . . . .	69
Der Schutz des <i>fas</i> . . . . .	71
Ältestes Auftreten des Kaufs in der Sprache . . . . .	74
Bedeutung der im Neukauf liegenden naturalis ratio . . . . .	75
3) Die Fabrication . . . . .	77
Bedeutung der real-festorganisirten Verhältnisse der Occupation und des Kaufs für die älteste Zeit; Verwendung dieser Begriffe zur juristischen Construction im Mädchenraub und Mädchenkauf . . . . .	78
§. 11. B. Der Kern des alten Eigenthums: das Zähmungsverhältniß.	
1) Bedeutung der Wörter <i>dominus</i> und <i>herus</i> . . . . .	80
§. 12. 2) Die Form der Rechtsverfolgung . . . . .	81
Forttragen der Formeln durch Auswendiglernen . . . . .	82

## IX

	Seite
Die germanische Anfechtungsklage und die italische actio aio rem meam esse . . . . .	85
Sausfuchung beim Diebstahl . . . . .	86
Die zwei Rechtsbethätigungshandlungen: der Waffenwurf und die actio sacramenti . . . . .	87
§. 13. C. Begriff des „Wettkampfes“ als eines Got- tesurtheils.	
1) Verfolgung der „Unthaten“: animadversio, poena, vin- dicta . . . . .	88
§. 14. 2) Verfolgung der Privatangelegenheiten . . . . .	93
a) Die generalis actio der vindicta . . . . .	96
§. 15. Anwendbarkeit derselben bei Verträgen . . . . .	99
Die drei Arten der Zwangskraft . . . . .	101
b) Das Bewaffnetsein als Voraussetzung der actio . . . . .	102
§. 16. 3) Darstellung des Processus als eines Kampfes . . . . .	103
a) Vornahme am Tage . . . . .	104
b) An bestimmten Tagen . . . . .	104
c) Bedeutung des Eides . . . . .	105
d) Der Sieg des Klägers enthält das Verfallen sein der Person des Beklagten . . . . .	107
e) Stellung des Richters, nicht als eines Urtheilenden, sondern den Proceß Einleitenden; Fortentwicklung zur „Composition“ zwecks Entscheidung durch einen iudex Seitiger Ueberrest aus alter Zeit: das Duell . . . . .	109 110
§. 17. II. Die Periode des Rechtsschuzes.	
A. Der Völkereinzug . . . . .	111
1) Die Germanen . . . . .	113
Begriff von bill . . . . .	113
§. 18. 2) Die Italiker . . . . .	117
Der numerus duodenarius . . . . .	118
Zutheilung der zwei Jugeren heredium . . . . .	122
Begriff von lex . . . . .	124
§. 19. 3) Die Griechen . . . . .	125
Landvertheilung in Sparta und Athen. Begriff von νόμος	127
§. 20. B. Die Völkereentwicklung.	
1) Die Eigenthumsfrage . . . . .	128
a) Bei den Germanen . . . . .	129
§. 21. b) Bei den Italikern . . . . .	130
Ausdehnung der actio sacramenti . . . . .	131
§. 22. Die Mancipation als altlatinisch-nationalrechtlicher Sollen- mitätsact . . . . .	133
Die res mancipi . . . . .	137
§. 23. Die specifisch-römische Mancipation . . . . .	141

	Seite
α) Die emptio quae mancipii est . . . . .	142
§. 24. β) Die fortgebildete römische Mancipation . . . . .	149
§. 25. 2) Bedeutung des Studiums der indogermanischen Rechts- geschichte . . . . .	153
Stipulation. Vadimonium . . . . .	154
<b>III. Die fünf Stoffe.</b>	
§. 26. Gegeneinanderstellung von naturalis ratio und Aequität . . . . .	156
I. Das legale Element . . . . .	157
II. Das logische Element . . . . .	158
1) Die Rechtsinstitute als practische Wesen . . . . .	159
Bedeutung der „Summe“ des Instituts . . . . .	159
2) Die Rechtsinstitute als historische Wesen . . . . .	160
Die Eigenthumsübertragung . . . . .	160
§. 27. 3) Das Eigenthumsinstitut . . . . .	161
Verschmelzung des Eigenthumsbegriffs für bewegliche und unbewegliche Sachen. Nivelirung des Eigenthums- und des Besitzesinstituts für das ganze Gebiet der körper- lichen Sachen . . . . .	163
„Princip“ und „Summe“ des Eigenthums . . . . .	164
§. 28. 4) Verwendung der „Natur der Sache“ . . . . .	166
§. 29. III. Die fünf Stoffe oder das hypostatistische Ele- ment . . . . .	168
Gegeneinanderstellung der fünf Stoffe . . . . .	168
§. 30. A. Die naturalis ratio . . . . .	170
Verhältniß derselben zum ius gentium . . . . .	171
§. 31. B. Die civilis ratio . . . . .	174
§. 32. C. Der final-limitirte Rechtsstoff . . . . .	176
Utilität, Opportunität, Singularität. Die Puchta'sche Theorie über das Wohlfahrtsrecht . . . . .	178
Uebersicht über die in den Quellen behandelten Haupt- gesichtspunkte der Utilität . . . . .	180
§. 33. D. Das voluntäre Element.	
1) Der actuelle Individualwille . . . . .	184
Gestaltungen desselben in der ältesten Zeit. Real- acte und Formalacte . . . . .	188
2) Probablerer Wille . . . . .	189
§. 34. E. Die Aequität . . . . .	190
1) Die Windscheid'sche Ansicht von der Aequität. Cha- rakterisirung der Aequität als: „Humanität im Ge- biete der socialen Ordnung“ . . . . .	192
§. 35. 2) Erörterung des Begriffs im Einzelnen . . . . .	193
§. 36. Fortsetzung . . . . .	197

XI

§. 37. IV. Das historische Element . . . . .	Seite 202
§. 38. V. Das philosophische Element . . . . .	203

**Beilage.**

Die Aequität . . . . .	209
A. Subjectivschätzende Aequität. Nr. I—XIV . . . . .	209—222
B. Objectivausgleichende Aequität. Nr. I—XII . . . . .	223—231
C. Rechtanwendende Aequität. Nr. I—XIV . . . . .	231—243
Zusatz . . . . .	244





### Verbefferungen.

- ©. 40 Z. 16 v. u. statt Nr. 1 lies Nr. i;
  - ©. 54 Z. 2 v. u. statt X. 7 lies X. 9.
  - ©. 81 Z. 7 v. u. statt mentenedor lies mantenedor.
-

## E i n l e i t u n g.

---

§. 1. Was bedeutet der Ausdruck: *naturalis ratio*? —<sup>1</sup>  
Wir finden in unseren Quellen einige Stellen, die, indem sie auf diese Frage Antwort zu geben scheinen, eine allgemeine Theorie von rechtlichen Vorzuständen unserer Völker aufstellen<sup>1</sup>). Es giebt, sagen sie, ein *ius naturale*, das, nicht dem Menschengeschlecht eigenthümlich sondern allen animalischen Wesen gemeinsam, „*ex naturalibus praeceptis*“ gesammelt ist; ein *ius gentium*, das bei den Menschenvölkern besteht und von dem *ius naturale* abweicht; und ein *ius civile*. Zu jenen natürlichen Vorschriften gehört: daß wir Gott fürchten, den Eltern dem Vaterlande gehorchen, Gewalt und Injurie zurückschicken, und daß wir in Folge der allgemeinen zwischen den Menschen bestehenden Verwandtschaft uns nicht gegenseitig Nachstellungen machen<sup>2</sup>). Das Institut der Sklaverei gehört nicht

---

1) Fr. 1—5 de iust. et iure 1. 1; fr. 64 de cond. ind. 12. 6; fr. 31 pr. depositi 16. 3; pr. §. 1. 2 I. de iure nat. gent. et civ. 1. 2; fr. 34 §. 1 de contr. emt. 18. 1: *quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt.*

2) Vgl. auch Cic. de Invent. II. 53 (161): *Natura ius est, quod* Reiff, civ. Studien IV.

1 in dies natürliche Gebiet, denn nach *ius naturale* sind alle Menschen frei geboren. Die Sklaverei gehört erst dem *ius gentium* an, durch welches die Kriege eingeführt, Völker getrennt, Reiche gegründet, Eigentum unterschieden, Acker getheilt, Städte gebaut, Handel und Verkehr eingerichtet worden sind<sup>2</sup>).

Diese Theorie ist von jeher viel getadelt worden, und ihre Schwächen liegen ja auch auf der Hand. Ich will nun keine Literärgeschichte dessen, was über die rechtlichen Vorzustände unserer Völker gesagt worden ist, geben. Ich stelle hier lediglich die Savigny'sche Theorie<sup>4</sup>), welche als die nach Savigny allgemein unter uns herrschende wird bezeichnet werden können, jener römischen gegenüber.

Nach Savigny erfolgt die Rechtsbildung lediglich im Kreise des Volks (S. 21). „Was in dem einzelnen Volke wirkt, ist der allgemeine Menscheng Geist, der sich in ihm auf individuelle Weise offenbart. Allein die Erzeugung des Rechts ist eine That, und eine gemeinschaftliche That. Diese ist nur denkbar für Diejenigen, unter welchen eine Gemeinschaft des Denkens und Thuns nicht nur möglich, sondern auch wirklich ist. Da nun eine solche Gemeinschaft nur innerhalb der Grenzen des einzelnen Volks vor-

---

non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem pietatem gratiam vindicationem observantiam veritatem; fr. 1 §. 3 de furt. 47. 2: quod lege naturali prohibitum est admittere.

3) In anderen Stellen wird das, was die „naturalis ratio inter omnes homines constituit“ und was also „apud omnes [populos] peraeque custoditur“, mit dem *ius gentium* identificirt: fr. 9 de iust. et iur. 1. 1; fr. 1 pr. de aeq. rer. dom. 41. 1; §. 11 I. de iur. nat. 1. 2; Gai. I. 1. 189. II. 66. 69. 79; fr. 1 loc. 19. 2: cum naturalis sit et omnium gentium. Diesem *ius naturale*, welches auch *ius gentium* heißt, wird dann ein älteres Bestehen vor dem *ius civile* vindicirt (§. 11 I. de rer. div. 2. 1), da es „cum ipso genere humano rerum natura [vgl. unten §. 2 N. 1] prodi- dit.“; f. §. 33 N. 6.

4) Savigny System I.

handen ist, so kann auch nur hier das wirkliche Recht hervorge- 1  
bracht werden, obgleich in der Erzeugung desselben die Aeußerung  
eines allgemein menschlichen Bildungstriebes wahrzunehmen ist. . .  
Nur findet sich darin eine Verschiedenheit, daß dies Erzeugniß  
des Volksgeistes bald dem einzelnen Volk ganz eigenthümlich, bald  
aber in mehreren Völkern gleichmäßig vorkommend ist“ [ius gen-  
tium]. (S. 52. 53.) „Im Volksrechte finden wir ein zwiefaches  
Element: ein individuelles jedem Volke besonders angehörendes,  
und ein allgemeines gegründet auf das Gemeinsame der mensch-  
lichen Natur.“ Dieses letztere führt Savigny zurück: „einfach auf  
die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur, so wie sich die-  
selbe in der christlichen Lebensansicht darstellt.“ (S. 55.) „Es  
erscheint wiederum in verschiedenen Gestalten:“ 1) „Am reinsten  
und unmittelbarsten, insofern darin die sittliche Natur des Rechts  
im Allgemeinen wirksam ist: also die Anerkennung der überall  
gleichen sittlichen Würde und Freiheit des Menschen, die Umge-  
bung dieser Freiheit durch Rechtsinstitute, mit Allem was aus  
der Natur und Bestimmung dieser Institute durch praktische Con-  
sequenz hervorgeht, und was die Neuere Natur der Sache  
nennen (aequitas oder naturalis ratio).“ (S. 116.)  
Naturalis ratio ist: „das der menschlichen Natur ein-  
gepflanzte gemeinsame Rechtsbewußtsein, wovon  
wieder die Unveränderlichkeit dieses Rechts als eine nothwendige  
Folge angesehen wurde.“ (S. 416. 417.) „Jedes Rechtsver-  
hältniß hat zur Grundlage irgend einen Stoff, auf welchen die  
Rechtsform angewendet wird. Diese Materie ist in den meisten  
Rechtsverhältnissen insofern von willkürlicher Art, daß ein dauer-  
ndes Bestehen des Menschengeschlechts auch ohne sie gedacht werden  
kann; so bei dem Eigenthum und den Obligationen.“ Dagegen  
das Verhältniß der Geschlechter und Fortpflanzung und Erziehung  
sind allgemeine Naturverhältnisse, ohne welche das Menschen-  
geschlecht gar kein dauerndes Dasein haben könnte. Hier ist nicht

- 1 das Recht, sondern die Materie des Rechts mit den Thieren gemeinsam. Aber, wenn auch dies richtig ist, so eignet es sich doch nicht zu einer Eintheilung des Rechts. Veranlassung zu Aufstellung einer solchen gab die Wahrnehmung, daß die Rechtsinstitute in verschiedenem Grade als natürlich angesehen werden müßten. Also, während die naturalis ratio die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freiheit des Menschen ist, so konnte man nicht verkennen, daß die erste Entstehung der Sklaverei aus Gewalt, mithin aus Zufall und Willkür abzuleiten sei. Möglicherweise hat gerade dies zur ganzen Eintheilung in ius nat. gent. und civ. den Anstoß gegeben. Diese Dreitheilung ist zu verwerfen, weil die Unterscheidung des mehr oder weniger Natürlichen eine willkürliche und schwankende ist, und weil die Eintheilung, als lediglich das allgemeine unbestimmte Dasein der Rechtsinstitute betreffend, unfruchtbar bleiben mußte. Die Zweitheilung, in ius gentium und civile, ist auch stets die römisch-herrschende gewesen. Danach wird das ius gentium regelmäßig durch den Ausdruck naturalis bezeichnet, namentlich in sechs Fällen: a) naturalis ratio bei den Bedingungen der Ehe; b) naturalis cognatio; c) naturaliter erwerben bei Eigenthum und Obligationen; d) Recht des Grundeigenthümers auf die Superficies nach naturale ius; e) naturalis possessio; f) naturalis obligatio. — 2) Jenes allgemeine Rechtsmoment erscheint aber auch noch mittelbar und gemischterer Natur: a) als Beachtung sittlicher Zwecke (boni mores), im neuesten Recht auch kirchlicher Zwecke; b) als Beachtung des Staatsinteresses (publica utilitas); c) als väterliche Vorsorge für das Wohl des Einzelnen (ratio utilitatis).
- 2 §. 2. Gegen diese Savigny'sche Theorie der Identificirung von naturalis ratio, Aequität und Natur der Sache bin ich in diesen Studien aufgetreten. Ich behaupte:
- 1) Der Ausdruck: „Natur der Sache“ ist nur ein haltbarer,

sofern er der römischen „rerum natura“ [oder seltener: „rei natura“ und parallel auch: „hominum natura“] entspricht, dann aber besser mit „Natur der Dinge“ zu vertauschen. Der römische Ausdruck rerum natura bezeichnet, wo er nicht ausnahmsweise [wie z. B. in l. 23 C. de probat. 4. 19; vgl. unten Nr. 3 a] in den der naturalis ratio übergeht, lediglich das factisch Existierende<sup>1)</sup>. Von diesem Gesichtspunkte aus ist bei den Römern

1) Vgl. z. B. folgende Wendungen: a) Weltnatur und Menschennatur. Plinius H. N. 7. 1 (vgl. Motto zu Humboldts Kosmos): Naturae rerum vis atque maiestas in omnibus momentis fide caret, si quis modo partes eius ac non totam complectatur animo. Sallust. Iug. 2: studia omnia nostra corporis alia, alia animi naturam secuntur. b) Vorhandensein α) von Personen; fr. 2 pr. de coll. 37. 6: non potest dici mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat; fr. 60 (59) §. 6 in fin. de her. inst. 28. 5; fr. 22 pr. quando dies leg. 36. 2; fr. 3 §. 10. fr. 6 de suis et leg. 38. 16; fr. 28 §. 5 de iudic. 5. 1. β) von Sachen; fr. 13 §. 5 de pign. 20. 1: restitui hypothecam si in rerum natura sit; fr. 7 §. 1 de tritico 33. 6; fr. 48 (49) de neg. gest. 3. 5. c) Aufhören der Sachen; fr. 15 §. 1 de contr. emt. 18. 1: id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit; fr. 14 de iure dot. 23. 3; fr. 50 §. 1 de don. int. vir. et ux. 24. 1; fr. 17 §. 2 de act. rer. am. 25. 2. d) Thatsächliche Leistungsmöglichkeit von Sachen, Erfüllbarkeit von Bedingungen; fr. 115 §. 2 de V. O. 45. 1: postquam homo potuit dari (wenn er factisch gegeben werden kann) confestim agendum . . exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam; Paul. III. 4<sup>b</sup> §. 1: possibilis est, quae per rerum naturam admitti potest; §. 1 I. de inut. stip. 3. 19; e) Sprachlich Thatsächliches; fr. 4 de praescr. verb. 19. 5: natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula. f) Zweckbestimmung der Dinge für die Menschen; fr. 28 §. 1 de usur. 22. 1: cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit; §. 37 in fin. I. de rer. div. 2. 1. g) Factische Tragweite der Menschentrast und der Thatsachen; fr. 32 depos. 16. 3: ad eum modum, quem hominum natura

2 das lediglich factische Besitzen (s. den vor. §. Nr. 1. e), wie man es auch im Genaueren begrenzen möge, der civilis possessio und dem Eigenthum [fr. 1. pr. §. 1 de adquir. poss. 41. 2; fr. 3 §. 15 ad exhib. 10. 4; fr. 1 §. 9. 10 de vi 43. 16] entgegengesetzt worden. Die weiter gehende Verwendung des Ausdrucks „Natur der Sache“, wie sie in unserer modernen Wissenschaft sich eingebürgert hat, ist eine durchaus schwankende und also, als zu Unklarheiten führend, zu verwerfen. Ich habe in meiner Schrift „Nat. rat. u. Natur der Sache“ (1860 S. 51 ff.) gezeigt, daß ein hochangesehener Rechtsgelehrter, Bangerow, den Ausdruck „Natur der Sache“ für die disparatesten Dinge gebraucht; und dies ist bei Bangerow um so gefährlicher, als derselbe den Satz befolgt, daß „was mit innerer Nothwendigkeit aus der Natur der Sache sich ergebe, einer besonderen gesetzlichen Bestätigung gar nicht bedürfe“ [Glück-Beist Commentar II S. 446 Anm. 92; — vgl. auch noch meine Recension der Amann'schen Schrift in den Gött. Gel. Anz. 1876 Nr. 13. S. 389]. Ich könnte die Nachweise, daß in unserer modernen Literatur der

desiderat; fr. 38 de reb. cred. 12. 1; Cic. de or. I. 50: neque enim est interdictum aut a rerum natura aut a lege aliqua atque more, ut singulis hominibus ne amplius quam singulas artes nosse liceat. Ebenso wie von „Natur des Menschen“ und „Natur der Sache“ kann man auch von „Natur der Thatsache“ reden; nur bot die römische Sprache dafür kein bequemes Wort: fr. 25 §. 9 fam. ere. 10. 2: quia talis stipulatio per legem XII tab. non dividitur, quia nec potest; Gai. III. 194: natura tantum manifestum furtum intelligi: neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit fur sit, aut qui adulter aut homicida non sit adulter vel homicida sit; Cic. ad Att. II. 17: sed ea natura rei est, ut haec extrema esse non possint. h) Die Thatsache des Zufalls; fr. 16 §. 3 de pec. const. 13. 5: etiamsi per rerum naturam stetit (durch Cajus veranlaßt). i) Tragweite der Blutsverwandtschaft; fr. 4 pr. de gradib. 38. 10: ultra septimum fere gradum rerum natura cognatorum [vitam] vinculum consistere non patitur. k) Vgl. Beil. Nr. C. VIII. 1.

Ausdruck „Natur der Sache“ in einer proteusartig wechselnden, <sup>2</sup> durchaus unklaren Weise verwendet wird, leicht in's Massenhafte steigern.

2) Die Identificirung von naturalis ratio und Aequität <sup>2)</sup> ist völlig zu verwerfen. Beide betreffen ganz verschiedene Dinge. Was unter Aequität zu verstehen sei, soll weiter unten geprüft werden. Will man aber die Bedeutung der naturalis ratio ermitteln, so muß man nicht von jenen oben §. 1 Anm. 1 u. 3 angegebenen Stellen der classischen Juristen (und noch weniger von Aussprüchen aus späterer römischer Zeit, in der solche allgemeine Begriffe schon unpräcis verwendet zu werden beginnen <sup>3)</sup>) ausgehen, und von da auf das Einzelne schließen wollen. Derartige Zusammenfassungen zu einer allgemeinen Theorie sind bei den juristischen Classikern sorglose Definitionen <sup>4)</sup>. Sie sind gewohnt im Concreten zu arbeiten, hier sind sie mustergültig. Wollen wir mit Sicherheit ihre Auffassung eines gewissen Begriffs feststellen, so müssen wir ihnen genau in dem gesammten concreten Detail nachgehen. Wir finden dann eine völlig präcise Begriffsverwendung, aber keineswegs immer eine fehlerfreie Formulirung zu einer allgemeinen Theorie. Wollen wir also in Betreff der Bedeutung der naturalis ratio sicher gehen, so müssen wir, wie im Folgenden geschehen soll, das gesammte Detail der Verwendung dieses Begriffs mustern.

3) Der Begriff, der sich daraus ergeben wird, ist ein ganz

---

2) Vgl. auch z. B. die Worte von Arndts P. §. 217 A. 7 bei Gelegenheit der Naturalobligation [einer reinen Aequitätslehre; vgl. Beil. Nr. C. XI]: „aber darin kommen doch die Meisten, auch solche, welche dieselbe nicht mit dem ius gentium in Verbindung gebracht wissen wollen, überein, daß es in der naturalis ratio oder aequitas beruhe.“

3) Vgl. z. B. 1. 2. C. de in ius voc. 2. 2 (b. Gordian).

4) S. auch meine Schrift „Wechselbeziehung“ (1876) S. 1. 2. 49. 50.



2 anderer, als der von Savigny aufgestellte: „das der menschlichen Natur eingepflanzte Rechtsbewußtsein“. Naturalis ratio ist vielmehr: das Reale in den socialen Verhältnissen; und zwar noch wieder, — im Gegensatz zu der eben (Anm. 1) erörterten rerum oder rei natura, die lediglich das factisch Existirende bezeichnet, — im Genaueren: das Organisch-Reale, d. h. das in dem Organismus der socialen Verhältnisse real-Gegebene, und als solches der menschlichen Vernunft Erkennbare. Mit anderen Worten: nicht bloß die factische natura (rerum), sondern der vernunftmäßig erkannte Zusammenhang der realen natura. Immer ist bei der naturalis ratio das Reale das entscheidende Moment; sie ist also ein der rerum natura verwandter Begriff, und so kann es kommen, daß in einzelnen Punkten beide ganz ineinander fließen. Wollen wir naturalis ratio verdeutschen, so geschieht es am Besten mit: „die reale Naturordnung“.

Ich will zur Veranschaulichung dieses Begriffs hier gleich eine ganze Reihe von Einzelverwendungen aus den Quellen zusammenstellen. Die meisten derselben sind von Savigny gar nicht berücksichtigt worden.

a) §. 4 I. de Interd. 4. 15: et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat alius a possidente petat, d. h. wenn der Eine der Eigenthümer der Sache ist, so bringt es das reale Wesen der körperlichen Dinge mit sich, daß sie von einem Anderen in Besitz genommen sein können, und daß nach der Art, wie römischer Rechtsschutz gewährt wird, der Eigenthümer vor dem Richter gegen diesen Besitzer auftreten muß. Darin liegt weiter, daß der Richter vom Kläger, gegenüber dem läugnenden Beklagten, zunächst Beweis fordern muß. Hieraus verallgemeinert der Satz der 23 C. de probat. 4. 19: per rerum naturam factum negantis probatio nulla. [vgl. l. 10 C. de non numer. pec. 4. 30: negantem numerationem, cuius na-

turali ratione probatio nulla est; fr. 47 de o. et a. 44. 7; 2 fr. 125 de reg. iur. 50, 17] <sup>5</sup>).

Von Etwas, welches das „Gemeinsame der menschlichen Natur“ ergäbe, ist hier nicht die Rede.

b) Unter der Voraussetzung, daß man schon Eigentümer einer Sache ist, bringt es das reale Wesen der körperlichen Sache mit sich: α) daß das mit der Sache integrierend nebensächlich Verbundene mit in unser Eigenthum aufgenommen wird. Gai. II 69: .. naturali ratione nostra fiunt. 70: Sed et id, quod per alluvionem nobis adicitur, eodem iure nostrum fit [ungeschiedt in den Institutionen in: „iure gentium“ verändert]. 73: Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est... iure naturali nostrum fit: quia superficies solo cedit. [Davon nur eine Anwendung in fr. 50 ad leg. Aq. 9. 2: naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet; diese Stelle erwähnt Savigny als den vierten der von ihm angegebenen sechs Punkte; vgl. §. 1 Nr. 1. d.] <sup>6</sup>). 77: Eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit... meum esse. 79: In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur: proinde si

---

5) Diese Sätze, daß der Beklagte in günstigerer Lage ist (Grimm Deutsche Rechtsalterthümer S. 856), daß in Civilsachen dem Kläger Beweis aufzulegen, daß dem Beweisführenden der Gegenstand der Klage zuerkannt, dem Beweisfälligen aberkannt wird (Grimm S. 864), kommen ebenso im deutschen Recht vor. Sie haben gar nichts mit der unten (§. 16) zu besprechenden specifischen Behandlung des Processes als eines Kampfes zu thun. [Im Folgenden wird das Grimm'sche Werk „Deutsche Rechtsalterthümer“ (1828) kurz nur mit dem Verfassersnamen und der Seitenzahl citirt werden.]

6) Vgl. noch fr. 44 §. 1 de o. et a. 44. 7: superficies, quae natura solo cohaeret; fr. 23 pr. de u. et u. 41. 3: daß man superficies und solum in verschiedenen Zeiten usucapiren könnte, absurdum [gegen die Natur] et minime iuri civili conveniens est.

2 ex uvis meis vinum, cet.  $\beta$ ) Ebenso geht es aus dem realen Wesen des Aneinander grenzens zweier Grundstücke hervor, daß die auf der Grenze stehende Mauer Beiden gemeinsam sei; fr. 8 de S. P. U. 8. 2: parietem, qui naturali ratione communis est. Aus dem „Gemeinsamen der menschlichen Natur“ ergibt sich hier nichts.

c) Daß an den res quae usu consumuntur kein wirklicher Ususfruct möglich sei, ergibt sich aus dem realen Wesen dieser Dinge, nicht aus irgend etwas der menschlichen Natur Gemeinsamem; §. 2 I de usufr. 2. 4: rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum; fr. 2 §. 1 de usufr. ear. rer. 7. 5: nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit.

d) Daß man an der Luft, der vorüberfließenden Welle, dem Meere, und, soweit die Gewalt des Meeres reicht, auch dem Meeresufer sich keine abgeordneten Einzelrechte denken kann, also diese Dinge factisch Jedem zugänglich oder communia omnium bleiben, davon liegt der Grund nicht in etwas der menschlichen Natur Gemeinsamem, sondern in dem realen Wesen dieser Dinge; Pr. §. 1 I. de rer. div. 2. 1: quaedam enim naturali iure communia sunt omnium; fr. 34 §. 1 de contr. emt. 18. 1: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exemerunt.

e) Nicht die Gemeinsamkeit der menschlichen Natur, sondern einfach das reale Wesen der Räumlichkeit bringt es mit sich, daß man sagt (fr. 3 §. 5 de adq. poss. 41. 2): contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. . . non magis enim eadem possessio apud duos esse potest [diesen Satz als einen juristischen lasse ich hier ungeprüft], quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris. Auch was

der eine Hund ganz im Maule hat, kann nicht gleichzeitig der andere Hund ganz im Maule haben, und wo der eine Hund steht oder sitzt, kann nicht gleichzeitig der andere Hund stehen oder sitzen.

f) Aus dem realen Wesen der Dinge, nicht aus menschlicher Naturgemeinsamkeit, erklärt sich: α) Der „natürliche“ Charakter der Solution [meine „Wechselbeziehung“ S. 14 Anm. 3]; β) die natürliche Wechselbeziehung zwischen Darlehnshingabe und Darlehnsrückgabe [„Wechselb.“ S. 8; fr. 17 pr. de pact. 2. 14: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est]; γ) die „natürliche“ Bedeutung von bona; fr. 49 de verb. sign. 50. 16; δ) die „naturalis datio“ beim peculium; fr. 8 de pecul. 15. 1; ε) die „natürliche“ Wechselbeziehung: aa) zwischen der fruchterzeugenden Sache und der Frucht [im Gegensatz zu vectura und usura, die „non natura pervenit“; fr. 62 pr. de rei vind. 6. 1], aus welcher naturalis ratio dann der Schluß gezogen wird, daß, was überhaupt Frucht ist, naturali iure dem auf die Hauptsache Berechtigten zufalle; §. 37 I. de rer. div. 2. 1; bb) zwischen Früchten [die als um der Menschen willen vorhanden aufgefaßt werden (s. oben Anm. 1. Nr. f), und zwecks deren Gewinnung man überhaupt die Sache cultivirt] und zwischen der Cultivirung §. 35 I. de rer. div. 2. 1; fr. 36 §. 5 de her. pet. 5. 3; diese Studien II S. 17. 18; ζ) die natürliche Wechselbeziehung zwischen dem zeitweiligen Sachgebrauch und dem zeitweiligen Sachunterhalt; fr. 18 §. 2 Commod. 13. 6: cibarium impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset; diese Studien II S. 18.

g) Da man mit naturalis ratio das reale Wesen der Dinge [also verwandt mit der Existenzfrage, der rerum natura; weshalb denn auch (vgl. Anm. 1. Nr. d.) die thatsächliche Leistungsmöglichkeit, die Erfüllbarkeit der Bedingungen auf rei oder rerum natura reducirt werden] bezeichnet, so erklärt sich, daß man

<sup>2</sup> in übertragener Bedeutung von etwas ideell Juristischem, wie von etwas Realem redet, und sagt, daß, wenn etwas nicht Existirendes geschuldet werden soll, *naturali ratione* die Obligation selbst nicht existiren könne; fr. 1 §. 9 de o. et a. 44. 7: *si id, quod dari stipulomur, tale sit ut dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem.* Also diese Schlußfolgerung erweist sich nicht als „ein bloßer Ausfluß des logischen Satzes vom Widerspruch“<sup>7)</sup>; damit wäre das wesentliche Moment gerade ausgelassen, indem es sich um den Widerspruch gegen den realen Bestand der Dinge handelt. Also *naturalis ratio* heißt hier nicht: „einfach die natürliche Logik“ (die ja freilich bei allen unseren juristischen Subsumtionen vorausgesetzt wird), sondern die „reale Naturordnung“. — Ebenso erklärt sich folgende Anwendung der *naturalis ratio*. Wenn etwas von Anfang an nichtig (testamentarisch) Constituirtes<sup>8)</sup> mit onera belastet werden soll, so wird dies von Justinian in l. un. §. 3 C. de caduc. toll. 6. 51: „*naturali ratione*“ für unmöglich erklärt. Ich muß gestehen, daß, wo etwa Justinian auf eigene Autorität hin etwas für *naturalis ratio* erklärte, ich immerhin mit einem gewissen Mißtrauen erst prüfen würde, ob das auch richtig sei. Aber Justinian spricht hier etwas „*antiquae benevolentiae consentaneum*“ aus, und hat also auch wohl den Ausdruck aus einem alten Juristen entlehnt: *nullo gravamine nisi perraro in hoc 'pro non scripto' interveniente. Quod et nostra maiestas, quasi antiquae benevolentiae consentaneum et naturali ratione subnixum, intactum atque illibatum praecepit custodiri in omne aevum valiturum.* Dies erklärt sich ebenso, wie der Punkt des fr. 1 §. 9 cit. Das onus wird von dem testamentarisch Zugewendeten

7) G. Hartmann die Obligation (1875) S. 173.

8) Vgl. meine schon erwähnte Recension der Amann'schen Schrift in den Östt. Gel. Anz. S. 409, 410.

prästirt. Erfährt Letzteres nicht, so ist das onus die Auflage, ein <sup>2</sup> Richterkriterendes zu einer Leistung zu verwenden.

§. 3. Einstweilen mögen die mitgetheilten Stellen über die <sup>3</sup> naturalis ratio genügen. Sie zeigen jedenfalls, daß, soweit sie die naturalis ratio berühren, von Aequität gar nicht die Rede ist. Die Besprechung der übrigen Aussprüche der römischen Classiker über die nat. ratio, unter denen sich erst die Hauptstellen befinden, verspare ich auf den weiteren Verlauf meiner Darstellung. Diese Hauptstellen betreffen das Verhältniß der Geschlechter, die Fortpflanzung und Erziehung, die Sklaverei, die Occupation, die Fabrication, den Gütertausch. Mit der Frage von der naturalis ratio wird überhaupt die Frage von den Grundelementen, auf denen diese Verhältnisse beruhen, aufgeworfen. Diese Stellen berühren also in Ehe, Eigenthum und Vertrag die wichtigsten Punkte der Rechtswissenschaft.

Ich habe, wie ich schon in der Vorrede sagte, die Schrift nicht unternommen in der Absicht, lediglich die Aussprüche der Römer zu interpretiren. Ich will möglichst die Wahrheit in diesen Fragen ermitteln <sup>1)</sup>, und mit den gewonnenen Resultaten die Auffassung der römischen Juristen zusammenhalten. Möglich, daß die Römer Manches unrichtig oder einseitig aufgefaßt haben, oder daß ihre Darstellungsweise eine beschränkte und mangelhafte ist.

Man hat sehr oft schon den allgemeinen Satz ausgesprochen: Ehe, Eigenthum, Vertrag muß es von jeher in der Menschheit gegeben haben; und man hat dann eine allgemeine Theorie über ihren Ursprung aufzustellen versucht. Dabei ist man gewohnt, diesen Dingen, im Forschen nach ihrer wirklichen Existenz, nur bis zu den (s. g. geschichtlichen) Anfängen des römischen, griechischen, deutschen u. s. w. Volkes nachzugehen. — Ich will nun

1) Vgl. l. ult. pr. C. arbitr. tutelae 5. 51 (Justin.): nihil veritati praediucare, sed hoc obtinere, quod ipsius rei inducit natura.

3 von Aufstellung einer allgemeinen Theorie mich gänzlich fern halten, aber an die Frage herantreten: giebt es sichere Data, die uns den Weg weisen, um auch in den s. g. vorgeschichtlichen Zeiten wenigstens einige Hauptpunkte in Betreff der eben berührten Fragen von Ehe, Eigenthum und Vertrag festzustellen? Können wir also rücksichtlich der rechtlichen Urzustände unserer Völker, über die sich die Römer in jenen Stellen des §. 1 Anm. 1. 3. auslassen, Einiges als constatarbar hervorheben?

Indem ich von allgemeiner Theorie ganz abstrahire, will ich in die bare raube Wirklichkeit der Vorzeiten zurückzugehen versuchen. Quellen für die Forschung giebt es ja, in den vielfachen Funden aus der Urzeit, und in der Sprache. Es wird sonach im Folgenden allerdings von Manchem die Rede sein, was man heutzutage in einer romanistischen Schrift nicht zu suchen pflegt. Zunächst will ich in dieser Einleitung einen kurzen Ueberblick über das geben, was wir von dem Bestande von Urvölkern in unseren europäischen Ländern und von der Ausbreitung der indogermanischen Völkerfamilie wissen.

Zunächst von den Urvölkern.

I. Die Funde weisen nach, daß Menschen in unseren europäischen Ländern schon zur Eiszeit gelebt haben<sup>2)</sup>: 1) Fund von Boucher de Perthes 1847 im Sommethal (P. 37). Kieselgeräth wahrscheinlich menschlichen Ursprungs, zusammen mit Mammuth, wollhaarigem Nashorn, ausgestorbener Pferdeart, Hippopotamus und anderen Geschöpfen der Diluvialzeit; P. 38: „wir können uns vorstellen, daß in der Gletscherzeit am Schluß des Tertiäralters die Bewohner der Picardie wie die heutigen Eskimo das Eis der Somme aufgehauen und an den freigehaltenen Deffnungen Fische mit ihren Geschossen harpunirt haben“<sup>3)</sup>.

2) Vgl. Oskar Peschel Völkertunde 3. Aufl. 1876 S. 37 ff. [Auf die Seitenzahlen dieses Buches beziehen sich die bloß mit P. versehenen Citate.]

3) Lit. Centralbl. 1876 Nr. 32. (5. Aug.) [Ueber Damians, die Höhlen

2) Belgische, englische und französische Höhlenfunde (P. 39): s Kunstgeräth aus Feuerstein, zusammen mit Knochen vorweltlicher Thiere: Mammuth, Höhlen-Bären, Hyänen, Löwen. Schädel und Skelette von zwei Männern und zwei Frauen zusammen mit Höhlen-Tiger, Bär, Aurochs. „Diese Höhlenfranzosen ernährten sich vom Jagdbetriebe und vorzüglich wurde dem Roffe als Wildpret nachgestellt.“ Die Knochen der Thiere zeigen noch keine Brandspuren. 3) Fund in der Dordogne: schon Schnitzereien in Horn, und auf Mammuthelfenbein geritzte Abbildungen von Fisch, Ren, Mensch; Ahlen, Pfeilspitzen, Nadeln zum Zusammennähen von Fellen, Halsbänder aus durchbohrten Thierzähnen und Muscheln <sup>4)</sup>. 4) Fund zu Hohlefeld bei Blaubeuren 1871: Scherben von Thongeschirren zum Rösten und Braten, zusammen mit Mammuth, Elephanten, Löwen, Bären, Kenthier. 5) Schuffenrieder Fund 1866, aus der Zeit wo Gletscher das Rheinthal und den Bodensee ausfüllten (P. 42. 43): bearbeitete Kengeweibe, Pfriemen mit ausgeschlitztem Dehr, hölzerne glatte Nadel, Angelhaken, Aschen- und Kohlenreste. — Hiernach

und die Ureinwohner Europas. Aus dem Engl. v. Spengel mit Vorw. v. Fraas. 1876]: „Der paläolithische Europäer, zur Eiszeit in fast gleicher Naturumgebung und fast von denselben Thieren als Jäger und Fischer wie der Eskimo lebend, schuf sich auch ganz ähnliche Geräthe aus Stein und Knochen wie der letztere.“

4) P. 40: „Letztere stammen obendrein von dem weit entfernten atlantischen Strande, können also nur durch Tausch in ihren Besitz gelangt sein, ebenso wie vorgefundene Bergkryalle, die in großem Umkreise um die Fundstätten nicht vorkommen. Selbst Hörner der Saigaantilope, deren nächstes Verbreitungsgebiet erst in Polen erreicht wird, gehörten zu der Habe jener alten Jäger und dienen als Urkunde, daß durch den Handel schon damals geschätzte Waaren in große Fernen verbreitet wurden.“ — Daß an diesen durch Tauschhandel von auswärts erworbenen beweglichen Sachen damals schon der Eigenthumsbegriff existirt hat, kann kein Zweifel sein.



hat jedenfalls das Auftreten des Menschengeschlechts in unseren europäischen Ländern ein sehr hohes Alter<sup>5)</sup>. P. 539: „Die Basken müssen wir vorläufig unter allen Europäern für die ältesten Bewohner unseres Welttheils halten“; ob sie aber mit jenen Völkern der Eiszeit noch zusammenhängen, wissen wir nicht.

II. Neuere Zeit (viel jünger zu denken, als das vorstehend Angeführte). A. Die schweizerischen Pfahlbauern (P. 44. 45) trieben bereits Ackerbau, aßen Brod, pflanzten Obstdäume, dörreten Aepfel; Rinder, Schaafe, Ziegen, Kagen und Hunde wohnten mit ihnen (noch nicht das Schwein); „Nichts hindert uns bis jetzt die schweizerischen Pfahlbauern für einen arischen Volksstamm zu halten“ [vielleicht zweites Jahrtausend vor Chr., vielleicht aber viel älter — P. 46].

B. Eine wohl erst spätere Entwicklung der Cultur finden wir bei den, ebenfalls den Ariern zuzurechnenden, nordischen Völkern. Unter diesen sind die Dänen diejenigen, bei denen wir den Entwicklungsgang am Besten verfolgen können, theils weil sie nicht so wie andere Völker den Einflüssen von verschiedensten Seiten ausgesetzt waren, theils weil in Dänemark sehr reichhaltige Funde gemacht, und im Kopenhagener Museum in einer alle anderen Länder bis jetzt übertreffenden Weise zusammengeordnet worden sind. In dankenswerther Art ist neuerdings eine Uebersicht über den Bestand dieses Kopenhagener Museums [das den Eindruck eines in Dingen geschriebenen Lehrbuchs macht] publicirt worden<sup>6)</sup>, und ich halte es für das meinen juristisch-

5) Vgl. noch: „Menschen Spuren aus interglaciären Ablagerungen“ in den Mittheilungen des deutsch. u. österr. Alpenvereins; herausg. v. Peterfen. Jahrg. 1876 Nr. 3. 4. S. 154. (s. unten §. 8 A. 5).

6) Dr. Haffentamp die prähistorischen Alterthümer des nordischen Museums in Kopenhagen (Globus 1875. Bd. 28 Nr. 23. 24): Es tritt bei den dänischen Funden „eine genaue Scheidung zwischen der Steinperiode, der Bronze- und Eisenperiode zu Tage, während z. B. in Deutschland

dogmatischen Zwecken Förderlichste, von dieser Uebersicht, aus der 3 man mehr oder minder auch auf andere Länder zurückschließen kann, hier einen Auszug zu geben.

1) Steinzeit. a) Die ältesten Culturerzeugnisse: Kiökkenmööddinger. Nur Schalen eßbarer Muscheln, insbes. Austern, die jetzt in der Ostsee wegen deren zu geringen Salzgehalts nicht mehr vorkommen (die Ostsee muß also damals nach dem Ocean hin offener gewesen sein); Knochen von Urochsen, Biber, Hirsch, Reh, Wildschwein; die Knochen sorgfältig gespalten zum Verzehren des Marks. Der Hund scheint das einzige Hausthier. [Im Zählen der Thiere tritt, im Gegensatz zum bloßen Erlegen, zuerst eine höhere Stufe<sup>7)</sup> der Herrschaft des Menschen über die Thierwelt hervor; indem der Mensch das Thier daran gewöhnt, frei herumgehend doch wieder zu ihm zurückzukehren, entwickelt sich eine ungemein erweiterte Sphäre menschlicher Macht und ein außerordentlich erweiterter Eigenschaftsbegriff im Gegensatz zum ersten bloßen Erjagen des Thiers; P. 524: „Das Roß bezähmt zu haben, ist das Verdienst eines weit von Aegypten entlegenen Völkercircles“; 545: „Die indoeuropäischen Völker kannten die altafrikanischen Hausthiere Esel und Kaze nicht“; 552: „Der Haushahn wanderte aus In-

Steinwerkzeuge, Bronzesachen und Eisen nebeneinander oft in demselben Grabe gefunden werden, hier also eine derartige Scheidung nicht vorgenommen werden kann. Der Grund dieser Verschiedenheit ist wohl hierin zu finden, daß, während durch Deutschland schon früh Handelsleute hindurchzogen, welche den Handel mit dem Silber und Silberstein vermittelten und Deutschland mit Culturerzeugnissen dieser Länder versorgten, in Dänemark derartige Handelsverbindungen mit dem Silber viel später auftraten, daß sich also hier vielmehr eine einheimische und darum eigenartige Cultur entwickeln konnte.“

7) P. 346: „... Die Abwesenheit aller Hufthiere, wodurch von vorn herein für die Menschen die Möglichkeit ausgeschlossen war, sich zu den höchsten Gestirnen zu erheben.“

3 dien über Persien zunächst nach Griechenland.‘] Steinwerkzeuge roh aus Feuerstein zugehauen ohne Spur von Glättung [Aerte, Meißel, Schaber — Lanzen- und Pfeilspitzen; — über die Entwicklung der Bewaffnung überhaupt: P. 188 ff.]; Knochengeweräthe (Wriemen, Ahlen und ein kanneartiges Geräth). Scherben großer Gefäße, die aus einem stark mit Sand vermengten Thon mit bloßer Hand geformt und an der Sonne getrocknet scheinen. Vom Rauch geschwärzte Steine als Theile eines Feuerheerds deuten auf den Gebrauch des Feuers<sup>8)</sup>.

b) Etwas jünger die Küstendefunde zu Bester-Egesburg (Seeland). Massenhafte Steinwerkzeuge, namentlich Schaber (zum Abschaben der Thierhäute, Fleischabtrennung von den Knochen), Beile, Messer, Meißel, — jedes Werkzeug oft in Hunderten von Exemplaren; daneben mißlungene und unfertige, sowie Feuersteinabfälle; also eine Feuersteingeräth-Werkstatt. Ähnliche Funde auf den kleinen Inseln Hesselö und Anholt im Kattegatt.

8) Ueber die Kenntniß der Feuerbereitung: P. 139 ff. — Die unendliche Bedeutung des Feuers für die Menschheit hat sie selbst schon früh sehr deutlich erkannt. Es spricht sich dies am Schönsten in der griechischen Prometheus-Sage aus. Dfr. Müller Prolegomena (1825) S. 122: „Den vordenkenden Sinn hatte eine frühere Zeit schon zum Dämon personificirt, und als das Höchste im Menschen zum Repräsentanten des Menschengeschlechts in der Titanischen Welt gemacht. Die entgegengesetzte, im Menschengeschlecht eben so wohl wahrzunehmende Eigenschaft [Nachbedacht — Epimetheus] als Bruder ihm beizugeben war ebenfalls sehr natürlich. Wer nun einsah, wie alle menschliche Industrie vom Besiz des Feuers abhing, wer aber zugleich von der Plage der Arbeit oft matt und müde war, und dabei, wie das ganze Alterthum, von einem verlorenen Paradies, von einer goldenen Zeit der Ruhe und des Friedens träumte, dem mußte der Heros der verständigen Thätigkeit das Feuer hervorgebracht, . . . er mußte aber dadurch zugleich die Götter erzürnt haben, welche das unruhige und vertwegene Streben des Menschen mit dem Verlust des alten Glücks strafte, und den teden Menschenverstand selbst, der immer über seine Grenzen springen will, in Ketten und Banden legte.“

c) Spätere Periode der Steinzeit mit schon sorgfältiger, <sup>8</sup> zum Theil bereits vollständig geglättetem Steingeräth.

a) Funde in den ältesten dänischen Grabdenkmälern, den „Settenstuben“ (Familiengrabkammern) und „Dolmen“ (Grabkammern): Messer, Dolche, Kerze, Meißel, elegante Lanzen- und Pfeilspitzen aus Feuerstein, sorgfältig geglättete Hämmer aus Granit (oft sehr schön)<sup>9</sup>); zum Theil zerbrochen (um dem

<sup>9</sup>) Aus der Zeit, wo der Hammer die Hauptwaffe des Mannes war, also aus dieser späteren Periode der Steinzeit, stammt eine Rechtsitte, der Hammerwurf (oder auch Steinwurf), und die Hammertheilung, die Grimm als eine weitverzweigte germanische, bis in die neueren Zeiten sich fortziehende nachgewiesen hat (S. 55—68. 527); „ein Denkmal des ältesten deutschen Rechts, zu dem fast keine Geschichte hinauf reicht“. „Der Gebrauch weist bis dahin zurück, wo er gewöhnliches Geräth und Waffe war“ [zugleich beweist der seit jenen Zeiten sich forterbende germanische Gebrauch, daß die Träger jener Hämmer der späteren Periode der Steinzeit schon indogermanischen Stammes waren]. „Der Hammer war ein heiliges Geräth [„noch späterhin gerichtliches Zeichen“], durch dessen Wurf das Recht auf Grund und Boden, auf Wasser und Fische oder andere Besugnisse bestimmt werden konnte“ [man erkennt darin den Zustand, wo der Mann selbst sein Recht, das er durch seine Waffe aufrecht hält, durch die Tragweite seiner Waffe bestimmt; — etwas Aehnliches die moderne völkerrechtliche Bestimmung der Grenze auf der See durch Kanonenschußweite]. „Offenbar ist es nicht der erste Erwerb an Grund und Boden, welchen der Hammerwurf heiligt, vielmehr setzt er schon ein bestehendes Eigenthum oder Besizthum voraus, von dessen Abgrenzung oder Besugniß gegen die Nachbarschaft und Mark es sich handelt.“ — Grimm setzt hinzu: „Aber ich finde nirgends bei Griechen und Römern, daß vom Werfen eines Steins, Speers oder Hammers rechtliche Bestimmungen abgehangen hätten, wie bei den alten Deutschen.“ Es wird mit darauf ankommen, ob im fr. 5 §. 10 de op. nov. nunc. 39. 1 die Worte: per manum id est lapilli iactum [ictum] Glossen sind oder nicht (Mommßen in seiner Ausg. Praef. p. LXXXVI; Windscheid, P. 4. Aufl. II. §. 465 Anm. 18); aber auch wenn das zu bejahen ist, so bleibt doch immer, daß der Römer die Anschauung hat, das Opponiren per manum könne in der Form eines „lapillum iactantis prohibendi gratia“ erfolgen

3 Eigner in's Jenſeits zu folgen); — Ahlen und Pfriemen aus Schaafknochen; Perlen aus Bernſtein; wenige Urnen und Töpfe aus grauem Thon mit eingeriſten einfachen Verzierungen. Ueber dem Dolmen im Samsingerhügel bei Kallundborg eine die Grabkammern 3 Fuß hoch bedeckende Schicht von Speiſeabfällen, Muſchelſchaalen, Fiſchgräten, künstlich zerſpaltene Knochen von Ochſen, Schaafen, Schweinen und Hunden [der Hund alſo nicht mehr alleiniges Hauſthier], Rehen und Füchſen; Topfſcherben, Knochen- und Steingeräthe. — In den Steinkammern zu Borreſby daneben auch künstlich geſpaltene menſchliche Knochen [Beweis für den „Cannibalismus“ bei Opfer- und Leichenfeiern? — Dieſer Cannibalismus iſt eine noch dunkle Frage; vgl. N. 169, Caes. B. G. VI. 16 und Feſtus: ver ſacrum vovebant . . immolatu- ros . sed cum crudele videretur pueros ac puellas innocentes interficere (vgl. noch Mommsen R. G. S. 114. 172. 173); womit zu verbinden: die deutſche Anſicht vom Töbten der Alten vor dem Siechthum, Grimm S. 486 ff. und der römische Saß von den „sexagenarii de ponte“; Feſt.: depon- tani].

β) Acker- und Moorſunde, beſonders in Jütland: ſorgfältig geglättete Granithämmer, gezahnte als Sägen dienende Inſtrumente, ſorgfältig bearbeitete Flintharpunen und Pfeilſpißen, Aerte und Meſſer (darunter ein einziges ſichelförmiges), Thongefäße mit Schmuckſachen inſbepondere Perlen und Bernſteinſtücken.

2) Bronzezeit. Die Anwendung der Bronze iſt eine epoche- machende Veränderung, wobei aber die Steininſtrumente, inſ-

---

(fr. 20 §. 1 quod vi aut cl. 43. 24). — Bei Plinius I. 32 (Grimm S. 163. — Dieſe Studien III. S. 260. 261) heißt es: Id ubi dixisset hastam in fines eorum emittebat; hoc tum modo ab Latinis repetitae res, ac bellum indictum: moremque eum poſteri acceperunt. [Auch das icere des Steins beim Schwur kann hiemit zuſammenhängen, Feſtus v. lapidem].

besondere Hämmer, zum Theil noch fortbewahrt werden. Aus Bronze gegossen nunmehr: schneidende Instrumente, Schutzwaffen (Helm und Schild), Schmuckgegenstände. — Jetzt tritt auch das Gold auf, theils massiv zu Schmucksachen, theils in dünnen Plättchen zur Waffenverzierung ausgehämert.

a) Ältere Zeit. Bestattung in Baumsärgen. — Fund bei Borum Esköi (bei Aarhus): weibliche Leiche mit im Moorboden vollständig erhaltener Kleidung, wollenem eng anliegenden Gewand [Tac. Germ. 17: veste non fluitante sed stricta et singulos artus exprimente], bronzene Hefnadel, Armringe, Kopfring, Dolch mit Handhabe aus Horn. — Fund auf dem Treenhöi und Kongshöi bei Vandrup und bei Boldelev: Leichen in wollener Tracht, Bronzeschwertder in zum Theil schönverzierten Holzscheiden<sup>10)</sup>, Dolche, Bronzebeile (Palstäbe), Bronzeringe und Nadeln. — Gleichzeitig etwa das durch Waffenfunde in Jütland und Seeland Gewonnene: schöne Bronzeärte (über einen Kern von gebranntem Thon sehr dünn gegossen, prächtig verziert, eine sehr hohe Stufe der Gießkunst repräsentirend), bronzene Pfeil- und Lanzenspitzen, Gewandnadeln, spiralförmige Ringe, Bänder von Schwerdtern, Gürtelhaken.

b) Spätere Zeit. Hier scheint der Leichenbrand Sitte gewesen zu sein (Knochenüberreste in Steinkisten, wobei zur Aufbewahrung die alten Steinkammern der Steinzeit ausgeräumt wurden). — Fund zu Maleghöi auf Seeland: Steinkiste mit

10) Das Beigegebenwerden von Geräth bei den Leichen ist der beste Beweis des Eigenthumsbegriffs; der Eigenthümer soll die Sachen mit in's Jenseits nehmen. Tacitus Germ. 27: sua cuique arma, quorundam igni et equis adicitur. Grimm S. 451: „Auch die Frauen begleiteten den Ehemann in den Tod. Von dieser noch jetzt in Indien herrschenden Sitte finden sich noch unter den Scandinaviern und Germanen Spuren.“ — Bei den Galliern Mitverbranntwerden der Sklaven und Klienten, quos ab iis dilectos esse constabat. Caesar B. G. VI. 19.

3 verbrannten Knochen und mit Diadem und Dolchklinge aus Bronze. — Fund zu Hoibegaard bei Kopenhagen: Steinkiste, worin eine Thierhaut, gebrannte Menschenknochen in einen wollenen Mantel eingehüllt, ein Bronzeschwert in einer mit Leder überzogenen Holzscheide, bronzene Gewandnadel, und eine längliche Ledertasche [darin ein hölzerner Würfel, eine Vogelklaue, ein Matterschwanz, eine durchbohrte Schnecke, ein Lederbeutelchen mit kleinen Steinen u. s. w., also wohl die Beigabe bei der Leiche eines Arztes oder Zauberers]. — Erst später und nicht häufig das Bergen der Knochenüberreste in Graburnen aus grauem stark mit Sand vermischem Thon geformt, ohne Verzierungen. Darin oft neben den Knochen: Nadeln, Spangen, Schwerdter aus Bronze<sup>11)</sup>, deren Spitze bisweilen absichtlich umgebogen (beigegebene Miniaturgegenstände besaßen wohl symbolische Bedeutung). — In den Mooren Jütlands und Falsters gefunden: Metallsachen von feiner Arbeit und ausgebildeter Ornamentik (prachtvolle Bronzefasen mit zusammengesetzten Theilen, wonach man also die Kunst des Äthens noch nicht kannte); große Blasehörner wohl zu Schlachtsignalen; Bronzemesser mit Bildern von Thieren, Schiffen, Fischen, die Messerhandhaben als Thierköpfe insbesondere von Pferden und Schwänen gestaltet; auch das menschliche Antlitz als Ornament von Ohrgehängen, Messergriffen, Schmudnadelknöpfen verwendet [der Typus aller dieser Köpfe derselbe: plattgedrückte Gesichter mit hervortretenden Kinnbäcken und großen ringgezierten Ohren, — entschieden abweichend vom germanischen Typus und auf einen mikrocephalen Volksstamm hindeutend, wonach also diese Bronzesachen wohl importirt oder einheimisch nach fremden Mustern gefertigt sind]. — Funde von

11) P. 191: „Hinzufügen wollen wir gleich hier, daß in Europa bis jetzt die Erfindung der Schwerdter nicht höher hinaufreicht als in das Bronzezeitalter, während wir später anderwärts einen Fall kennen lernen werden, daß es auch Schwerdter in der Steinzeit geben kann.“

ganzen Vorräthen von Metallarbeiten (zerbrochene zum Ein-<sup>3</sup>schmelzen bestimmte Bronzeringe, Schwerdter, Messer, Sägen); thönerne Gussformen für Sägen, Palstabe, Messer, Nadeln. — In dieser späteren Bronzezeit hat die Bearbeitung des Goldes schon bedeutende Fortschritte gemacht: elf goldene Schöpfgefäße (in einer Bronzevase verborgen — aus einem Moor in Föhnen) von ziemlich eleganter Form, zum Theil reich mit Ornamenten versehen; sechs goldene Schalen unter einem großen Stein verborgen (Fund auf der Insel Munkö). — Knochen- und Bein-Geräthe aus dieser Zeit seltener; Fund zu Viborg: eine prähistorische Werkstätte für Weingeräthe mit massenhaften kreuzförmigen oft noch verzierten Knöpfen aus Bein, zahlreichen unvollendeten Stücken, unbearbeiteten Knochen und Abfällen. — Eigenthümliche Funde von kuchenähnlichen Massen aus vorzugsweise Birkentheer, wahrscheinlich zum Kittten, vielleicht auch zur Fertigung eines Hauts für Schilde und Ledergegenstände.

3) Eisenzeit. Diese tritt schon in die historische Zeit ein. In der Bronzezeit zeigt sich noch keine Spur von römischer Cultur, wogegen bei den Funden der Eisenzeit oft römische Statuetten, Gefäße und Münzen auftauchen; die ältesten in dänischen Gräbern gefundenen Silberdenare gehören dem Ende des zweiten nachchristlichen Jahrhunderts an. Damals war also das Eisen schon in allgemeiner Verwendung. Im Gegensatz zu den kurzen Bronzeschwerdtern sind die der Eisenzeit lang und breit, einschneidig und zweischneidig, später oft damascirt, die Griffe meist aus Holz, aber auch von Silber; eiserne Lanzenspitzen mit bisweilen noch erhaltenen Holzschäften. Damals wird zuerst das Silber in Dänemark verarbeitet; das Glas tritt auf, und zwar meist, wie es scheint durch Handel in's Land gekommen. Ueberhaupt zeigt sich in der Eisenzeit eine bedeutend höhere Cultur, wie z. B. der Fund (zu Nydam Moor in Schleswig) eines wohlgebauten vollständig ausgerüsteten Ruderbotes zeigt. Es erscheinen jetzt



3 zuerst die Runen, die der ganzen Bronzeperiode durchaus fremd sind [Fund von Himsingö: neben römischen Gefäßen und Geräthen eine bronzene mit Silber belegte Gewandnadel mit in Runenschrift eingeristtem Wort „Hariso“; — Fund zu Straarup, Jütland: Goldbiadem mit eingeristtem Namen „Luthro“. — Längere Runeninschriften gehören erst einer späteren Zeit an]. In die Eisenperiode, wenn auch erst späterer Zeit, fällt die erste Ausprägung von Münzen in Dänemark [goldene Bracteaten, nur auf Einer Seite geprägt und mit Desen zum Tragen — also mehr zu Amuletten als Tauschmitteln bestimmt, — theils barbarische Nachahmungen römischer Münzen mit Nachbildung der lateinischen Buchstaben ohne Sinn und Verständniß, theils Münzen mit Runenschrift und Figuren aus der nordischen Göttersage]. — Die Leichenbestattung ist in der Eisenzeit gleichmäßig Beerdigung wie Verbrennung.

4 §. 4. Als Träger der im vorigen §. unter Nr. II zusammengefaßten Entwicklung sind, wie ich bereits bemerkte, schon die indogermanischen Völker anzusehen. Nur in kurzen Zügen gebe ich, soweit ich für das Folgende dessen bedarf, einen Ueberblick über Stellung und Entwicklung dieser merkwürdigsten aller Völkerfamilien der Menschheit.

Durch die neueren, insbesondere an den Darwinismus sich anknüpfenden, Untersuchungen ist Ein Punkt zu früher ungeahnter Festigkeit gelangt: die Entwicklung der Menschheit von Einem Schöpfungsheerde aus (P. 1—36). Auch für die Rechtswissenschaft hat derselbe eine fundamentale Bedeutung. Als die großen Gruppen, in die sich die Menschheit allmählig auseinandergelegt hat, stellt man jetzt meist die Siebenzahl der Racen auf, P. 337—557. Die eine von diesen sieben, die mittelländische Race, umfaßt (abgesehen von einigen noch nicht bestimmbarern Stämmen) die Hamiten, die Semiten und den indoeuropäischen Stamm, P. 540.

Man hat schon mehrfach versucht, die Sitten und Rechte <sup>4</sup> aller dieser Völker der gesammten Menschheit zusammenzustellen. Insbesondere Peschel hat uns in dieser Hinsicht S. 217—255 ein anziehendes Bild vorgeführt, und vom Standpunkt der Völkerkunde aus hat dies moderne *ius gentium* hohe Bedeutung. Aber wir dürfen darüber nicht vergessen, daß darin an sich noch kein juristischer Werth liegt. Zur Gewinnung dieses letzteren ist es nöthig, die inneren Gründe aufzudecken, aus denen sich das Recht in den Völkern so gestaltet hat, wie es uns entgegentritt. Erst wenn wir wissen, welches Recht in welchen Völkern, wenn auch inhaltlich sehr auseinandergehend, doch historisch zusammenhängt, — welches Recht umgekehrt, ohne historischen Zusammenhang, in Folge anderer Umstände doch zu gleichartigen Gestaltungen gelangt ist, und endlich — welches Recht, ohne historischen Zusammenhang und ohne äußerlich zusammentreibende Ursachen, nothwendig ganz disparate Standpunkte einnehmen muß; — erst dann sind wir auf dem Wege, das gesammte Weltrecht juristisch zu verstehen. Bis dahin aber ist es noch unfählich weit, und vorgehend geht schon die äußere Sammlung des Rechtes der Völker für Rechtswissenschaft ausgeben zu wollen, würde Dilettantismus sein <sup>1)</sup>.

Anderß aber liegt die Sache in Betreff des indogermanischen Stammes. Die Sprachforschung ist jetzt über ihn so weit gediehen, daß wir schon herantreten können an die Frage, ob sich namentlich in dem unter uns mit Eifer cultivirten römischen und germanischen Rechte ein gewisser Urstamm findet, dessen Verzweigung in die verschiedenen Völkerstränge sich historisch verfolgen

1) Am ersten wird sich schon jetzt eine gewisse juristische Argumentation bei der Ehe, als dem nothwendig bei allen Völkern vorkommenden Verhältniß, rücksichtlich ihrer rechtlichen Begründungsform aufstellen lassen; s. unten §. 5. b.

4 läßt, und der uns eine Ausbeute für die Klärung unserer juristischen Begriffe gewährt.

Zum Aufwerfen dieser Frage schicke ich die Data voraus, welche die neuere Sprachforschung als die geschichtliche Entwicklung der indogermanischen Völkerverfamilie festgestellt hat<sup>2)</sup>.

Die indogermanische Sprachstamme zerfällt in drei Gruppen: 1) „die asiatische oder arische Abtheilung, bestehend aus der indischen und der eranischen Sprachfamilie. Keltester Repräsentant und Grundsprache der indischen Familie und älteste bekannte indogermanische Sprache überhaupt ist das altindische (die ältesten Theile des Veda); später in vereinfachter Form und nach gewissen Regeln als correcte Schriftsprache den Volksdialekten gegenüber festgesetzt, Sanskrit genannt.“ 2) „Die südwestliche europäische Abtheilung bestehend aus Griechisch, . . . Italisch (die ältesten bekannten Formen dieser Familie das Lateinische. . . das Umbriische und Oskische), Keltisch. Italisch und Keltisch sind einander ähnlicher als dem Griechischen.“ 3) „Die nördliche europäische Abtheilung, bestehend aus der slavischen Familie mit der sehr nahe verwandten litauischen, und der von beiden weiter abgehenden deutschen (gotisch, althochdeutsch, altnordisch).“ — „Die indogermanische Ursprache theilte sich zuerst durch ungleiche Entwicklung in verschiedenen Theilen ihres Gebiets in zwei Theile, es schied nämlich von ihr aus das Slavodeutsche (die Sprache, welche später in Deutsch und Slavolitauisch auseinanderging); sodann theilte sich der zurückbleibende Stock der Ursprache, das Ariogräcoitalokeltische in Gräcoitalokeltisch und Arisch, von denen das erstere in Griechisch und Italokeltisch<sup>3)</sup> sich schied, das letztere,

2) Vgl. Aug. Schleicher Compendium der vergleichenden Grammatik der indogermanischen Sprachen. 2. Aufl. 1866. S. 1—9.

3) Anders in Betreff der Kelten Monumenti R. G. I. S. 11. 14. 81 (erste Aufl.); nachgebend S. 326 A. \* (sechste Aufl.). Fortan ist, wo ohne

das Arische, aber noch lange vereint blieb. Später theilten sich <sup>4</sup> Slavolitaunisch, Arisch (Indoeranisch) und Italokeltisch nochmals. . . . Je östlicher ein indogermanisches Volk wohnt, desto mehr Altes hat seine Sprache erhalten, je westlicher, desto weniger Altes und desto mehr Neubildungen enthält sie. Hieraus, wie aus anderen Andeutungen folgt, daß die Slavodeutschen zuerst ihre Wanderung nach Westen antraten, dann folgten die Gräcoitalokelten; von den zurückbleibenden Ariern zogen sich die Inder südsüdwestwärts, die Germanen breiteten sich in der Richtung von Südwest aus. Die Heimath des indogermanischen Urvolks ist somit in Centralhochasien zu suchen <sup>4</sup>). Nur von den Indern, die zu allerletzt den Stammsitz verließen, wissen wir mit voller Sicherheit, daß sie aus ihren späteren Wohnsitzen ein stammfremdes Volk verdrängten, aus dessen Sprache Manches in die ihrige überging. Von mehreren der übrigen indogermanischen Völker ist Ähnliches theilweise in hohem Grade wahrscheinlich <sup>5</sup>).“ —

besondere Nebenbemerkung Mommsen's Römische Geschichte citirt wird, die sechste Aufl. des ersten Bandes (1874) gemeint.

4) Anders in Betreff der Dertlichkeit S. 544. 545.

5) Ueber die Vorgänger der Germanen oben §. 3 Nr. I. — Auch bei den Italern berichtet die Sage von Aboriginern. Festus: Aborigines appellati sunt, quod errantes convenerint in agrum, qui nunc est populi Romani; fuit enim gens antiquissima Italiae. Mommsen R. G. I. Cap. 2 vermuthet in dem japhgischen Stamm, dem ältesten, der Spuren zurückgelassen hat, schon einen indogermanischen (1. Aufl. S. 9 — etwas anders 6. Aufl. S. 11 A. \*). — Bei den Griechen sind die Pelasger (Hauptstämme Peloponnes und Thessalien) auch schon stammverwandt, zwischen ihrer Sprache und den älteren griechischen Dialekten besteht kein wesentlicher Unterschied. Die Hellenen bestehen aus Aeolern (mit ihren Stammverwandten, den Achäern), Joniern, Dorern (wohl den ursprünglichen Hellenen). Durch den Heraclidenzug wurde die Macht der Aeoler gebrochen und die Dorer der leitende Stamm Griechenlands (1104 v. Chr.); C. Fr. Hermann Lehrb. d. griech. Staatsalterth. §. 7. 8. Die Dorer zogen in den Peloponnes über die Meerenge von Rhion. An der Küste herumziehend, gelangten sie dann

4 Es hat also in vorhistorischer Zeit eine Wanderung der indo-germanischen Völker stattgefunden [nennen wir sie, im Gegensatz zu der „Völkerwanderung“ der historischen Zeit, im Folgenden kurz den „Völkereinzug“], und diese Völker haben seit ihrer Festsetzung in den Ländern, die wir sie im Beginn der historischen Zeit innehaben sehen, ein eigenartiges Leben begonnen. Aber sie „haben eine gemeinsame Ursprache geredet“, und unsere jetzigen Sprachen tragen in allen ihren Theilen die Ueberreste dieser Ursprache mit sich <sup>6</sup>). Alle die Wörter, die ich hier in der lateinischen Gestalt anführe: et, que, ne, ab, per, pro, super, sub, ante, inter, — tu, me, se, ambo, duo, tres u. s. w.; dexter, scaevus, simul, novus, senex; caput, cerebrum, cor, venter, umbilicus, genu, os, dens, artus, unguis; taurus, vitulus, canis, anser, musca, formica, anguis, lupus, mus, ovis, avis, sus; ver, aurora, stella, humus, unda, imber, nubes, mensis; edo, eo, bibo, spuo, vomo, sopio, laboro, sto, do, dormio, sedeo, sudo, ago, maneo, audio; cella, vicus, ager, tectum, fores, fundus, pons, navis, ratis, vehiculum, stramen, domus, vestis, sero, suo, uro; deus, Zeus, tata, atta, pater, mater, frater, levir, socer, nurus, nepos; nomen, mors, dolus, vendo, pacio, aevum, — sie alle stammen aus der Ursprache <sup>7</sup>). Und nun sollten nicht auch noch Rechtsanschauungen aus der Urzeit stammen? Und es sollte nicht in

---

später nach Attika. „Die Achäer, die sie verdrängen, entreißen ihrerseits wieder den Joniern die Nordküste, die seit jener Zeit Achaja heißt, die Jonier ziehen über Attika nach Kleinasien;“ Hermann §. 15—17.

6) Georg Curtius Grundzüge der griechischen Etymologie. 4. Aufl. (1873). — In der Folge citire ich dies Werk bloß mit des Verfassers Namen und der Nummer seiner Wortartikel.

7) Vgl. auch die Uebersicht über die „Abstammung der griechischen Sprache“ in Koch's Griech. Schulgrammatik. 4. Aufl. (1876). S. 355—364.

dem, was sich in den einzelnen Völkersträngen juristisch Eigenartiges entwickelt hat, Vieles nur daraus erklärbar sein, daß alle diese Stränge ursprünglich in Einem Volksknoten vereinigt gewesen sind?

Ich will im Folgenden gar nicht Alles zusammenfassen, was auf den gemeinsamen Urstamm zurückweist. Ich will vielmehr nur das besprechen, woraus sich Data für das allmähliche Werden einiger Hauptrechtsbegriffe der indogermanischen Völkerfamilie entnehmen lassen<sup>8)</sup>. Wir werden sehen, daß der Entwicklungsgang nicht einer allgemeinen Theorie entspricht, daß er ein mühsames Emporringen aus rohesten Zuständen, ein erst successives Schaffen und Vereinigen von rechtlichen Begriffen ist, die uns heutzutage als einheitliche und fest-abgeschlossene durchaus selbstverständlich erscheinen. Insbesondere aber jene römische Theorie von den Urrechtszuständen (§. 1 Anm. 1—3) wird uns nur als eine naive und unschuldige Gedankenspielerlei von Männern erscheinen, die ja allerdings von der geschichtlichen Entfaltung der indogermanischen Völkerfamilie keine Ahnung haben konnten.

Es wird indeß gut sein sich zu vergegenwärtigen, aus welcher Quelle die römische Theorie entsprungen ist. Ich finde die Quelle in jenem [wie Dfr. Müller sagt, — §. 3 Anm. 8] Traume „des ganzen Alterthums von einem verlorenen Paradies, von einer goldenen Zeit der Ruhe und des Friedens“. Es bestand ursprünglich, sagt die Theorie, nur das *ius naturale*, welches *cum ipso genere humano rerum natura prodidit* (mag man es mit dem *ius gentium* identificiren, oder es ihm noch wieder vorausstellen). Es gab noch keine Kriege (also es war die Zeit des allgemeinen Friedens), kein getrenntes Privateigenthum (also Alles gehörte

8) Ich lasse danach Vieles, was Grimm in seinen Rechtsalterthümern berührt hat, und was er in der Vorrede S. XIII. XIV übersichtlich zusammenstellt, unbefprochen.

4 noch Allen als Gesamteigenthum), die Acker waren noch nicht getheilt, die Menschen kannten noch keine Sklaverei, Handel und Verkehr war noch nicht eingerichtet. Das ist in nüchterner juristischer Sprache dasselbe, als was uns Tibull (Carm. Lib. I. El. 3. v. 35—48) in dichterischem Schmuck so vorträgt<sup>9)</sup>:

Quam bene Saturno vivebant rege, prius quam

Tellus in longas est patefacta vias!

Nondum caeruleas pinus contemserat undas,

Effusum ventis praebueratque sinum,

Nec vagus ignotis repetens compendia terris

Presserat externa navita merce ratem.

Illo non validus subiit iuga tempore taurus;

Non domito frenos ore momordit equus;

Non domus ulla fores habuit; non fixus in agris,

Qui regeret certis finibus arva, lapis.

Ipsae mella dabant quercus, ultroque ferebant

Obvia securis ubera lactis oves.

Non acies, non ira fuit, non bella; nec ensem

Immiti saevus duxerat arte faber.

Nunc Iove sub domino caedes, nunc vulnera semper;

Nunc mare; nunc leti mille repente viae.

Diesen antiken Traum träumt in seinem ganzen Umfange heutzutage Niemand mehr. Aber einzelnen Stücken desselben begegnet man in unserer modernen Literatur noch mehrfach. Ich will hier nur die zwei mir lehtaufgestoßenen anführen<sup>10)</sup>.

9) Vgl. auch Ovid. Metam. I. 89 ff.

10) Guschke *Multa* (1874) S. 390 N. 101 [vgl. auch meine *Man. u. Trab.* (1865) S. 48 N. 7]: „Alle Versuche der Neuern, die legis actiones auf civilrechtlich entstandene Rechte zu beschränken oder dem Unterschiede, ob sie iuris civilis oder iuris gentium sind, wenigstens irgend einen bestimmenden Einfluß auf das Recht der legis actiones zuzuwenden, beruhen auf einem allerdings weit verbreiteten und tief eingewurzelten Irrthum

---

über das ganze Verhältniß von *ius gentium* und *ius civile* in der Genesis des Rechts, welche die der Natur der Sache entsprechende Auffassung der Alten (*ius naturale et gentium antiquius iure civili*) auf den Kopf stellt.“ — v. Scheel in der Münchener Krit. Viertelj.-Schr. XVIII. 3. S. 444: „Wie sich unser heutiges Privateigenthum erst allmählig durch Gewalt, Glück, Gesetz, Gewohnheit aus dem Gesamteigenthum herausgebildet hat, so wenig ist unsere heutige Eigenthumsordnung eine für immer fertige.“

---



# I.

## E h e.

I.

5 §. 5. Die Ehe trägt in sich ein reales, ein voluntäres und ein ethisches Element.

I. Das reale Element. — 1) Die Ehe ist die Fortpflanzungsinstitution der Menschheit; sie ist die nothwendige Folge der durch die ganze organische Natur hindurch real gegebenen, und also auch die Menschheit mitumfassenden, Trennung der Geschlechter. Der Fortpflanzungstrieb, neben Hunger und Durst der stärkste aller menschlichen Naturtriebe, ist die sichere Garantie für den Fortbestand der Menschheit. (P. 227—229): „Die Erzeugung eines Nachwuchses kann nur nach dem Eintritt der Geschlechtsreife erfüllt werden, die bei dem weiblichen Geschlecht etwas früher als bei dem männlichen, in Nordeuropa etwa im 14. und 17. Lebensjahre, in Südeuropa etwas beschleunigter erreicht wird. In heißen Erdstrichen stellen sich die bekannten Merkmale noch zeitiger ein, in Aegypten bei Knaben von 12 bis 15, bei Mädchen von 11 bis 14 Jahren. Klunzinger, der kürzlich die Hochzeit eines solchen Kinderpaares in Oberägypten beschrieben hat, läßt daselbst Knaben von 15 bis 18 Jahren, Mädchen von 12 bis 14 Jahren heirathen, und fügt bedeutsam hinzu, daß solche in unseren Augen verfrühte Ehen doch in Bezug auf Kindersegen keine üblen Wirkungen wahrnehmen lassen.“ „Auch

Polarvölker erwerben frühzeitig das Vermögen der Geschlechts-<sup>I.</sup>  
 erneuerung. Bisher wurde dies hauptsächlich bei den Eskimo  
 beobachtet, aber Adolf Erman hat neuerdings wieder daran erin-  
 nert, daß auf der aleutischen Insel Atcha der Knabe, sobald er  
 die Baidare lenken, das Mädchen, sobald es fertig nähen kann,  
 beide gewöhnlich mit dem 10. Lebensjahre zur Ehe schreiten.  
 Eine physiologische Erklärung, warum bei größerer Annäherung  
 an den Aequator und an den nördlichen Polarkreis der Zeitraum  
 der Unreife sich verkürze, ist noch nicht gegeben worden.“ „Wo  
 sich der Trieb der Natur zeitig regt, da welken auch früher die  
 Reize und erlischt mit 30 oft mit 25 Jahren schon jeder Segen  
 des weiblichen Körpers. Tacitus [Germ. 20: sora invenum  
 venus eoque inexhausta pubertas; nec virgines festinantur;  
 Caes. B. G. VI. 21.] spricht sicher eine richtige Erfahrung aus,  
 wenn er die lange Jugenddauer bei unseren Vorfahren ihren spä-  
 ten Eheschließungen zuschreibt. Wo also durch Gewohnheit oder  
 Säkung eine Verspätung des Heirathsalters gefordert wird, da  
 müssen wir einen großen Fortschritt in der Selbsterziehung der  
 Völker anerkennen.“

Diese Bemerkung Peschels werden wir noch weiter erstrecken  
 dürfen. Auch in Betreff der Polygamie, Polyandrie<sup>1)</sup>, Mono-

1) P. 230: „Vielweiberei ist über ganz Africa verbreitet, sie war eben-  
 falls fast allen asiatischen Völkern verstatet, in America dagegen auffallend  
 selten anzutreffen.“ 231: „Spärlicher verbreitet ist die Polyandrie . . .  
 unter den Völkern, welche den Uebergang bilden zwischen Asiaten und  
 Americanern, nämlich bei den Eskimo, den Aleuten, Konjaken und Ko-  
 lusken . . . Sonst werden in America die Irokesen und etliche Stämme am  
 Orinoco der Vielmännerei von Sir John Lubbock beschuldigt. In der  
 Südsee soll sie bei den Maori Neu-Seelands und auf etlichen kleinen In-  
 seln angetroffen worden sein. Häufiger kommt sie im südlichen Indien  
 unter einzelnen Stämmen der Neiherrigebirge vor, . . . Fast genau so  
 hielten es auch die alten Bewohner Britanniens zu Cäsars Zeiten“ [Caesar.  
 B. G. V 14].

I.  
 5 gamie giebt es eine Selbsterziehung der Völker. Nur monogamische Völker werden eine höhere Culturstufe erreichen. Die Monogamie, die zur Erfüllung des Naturgesetzes der Gewinnung zahlreicher Nachkommenschaft völlig ausreicht, giebt andererseits der Nation das hohe gesundheitliche Gut, daß durch die fest begrenzte, alles Bariiren ausschließende, Ausübung des Geschlechtstriebes dieser Naturgewalt eine Mäßigung aufgelegt wird, die die Körper kräftigt, und damit der Nation den Geist des Sichselbstzügels einimpft. P. 230: „Die Geschichte ertheilt uns die Lehre, daß alle hochgestiegenen Völker die eheliche und überhaupt die geschlechtliche Reinheit streng gehütet haben, sowie daß jeder Lockerung der Sitten die Zerrüttung der Gesellschaft auf der Ferse folgt.“ Muß man doch überhaupt die Aufgabe der lebenden Generation, die folgende hervorzubringen, gar nicht aus dem niedrigen Gesichtspunkte der Auskostung des Sinnenreizes auffassen<sup>2)</sup>; sie ist die immer fortgeführte Erfüllung des Naturgesetzes, das auf die Trennung der Geschlechter den Bestand der organischen Welt baute<sup>3)</sup>.

Bei dieser Function der Fortpflanzung der Menschheit ist

---

2) Die Zurückdrängung dieser unsittlichen Auffassung kann bei rohen Völkern sehr naive Form annehmen; P. 246: „Bei den Irotesen und Huronen mußten junge Ehegatten ein ganzes Jahr wie Brüder und Schwester zusammen leben, um zu beweisen, daß edlere Reigungen als die Befriedigung von Sinnenlust sie zusammengeführt hätten.“

3) Wie man für die Urzeit von einer Gemeinschaft Aller an allen Sachen geträumt hat (§. 4 a. E.), so hat man auch die Ansicht aufgestellt, daß anfangs in den Menschenhorden Weibergemeinschaft bestanden habe (Götterismus). Ich verweise auf die Widerlegung von Peschel S. 228. Es ist gerade umgekehrt bei den wilden Völkern überwiegend eine besonders harte Sittenstrenge zu beobachten; (Tacitus Germ. 18. 19. severa illic matrimonia). Nur muß man nicht die Wilden im Auge haben, die im Contact mit den civilisirten Nationen, deren Laster sie zuerst annehmen, degenerirt sind.

der Mann der Zurücktretende. Die Frau betrachtet sich seit der *copula carnalis*, wie es auch in den Sprachen ausgedrückt wird, als eine fürs Leben Andere, sie kann in den Zustand der Jungfrauschaft nicht zurücktreten; ihre ganze Persönlichkeit wird von der Schwangerschaft, von der Aufzucht des Neugeborenen in Anspruch genommen. Daher bei vielen Völkern die besondere Ehre, die der fruchtbaren Frau zu Theil wird, daher manche zum Theil wunderliche Schutzinstitute für die Wöchnerin [wie namentlich das, wohl in sehr hohes (vgl. §. 3 Nr. I a. E.) Alter zurückreichende, Manneskindbett, die „*couvade*“ der Basken; — P. 26. 27]. In dem natürlichen Entwicklungsgange der Kinderaufzucht liegt überhaupt schon für die ersten Lebenszustände der Urvölker der durch die Erfahrung unmittelbar sich rechtfertigende Antrieb zur Monogamie. P. 239: „Da die Jagd, die ursprünglichste Art des Nahrungserwerbes, nur ausnahmsweise von Frauen betrieben wird, so lag darin ein Zwang, daß die Aufzucht von Kindern nur glückte, wo Vater und Mutter sie in den zarten Jahren ernährten.“

2) Vergleichen wir hiemit die Aussprüche der Römer über die in der Ehe liegende *naturalis ratio: hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam iuris istius peritia censerit*. Es ist diese Zusammenstellung nicht bloß eine Vergleichung. Es handelt sich um eine wirkliche Harmonie, welche die Natur für Thiere wie Menschen in der Theilung der Geschlechter und in der durch den Geschlechtstrieb gegebenen Vereinigung zum Zweck der Fortpflanzung aufgebaut hat; eine Harmonie, welche z. B. Darwin dazu berechtigt, gegen die behauptete Frauengemeinschaft bei den vorgeschichtlichen Menschen (A. 3) das Argument vorzubringen, daß (P. 239): „die Männchen vieler Säugethiere sehr eifersüchtig und mit Waffen

I.  
 5 zum Kampfe um die Weibchen ausgerüstet sind.“ Es ist nun freilich ganz richtig, daß, wie Savigny sagt, die Thiere in dieser römischen Stelle nicht in den Kreis des Rechtes aufgenommen werden: „nicht das Recht sondern die Materie des Rechts, das demselben zum Grunde liegende Naturverhältniß wird den Thieren zugeschrieben.“ Diese Materie des Rechts ist die naturalis ratio; sie ist für Mensch und Thier in Betreff der coniunctio maris et feminae identisch. Damit aber widerlegt sich gerade, daß naturalis ratio „das der menschlichen Natur eingepflanzte gemeinsame Rechtsbewußtsein“ sei. Die naturalis ratio ist die, gerade abgesehen von dem (bei den Thieren nicht vorhandenen) Rechtsbewußtsein, für Mensch und Thier gleichmäßig gegebene reale Naturordnung. Darin liegt zugleich, daß nach dieser Naturordnung die maris et feminae coniunctio für Mensch wie Thier erst eingetreten ist, wenn das Paar die copula carnalis wirklich vollzogen hat. Jetzt erst ist auch für das Menschenpaar die Ehe realisirt, und es ist entweder Präberie oder juristische Verdrehung, wenn man nicht anerkennt, daß, so lange die Menschenwelt besteht, von Natur die Ehe in ihrer realen Wirklichkeit erst mit Vollziehung der copula carnalis eingetreten ist. Von da an ist in nicht rückgängig zu machender Weise das Mädchen nicht mehr Jungfrau sondern Frau, und danach führen sogar „die Wedda auf Ceylon, bei denen wir noch die meisten Reste der Urzeit anzutreffen hoffen dürfen, das schöne Sprüchwort im Munde, nur der Tod vermöge Mann und Weib zu scheiden“ (P. 239)<sup>4</sup>).

4) Auch nach indischem Recht galt die Ehe als unwiderruflich; Klenze Ztschr. f. gesch. R. W. VI (1828) S. 137 N. 2. — Aus dem natürlichen Grundgedanken heraus, daß Zweck der Ehe: Erzeugung von Kindern (insbes. männlicher Descendenz oder „eines ächten Erben“ Klenze S. 123, Grimm S. 443) ist, erklärt sich der merkwürdige, noch im deutschen und griechischen Völkern lange fortbewahrte (Grimm S. 444. 445), indo-

Die naturalis ratio, die bei den Thieren als Instinkt auftritt, ist bei den Menschen mit Geistesfreiheit verbunden. Daher finden wir auf dem Boden der, Mensch und Thier verbindenden, naturalis ratio doch wiederum für die menschliche maris et feminae coniunctio eine ganze Welt von Dingen, die immer nur menschlich sind und dem Thier verschlossen bleiben. Aber das hindert, und auch ganz mit Recht, die Römer nicht, einen dahin gehörigen Punkt gelegentlich einfach für ius naturale zu erklären. So ist es für den menschlichen Geist etwas Widerstrebendes, daß die Blutmischung der Ehe zwischen denen stattfindet, die in naher Verwandtschaft gleiches Blut in ihren Adern tragen. Die Schaam, etwas den Thieren fast ganz Fremdes, hindert es. Das drückt Paulus in fr. 14 §. 2 de ritu nupt. 23. 2 so aus: unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est: contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere<sup>5</sup>).

3) Dies menschliche Schaamgefühl bedarf aber noch besonderer Berücksichtigung nach einer Seite hin, welche die, wenigstens in einem großem Kreise von Völkern uns entgegentretende, vielleicht urälteste Form der Eheschließung zu erklären im Stande ist. Von den verschiedensten Seiten her taucht als älteste Gestalt der Ehebegründung der Frauenraub auf (siehe germanische Urrechtsatz, welchen auch das indische Recht aufweist, daß (Klenze S. 123. 124) „der Mann seiner Frau, wenn er unfähig war, durch einen seiner Sapinda einen Sohn zeugen lassen, oder selbst eine Wittwe sich von einem Sapinda ihres Mannes auf dessen Namen einen Sohn zeugen lassen konnte.“ — Vgl. noch: Zusatz am Schluß dieses Festes.

5) Freilich beginnt mit diesem Begriff der Schaam ein unter den verschiedenen Völkern sehr variirendes Moment. P. 233 stellt die bekannten Fälle des Erlaubtgewesenseins von Heirathen unter Geschwistern oder des Sohns mit der Mutter zusammen.

I.

5 die Zusammenstellung bei Peschel 233—236); und die Erklärung, die Peschel dafür giebt, ist eine höchst plausible. Man bemerkt (P. 242) „gerade bei Völkerschaften mit urzeitlichen Zuständen eine außerordentlich entwickelte Scheu vor blutschänderischen Ehen.“ In den frühesten Zeiten der erst in Sippen oder Horden, noch nicht in größere Völkercomplexe, auseinander gegangenen Menschheit mußte das Gefühl der Blutsgemeinschaft innerhalb der Horde noch lebendig sein. Also für die Auffassung, die uns später begegnet, daß nur unter Stammesgenossen *conubium* gilt, ist in frühester Zeit noch gar kein Raum. Gerade umgekehrt: man darf nicht im eigenen Stamm heirathen, man muß das Mädchen unter dem nichtgemeinsamen Blut suchen. Draußen aber über den Stamm hinaus sind Fremde, d. h. Feinde. Was man ihnen gegenüber rechtlich erlangt haben will, muß man kampfmäßig geraubt haben. So entsteht der Urrechtsbegriff der Ehebegründung durch Raub. Es ist nicht im wirklichen Sinne kriegsrechtlicher Raub, der die Geraubte als Sklavin erscheinen lassen würde. So niedrig man auch die Stellung der Frau in den Urzuständen sich zu denken hat, man wird immer einen gewissen Unterschied gemacht haben zwischen der um der Ehe willen geraubten Genossin von Haus und Bett und der geknechteten Dienerin. Aber es ist die Herüberziehung eines schon bestehenden Rechtsbegriffs auf einen anderen Punkt, den man rechtlich feststellen will; vielleicht die erste „juristische Construction“, zu der sich überhaupt die Menschheit emporgeschwungen hat.

4) Die im Hause aufwachsenden Kinder stehen nach der Auffassung der meisten Völker unter der Macht des das Haus zusammenhaltenden Hausherrn. Aber die Gestaltung dieser Hausgewalt hat sich in den einzelnen Völkern, insbesondere auch den Völkersträngen der indoeuropäischen Familie, sehr verschieden gestaltet. P. 243: „Gegenwärtig gebührt fast allerorten dem Erzeuger die väterliche Gewalt über seine Nachkommen, auch übt er

bei roheren Völkern fast stets über die Frau die Rechte eines Leib-<sup>I.</sup>  
herrn aus. Dennoch giebt es eine Mehrzahl von Völkerschaften,  
bei denen alle Familienrechte von der Mutter abgeleitet wer-  
den.“<sup>6)</sup> 5

Den Römern erscheint diese väterliche Gewalt als ein Aus-  
fluß ihres *ius civile*. Dem gegenüber bezeichnen sie die rein  
natürlich gegebene Blutsgemeinschaft, d. h. also das lediglich auf  
der realen Naturordnung (*naturalis ratio*) ruhende Band des  
durch Geburt Zusammenhängens als die *naturalis cognatio*  
(fr. 4 §. 2, fr. 10 §. 4 de gradibus 38. 10). Dieses auf der  
realen Blutsgemeinschaft beruhende Band fassen sie dann (ebenso  
wie dort bei der Ehe) nicht bloß als ein thierisches, woraus ledig-  
lich die *liberorum procreatio* und (auch eine gewisse Ernährung  
enthaltende) *educatio* folgen würde, sondern als ein auf dem  
Boden der, Mensch und Thier verbindenden, *naturalis ratio*  
stehendes menschlich-geistiges. Danach sagen sie denn, daß nach  
einem (jenem pudor bei der Ehe gleichartigen) Pietätsgeföhle  
*naturali ratione* auch der Vater vom Kinde ernährt werden  
müsse (fr. 5 §. 16 de adgn. et al. lib. 25. 3, vgl. Beil. Nr. A

6) Es liegt nicht in meinem Plan, hierauf weiter einzugehen (über  
das von J. J. Bachofen behauptete Mutterrecht [s. P. 244]. — Höchst  
merkwürdig ist noch das nach P. 239 ff. von dem Amerikaner Lewis Mor-  
gan aus 139 amerikanischen, asiatischen, malaiischen und europäischen Spra-  
chen ermittelte Recht der Verwandtschaftsbestimmung in diesen Völkern:  
„Die Abstammlinge eines gemeinsamen Ahnherrn oder einer gemeinsamen  
Ahnmutter geben sich, wenn sie derselben Geschlechtsfolge angehören, den  
Namen Bruder oder Schwester, sie nennen sämtliche Zugehörige der  
nächstfröhleren Geschlechtsfolge Väter, und die der nächstfolgenden Söhne.  
Es wird also ein Mann Brüder nennen: nicht bloß alle Söhne seines  
Vaters, sondern auch die Söhne des Vatersbruders und alle Enkel seines  
Großvaters. Er wird ferner als Sohn nicht bloß anreden den eigenen  
Leibeserben, sondern alle Söhne seiner Brüder, alle Enkel des Vatersbruders,  
alle Großvater des Großvaters“ u. s. w.



I.  
 5 XIV. 1.). Ihr Begriff von naturalis ratio als der realen Naturordnung ist hier also immer ganz streng festgehalten.

Daß die naturale Blutsgemeinschaft zunächst in der römischen Rechtsordnung, gegenüber der agnatischen Verwandtschaft, noch wenig Raum gehabt, und erst allmählig sich ein umfangreicheres juristisches Gebiet errungen hat, ist hier nicht von mir zu erörtern. Unter diesen errungenen Rechten steht die b. p. unde cognati [für den Cognatenkreis bis zu den Sobrinen, 6<sup>ter</sup> Grad, — und ausnahmsweise noch 7<sup>ter</sup> Grad] als Ausgangspunkt einer großen weiteren Entwicklung da; fr. 1 §. 3 unde cogn. 38. 8. Es ist aber damit dieser bis zu den Sobrinen gehende Cognatenkreis vom Prätor nicht erst geschaffen. Derselbe war vielmehr, wie Klenze (Zeitschrift f. gesch. R. W. VI. S. 1 ff. f. bef. S. 32) festgestellt hat, eine durch das ius osculi zusammengehaltene, insbesondere in Eheverböten, Familiengerichten und Trauerpflicht wirksame, altitalische Familiengenossenschaft (vgl. auch §. 2. Anm. 1 Nr. 1), die gleichartig auch in Griechenland (S. 139 ff.) vorkommt. Danach läßt sich annehmen, daß die Wurzeln dieser in beiden Völkerrängen bestehenden Genossenschaft schon in das Urvolk zurückreichen werden. Aber den Versuch Klenzes, die Cognaten mit ihrer 6. Grad-Begrenzung auf das indische Sapindaerbrecht zurückzuführen (S. 120 ff.), muß man als ganz mißlungen und sich selbst widerlegend bezeichnen. Das Sapindaerbrecht ist die zur Perpetuirung der Sacra (Grabb'ha — d. h. der Versöhnungsoffer für die Seele des Verstorbenen) aufgestellte, immer nach 3 Graden der Grabb'hadescendenz auf eine neue Stufe springende, Intestaterbfolge [für: a) die dreigradige Grabb'hadescendenz des Verstorbenen (Sohn, Sohnessohn und Sohnesenkel); b) Vater, Mutter und Vaters Grabb'hadescendenz (Sohn, Sohnessohn und Sohnesenkel); c) Großvater und dessen Frau und dessen Grabb'hadescendenz; d) Urgroßvater, dessen Frau und dessen Grabb'hadescen-

denz; e) mütterlicher Großvater und dessen Erbb'hadescendenz; 5  
 f) die männlichen Descendenten des Verstorbenen hinter der  
 Erbb'hadescendenz also: vom 4.—6. Grad; g) die ferneren männ-  
 lichen Ascendenten des Verstorbenen (ohne ihre Frauen), bez. ihre  
 Erbb'hadescendenz]. Dies Erbrecht ist, gerade im Gegensatz zu  
 Klenzes Behauptung<sup>1)</sup>, das indische Product des aus dem Ur-  
 volke herstammenden, im griechischen wie italischen Völkerstrange  
 ebenfalls fortlebenden, sacral-agnatischen Intestaterb-  
 rechts (s. unten §. 7).

§. 6. — II. Das voluntäre Element. — Im Bisherigen 6  
 mußte ich mehrfach den Blick über den Kreis der indogermani-  
 schen Völkerfamilie hinausshweifen lassen. Ich beschränke mich  
 fortan ganz auf die indogermanische „Welt“. Man kann sie  
 wohl so nennen, wenn man sie auch dabei im Vergleich zu der  
 Masse anderer Völker mit G. Curtius als „winzig“ bezeichnen  
 mag. Abgesehen vom Judenthum, liegt das geistig Größte der  
 menschheitlichen Entwicklung in ihr.

Die menschliche *maris et feminae coniunctio* muß, als  
 auf menschlicher Geistesfreiheit beruhend, nothwendig durch den  
 Willen der Betheiligten geschlossen werden. So lange die  
 Ehebegründung durch den Mädchenraub geschah, ist freilich activ  
 Betheiliger nur der Räuber. Aber in der indogermanischen Völ-  
 kerfamilie deuten auf den Mädchenraub als auf eine vergangene  
 Periode nur noch Traditionen aus der Vergangenheit<sup>1)</sup>. Das

7) Ueberhaupt verfällt die Klenze'sche, sonst so anregende, Abhandlung  
 nach verschiedenen Richtungen hin dem Spruche: „wer zu Viel sagt, sagt  
 Nichts“.

1) Insbesondere bei dem erstabgezogenen Völkerstrange, dem germa-  
 nischen, treten die Traditionen, und auch wohl das Individualvergnügen an  
 gewaltsamer Entführung, noch am stärksten hervor. Hier finden sich deshalb  
 die meisten Strafandrohungen für den Raub. Grimm S. 440. Eine  
 Hindeutung auf das frühere Erlaubtsein liegt in dem von Grimm ange-

## I.

6 allgemeine indogermanische Nationalrecht war, daß das Mädchen durch Kauf, also durch friedlichen Vertrag des Manns mit denen, die die Macht über das Mädchen haben (denn das Mädchen selbst ward in jenen rohen Zeiten noch nicht gefragt), zur Ehe erworben wird. Wo dieser Satz in historischen Zeiten als bloße Rechtsform (imaginärer oder Scheinkauf) uns entgegen tritt, da haben wir immer den Schluß zu ziehen, daß in früheren Zeiten ein wirklicher Kauf in Geltung war. Aber auch wo wirklicher Kauf stattfand, haben wir nicht daraus den Schluß des Nichtjuristen Pöschel zu ziehen (236): „das Weib geht dann in das Eigenthum des Mannes über und kann von ihm auf einen Rechtsnachfolger übertragen werden.“ Es ist auch hier, wie ich oben schon in Betreff des Mädchenraubes sagte, „juristische Construction“, Anwendung eines schon feststehenden Rechtsbegriffs auf ein anderes Verhältniß, das man damit rechtlich sicher feststellen will. Freilich erheben sich damit eine Menge weiterer Fragen, auf deren Besprechung ich aber hier verzichten muß.

Ich sagte, es war indogermanisches Nationalrecht. Es galt bei den Germanen (Grimm S. 420 ff.; Sohn R. d. Eheschl. S. 50 ff., Trauung u. Verlob. S. 13 ff.); bei den Römern als

---

fürten Fries. R., welches den Ausgang der Sache in die Wahl der Braut legt. Die Braut wird dem Entführer für drei Nächte genommen, dann auf dem Gerichtspatz zwischen ihre Verwandten und den Räuber gestellt. „Geht sie zu diesem, so gilt die Ehe und keine Strafe hat statt.“ — Rücksichtlich des italischen Volksstranges ist die in der Sage vom Raub der Sabinerinnen liegende Tradition allbekannt; vgl. noch Festus: *rapi simulatur virgo ex gremio matris, aut, si ea non est, ex proxima necessitudine, cum ad virum trahitur.* — Im Griechischen liegt die Tradition im Wort; (Curtius 260) während der (durch Kriegsraub erworbene, also gebändigte) Sklav: *δμῶς* heißt, so heißt *δαμαρ*: Gattin, also „die Gebändigte“. — Ein Ueberrest der Ehebegründung durch Raub kann auch noch in der *coelibaris hasta* stecken, vgl. Festus v. *coelibari*.

coemptio<sup>2)</sup>; bei den Griechen (Grimm S. 421, 430, Klenze<sup>I.</sup> S. 169 Anm. 3); bei den Indern (Klenze S. 137, 169); bei den Russen (Grimm S. 421; Curtius 448: věno (Kaufpreis) fl. = dos). — Aber nicht bloß die römische coemptio (oder wenigstens die etwa ihr vorhergehende Kaufform) ist aus dem indogermanischen Urvolk; auch die bei ihrer confarreatio<sup>3)</sup> verwendete Verbindung durch Wasser und Feuer gehört dem Urvolk an (Serv. ad Virg. Aen. IV. 103: ut aqua et igni adhibitis, duobus maximis elementis, natura coniuncta habeatur; derselbe Satz gilt auch im indischen Recht: Klenze S. 138 A. 2). — Aber nicht bloß dies. Sohm hat ausgeführt (vgl. übrigens auch Grimm S. 440), daß man für das deutsche Recht zwischen Schließung (Verlobung) und Vollziehung der Ehe unterscheiden müsse. Diese Vollziehung ist zunächst: die copula carnalis; aber sie wird verdeckt durch die feierlichen Acte der Trauung (Uebergabe des Mädchens an den Mann) und der traductio ad domum (Heimführung). So stellen sich also äußerlich einander gegenüber: eheschließende Verlobung und Trauung mit Heimführung. Dies tritt nun auch im italischen und griechischen Völkerstrange hervor. Die traductio ad domum geschah nach uralter Sitte unter Verhüllung (nubere, sich dem Manne verschleiern) des Mädchens, die sich nachher dem Gatten enthüllte. „Zur vollen Rechtsbeständigkeit einer Ehe [sagt

2) Neufens wird dies, aus unzutreffenden Gründen, von Bachmann Kauf I (1876) S. 164. 165 geläugnet.

3) Das Wort confarreatio trägt die sicher dem indogermanischen Urvolk angehörige Wurzel bhar in sich. Curtius 411: die zweite Bedeutung derselben ist: „tragen mit Bezug auf die Wirkung, Ertrag“; fl. bharāmi tragen; gr. ποσά Ertrag; lat. far, farina; goth. barizeins aus Gerste; agl. bere Gerste; ir. bar Getreide; altir. bairgen (panis). „Die frühere allgemeinere Geltung ergibt sich schon aus farina, wodurch die Verschiedenheit der Getreideart vom goth. \*baris weniger auffallend wird.“

I.

6 K. Fr. Hermann griech. Staatsalterth. S. 119] gehörte das vorgängige Verlöbniß von Seiten dessen, in dessen Gewalt sich rechtlich die zu Verheirathende befand, mithin des Vaters oder Großvaters, in deren Ermangelung aber des Bruders, oder sonst des nächsten männlichen Agnaten oder bestellten Vormundes; der Mangel dieser Förmlichkeit (*ἐγγύσις*) schloß die Kinder als illegitime von der Phratrie des Vaters und damit auch von allen Erbensprüchen aus; staatsrechtliche Nachtheile konnte derselbe jedoch für Kinder eines Bürgers mit einer Bürgerin wohl schwerlich haben." Also die *νυμφευομένη* wird verschleiert<sup>4)</sup>, aber dieses „nubere“ ist eheschließendes Verlöbniß, ohne welches die Kinder unehelich sind; die *ἀνακαλυπτήρια* ist die Hochzeit, die nach der Heimführung eintretende Entschleierung deutet an, daß nun die *copula carnalis* gestattet ist.

Bei dem italischen Strange hat sich dies dahin geändert, daß diese juristisch wohl schon damals vorsichtigen Leute das Verlöbniß in eine besondere klagbare *sponsio* faßten<sup>5)</sup>. Damit ist das „nubere“ („*nuptiae*“ = Verschleierung und Entschleierung) zum

4) Dfr. Müllers Archäologie S. 352: „Seit alter Zeit war der Schleier, welchen die dem Manne verlobte Jungfrau (*νυμφευομένη*) zum Zeichen ihrer Trennung von dem übrigen Leben annimmt, das Hauptattribut der Hera; in alten Holzbildern verhüllte er oft [auch in Argos vor Polyklet] die ganze Gestalt; auch Phidias charakterisirt die Hera am Fries des Parthenon durch das Zurückschlagen des Schleiers (die bräutliche *ἀνακαλυπτήρια*).“ Prolegomena (1826) S. 155: „Die Stadt Theben soll, wie uns Euphorions Sagengelehrsamkeit berichtet, Zeus der Kora geschenkt haben, an dem Tage, da sie zuerst ihrem Bräutigam zu Gunsten den bräutlichen Schleier vom Gesicht zog. — Die Handlung der Braut hieß *ἀνακαλυπτήρια* und gab unter dem griechischen Volk auch sonst Anlaß zu Geschenken.“

5) C. die Beweisstellen bei Danz R. G. (2. Aufl.) I S. 152 Nr. 644. 645. Bruns font. p. 268 (Spondero) 277 (Spondero) 297. 301 (26). Diese Klagbarkeit erhielt sich länger in den latimischen Gemeinden als in Rom.

I.  
 vereinigten Bestandtheit der herkömmlichen in domum deductio<sup>6</sup> (fr. 5 de ritu nupt. 23. 2) geworden, der man aber als einer nicht nothwendigen Förmlichkeit als wesentliches Moment der Eheschließung den consensus nuptialis substituirt (fr. 2 eod.). Statt jener formellen Sponsio wurde dann ein nudus consensus Sitte; fr. 2—4 de sponsal. 23. 1<sup>6</sup>).

Aber auch der germanische Völklerstrang hat den Schleier fortgetragen. Grimm S. 443: „Die Neuvermählte läßt nicht mehr das Haar fliegen, sondern schlägt es in Knoten zurück und bindet ihr Haupt.“ „Die Frau im Schleier, unter der Haube, ist die Gebundene.“ Daher nimmt die Nonne als Braut Christi den Schleier; daher sagt man noch heutzutage von der sich verheirathenden Frau: „sie kommt unter die Haube“. Und unsere den „Brauttschleier“ ausbietenden Modemagazine bezeugen noch immer die durch alle die Jahrtausende von dem indogermanischen Urvolk herstammende Sitte.

§. 7. — III. Das ethische Element. — Je höher die Sittlichkeit in einem Volke steigt, um so mehr wird die Frau zu dem Manne auf gleiche Stufe emporgehoben, um so mehr stellt sich die Ehe als eine Genossenschaft Gleichstehender heraus. Jenes reale Fortpflanzungselement der Ehe wird damit nicht geändert oder zurückgedrängt, aber es wird mehr verschleiert und von dem freisittlichen „genossenschaftlichen“ Element, wonach die Ehe als wesentlich ein fürs Leben geltendes und um der Ehegatten selbst willen geschlossenes Band erscheint, gleichsam zugedeckt. Kinderlose Ehen gelten dann von diesem Standpunkte aus nicht mehr, wie sie der natreale Standpunkt roher Völker auffaßt, als verfehlte Verhältnisse, woraus der Mann die Frau verstoßen kann,

<sup>6</sup> Wie dies formlose „ehedovbereitende“ Verlöbniß dann bei uns in Deutschland zur Geltung gekommen ist, habe ich in dem Artikel „Recht der Eheschließung“ in der Allg. Ev. Luth. Kirchenzeitung 1876 Nr. 31 (4. Aug.) erörtert.

I.  
7 sondern sie stehen den beerbten Ehen an sittlicher Würde gleich. Es erwächst unter den Ehegatten die zarte und beseligende Blüthe der Liebe, von der in rohen Völkern noch nicht die Rede ist, und die eheliche Fortpflanzungsfunktion wird, als Geheimniß des Hauses, zu einem Elemente der Ehe, von dem Gesetz und Gesellschaft nur in seinen Wirkungen Notiz nimmt.

Das ist der befreiende Einfluß steigender Sittlichkeit auf die Ehe. Ich will, obgleich sich darüber noch Viel sagen läßt, dabei nicht verweilen. Aber es ist nöthig für meine Zwecke, daß ich noch eingehender die Sache vom entgegengesetzten Standpunkte aus beleuchte. Die Ehe empfängt nicht bloß, sie giebt auch. Sie ist eins der sittigendsten Elemente in der Menschheit. Sie erzieht den Menschen erst zu feineren Gefühlen, zu höherer Humanität, und was die Sittlichkeit befreiend der Ehe gewährt, das hat sie zum großen Theil von den im Laufe der Generationen mit allen den unzählbaren Erfahrungen durchlebten Ehen erst erhalten. Die Ehe, das ist eine Erfahrung jedes Ehegatten, ist ein Geschick seiner Person, das ihm eine ganze Summe von Lebensansichten überhaupt erst erzeugt hat.

Mit der Einsicht, daß die Ehe ein ihm zu Theil gewordenes Geschick sei, wird der Mensch nothwendig auf das von der Ehe untrennbare religiöse Element geführt. An sich ist hier für ihn ein rein negatives oder umgekehrt ein positives Resultat denkbar. Stellen wir uns unmittelbar in unsere Gegenwart; nehmen wir ein Ehepaar modernster Färbung, das als Gott nur einen pantheistischen Complex persönlich-unbewusster Naturgesetze anerkennt. Ich setze ein Paar voraus, das in ernstem Wollen ohne Heuchelei dem, was es für „das Gute“ hält, nachlebt. Ich muß von meinem dogmatisch-analytischen Standpunkte, der alles Bestehende mit seinem eigenen Maaf zu messen sucht, anerkennen, daß solch ein Paar eine durchaus tüchtige und nutzenbringende Ehe zu durchleben im Stande sein wird. Irgend eine festliche Weihe bei

Eingehung des Verhältnisses, und herzliche Wünsche seitens der Nahestehenden, daß dieser Ehe ein glückliches Loos von dem „unbewußten“ Geschick zu Theil werden möge, wird auch ein solches Paar nicht verschmähen, wengleich es sich vom kirchlichen Segen fern hält. — Andererseits ein Paar, das sich die Welt nicht denken kann ohne eine bewußt:persönliche Gottheit, die auch diese Ehe leiten wird und zu der man um den göttlichen Segen beten kann, wird und muß es als unerläßlich betrachten, daß ihnen als Gliedern einer Kirche ihre Ehe vom Diener des Wortes unter Gebet dem göttlichen Schuß, der den Bittenden gegeben wird, unterstellt werde. So entsteht, auch wenn das bürgerliche Gesetz eine Civilform für die Ehe feststellt, die Nothwendigkeit einer kirchlichen Handlung für alle Glieder der Kirche. So erklärt sich auch, daß die christliche Kirche seit dem 13. Jahrh. ihre Mitwirkung mittelst der kirchlichen Trauung zur Geltung gebracht hat. Und welche Wirkung hat eine christliche Ehe? Ich setze auch hier ein Ehepaar voraus, das in ernstem Willen ohne Heuchelei seine christliche Ueberzeugung in seiner Ehe auslebt. Das christliche Ideal ist ein so hohes<sup>1)</sup>, daß man nicht von Erreichbarkeit, nur von Nachstreben wird reden können. Auch nichtchristliche Ehen vermögen einen sittigenden Einfluß auf Mit- und Nachwelt zu üben; aber selbst der Nichtchrist wird einräumen, daß der Einfluß der seit bald zwei Jahrtausenden doch nach Millionen zählenden christlichen Ehepaare, die in stiller Bescheidenheit, so wie sie sollen: keusch, in selbstloser Hingebung, zu ihrer gegenseitigen sittlichen Besserung ihre Ehe durchlebt haben, — für die allmälige Höherhebung der menschlichen Gesellschaft ein gar nicht abschätzbarer Factor gewesen sind. In diesen Dingen muß, im höchsten Sinn verstanden, nach dem

1) Epheser 5, 25 — 33: Luthers Traubüchlein (Bekennnißschriften der ev. luth. K. 3. Aufl. Berlin 1855 S. 304); „Ihr Männer, liebet eure Weiber, gleich wie Christus geliebet hat die Gemeinde.“



I.  
7 Erfolge geurtheilt werden. Auf dem Boden, der die reinsten beglückendsten Früchte erzeugt hat, wird auch wohl das Ziel stehen, dem die Menschheit, wenn sie höher steigen will, in der Ehe nachstreben muß. —

Ich kehre aus unseren neueren Zeiten in das früheste indogermanische Alterthum zurück, um die sittigende, erziehende Wirkung der Ehe auf den Geist unserer Urvölker zu verfolgen. In der Ehe ist den Indogermanen der Begriff vom Frieden, von der Heiligkeit des Hauses erwachsen. Aus der empfangenden Frau hat sich ihnen überhaupt ein Gesamtbegriff dessen entwickelt, was von geistigen Dingen weiblichen Charakters ist<sup>2)</sup>. Das Haus ist nach indogermanischen, überhaupt auf tiefe

2) Die Einwirkungen der Ehe auf die geistigen Anschauungen der Urvölker spricht sich besonders deutlich in der griechischen Mythologie aus. Dtr. Müller Prolegomena S. 276: „Ich will dabei nur noch daran erinnern, daß man auch bei der Eintheilung aller mythologischen Wesen in männliche und weibliche — eine Mittelgattung kennt das eigentliche alte Griechenvolk schwerlich, — in keinem Falle dem Zufall gefolgt sein kann. In eigentlichen Naturreligionen ist bekanntlich der Mann das thätige, die Frau das empfangende Princip; um aber durch die ganze Mythologie davon Rechenschaft geben zu können, warum ein mythisches Wesen Mann oder Weib sei, wird die Bedeutung der Geschlechter für die vorgeschichtliche Zeit erst vollständiger ergründet werden müssen. Statt des Prometheus hätte man z. B. auch eine Prometheia setzen können, wenn der nie rastende Verstand nicht nothwendig hätte ein Mann sein müssen; die göttliche Vorsehung dagegen, ein Schicksalswesen, bezeichnet Allman schon mit dem weiblichen Worte. Warum aber das Schicksal durchaus immer weiblich personificirt wird als: Μοῖρα, Αἶσα, Κῆρ, Ἀνάγκη, Εἰμαρμένη, Νέμεσις, Κατακλῶδες u. s. w. — denn μόρος kommt bei Homer gar nicht als Person, bei Hesiod nur als Tod vor, — sieht man ein, wenn man bedenkt, daß die stille, vorbereitende, spinnende Thätigkeit, das Verborgene, Verschllossene, Unsichtbare sich weit mehr für weiblichen als männlichen Charakter eignet. Ebenso versteht man gewiß, warum die Gesangsgottheiten Μῶσαι und keine Μῶντες sind, wenn man weiß, daß das Alterthum die weibliche Seele

Religiosität gebauten, Grundbegriffen ein unter sacralem Schutz<sup>7</sup> stehendes. Würden die Sacra aufhören, so würde Glück und Bestand des Hauses stürzen. Der Hausvater hält durch seine Persönlichkeit das Haus zusammen; stirbt er, so ist beim Eintritt des neuen Hausvaters, auf dessen Erzeugung ja die Ehe ausgeht (§. 5 Anm. 4), vor Allem zur Aufrechthaltung des Hauses die pünktliche Erfüllung der sacra [quorum, kann man schon für die Urzeiten, denen die sorgfältig überwachenden Priester nicht gefehlt haben, sagen: *illis temporibus summa observatio fuit*; Gai. II 55] nöthig. So erzeugt die Heiligkeit des Hauses den Begriff des Erbrechts des Sohnes. — Gehen wir etwas genauer in die diesen allgemeinen Sätzen inliegenden Einzelheiten ein.

1) Zuerst das Sprachliche. Das Wort „Ehe“ ist ein Urwort; aber es bedeutet anfänglich noch nicht: *matrimonium*, sondern: Zeit, Sitte (*mos*), Band (*vinculum*), also den Urbegriff des von der Vorzeit Ueberkommenen, Bindenden, des Bundes. Erst später im germanischen Völkerringe hat es sich auf den Sinn von *matrimonium* verengt. Curtius 585: Skt. *évas* Gang, Wandel, im Plur. Gewohnheit, Sitte; Gr. *αἰός, αἰών (αἰεί)* immer, *αἰδιος* ewig, *αἰών* Lebenszeit, Zeit, *ἐπηρετικός* für alle Zeit ausreichend; Lat. *aevum*, *ae(vi)tas*, *ae(vi)ternus*; Goth. *aivs* Zeit, *aiv* (unquam), *aiveins* (*aiwons*); Ahd. *êwa* Gesetz, Vertrag, Ehe<sup>8</sup>); Altir. *áis, áes, óis* (*tempus, aetas*). — Derjenige indogermanische Wortstamm, jeder Begeisterung zugänglicher erachtete, die auch immer nach alter Ansicht ein *νάσσειν* ist.“

8) „Der Ausdruck *êwa*, verkürzt *es*, bedeutet im Ahd. Gesetz, Bund, Band (*lex, vinculum, testamentum*) nicht *matrimonium*. Da er aber bei diesem Verhältnis, wenn es gesetzmäßig eingegangen war und rechtliche Wirkung hatte, immer gebraucht zu werden pflegte, ging er unter Verlust seiner allgemeinen Bedeutung, endlich von der Form auf die Sache über, und ehe-lich bezeichnet nicht mehr: *legitimus*, sondern *matrimonialis*.“ Grimm S. 417.

**I** 7 welcher sich auf die Ehe bezieht, hat auch sogleich den Begriff von Hausgewalt und Herrschergewalt zum Ausdruck gebracht: Curtius 377. Skt. patis Herr, Gatte, patni Herrin, Gattin, patje herrsche, bin theilhaft; Gr. πόσις (f. πότις) Gatte, πόνια die Ehe, δεσπότις Herr, δέσποινα Herrin, δεσπόωνος herrschaftlich, δεσπόζω herrsche; Lat. compo(t)s, impos, potis, potior, potens, potestas, potiri; Goth. — faths Herr, bruthfaths (Herr der Braut), Bräutigam; Lith. pats Gatte, Männchen, selbst, pati Ehefrau, pat gerade, selbst, vėszpats Herr, Herrscher.

2) Die Hausgewalt hat in den verschiedenen aus dem Urvolk hervorgegangenen Völkersträngen sehr verschiedene Gestaltungen gewonnen. Zu der intensivsten Stärke hat sie sich im italischen, als eine vom Staatlichen getrennte absolute Herrschermacht, entwickelt<sup>4)</sup>. Die Römer sind sich dessen bewußt, daß sie hierin ein eigentümliches ius civile haben. — Im Römischen wie im Griechischen aber ist die Hausgemeinde die Grundlage des Staatsgedankens geworden. „Die naturgemäße Entwicklung des gesellschaftlichen Lebens, sagt Hermann Gr. St. A. S. 5, wie wir sie also namentlich auch für Griechenland sowohl aus der Natur der Sache<sup>5)</sup> als den Zeugnissen seiner Denker und

4) Fest. familia antea in liberis hominibus dicebatur, quorum dux et princeps generis vocabatur pater et materfamiliae; unde familia nobilium Pompillorum, Valeriorum, Corneliarum. Et familiares, ex eadem familia. In der römischen patria potestas liegt die absolute Gewalt über das Kind; der Hausvater kann es tödten (ius vitae et necis, fr. 11 de lib. et post. 28. 2), er kann es durch Verkauf (mancipatio) der Sache gleich machen (servorum loco) Gai. I. 116—123 (während es unter dem Hausvater stehend keine Sache ist), ebenso wie der rex „den Bürger dem Mitbürger an Knechtesstatt zusprechen oder den Verkauf in's Ausland anordnen kann“ (Mommsen R. G. S. 62), ohne aber damit „Eigentümer des Staats“ (S. 63) zu sein.

5) Hermann verfällt hier dem Fehler, das was sich in Einem Volk

selbst einzelnen geschichtlichen Spuren zufolge voraussetzen müssen, <sup>I.</sup>  
 geht aus dem Schooße der Familie hervor: die durch das Band  
 der Blutsverwandtschaft verknüpfte Hausgemeinde ist der  
 natürlichste Staatsverein, die patriarchalische Monarchie des Fa-  
 milienhauptes die ursprünglichste Regierungsform.“ [Daher An-  
 knüpfung des Stammes an einen mythischen Ahnherrn]. „Eine  
 Anzahl von Geschlechtern bildet eine Phratrie, aus mehreren  
 Phratrien besteht ein Stamm, und selbst der größere Staats-  
 verein . . . kennt keinen heiligeren Vereinigungspunkt als das  
 Prytaneum, das den gemeinschaftlichen Heerd der Gesamtheit  
 vorstellt und die Verehrung einer gemeinschaftlichen Gottheit <sup>6)</sup>.  
 Für den patriarchalischen Charakter des ganzen Verhältnisses  
 aber begegnet uns als sicheres Zeichen die priesterliche Eigenschaft  
 des Fürsten und Königs <sup>7)</sup>.“ — Bei den Indern, nachdem Ger-  
 manoslaven, Gräco-Italokelten sie verlassen hatten, hingen, wie  
 Klenze S. 136. 137 sagt, „der Staat und die Priester schon so  
 früh mit der ältesten Ordnung und Sitte des Volkes zusammen,  
 daß im Staate zu irgend einer öffentlichen Thätigkeit geschlossene  
 gesund entwickelt hat, für allgemein „natürlich“ — selbstverständlich zu er-  
 klären.

6) Bei den Italikern: „neben oder in der Wohnung des rex der ewig  
 stammende Heerd der Besa“. Mommsen R. G. S. 62. 168. — Daß der  
 rex der Indogermanen nur als der Haus herr [der die potestas hat, die  
 aber nicht = dominium ist] im erweiterten Sinn des Wortes dasiebt, er-  
 weist sich auch sprachlich; Curtius 95 [vgl. unten §. 17 A. 1: οίκος, vicus].  
 Skt. véças, véçman Haus, vic Wohnsitz, Haus, Pl. vicas Menschen, vic-  
 patis Hausherr, Gemeindeherr. — Zd.: vic Haus, Dorf, Clan, vicpaiti  
 Clanherrhaupt. Lit. vėšpats Herr, altr. waispattin Hausfrau; — vgl.  
 auch über den slavonischen „gosspodar“ Mommsen R. G. S. 67 A. \*.

7) Der griechische Volksstamm hat „am treuesten das Alte bewahrt“  
 (Schleicher); daher auch in dem griechischen Volksleben die meisten Anklänge  
 an das bei den Indern hinterdrein völlig „versteinerte“ Kasentwesen. Her-  
 mann §. 6. — In Sparta sind dann im Verlauf der griechischen Ge-  
 schichte die Ehen ganz vom Staatszwede beherrscht worden; Hermann §. 27.

I.

7 Familien gar nicht vorkommen können. Wo geschlossene Familien älter sind, als die bürgerliche Anordnung des Ganzen, da geben sie auch wohl noch in geordneten Staaten ihren Gliedern Schutz und Hilfe. Im indischen Recht bleibt . . . der Familie nicht viel übrig." — Wieder ganz entgegengesetzt hat sich das germanische Wesen gestaltet; hier findet sich weder die indische Unterdrückung der Familie durch den Staat, noch die sacrale Geschlossenheit der Familie, wie im italischen und griechischen Strange, die im italischen zur Selbständigstellung des pater familias vom Staatlichen, im griechischen zur Zusammenschmelzung von Familie und Staatsgewalt geführt hat. Bei den Germanen ist Alles freier, loser; sie sind aus der Urheimath abgezogen, ehe dort einerseits Staat und andererseits Familie zu festerer Organisation gelangt waren<sup>8)</sup>.

3) Die sacrale Geschlossenheit der italischen<sup>9)</sup> und griechischen Familie, und ihr Zusammenhang durch das Urvolk mit der indischen Familie, ist etwas noch gar nicht genügend Ausgeforschetes. Ich bezeichne hier nur die zwei Haupt-

8) Grimm N. A. S. 462 „so wenig die deutsche Mutter der römischen patria potestas gleich ist“; S. 465 „den Maßstab römischer Adoption und patria potestas muß man davon fern halten“. Das Aussetzungrecht des Vaters über das neugeborene Kind liegt aber sowohl in der deutschen wie römischen und griechischen patria potestas; Grimm S. 455. 456; ius vitae et necis bei den Galliern Caesar B. G. VI. 19.

9) Festus: Maximus pontifex dicitur, quod maximus rerum, quae ad sacra et religiones pertinent, index sit vindicque contumaciae privatorum magistratumque. Sacer mons . . . At si qua sacra privata suscepta sunt, quae ex instituto pontificum stato die aut certo loco facienda sint, ea sacra appellari, tanquam sacrificium. Ille locus, ubi ea sacra privata facienda sunt, vix videtur sacer esse. Varro L. L. V. 88: Pontifices . . . ego a ponte arbitror: nam ab his subicius est factus primum ut restitutus saepe, cum ideo [Bruns font. 274] sacra et uls et cis Tiberim non medioeri ritu fiant. Ueber die Bedeutung der sacra für das römische Erbrecht s. Müll-Loist Commentar I. S. 165 ff. (das von Klenze S. 159, 160 darüber Gesagte ist ganz ungenügend).

punkte. a) Im römischen Civilintestaterbrecht und in dem indischen Erbbrecht der Sapindafamilie ist ganz genau das gemeinsame Erbrecht des Urvolks zu erkennen. Nur war inzwischen seit der Trennung die indische patria potestas abgeschwächt worden [also ein Hauskind kann dort als Erblasser, und ein Hausvater als miterbend gedacht werden], und umgekehrt die italische patria potestas war erstarbt [also kein Hausvater konnte als Erbe seines Hauskindes gedacht werden]. Das indische wie das römische Intestaterbrecht dient zur Aufrechthaltung des Hauses und der Sacra (Erbb'ha). α) Die erste Stufe der Erben bildet die Erbb'ha-Descendenz des Defunctus, Sohn, Sohnessohn und Sohnessohnessohn [also der römische *suus heres*, oder die *domestica hereditas*<sup>10)</sup>]<sup>11)</sup>. β) Die zweite Klasse der Römer, die *legitimi*, entspricht der zweiten, dritten und vierten Stufe der Inder, in denen die (in manu befindlich gewesene) Mutter, bezw. Großmutter, Urgroßmutter und die bezügliche Erbb'hadescendenz des Vaters, Großvaters, Urgroßvaters erben. Die Abscheidung in diese drei hintereinandergestellten Klassen ist erst specifisch indisch; der italische Strang ruft einfach den *proximus agnatus*. γ) Die dritte Klasse bildet die übrige Sapindafamilie, der oben S. 41 angegebene Punkt g [deutlich von der vorhergehenden Klasse dadurch geschieden, daß nicht mehr die Frauen in manu in Betracht kommen], bei den Römern ist dies die *gens*<sup>12)</sup>. Bei den Indern trägt die Vor-

10) Danz R. G. 2. Aufl. II. S. 88 hat mit seinem historischen Spürsinn die Grundbedeutung der *domestica hereditas* herausgefunden. Nur geht er darin zu weit, daß er das Erbrecht der *legitimi* als erst durch die Zwölfstafelgesetzgebung eingeführt annimmt S. 95; es bestand schon, wie das Erbrecht der *gens*, im alten Urvolk.

11) Die Abschließung der Erbb'hadescendenz mit dem dritten Grade ist noch nicht sicher erklärt; in's italische Recht ist sie nicht gelangt.

12) Ueber die Erkennbarkeit der Geschlechterbezirke in den uralten italischen Gauen Mommsen R. G. S. 85 f.

I.

<sup>7</sup> auschiebung der Stufen e und f schon den Charakter punctilios schematisirender indischer Gesetzgebungskunst, der dem Urvolk beim Abscheiden des italischen Stranges noch völlig fremd war. Davon kann also im römischen Recht keine Spur sein. — b) Auch in der testamentarischen Frage erkennen wir den Zusammenhang. Das indische Recht kennt „keine vollständigen Testamente <sup>13)</sup>, sondern nur gewisse Erbtheilungen“ (Klenze S. 126). Im Griechischen tritt der Urgeichtspunkt deutlich zu Tage, daß alle Erbfolge an sich nur zur Aufrechthaltung des Hauses dient, und also eine testamentarische Erbeinsetzung nur verbunden mit der Adoption zum Sohne vorkommt. Hermann §. 120: „Ueberhaupt konnten Erbeinsetzungen auch durch Testament nur unter der Form der Adoption geschehen . . . Die Adoption war übrigens nicht bloß ein Recht sondern auch eine Pflicht, die, wenn sie der Kinderlose nicht selbst erfüllte, noch nach seinem Tode von den nächsten Verwandten nachgeholt zu werden pflegte [vgl. auch oben §. 5 A. 4], um den Namen des Hauses zu erhalten und das Geschlecht, insbesondere die mit demselben verknüpften Sacra, nicht erlöschen zu lassen, wogegen selbst der Staat nicht gleichgültig war <sup>14)</sup>.“

13) Bei den Germanen gar keine Testamente: Tacit. Germ. 20. — Bei den Germanen findet sich für die Intestaterbfolge nicht die Geschlossenheit der Familie, wie sie bei den Italikern in der gens, bei den Indern in der Sapindafamilie besteht. Den Germanen fehlt das strenge bindende Element der Hausacra, die das Erben bedingte. Sie müssen also vor dieser Festigung der Familie ausgeschieden sein.

14) Der Grundgedanke des römischen Erbrechts, daß per universitatem succeditur werde, ist offenbar spezifisch-juristisches Product der Auffassung von der sacral-einheitlichen Aufrechthaltung des Hauses. Es tritt uns darin ein wichtiges Moment original-italischer Rechtsconstruction entgegen. Die Italiker haben im Ausdruck: heres für das Erbnehmen ein schon dem Urvolk angehörendes Wort verwendet (s. unten §. 18 A. 7: Ekt.: aca-hara-s = Erbtheil empfangend). — Bei den Griechen hat sich

---

der Erbbegriff an die Erbtheilung angeknüpft. Passow Gr. Wörterb. v. κληρος: „Bei Homer werden die Loose in einen Helm geworfen, in welchem man sie umschüttelt, nachdem zuvor ein jeder das seinige gezeichnet hatte; über denjenigen, dessen Loos aus dem Helme flog, war entschieden.“ Daher: „Das Verlooste, durch das Loos Zugetheilte, bes. das Erbgut, und wieder vorzugsweise vererbtes Land, Grundstück, liegendes Gut.“ — Ueber das germanische Wort „Erbe“ s. Grimm S. 466 f. — Ueber die Grundelemente des indogerm. Erbbegriffs ist noch sehr viel zu forschen; vgl. auch Weil. Nr. A. XIV. 2.

---



## II.

### Vermögen, Stamm und Staat.

II.  
8

§. 8. Seit Anfang der Menschheit besteht der Kampf nach Außen. 1) Zum Theil beruht dies schon auf der „realen Naturordnung“, der naturalis ratio. Der Mensch hat Hunger und Durst, und diese treiben ihn zur Gewinnung der Nährstoffe. Es ist nicht richtig, daß, wie Savigny sagt, das Eigenthum (sei es Gesamt- oder Privat-Eigenthum) nicht ebenso auf natürlicher Grundlage ruhe, wie die Ehe. Die reale Organisation, daß der menschliche Körper des Eingangs, Durchgangs und Ausgangs gewisser Materie bedarf, ist ihm mit dem Thier gerade so gemein, wie die Geschlechtsorganisation<sup>1)</sup>. Der Nahrungstrieb macht beim Menschen, — da er mit Geistesfreiheit und Ueberlegung versehen ist, und das Bedürfniß für die Zukunft voraussieht, — daß er sich, um nicht stets „aus der Hand in den Mund“ zu leben, die Materie sammelt, was aber in den Grenzen thierischer Ueberlegung auch Dachs, Hamster und Biene thun. Also hier, wie dort bei der Ehe, dieselbe naturalis ratio für Mensch und Thier, die sich beim Thier zu instinctuellen, beim Menschen zu geistig freien Verhältnissen gestaltet. — Aber weiter. Während dem Thier von Natur die Waffen anwachsen um sich

---

1) S. 158—176 „Die Nahrungsmittel und ihre Zubereitung“.

gegen Feinde zu schützen, und Kleidung gegen die Unbilden des Wetters, wird der Mensch nach der realen Naturordnung nackt, schutzlos und waffenlos nicht bloß in die Welt gesetzt, sondern er bleibt es auch, wenn er herangewachsen ist. Nur seine Geistesfreiheit ist ihm nach der realen Naturordnung die Waffe, die jener physischen Mitgabe der Thiere entspricht, indem er sich dafür Ersatz durch seine Einrichtungen schafft. Also die real gegebene Schutzlosigkeit des Menschen ruft (*naturali ratione*) es hervor, daß die Menschen dem Kinde, daß der Vater nicht mehr schützt, einen künstlichen Schutz im Vormund geben (Gai. I. 189); daß der herangewachsene Mensch sich selbst Waffen fertigt und Vorkehrungen trifft, um sich gegen seine Feinde zu schützen [fr. 1 §. 27 de vi 43. 16: *vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere; fr. 4 pr. ad leg. Aquil. 9. 2: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere; fr. 45 §. 4. eod.; fr. 3 de iust. et iure 1. 1]); daß der Mensch sich Kleidung und Obdach fertigt, um sich gegen die Natur, die wilden Thiere und feindliche Men-*

2) Ueber die Bewaffnung P. 188—202; (S. 191): „Bogen und Pfeil müssen überall dort verschwinden, wo die Jagd nicht mehr ein Lebenserwerb ist, oder wo es Jagd überhaupt gar nicht geben kann“; (S. 200): „die Uebergänge bedurften jedenfalls großer Zeiträume. Hirtenvölker legten die Jagdwaffen nicht plötzlich ab, sondern nur nach und nach“; (S. 202): „So wie aber der Krieg methodisch eingeübt wird, muß der Einfluß der Ortsbeschaffenheit auf die Bewaffnung mehr und mehr schwinden, ja bei modernen Culturvölkern kann von ihm kaum noch gesprochen werden“. — — Vgl. noch S. 346. 347: „Da die Raubthiere als große Gegner günstig auf die Erziehung des Menschen einwirken, so gehört ihr Mangel unter die Nachteile des Wohnorts . . . Friedfertigkeit, wenn wir die Vorgänge der belebten Schöpfung richtig verstehen, bedeutet so viel wie Erstarrung“.

## II.

8 schon zu decken<sup>3)</sup>. — Aber wiederum weiter. Indem der Mensch seinen Zwecken des Erwerbs für seine Nahrung wie für Kleider Waffen und Obdach, überhaupt seinem Streben nach immer weitergreifender Dienstbarmachung der Natur nachgeht, geräth er den Thieren und anderen Menschenstämmen in's Gehege. Indem er die Thiere die er nicht zähmt als seine Feinde behandelt, erkennen auch die Thiere (was sie erst aus Erfahrung lernen) ihn als Feind; indem sich die Menschenstämme in ihren Interessen stören, lernen sie sich als Feinde kennen und schreiten auch zum Angriff. So kommt der Kampf und Krieg naturali ratione in die Welt<sup>4)</sup>. Auch die Thiere kämpfen untereinander; auch in Betreff ihrer kann man sagen: foras istius iuris (belli) peritia censori.

Man sagt wohl: der Krieg sei etwas Unfittliches, dürfe nicht stattfinden; und damit meint man dann den Krieg aus dem Rechtsgebäude wegdecretirt zu haben. Allerdings kann ein Krieg sehr unfittlich sein; aber es heißt zwei Dinge, die in der dogmatischen Analyse genau auseinandergehalten werden müssen, störend vermischen, wenn man Fragen der realen Naturordnung mit sittlichen Instanzen glaubt erlebigen zu können. Feindschaft, Kampf und Krieg sind Stück der Weltordnung<sup>5)</sup>; sie können sehr ein-

3) P. 176—188 „Belleidung und Obdach“.

4) Damit ist die Basis der Eigenthumsoccupation, die Bekämpfung, Bezähmung der freien Natur, durch die reale Naturordnung gegeben; fr. 3 pr. de adq. rer. dom. 41. 1: quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti [„qui venandi aucupandique gratia ingreditur“ fr. 3 §. 1 eod.] conceditur. Diese Studien III. S. 81.

5) Schon unter den Funden aus alter Steinzeit, vgl. §. 3 Nr. I, tritt uns der vom Feinde Getödtete entgegen. In der §. 3 A. 5 citirten Mittheilung heißt es: „Das Skelett lag auf der linken Seite in einer Haltung als sei der Mensch während des Schlafes überrascht und getödtet worden. Der Schädel war geschmückt mit einer Kette aus Mittelmeermuscheln und Hirschzähnen. Eine 17 Cm. lange zugespitzte knöcherne Waffe oder Art Instrument hatte die Stirn durchdrungen“.

gehegt, der Kampf kann sehr viel menschlicher gemacht werden, <sup>II.</sup>  
 aber sie werden unter Menschen nie aufhören; sie gehören zum  
 Weltplan, dessen Tiefen wir freilich nicht ergründen können.  
 Der Krieg ist das Produkt des Ehrgeizes der Völker; der Ehr-  
 geiz der Völker aber ist das treibende Element der Weltgeschichte.  
 Der Krieg ist dem Menschen nöthig zur Entwicklung vieler Eigen-  
 schaften, die sonst schlafen würden; er ist den menschlichen Ein-  
 richtungen nöthig als Correctiv gegen die Erstarrung (A. 2). —  
 Aber noch weiter. Der Krieg ist ein Ding, das die Menschen  
 lernen müssen, und das sie in der That allmählig immer besser  
 lernen. Der Mensch sieht sehr bald ein [was aber auch manche  
 Thiere: wilde Pferde, Hunde, Gamsen zu begreifen anfangen,  
 so daß man wiederum sagen kann: *feras istius iuris peritia  
 censori*], daß er zur Verstärkung seiner Kraft, der Symmachie,  
 der Verbindung von Genossen (zunächst: der weiteren aus dem  
 Hause erwachsenen Familie, Phratria oder Sippe) unter einem  
 Führer, bedarf; daß die kampfgordnete Vereinigung (der  
 „methodische“ Kampf; A. 2) von 100 Einzelkräften nicht bloß  
 = 100, sondern = 200, 500, 1000 und mehr ist. Wie der  
 Krieg ein Product der *naturalis ratio* d. h. der realen Natur-  
 ordnung ist, so ist es auch die Symmachie. Und in der Sym-  
 machie liegen die ersten Anfänge des (sei es die Sippe festhal-  
 tenden, sei es über sie hinauswachsenden) Staates. —

Kampf und Krieg sind hiernach so alt wie das Menschen-  
 geschlecht. Sie sind eine durch die Menschheit nothwendig sich  
 hindurchziehende Strömung. Es hat nie jene geträumte goldene  
 Zeit gegeben, wo sie den Menschen unbekannt gewesen wären.  
 Aber jede Strömung ruft eine Gegenströmung hervor. Kampf  
 und Krieg richtet sich nach Außen, und damit ist zugleich ein  
 Innen gegeben. Die Menschheit ringt danach, sich einen Be-  
 reich des Friedens zu festigen, d. h. nicht bloß einen Zustand des

## II.

8 augenblicklich ruhenden Kampfes [Friedensschluß<sup>6</sup>]), sondern einen Zustand der absoluten Kriegsnegation, des grundsätzlichen Ausschusses der Gewalt<sup>7</sup>). So lange der Krieg besteht, so lange besteht die Gegenströmung nach einem „umfriedeten“ Gebiet. Also nicht handelt es sich um einen des Krieges unfundigen Urfrieden, sondern umgekehrt um einen von dem Kriegsbestande hervorgerufenen Gegenzustand. Wie dieser Friedensbegriff aus der uralten Zeit heraus in der indogermanischen Welt allmählig sehr verschiedenen Sinn erhalten hat, wird sich aus der weiteren Darstellung ergeben.

2) Die indogermanische Völkerfamilie zeigt in dem Verlauf der Geschichte einen hervortretend kriegerischen Charakter. In allen Phasen, die die indogermanischen Völker als Jagdvölker,

6) Den Wortstamm, aus dem: *pax* hervorgegangen ist, hat schon die Ursprache. Curtius 343: Skt. *pācas* Schlinge, Strick, *pācājami* binde, *pācra*s feist, derb; Zd. *paç* binden; Lat. *paciscor*, *pax*, *pacio*, *actio*, *pango*, *pignus*, *palus*; Gr. *πῆγνυμι* befestigen, *πῆγμα* Gefügtes, Gefest, *πηγός* fest, stark, *πάγος*, *πάχνη* Reis, Frost, *πάγη* Falle, Schlinge, *πάσσαλος* Pflock, Nagel; Goth. *sahan* fangen, *fullasahjan* *leanōn* ποιεῖν, *sagrs* εὐθετος; Ahd. *fuoga* (Fug), *gafuogi* (*aptus*), *gafagjan* (*satisfacere*), *sah* Fach.

7) Sippe heißt ursprünglich: „Friede, Freundschaft“ (Grimm S. 467); sie ist eben jenes „Zunnen“, in dem nicht erst durch *pacisci*, *pactum* eine *pax* hergestellt wird [der Gedanke vom *contract social* ist ein grundverlehrter]; sie ist die aus dem „Hause“ natürlich erwachsene „Patrie“, die eben damit auch gleich „Symmachie“ ist. Aus der Symmachie wächst aber keineswegs immer gleich der Staat heraus (§. 7 A. 5), sondern häufiger muß noch erst das Stadium familienartig (im Sinn des erweiterten Hauses) zusammenlebender *gentes* oder Clans durchschritten werden, welche unter einander lose quasinternationale *foedera* abschließen, aus welchen nationalen *foedera* dann erst die wirklichen Reime einer Staatsorganisation sich emporarbeiten. Aber der Begriff des Friedens (Sippe, Freundschaft) durchzieht alle diese Gestaltungen; sein Ursprung ist das „Haus“, die Ehe (§. 7 A. 2).

dann als Viehzucht-, dann Ackerbau-, dann Handel- und Industrie treibende durchgemacht haben, bleibt der kriegerische Charakter derselbe, und die große Rolle, die diese Völkerverfamilie in der Weltgeschichte gespielt hat, ruht vorzugsweise auf diesem leitenden Elemente<sup>8)</sup>. Was aber die Völker im Ganzen bewegte, was sie aus ihrer Urheimath in unsere europäischen Länder führte, — es erhebt sich die Frage, ob das nicht auch in ihren Privatangelegenheiten als ein wesentlich treibender Factor in's Auge zu fassen sei? Ich denke, das Folgende wird zeigen, daß dieß in der That der Fall ist. Kampf und Selbstschutz kommen nicht bloß als die Basis in Betracht, worauf diese Völker ihr Recht an den von ihnen in Besitz genommenen Ländern reduciren; sondern sie sind auch ein tiefgreifender Factor gewesen, wodurch sich im Inneren der allmälige Rechtsaufbau vollzogen und zwar in einer in den verschiedenen Völkersträngen vielfach übereinstimmenden Weise entwickelt hat. Was sich in dieser Hinsicht nach den uns bis jetzt offenliegenden Quellen constatiren läßt, betrifft überwiegend das germanische und das römische Recht, von denen also im Folgenden vorzugsweise die Rede sein wird.

§. 9. — I. Die Periode des Selbstschutzes. — A. Zwei Punkte sind es, die wir ohne allen Zweifel als Gründe des Eigenthumserwerbes schon in die Zeiten des indogermani-

8) Das tritt auch in der griechischen Mythologie hervor. Dfr. Müller Prolegomena S. 277: „Wie Vereinigung und Uebereinstimmung im Ganzen durch Verwandtschaft und Vermählung ausgedrückt wird (vgl. §. 7 A. 2), so ist für jeden Gegensatz das allgemeine Bild der mythischen Ausdrucksweise: Kampf. Der Mythos liebt, was innerlich ist äußerlich zu machen, jede Beziehung in Handlung zu verwandeln; und es muß daher in ihm auch kämpfen, was nie wirklich in Kampf gewesen ist. Nicht selten ist aber auch ein mythischer Kampf aus dem Bestreben hervorgegangen zu erklären, wie ein gegenwärtiger Zustand an die Stelle eines früheren getreten“.

II. 9 schen Urvolks zurückführen können: die Eigenthumsoccupation und den Gütertausch <sup>1)</sup>).

1) Die Indogermanen sind ein jagendes, viehzüchtendes, und daneben den Kriegserwerb betreibendes Volk gewesen<sup>2)</sup>. Die Jagd, die älteste Erwerbsweise der Völker, erzeugt mit Nothwendigkeit den Begriff des Eigenthumserwerbes durch Occupation.

1) Vgl. diese Studien III. S. 73—118, 180—196; Mancipation und Tradition S. 207 ff.

2) Vgl. noch Cäsars Schilderungen von den Sueven B. G. IV, 1: Suevorum gens est longe maxima et bellicosissima Germanorum omnium. Hi centum pagos habere dicuntur: ex quibus quotannis singula milia armatorum, bellandi causa ex finibus educunt, reliqui, qui domi manserint, se atque illos alunt. Hi rursus in vicem anno post in armis sunt: illi domo remanent. Sic neque agricultura nec ratio atque usus belli intermittitur: sed privati ac separati agri apud eos nihil est: neque longius anno remanere uno in loco incolendi causa Hest [Tacit. Germ. 26]: neque multum frumento, sed maximam partem lacte atque pecore vivunt [vgl. über Britannien V. 14]; multumque sunt in venationibus: quae res et cibi genere et quotidiana exercitatione et libertate vitae (quod a pueris nullo officio aut disciplina adsuefacti nihil omnino contra voluntatem faciunt) et vires alit, et inmani corporum magnitudine homines efficit. VI. 21: Vita omnis in venationibus [vgl. übrigens Tac. Germ. 15] atque in studiis rei militaris consistit. 22. agriculturae non student. 23. Latrocinia nullam habent infamiam, quae extra fines cuiusque civitatis fiunt. — Hermann Gr. St. A. §. 9. „Ausländer und Feind ist in der Sprache des Alterthums ein und dasselbe Wort. Alle Staaten befinden sich einander gegenüber rechtlich in einem ewigen Kriegszustande, dessen thätliche Ausbrüche Alles, was dem Menschen heilig und theuer ist, bedrohen, kein Mittel scheuen, selbst den Wehrlosen nicht schonen und nur durch positive Verträge in Schranken gehalten werden. Dem Räuberhandwerk im Großen hatte freilich schon frühe Minos mächtiger Arm zur See ein Ziel gesetzt, so wie um ähnliche Zeit Herakles und Theseus als Retter des Continents von seinen Landplagen gepriesen werden; doch Räuberereien der Einzelnen gelten noch bei Homer als erlaubt und ehrenwerth.“ — Kriegsgewohnheit der Gallier Caes. B. G. VI. 15.

Aber einen wesentlich erweiterten Sinn gewinnt der darauf gebaute Eigenthumsbegriff erst dadurch, daß der Mensch es lernt, das gefangene Thier: Hund, Rind, Pferd u. s. w. zu zähmen, es an sich zu gewöhnen, so daß es frei herumlaufend doch im Stande ist, seinen Herrn wieder zu erkennen, und zu ihm zurückkehrt: fr. 5 §. 5 de acquir. rer. dom. 41. 1: in his autem animalibus quae [e] consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur donec revertendi animum habeant, quodsi desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint (fr. 3 §. 2 — fr. 5 pr. eod.). Dieses Zähmungsverhältniß lernt der Mensch objectiv erblich zu machen. Er erreicht es, die so gewonnenen Hausthiere ganz an seine eigene Culturstufe zu gewöhnen und durch Züchtung zu höherer Entwicklung und einer Menge neuer Arten emporzuheben. Wir haben oben schon gesehen, daß in den ältesten Denkmälern menschlichen Lebens in unseren Ländern nur erst der Hund als Hausthier aufzutreten scheint, und haben bemerkt (§. 3 A. 7), daß für die Menschen dies Gewonnerhaben der Haupthausthiere die Vorbedingung zur Erlangung höherer Befittung ist. Das Zähmungsverhältniß, zusammen mit der Kenntniß der Feuerbereitung [vgl. §. 3 A. 8], sind die beiden wichtigsten Urerrungenschaften der Menschheit. Während das Feuer ein ungreifbares Ding ist<sup>2 a)</sup>, richtet sich das Zähmungsverhältniß auf eine körperliche Sache, die damit als der greifbare Repräsentant einer

<sup>2 a)</sup> Wegen seiner Wichtigkeit wird im hohen Alterthum das Feuer (und sein Gegenatz das Wasser) den Völkern leicht das Symbol des Zusammenlebens. Daher in den indogermanischen Völkern die Auffassung einer Verbindung aqua et igni (§. 6 A. 3), aber auch einer aquae et ignis interdictio (§. 17 A. 3).



## II.

das ganze Menschenleben umgestaltenden wohlthätigen Einrichtung dasteht. Das Zähmungsverhältniß ist danach der eigentliche Kern des Eigenthumsbegriffs an beweglichen Sachen.

Hierzu tritt als zweitwichtiges Object für länger conservirtes Eigenthum (im Gegensatz zu dem rasch verzehrten Jagderwerbe) der Erwerb durch Kriegsbeute. In rohen Zeiten ist, wie wir aus jener Stelle des Cäsar (Anm. 2) sehen, der Krieg Lebenscarriere des Mannes; gegenüber dem friedlichen Erwerb durch Viehzucht und Ackerbau das höher geachtete [Tac. Germ. 13. 14] Ziel des Thatkräftigen<sup>3)</sup>. In ihm liegt die Befoldung des Soldaten; und da man das Geraubte nicht gerade alles gleich brauchen kann, so sorgen schon in rohesten Zeiten herumziehende Händler für Umtausch gegen marktgängige Werthobjecte<sup>4)</sup>. Innerhalb der Kriegsbeute tritt noch wieder besonders hervor: der Sklav. Es liegt leider noch viel Dunkel über der Entstehung und Ausbreitung der Sklaverei in den indogermanischen Völkern<sup>5)</sup>. Unter

3) Caesar B. G. V. 12: praedae ac belli inferendi causa. Von den Helvetiern I. 1: fere quotidianis praeliis cum Germanis contendunt. — Von den alten griechischen Zeiten sagt Hermann §. 9 „es scheint Griechenland eine Zeit schrecklicher Zerrüttungen und eines wilden Faustrechts durchgemacht zu haben“; — so urtheilen wir von unserem modernen Standpunkte aus; die alten Anschauungen vom „frischen fröhlichen Krieg“ fanden in solchem Zustande die nothwendige Voraussetzung eines „menschenwürdigen Daseins“.

4) Caes. B. G. IV. 2: Mercatoribus est ad eos aditus magis eo ut quae bello ceperint, quibus vendant habeant, quam quo ullam rem ad se importari desiderant.

5) P. 253: „Daß ganze Völkerschaften ihre bisherigen Wohnstätten abbrechen, vorwärts drängen und große Erdräume durchwandern, ist überhaupt nur denkbar in Begleitung von Heerden, welche auf dem Marsche die nöthige Nahrung gewähren. Die Viehzucht auf Steppen nöthigt ohnehin zum Wechsel der Weideplätze. Mit dem Geschäftwerden und dem Ackerbau regt sich aber sogleich die Degierde nach Sla-

den Germanen ist die Knechtschaft eine viel mildere; sie waren wohl noch nicht festhaft genug, um nach ihren Lebensverhältnissen eigentliche strenge Sklaverei überhaupt durchzuführen zu können. Grimm S. 300: „Die Unfreiheit ist doppelter Art, eine härtere und mildere, jene kann man Leibeigenschaft nennen, diese Hörigkeit, also etwa Knechte von Liten unterscheiden. (Es erschien) aber die deutsche Knechtschaft selten oder nie als strenge durchgängige Sklaverei, und es liegt bloß eine Reihe vielfach gefärbter Abhängigkeitsverhältnisse vor, deren Namen und Begriffe in einander überspielen.“ Dagegen im italischen und griechischen Völkerstrange liegt schon ein weit erstärkteres Hauswesen vor; hier konnte denn auch die Giftpflanze der Sklavenarbeit gedeihen und der Begierde der Sieger reizvoll erscheinen<sup>6)</sup>.

Die Römer sagen über das Sklavenverhältniß (fr. 32 de reg. iur. 50. 17): quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen ex iure naturali, quia quod ad ius naturale attinet omnes homines aequales sunt (fr. 3 §. 1 de cap. min. 4. 5); Pr. — §. 2 I. de iure pers. 1. 3: servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur; Gai. I 52: iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse. Unter naturalis ratio ist hier die Thatsache

venarbeit. Jäger, die nur unter beständiger Anstrengung sich und ihre Familien ernähren, können Unfreie nicht in ihrem Hausstande verwenden. Anders verhält es sich schon, wo Fischfang getrieben wird“ u. s. w.

6) Sprachlich erklärt sich servus folgendermaßen; Curtius 518: Ekt. sarat Draht, sarit Faden; Gr. σείρα Seil, ἔρμος Halsband, ὄρμα Angelschnur, ἔρω Knüpfle, binde, εἰρμός Verknüpfung, εἴρερος Knechtschaft; Lat. sero reihe, knüpfle, sera, reserare, sertum, series, servus; Lit. seris Faden, Pechdraht (?); Altir. sroth (series, ordo, strues), bid comarithi („cum his manus conserenda est“).

## II.

9 verstanden, daß nach der realen Naturordnung das Thier in Folge seiner niederen Organisation zum dienenden, der Mensch in Folge seiner Geistes- und Willensfreiheit [die ihm auch die natürliche *libertas consentiendi* giebt Gai. III 154] zum Beherrscher der Natur und insbesondere der Thiere bestimmt ist. Demnach ist es „absurdum“ Thier und Mensch zu identificiren (also z. B. auch die Menschenkinder und die Thierjungen auf gleiche Stufe zu stellen; §. 37 in fin. I. de rer. div. 2. 1), und danach ist es an sich ein Widerspruch „contra naturam“, das gegen die Thiere wohlbegründete Eigenthumsverhältniß auch auf Menschen, als Sklaven, herüberzuziehen. Aber das genirt die Römer gar nicht, das den Thieren gegenüber auf der *naturalis ratio* der Occupation ruhende (§. 8 U. 4) Eigenthum, auch in der Herüberziehung auf den Krieg gegen die Menschen ganz ebenso auf dieselbe *naturalis ratio* zu basiren (Gai. II 69: *ea quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt*; IV 16: *quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent*). Dagegen vor der Zurückführung des *captus hostis* selbst auf die *naturalis ratio* schrecken sie wegen jener „Absurdität“ zurück, und so helfen sie sich hier mit der Wendung, daß — da ja nach damaliger allgemeiner Ansicht: anfangs *iure naturali* ein allgemeiner Friede die Menschheit beglückt hat und erst später *iure gentium* die „bella introducta“ sind, also ursprünglich auch keine Sklaverei bestanden haben kann, sondern erst später eingeführt sein muß, — ursprünglich alle Menschen frei geboren seien, daher an sich auch noch immer *iure naturali* frei geboren würden, daß sie mithin nur *iure gentium* als Sklaven betrachtet werden könnten<sup>7</sup>).

7) Schaamhafter Weise ist deshalb in §. 17 I. de rer. div. jener Ausdruck des Gaius II 69: „*naturali ratione*“ — weil die Institutionen gleich von den Sklaven selber zu reden fortfahren — in „*iure gentium*“

Indem so die Römer die Sklaverei nur für *iure gentium* <sup>9</sup> begründbar erklärten, haben sie doch damit nicht gezweifelt, daß sie ein vollkommen berechtigtes Institut sei. Es ist ein völlig unrichtiges Hineintragen unserer seit dem Christenthum entwickelten Anschauungen in das Alterthum, wenn man ihm als schon damals herrschenden Gedanken unterschiebt, daß es die Sklaverei für unsittlich und unberechtigt gehalten habe. „Die allgemeine Erscheinung der Sklaverei, sagt Hermann Gr. St. A. S. 9, die selbst von den Weisesten der Nation gebilligt <sup>8)</sup> und rechtlich begründet gefunden wurde, ist nur eine natürliche Folge dieses Grundsatzes, der die Persönlichkeit des Menschen wesentlich an sein Bürgerthum bindet.“ Man muß sich nur in die damalige Lage versetzen. Es handelte sich ja nicht darum, vom theoretischen Standpunkt aus zu überlegen, ob es human sei, einen niedriger entwickelten Stamm (wie unsere Neger) zur Sklavenarbeit zu verwenden; sondern die Frage trat sehr practisch an den Einzelnen heran: „Hätten die Feinde gesiegt, so wäre unsere Stadt zerstört, und wir Alle, die wir nicht getödtet worden, in die Sklaverei verkauft; da das Kriegsglück für uns entschieden, so ist es nach streng gleich austheilender Gerechtigkeit „*aequum*“, daß wir die Feinde händigen und zu Sklaven machen.“ Diese Ansicht ist mit dem lebendigsten Mitgefühl für die Person des Einzelnen vereinbar. Sie ist eben die des Krieges: umgewandelt worden. Danach auch fr. 5 §. 7 — fr. 7 §. 1 de *acquir. rer. dom.* 41. 1.

8) Daher die nach unseren Begriffen empörende Gefühllosigkeit, daß man gerade die Sklaven für die gegebenen Objecte der Tortur, wenn es sich um Wahrheitsermittlung handelte, ansah; ja daß man im Proceß die auf Tortur der Sklaven ruhenden Zeugnisse für die besten hielt. Hermann §. 140: „Die Tortur ward in Gegenwart gemeinschaftlich bestellter Obmannen vorgenommen; man konnte sowohl seine eigenen Sklaven dazu anbieten, als auch die des Gegners dazu verlangen; *πιοτότερόν ἐστι βάρανος μαρτύρων.*“

## II.

9 Standpunktes, die wir innerlich noch ganz ebenso, nur in civilisirter Gestalt, heutzutage bei den Land- und Leute-Amerikonen gegenüber einem besiegten Feinde durchführen. Bei allem Mitgefühl für den Kummer und Jammer der Einzelnen heißt es: „Hättet Ihr gesiegt, so hättet Ihr uns eine Provinz weggenommen; wir haben gesiegt und nehmen zu unserer Sicherheit Euch eine Provinz; so müßt ihr Euch also gefallen lassen, daß wir Euch nach unserem Sinne bändigen“.

Das aber, was im heidnischen Alterthum allerdings schon immer bestanden, und immer mehr auf Besserung der Sklavenslage hingedrängt hat <sup>9)</sup>, das ist eben jenes [in einer anderen Seite der Aequität begründete] tiefe Mitgefühl mit dem Schicksal der Sklaven, hervorgegangen aus der Ueberzeugung, daß das Freisein die erste Bedingung persönlichen irdischen Glückseins sei. Daher der Standpunkt, daß die Freiheit in aller Weise zu begünstigen, daß bei allem Festhalten des Rechts der Sklaverei, doch die Clemenz gegen die Sklaven eine Aufgabe der Aequität sei (s. unten Beil. Nr. A. XIII. 1). Dieser im Heidenthum schon sehr entwickelte Gedanke hat dann in Verbindung mit dem Christenthum die Kraft gewonnen, auf Ausrottung der Giftpflanze hinzuwirken. —

In dem „ex hostibus captum“ und im „captus hostis“ hat die Eigenthumsoccupation nothwendig von Anfang an einen internationalen Charakter. Die Thatsache der Kriegsberaubung und des Zumsklavenmachens ist von jeher international. Sie ist auch für den Beraubten, Besiegten wirksam, aber sie gilt nur so lange, als die Thatsache des Beherrschens dauert <sup>10)</sup>. Es wäre lächerlich, hier eine gemeinsame Rechtsüberzeugung als die Basis der Geltung der Occupation hinzustellen,

9) Vgl. über die größere Freiheit der Sklaven in Athen: Hermann Gr. St. X. S. 114.

10) Diese Studien III S. 80 A. 2.

die der Beraubte, Unterworfenen als definitiv bindend anzuerkennen hätte<sup>11)</sup>. Wir haben hier also einen „organisirten Fug“, es ist nicht das was wir „Recht“ zu nennen gewohnt sind. Der Schutz des Siegers ist lediglich sein Selbstschutz. Das „Recht“ ist in der factischen Herrschaft verkörpert, es dauert so lange, bis die erbeutete Sache, der geknechtete Mensch wieder auf kriegsmäßigem Wege in die frühere Freiheit zurückgelangt.

§. 10. — 2) Der Gütertausch (Kauf)<sup>1)</sup>. — Vom ersten<sup>10</sup> Beginn einer Kunde über die Existenz von Menschen in unseren Ländern datirt auch zugleich der Nachweis, daß der internationale Gütertausch schon von weit entfernten Ländern her die gewünschten Waaren zu Kaufliebhabern getragen hat (vgl. §. 3 Anm. 4—6). Die Handelsleute zogen durch die Länder, gleichviel ob de iure der Satz galt, daß Fremder und Feind einerlei sei. Die feineren Culturzeugnisse des Südens waren zu lockend für den Norden, und die Producte des Nordens (Zinn, Bernstein u. s. w.) mochte der Süden nicht entbehren. Das Interesse der Menschen übersteigt alle Rechtschranken. Man muß nicht denken, daß der

11) Das was den Sieger und den Besiegten als gemeinsame Ueberzeugung verbindet, ist nur jener kriegsmäßige Gesichtspunkt streng gleichanstehender „Aequität“, daß was der Eine dem Anderen thun würde, er auch für sich anerkennen muß; s. darüber Weil. Nr. C. II.

1) Innerhalb eines einzelnen Volks kann der juristische Gegensatz von Kauf und Tausch Gegenstand genauerer Untersuchung werden müssen. In der großen Gesamtentwicklung der Völker ist er ein völlig flüssiger; es wird deshalb auch hier auf die Unterschiede zwischen beiden nicht eingegangen. Grimm S. 427: „es waren in ältester Zeit Vieh und Waffen statt alles Geldes“. Specieell die Germanen zeigen mehr Abneigung gegen das Geld; Caes. B. G. VI. 22: ne qua oriatur pecuniae cupiditas. Tacit. Germ. 5. Anders die Gallier Caes. VI. 17: Mercurium . . . ad quaestus pecuniae mercaturasque habere maximam vim arbitrantur. — Die Britannier (Caes. B. G. V. 12): Utuntur aut aere aut taleis ferreis ad certum pondus examinatis, pro nummo . . . aere utuntur inportato.

## H.

10 Händler, indem er durch die fremden Länder zog, darum so sehr gefährdet gewesen wäre. Man erkundet vorher, wo man willige Aufnahme finden werde; man knüpft Gassfreundschaften an; man bringt begehrte Waare; man holt Sachen, deren Abgabe erwünscht ist. Es bilden sich feste Straßen für diezüge der Händler, bestimmte Zeiten wo sie ihre Touren unternehmen; durch Vereinigung zu größeren Karavanen gewinnen sie Schutz gegen Ueberfälle, und an den Einheimischen, die ihr Kommen gern sehen, finden sie Rückhalt. Anders und gefährlicher, als für die seit Jahrhunderten und Jahrtausenden Africa durchziehenden, schwarzes und weißes Elfenbein zusammenbringenden, Händler wird auch in der indogermanischen Völkerverfamilie, vor wie nach dem Völkereinzuge, die Durchführung des Handelsverkehrs zu keinen Zeiten gewesen sein. Nach dem Völkereinzuge ging vorzugsweise durch Deutschland (§. 3 N. 6) der Handelszug nach dem Norden; übrigens sagt Cäsar (§. 9 N. 4), seien die Deutschen mehr export- als importbedürftig. In Gallien war es anders; hier spielen zu Cäsars Zeiten die mercatores eine große Rolle<sup>2)</sup>.

In dem griechischen Volke ist ebenfalls der Grundsatz, daß außerhalb des einzelnen Staates alles Recht aufhört. (Hermann

2) Caesar B. G. IV. 2: Quin etiam iumentis, quibus maxime Gallia delectatur, quaeque inpenso parant pretio, Germani inportatis his non utantur. Von den Ubiern: c. 8: Ubii . . paullo quam sunt eiusdem generis et ceteris humaniores; propterea quod Rhenum attingunt multumque ad eos mercatores ventitant, et ipsi propter propinquitatem Gallicis sunt moribus adsuesfacti. In Gallien sind die mercatores die Träger der Neuigkeiten, c. 5: et mercatores in oppidis vulgus circumstat, quibusque e regionibus veniant, quasque ibi res cognoverint, pronounciare cogant. — Von den Belgiern Caesar B. G. I. 1: propterea quod a calis atque humanitate provinciae longissime absunt, minimeque ad eos mercatores saepe commeant, atque ea quae ad effeminandos animos pertinent inportant.

§. 9): „Außer der Grenze seiner Heimath steht der Mensch so fort auch außer dem Gesetze und als ein völlig rechtloser da<sup>3)</sup>, der nicht allein, um liegendes Gut und Eigenthum in einem fremden Staate zu besitzen, eine Bürgerin desselben zu heirathen u. s. w., sondern selbst zu seiner persönlichen Sicherheit der ausdrücklichen Zusage desselben bedarf“. Aber das darf man wiederum nicht so nehmen, als wenn nicht reger Handelsverkehr zwischen Griechen und Griechen wie Nichtgriechen bestanden hätte. Die Griechen haben gerade vorzugsweise in dem ganzen Umkreise des Mittelmeers Verkehr angeknüpft und dann auch Colonien angelegt. Also Rechtlosigkeit ist nicht Verkehrslosigkeit. Außerhalb des Rechts ist nach Anschauung des Alterthums immer noch der Schutz der Götter, und zwar ein in bestimmten socialen Schutzeinrichtungen sich verkörpernder. (Hermann §. 10): „Schon frühe trat der strengen Rechtsansicht mildernd das Gefühl der Humanität zur Seite, und die Religion, die Pflegerin jeder höheren Ahnung im Menschen, lieh ihr dazu die Heiligkeit ihrer Formen. So schützte den Einzelnen das heilige Gastrecht<sup>4)</sup>, und die fromme Scheu der Schutzfliehenden<sup>5)</sup>; die Ach-

3) Ebenso bei den Italikern; Mommsen R. G. S. 154.

4) Ebenso bei den Germanen, Caes. B. G. VI. 23: *Hospites violare fas non putant: qui quaque de causa ad eos venerint, ab iniuria prohibent, sanctosque habent: iis omnium domus patent, victusque communicatur.* Tacitus Germ. 21: *Quemcunque mortalium arcere tecto nefas habetur; pro fortuna quisque apparatus opulis excipit. Cum defecere, qui modo hospes fuerat, monstrator hospitii et comes proximam domum non invitati adeunt. Nec interest, pari humanitate excipiuntur; notum ignotumque quantum ad ius hospitii nemo discernit. Abenti, si quid poposcerit, concedere moris, et poscendi invicem eadem facilitas. Gaudent muneribus, sed nec data imputant nec acceptis obligantur. Victus inter hospites comis.*

5) Ebenso bei den Römern. Servius in Aeneid. 3. 117: *genua Misericordiae, unde haec tangunt rogantes. Iure pontificali,*



## II.

<sup>10</sup> tung der Herolde beschränkte selbst den heiligsten Kampf, und sicherte stets die Möglichkeit friedlicher Beendigung. Alle Verträge wurden unter die Obhut irgend einer Gottheit gestellt“. Die Römer nennen dies, im Gegensatz zum *ius*, das Gebiet des *fas* (Isid. or. V 2. 2): *fas lex divina, ius lex humana est. Transire per alienum* [das gilt auch von fremden Ländern], *fas est, ius non est*<sup>6</sup>). Man kann sagen, weil kein Rechtsschutz bestand, so fühlte die Sitte sich um so mehr gebunden, dem Fremdling schützend beizustehen.

Aber es gab doch auch schon früh Wege, dem Handelsverkehr einen dem *ius* sich nähernden Schutz wenigstens vorübergehend zu gewähren. Es galten überhaupt nach dem *fas* „Tempel und Heiligthümer auch bei feindlichen Einfällen als unverletzlich“; (Hermann §. 10): „Insbesondere wurden [in Griechenland] die religiösen Hauptfeste einzelner Städte frühe Veranlassung zu friedlichen und freundschaftlichen Berührungen benachbarter Völker, die sich hier gleichsam unter dem wirthlichen Dache des Staates zusammenfanden; um so mehr, da dieser ihnen nicht bloß festliche Spiele und Lustbarkeiten, sondern auch Sicherheit des Verkehrs im Handel und Wandel darbot, zu welchem Ende nicht selten ein eigener Gottesfriede ausdrücklich verkündet wurde.“ Auf den Märkten und Messen, die hier eröffnet wurden, haben wir uns wahrlich nicht bloß die stammverwandten Ummohner, sondern gerade vorzugs-

---

*si quis flamini genus fuisset amplexus, verberari non licebat; — vgl. fr. 2 de his qui sui vel al. 1. 6: eorum qui ex familia Iulii Sabini ad statum confugerunt.*

6) Servius in Verg. Georg. 1. 269: *fas et iura sinunt i. e. divina humanaque iura promittunt, nam ad religionem fas, ad homines iura pertinent.* — Ueber die Zugehörigkeit zu seiner *civitas* galt der Satz: *de sua civitate cuique constituendi facultas libera est; vgl. Beil. Nr. A. XIII. 3.*

weise auch die völlig volksfremden, peregrinen mercatores versammelt zu denken. — Ganz gleichartig waren auch im alten Italien die religiösen Hauptfeste, wie z. B. das Neptunfest, auf welches die Sage den Raub der Sabinerinnen verlegt<sup>7)</sup>.

Aus diesen Festesmärkten haben sich die stehenden Märkte, und aus dem Gastrechte des fas haben sich allmählig (oft durch besondere Handelsverträge specificirte) dem ius angehörige Schutzrechte für den Verkehr entwickelt. — In Rom haben diese endlich in der Aufstellung des praetor peregrinus ihren Abschluß gefunden, und mit dem Ausdruck „ius gentium“ ihre Reception in das Rechtsgebäude empfangen. —

Wie ist nun nach diesem fas in der ältesten Zeit, ehe sich irgend welches ius entwickelte, die Stellung des internationalen

7) Liv. I 9: Ludos ex industria parat Neptuno Equestri solennes: Consualia vocat. Indici deinde finitimis spectaculum iubet: quantoque apparatu tum sciebant aut poterant, concelebrant, ut rem claram expectatamque facerent. Multi mortales convenere . . maxime propinqui quique . . . Turbato per metum ludicro, moesti parentes virginum profugiunt, incusantes violati hospitii foedus: deamque invocantes cuius ad solenne ludosque per fas ac fidem decepti venissent. Vom alten mythischen Gesetzgeber Ruma heißt es Cic. de rep. II. 14: idemque mercatus ludos omnesque conveniendi causas et celebritates invenit. [Unter mercatus sind „Messen“ im Gegensatz der gewöhnlichen nundinae zu verstehen; diese mercatus (früher geschrieben merk.) sind sehr alt. No. S. 193. 216. A.\*] — Aus diesen Tempelfesten haben sich dann bei den Griechen die Amphichthonien entwickelt [welche „nicht sind als geschlossene Vereine der Nachbarvölker eines Heiligthums ohne Rücksicht auf Stammverschiedenheiten, einzig zum Zweck wechselseitiger Befriedung und gemeinsamer Festfeier,“ Hermann S. 11], und an diese schließen sich erst die eigentlichen „Bünde“, wie namentlich der Phyläische Bund (Hermann S. 12—14). — Gleichartig, wenn auch mit wesentlichen nationalen Differenzen, wird auch die Entwicklung der italischen Bünde insbesondere des latinischen zu denken sein. Vgl. darüber Mommsen S. 37 ff.

## II.

10 Kaufs zu denken? Daß der internationale Verkehr schon im Urvolk existierte, ist nach der bisherigen Entwicklung nicht zu bezweifeln; und daß das Urvolk schon den Kaufbegriff kannte, beweist mit Sicherheit die Sprache; Curtius 448: Skt. [ved.] *vasnas* Kaufpreis, *vasnam* Lohn; Gr. *ἄνος* Kaufpreis, *ἄνη* Kauf, *ἄνεομαι* kaufe; Lat. *venum*, *veneo*, *vendo*; Rsl. *věniti* (vendere) [*věno* (dos) vgl. oben §. 6 nach Num. 2]. Der Ort, wo zum Verkauf die Dinge zusammengetragen werden, heißt das *forum* [Varro L. L. V 145: *quo conferrent suas controversias et quae vendere vellent quo ferrent forum appellarunt*]. Da wir Schutzeinrichtungen des *ius* immer erst als spätere zu denken haben, so ergibt sich als der reine Zustand des *fas* für die Urzeit mit Nothwendigkeit: der Real-kauf (*vendere praesenti pecunia*), d. h. die unmittelbar reale Gegeneinanderleistung beider Sachen oder der Sache und des Preises. Mit dem Herübergebensein beider Gegenstände hat die Angelegenheit die Kraft des eigenen Schwergewichts. Jeder schützt sich mit seinen Waffen in seinem Besitz. Verträge auf Leistung konnten ja nur unter den Schutz der Götter gestellt sein, ihre Ausführung mußte immer erst noch erkämpft werden. Es konnte also Derartiges ursprünglich nur unter ganz besonderen Umständen eintreten und als allgemeine Regel gar nicht in Betracht kommen.

Wir haben hier einen Punkt, den ich für einen der wichtigsten Ursprünge des Rechts halte. Aber er ist noch nicht Recht in unserem Sinne (*ius*), er ist die „*Physis*“ eines Verhältnisses, das erst allmählig zu *ius* erstarkt. Hier schon von einer Unterscheidung von Sachenrecht und Obligationenrecht zu sprechen, hat gar keinen Sinn, es ist der reine Realismus der vollendeten Thatsache. Gerade aber dieses Internationale des Kaufs ist ein in den Urzuständen, wie etwa die des §. 3 A. 4, zuerst Hervortretendes. Unter den Stammesgenossen zu tauschen oder zu kaufen,

ist fast gar kein Anlaß: seine Nahrung durch Jagd schafft man sich selbst; sein Vieh züchtet man selbst, um lacte atque pecore zu leben (§. 9 A. 2); seine Kleider und Waffen macht man selbst mit den Seinen; sein Zelt- oder seinen Pfahlbau zur Wohnung macht man mit dem aus dem offenen Walde entnommenen Material sich wiederum selbst, zusammen mit den Seinigen. Aber die ersehnte fremde Waare vom Händler muß man durch Gegengabe kaufen; hier tritt das erste Bedürfnis nach einem „Rechtsacte“ des Erwerbes, wie wir jetzt sagen würden, hervor<sup>8)</sup>.

In dem internationalen Realkauf haben wir das Prototyp eines Friedensactes vor uns. Er ist ein in friedlicher Uebereinstimmung ausgeführtes negotium, der Anfang alles commercium. Er ruht gerade so gut wie das Erjagen und Zähmen der Thiere auf naturalis ratio, auf der „realen Naturordnung“. Der Mensch, der dieser Dinge bedarf, muß, da er sie nicht mehr naturfrei findet, und es sich nicht um feindliche Wegnahme handelt, sie vom Anderen naturali ratione mit dessen consensus Gai III. 154 (s. oben §. 9.) zu gewinnen suchen. Also von dem, der sie hat, muß er sie durch Gegengabe dessen, was dieser wünscht, ertauschen. Die Ursprungsgestalt dieses Geschäfts ist mithin auf naturalis ratio gebaut [und das nennen die Römer hinterdrein ius naturale, obgleich es anfangs nur fas war], und sie ist international [und das nennen die Römer hinterdrein ius gentium, obgleich es ursprünglich nur fas war].

Wie aber war es denn, wenn es Kauf mit den auswärtigen

---

8) Deshalb bestand auch in manchen Völkern eine Antipathie gegen die fremden Händler und das Geld. Die damaligen „Reactionäre“ meinten Geld und Kauf ganz entbehren zu können, wenn man nur in der Weise der Altvordern lebe, und sich den verderblichen Lockungen einer verweichlichenden von Außen eindringenden Kultur entgegenstemme; vgl. Ann. 1 u. 2 a. E. — Ueber das Verbot der Edelmetalle als Tauschmittel für die Spartaner s. unten §. 19.

## II.

10 Händlern gab, mit Kauf und Tausch innerhalb der Stammesgenossen? Selbstverständlich war dieser, wenn auch weniger vorkommend, doch auch wiederum nicht verboten und ausgeschlossen. Aber es ist erklärlich, daß für den Kreis der Stammesgenossen (für den ja eben das *ius gentium* gilt) der Kauf, da wo er vorkommt und namentlich in Betreff wichtigerer Sachen, nicht lediglich unter jenem allgemeinen internationalen Gesichtspunkte verbleibt; daß er unter bestimmte Satzungen des *ius gentium* gestellt wird. Wir berühren hiemit ein wichtiges Moment, das *civile*, das nothwendig erst späteren Ursprungs sein kann, und hier einstweilen noch unerklärt bleiben möge. Jedenfalls kann vor seinem Entstehen der Zustand unter den Stammgenossen nicht anders gedacht werden, als gegenüber den peregrinen Händlern. So gelangen wir zu dem Satz: als Anfang, von dem die Kauf- und Tauschlehre ausgeht, ist der Realkauf, internationaler wie innengenossenschaftlicher, zu denken. Es muß in allen indogermanischen Völkersträngen die dann möglicherweise weit auseinandergehende Entwicklung jenen Anfang noch erkennen lassen. Daß er im lateinischen Strang in dem Rechtsbegriff steckt, das Eigenthum der erkauften und tradirt erhaltenen Sache gehe erst mit der Preiszahlung über, habe ich in meiner „*Mancipation und Tradition*“ ausgeführt. Die dies erklärenden berühmten Worte des §. 41 I. de rer. div. 2. 1 sind ganz genau richtig. Der Satz, daß die reale Eigenthumsleistung der Waare das reale Geleisethaben des Preises voraussetzt, ruht auf *naturalis ratio* und ist zugleich von Anfang an *ius gentium* [*fas*]: *tamen recte dicitur, et iure gentium, id est iure naturali, id effici*. *Naturalis ratio* und *ius gentium* coincidiren hier, oder wie man auch sagen kann: der Realkauf ist zugleich *Naturalkauf*<sup>9)</sup> und *Internationalkauf*.

9) Lediglich den Ausdruck „*Naturalkauf*“ zu gebrauchen (wie Bechmann S. 8 vorschlägt), ist nicht passend, da damit nur die Eine Seite der Sache

3) Zu den beiden Punkten der Eigenthumsoccupation und des Kaufs wäre nach der naturalis ratio an sich noch als dritter zu stellen: die Fabrication. Aber da diese naturalis ratio nicht von Anfang an gleichmäßig in den verschiedenen indogermanischen Strängen sich zu positivrechtlicher Geltung durchzuarbeiten vermocht hat (hauptsächlich in Folge der Sklavenarbeit, die das südeuropäische Leben tief verdorben hat, gegenüber dem in dieser Hinsicht gesünderen nordeuropäischen vgl. §. 9), so fehlt hier das indogermanisch Gemeinsame. Die Bedeutung der Fabrication im röm. Recht habe ich in diesen Studien III S. 119 ff. entwickelt. Indem sich die dort erörterte, der Fabrication zum Grunde liegende naturalis ratio der hier in diesem Heft durchgeführten Erklärung des Gesamtbegriffs der naturalis ratio als „der realen Naturordnung“ von selbst einfügt, so glaube ich die Fabricationsfrage, die nach der deutschrechtlichen und allgemeinmoderrechtlichen Seite hin noch vielfacher Untersuchung bedarf, hier fernherhin nicht eingehend in Betracht ziehen zu sollen. —

Aber in Betreff jener anderen beiden Punkte, der Eigenthumsoccupation und des Kaufs, muß ich noch ein rückerinnerndes Wort hinzufügen. Sie sind Urbegriffe, nicht des „Rechts“ in unserem Sinne des consolidirten Begriffs, wohl aber der „Physis“ der Verhältnisse; sie sind nach unserer modernen Anschauung: werdendes Recht. Als solche real festorganisirte Verhältnisse (Herrschaft im Besitz verkörpert, und durch das reale Gleichgewicht der menschlichen Zustände aufrecht erhalten) waren sie der Menschheit schon zu vollem Bewußtsein gekommen und durch *évas* (*mos*) geheiligt (vgl. §. 7 Nr. 1), ohne damit auf einem, im Kreise eines einzelnen oder mehrerer einzelner Völker verkörperten, eine besondere selbständige Zwangskraft involviren-

bezeichnet wird. — Daß auch im germanischen Recht der Kauf zunächst als Realkauf auftritt, dann aber ganz andere Wege geht, als das römische Recht, darüber vgl. Sohm Trauung u. Verlobung (1876) S. 13.

## II.

<sup>10</sup> den „Rechtsbewußtsein“ zu beruhen. Doch aber sind sie im Sinne der Urzeit schon als wirkliche Rechtsinstitute zu bezeichnen. Daher erklärt sich, daß sie, wie wir gesehen haben, auch schon in Urzeiten zur „juristischen Construction“ verwendet werden konnten, indem sie im internationalen wie innengenossenschaftlichen Mädchenraub und Mädchenkauf zu Eingehungsgehaltnen der Ehe gemacht wurden.

§. 11. — B. Das Resultat der bisherigen Erörterung ist folgendes: Das indogermanische Urvolk hat schon den Eigenthumsbegriff gehabt, aber dieser bezieht sich nur auf bewegliche Sachen. Der Kern der Eigenthumsoccupation ist das, eine ganz neue Epoche der Urzeit bildende, Zähmungsverhältniß an beweglichen Sachen; und [die Fabrication, sowie] der internationale Realkauf hat ebenso nur bewegliche Waare zum Gegenstande. Sieht es für diese Sätze äußere Beweise? Prüfen wir.

1) Wir haben zwei aus dem Urvolk stammende Wörter für den Eigenthümer.

a) *Dominium* kommt nicht von *domus*, wie man nach der bekannten, beide Wörter alliterirend verbindenden, Pandektenstelle <sup>1)</sup> vielfach geglaubt hat. *Domus* kommt vom Stamm *δαμ*, *dominium* aber vom Stamm *δαμ*. *Domus* lebt noch in unserem Worte: zimmern, Zimmer; Curtius 265: *St. damas*, *dam* (ved.) Haus, *dampati* Hausfrau; *Ib. dema* Wohnung; *Or.*

1) Fr. 195 §. 2 de V. S. 50. 16 (Ulp.): *pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam, sed et ius demonstramus. Dominium ist danach nicht zu verstehen als: die „rechtlich anerkannte Hausgewalt“. Die Römer schieben hier, ohne Kunde von richtiger Etymologie zu haben, etwas Anderes später Gewordenes dem Sinne nach unter. *Potestas* ist das etymologisch richtige Wort für Hausgewalt; s. oben §. 7 Nr. 1.*

δέμω bane, δέμας Bau, Gestalt, δόμος Gebäude, Gemach, δῶμα Haus; Lat. domus, domesticus, domicilium, Domitius (?); Aeg. timber; Ahd. zimbar (lignum, aedificium); Goth. timrjan (οἰκοδομεῖν); Ksl. domā Haus; Lit. nāmas Haus (?); Altir. aurdam, erdam (prodomus). — Dagegen dominium lebt noch in unserem: Zähmen, zahm; Curtius 260: Stk. dāmjāmi (damajāmi, damanjāmi) bin zahm, zähme, part. damitas (domitus), — damas in Comp. bānbigend, damanas (domitor), damjas junger Stier; Gr. δάμνημι, δαμάω, δαμάζω bānbige, bezwinge, δάμαρ (ft. δάμαρτ) Gattin [vgl. S. 6 Anm. 1], — δαμος in Comp. bānbigend, ἄδμη(τ)ς ungebāndigt, δμῶς Sklave, δαμάλης Stier; Lat. domare, domitus, domitor, dominus. Goth. gatamjan (δαμῶν), Ahd. zamon zāhmen, zam zahm; Altir. dam Stier.

Also dominium ist das Gezähmtsein und Gezähmt-haben, überhaupt das Zähmungsverhältniß. Das Object ist das Thier (insbesondere als wichtigstes: der Stier) und der Sklav<sup>2)</sup>. Von diesem Hauptpunkte aus wird alles Uebrige, wie der gefundene Stein (die fabricirte Sache), die gekaufte Sache allmählig mit darunter begriffen<sup>3)</sup>. Es liegt im Wort gleich das, was

2) Die römische potestas (s. d. vor. Anm.) ist eine absolute; aber daraus ist gar kein Schluß dahin zu ziehen, daß die Objecte „Sachen“, also im dominium, seien. Ob man im Dominium stehe oder nicht, entscheidet sich aus der Begründung. Sein Kind hat der Hausherr „erzeugt“, (fr. 11 de lib. et post. 28. 2 „genitor“) also das ist patria potestas; sein Hausthier, seinen Sklaven hat er sich [die Verhältnisse als zuerst begründet gedacht] „gezähmt“, also das ist dominica potestas. „Wahres Eigenthumsrecht“ (Mommsern R. G. S. 58) ist danach an Kind (und Frau) nie angenommen worden.

3) Dies ist freilich eine juristische Zusammenfassung, zu der es vielleicht langer Zeiten bedurft hat, und zu der es beim Abzuge des germanischen Stranges wohl noch nicht gekommen war. Grimm S. 491: „De-



## II.

11 für das Eigenthum immer das vorzugsweise Charakteristische ist, der Hinweis auf die *iusta causa* des Erwerbs, das Wohl-erworbensein<sup>4)</sup>. Daraus leitet es sich ab, daß der *dominus* sich die ganze Substanz der Sache, nicht bloß die äußere Gestalt, zu-rechnet („das Substanzürtsein“, „*ipsa res*“ vgl. Anm. 5).

b) Es wird sich weiter unten zeigen, daß der Eigenthums-begriff an Grund und Boden, wie die indogermanischen Völker ihn in historischer Continuität überhaupt verwenden, erst vom Völkereinzuge datirt. Ob sie ihn vorher überhaupt schon gehabt haben, wissen wir nicht. Jedenfalls ist klar, daß der Begriff des Besizens erst von einer Zeit herkommen kann, wo man auf dem Grund und Boden ansässig ist. Grundstücke „besitzt“ man, nicht bewegliche Sachen. So ist denn auch aus den ver-schiedensten Punkten ersichtlich, daß der Begriff der *possessio* von den Grundstücken ausgegangen und dann erst auf bewegliche Sachen übertragen ist<sup>5)</sup>. Bewegliche Sachen dagegen beherrscht man mit der Hand. Wird also in der Sprache (die ja nicht künstelt, sondern die Sache nach der Anschauung bezeichnet, welche zur Zeit des Aufkommens des Wortes besteht) das factische Herr-

---

merkenwerth scheint, daß der altdeutschen Sprache substantivische Ausdrücke für *dominus* im Sinne von Eigenthümer mangeln“.

4) Dem Nichtjuristen Peschel ist es nicht zuzurechnen, daß er diesen Be-griff des Wohlerworbenseins nicht trennt vom bloßen „Nehmen“ (worunter auch der Diebstahl an Sippengenossen gehören würde) und also sagt (S. 250): „Wo irgendwo auf Erden der Mensch zu Brauch oder Genuß eine Sache ergriffen hatte, da hielt er sich von jeher für ihren Eigenthümer“. — Vgl. über den Diebstahl im Urwoll (und die Hausfuchung wegen Diebstahls) unten §. 12.

5) Festus: *Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager. Possessiones ap-pellantur agri late patentes publici privatique, qui non mancipa-tione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, collidebat [possi-debat, colebat]. Isidor. Or. XV. 13. 3.*

schen, und implicite denn auch das Sichzurechnen der Substanz, die „res ipsa“, damit ausgedrückt, daß man die Sache „nimmt“ „faßt“ „handhabt“, so ist das ein Zeichen, daß zur Zeit des Aufkommens dieses Wortes die „Herrschaft“ nur an beweglichen Sachen statt fand. Dieser Sinn des „Handhabens“, der „Oberhand“, liegt in der That seit dem Urvolk in dem so eben schon verwendeten Wort „Herrschaft“. Curtius 189: Stt. *hara nam Hand* <sup>6)</sup>, *harāmi* (*rapio, adipiscor*, also mit der Hand die Sache erfassen); *Id. zar* ergreifen; *Gr. χείρ* Hand, *ἐχέτης* leicht zu behandeln (*δυσχερής*), *χέτης* unterthan (*Comp. χερίων, χείρων*) [*Ἥρη* die Herrin; *Preller Gr. Mythologie I. S. 104*]; *Altlat. hir* (*manus*); *Lat. herus, hera, heres* [*Festus: heres apud antiquos pro domino ponebatur*], *hereditas, heredium* [vgl. *Bruns font. p. 23 [VII. 3] und p. 243 zu not. 1* <sup>7)</sup>].

§. 12. — 2) Wir haben eine bestimmte, zunächst deutlich <sup>12</sup> auf bewegliche Sachen sich beziehende Form der Rechtsverfolgung, die sowohl der germanische wie der italische Strang sich bewahrt hat, die wir also schon dem gemeinschaftlichen Urvolk zuschreiben müssen. Daß an sich eine bestimmte äußere Formalität der Rechtsgeltendmachung in beiden Strängen fortge-

6) Curtius 189 übersetzt *herus* mit: der „Nehmer“. Deshalb weil das „Fassen“ mit der Hand (und in Folge dessen das „Haben“) im *herus* enthalten ist, tritt dies auch in der Verwendung des Wortes *capere heres* hervor: *mancipatio, pignoris capio, usucapio, usureceptio*.

7) Ueberreste davon, daß die Hand das Zeichen der factischen (und damit auch rechtlichen) „Herrschaft“ war, : das deutsche Wort *munt* (was „Hand“ bedeutet, *Grimm S. 447*); *Alttr. handhasi* (*montenedor*) *Grimm S. 491*; *herro* *Ahd.* nur gegenüber Sklaven gebraucht, *Grimm ebendas.*; — im Lateinischen: *uxor in manu, mancipatio, manumissio* [fr. 4 pr. de iust. et iur. I. 1: *manui et potestati suppositus*], die *manus* beim *iactus lapilli* [fr. 20 §. 1 quod vi aut cl. 43. 24: *manum opponentis vel lapillum iactantis prohibendi gratia*, — §. 3 *A. 9*], *manus iniectio* [fr. 10 §. 1 de in ius voc. 2. 4; *Bruns font. p. 298 (419) Gai. IV. 21*].

II.

11 für das Eigenthum

der Hinweis auf  
erworbensein  
die ganze &  
rechnet (

b)

begri-  
 ihr  
 §

... worden ist, habe ich be-  
 der *actus lapilli* gezeigt (§. 3 A. 9).  
 unveränderte Festhalten bestimmter her-  
 die ganze & Wortformeln eine durchaus nicht (trotz  
 rechnet ( Jahrhunderte, ja Jahrtausende) verwunderliche  
 b) sich aus dem Folgenden ergeben. Ich komme hier  
 Begriffs, den ich als einen für das Verständniß des höch-  
 ihr auf einem Punkte, den ich als einen für das Verständniß des höch-  
 § des Merkwürdigen vorzugsweise wichtigen ansehe.  
 Man sollte denken, daß Wortformeln sich unmöglich un-  
 verändert durch Jahrtausende hinziehen konnten, in denen die  
 Schrift, um sie aufzuzeichnen, fehlte. Aber es ist uns eine  
 Nachricht aufbewahrt worden, wodurch uns mitgetheilt wird,  
 wie die Menschen den Mangel ersetzt haben<sup>1</sup>). Cäsar erzählt  
 uns von den Galliern (Kelten) und von ihren Druiden (VI. 13.  
 14): Einer der Druiden ist ihr Oberster, der, mit höchster Auto-  
 rität bekleidet, durch Würdigkeit oder Abstammung der Druiden,  
 zuweilen auch durch offenen Kampf, zu seinem Amte gelangt.  
 Zu bestimmter Zeit des Jahres lassen sich die Druiden im Gebiet  
 der Carnuten, mitten in Gallien, an geheiligter Stelle nieder:  
*huc omnes undique qui controversias habent con-  
 veniunt, eorumque decretis iudiciisque parent.* Also  
 die Druiden haben auch Rechtsangelegenheiten zu entscheiden. Die  
 Druiden haben nun eine Geheimwissenschaft (*disciplina*),  
 die aus Britannien nach Gallien gebracht sein soll, und wer sie  
 studiren will, reist (zu Cäsars Zeiten) meist deshalb nach Bri-  
 tannien. Die Druiden sind von allen möglichen Lasten, insbe-  
 sondere auch Kriegsdienst, befreit, und darum gilt Vielen der  
 Druidenstand als erstrebenswerth. So kommen, aus freien  
 Stücken oder von Eltern oder Verwandten gesandt, immer Viele

1) Danach hat das sicher wortgetreue Forttragen auch der ältesten  
 Bedenktüde, der Edda, in einer des Schreibens noch nicht kundigen Zeit  
 durchaus nichts Befremdliches.

Studium der Disciplin zusammen. Dabei müssen sie eine große Zahl von versus (Versen, Formeln) auswendig lernen, und zu dem Zweck bleiben Manche an zwanzig Jahre in der Disciplin. Nichts darf niedergeschrieben werden, während im Uebrigen griechische Schrift in Gebrauch ist<sup>2)</sup>. Cäsar erklärt diese Unzulässigkeit der Niederschreibung aus der Absicht sicherer Geheimhaltung und der Gedächtnisstärke, da bekanntlich man Niedergeschriebenes leichter vergesse.

Offenbar datirt dies Auswendiglernen der Disciplin aus der Zeit vor der Kenntniß einer Schrift. Es wurde nur, als man später griechische Schrift kennen lernte, als festgewurzelte Institution festgehalten. In dieser Gestalt aber kann die durch Auswendiglernen in der festgeschlossenen Druidencorporation fortgetragene Disciplin, die sich, da die Druiden auch Richter waren, auf Rechtsformeln mitbezogen haben muß, Jahrtausende hindurch, seit dem Bestande der Druidencorporation, in sicherer historischer Continuität bewahrt worden sein. Nun ist freilich eine so festgeschlossene Priestercorporation und so strenge Disciplin bei den Germanen, wo Alles ungebundener auftritt, nicht anzunehmen; also kann man bei ihnen so wortfeste Rechtsformeln, wie wir sie bei den Römern finden, nicht suchen wollen. Aber auch bei den Germanen „scheinen in ältester Zeit die Priester bedeutenden Einfluß auf das Gericht gehabt zu haben“ (Grimm S. 750), und danach können wir auch hier die Priester als Träger sachlich fester Rechtstradition voraussetzen. — Und wie nun im italischen Strange? Die Tradition hat es für die Haupt-

2) Massalia an der Keltenküste ist von den Phokiern in der Mitte des zweiten Jahrhunderts der röm. Stadtrechnung gegründet worden (Mommsen R. G. S. 142). Seitdem mag in langsamer Wanderung der Gebrauch der griechischen Schrift zu den Druiden gelangt sein, wosfern nicht auf dem Wege über Patria und Spina (Mommsen R. G. S. 215) sie ihnen schon früher zugetragen worden ist.

## II.

<sup>12</sup> tragen werden konnte und fortgetragen worden ist, habe ich bereits im Hammerwurf und *iactus lapilli* gezeigt (§. 3 A. 9). Daß aber auch sogar das unveränderte Festhalten bestimmter herkömmlich concipirter Wortformeln eine durchaus nicht (trotz der Länge der Jahrhunderte, ja Jahrtausende) verwunderliche Sache ist, wird sich aus dem Folgenden ergeben. Ich komme hier auf einen Punkt, den ich als einen für das Verständniß des höchsten Alterthums vorzugsweise wichtigen ansehe.

Man sollte denken, daß Wortformeln sich unmöglich unverändert durch Jahrtausende hinziehen konnten, in denen die Schrift, um sie aufzuzeichnen, fehlte. Aber es ist uns eine Nachricht aufbewahrt worden, wodurch uns mitgetheilt wird, wie die Menschen den Mangel ersetzt haben<sup>1</sup>). Cäsar erzählt uns von den Galliern (Kelten) und von ihren Druiden (VI. 13. 14): Einer der Druiden ist ihr Oberster, der, mit höchster Autorität bekleidet, durch Würdigkeit oder Abstimmung der Druiden, zuweilen auch durch offenen Kampf, zu seinem Amte gelangt. Zu bestimmter Zeit des Jahres lassen sich die Druiden im Gebiet der Carnuten, mitten in Gallien, an geheiligter Stelle nieder: *huc omnes undique qui controversias habent conveniunt, eorumque decretis iudiciisque parent*. Also die Druiden haben auch Rechtsangelegenheiten zu entscheiden. Die Druiden haben nun eine Geheimwissenschaft (*disciplina*), die aus Britannien nach Gallien gebracht sein soll, und wer sie studiren will, reist (zu Cäsars Zeiten) meist deshalb nach Britannien. Die Druiden sind von allen möglichen Lasten, insbesondere auch Kriegsdienst, befreit, und darum gilt Vielen der Druidenstand als erstrebenswerth. So kommen, aus freien Stücken oder von Eltern oder Verwandten gesandt, immer Viele

1) Danach hat das sicher wortgetreue Forttragen auch der ältesten Bedenstücke, der *Eda*, in einer des Schreibens noch nicht kundigen Zeit durchaus nichts Befremdliches.

zum Studium der Disciplin zusammen. Dabei müssen sie eine große Zahl von versus (Versen, Formeln) auswendig lernen, und zu dem Zweck bleiben Manche an zwanzig Jahre in der Disciplin. Nichts darf niedergeschrieben werden, während im Uebrigen griechische Schrift in Gebrauch ist<sup>2)</sup>. Cäsar erklärt diese Unzulässigkeit der Niederschreibung aus der Absicht sicherer Geheimhaltung und der Gedächtnisstärke, da bekanntlich man Niedergeschriebenes leichter vergesse.

Offenbar datirt dies Auswendiglernen der Disciplin aus der Zeit vor der Kenntniß einer Schrift. Es wurde nur, als man später griechische Schrift kennen lernte, als festgewurzelte Institution festgehalten. In dieser Gestalt aber kann die durch Auswendiglernen in der festgeschlossenen Druidencorporation fortgetragene Disciplin, die sich, da die Druiden auch Richter waren, auf Rechtsformeln mitbezogen haben muß, Jahrtausende hindurch, seit dem Bestande der Druidencorporation, in sicherer historischer Continuität bewahrt worden sein. Nun ist freilich eine so festgeschlossene Priestercorporation und so strenge Disciplin bei den Germanen, wo Alles ungebundener auftritt, nicht anzunehmen; also kann man bei ihnen so wortfeste Rechtsformeln, wie wir sie bei den Römern finden, nicht suchen wollen. Aber auch bei den Germanen „scheinen in ältester Zeit die Priester bedeutenden Einfluß auf das Gericht gehabt zu haben“ (Grimm S. 750), und danach können wir auch hier die Priester als Träger sachlich fester Rechts-tradition voraussehen. — Und wie nun im italischen Strange? Die Tradition hat es für die Haupt-

2) Massalia an der Keltenküste ist von den Phokiern in der Mitte des zweiten Jahrhunderts der röm. Stadtrechnung gegründet worden (Mommsen R. G. S. 142). Seitdem mag in langsamer Wanderung der Gebrauch der griechischen Schrift zu den Druiden gelangt sein, wosern nicht auf dem Wege über Hatria und Spina (Mommsen R. G. S. 215) sie ihnen schon früher zugetragen worden ist.

## II.

12 sache erachtet, zu constatiren, daß Rom (abgesehen von den Sacra des Evander) auf die albanischen (d. h. eben auf die altitalischen) Sacra gegründet worden ist<sup>3)</sup>. Daß die römischen Priester eine fest organisirte Corporation waren, die eine Geheimdisciplin in sich bewahrte, ist bekannt. Auch daß sie nicht bloß Wächter der Sacra, sondern auch, als Vorgänger des Prätors, die Leiter der Privatrechtsangelegenheiten waren, steht fest<sup>4)</sup>. Nun habe ich oben gezeigt, daß die altrömische sacrale Intestaterbfolge (für die auch das Wort: „heres“ aus dem Urvolke stammt) ganz genau in der altindischen Erbb'haerbschaft der Sapindafamilie wiedererkennbar ist. Wir haben damit den Nachweis der historischen Continuität mit dem Sacralwesen des indogermanischen Urvolks. Ferner habe ich gezeigt, daß die aqua et igni coniunctio der römischen Priesterehe (confarreatio) sich schon im altindischen Recht findet. Wir haben damit den Nachweis der historischen Continuität der italischen Priestercorporation mit dem Urvolk. Nun ist aber sprachlich und nationalhistorisch das Keltische dem Italischen am Nächsten stehend (Schleicher S. 6: „Italisch und Keltisch sind einander ähnlicher als dem Griechischen“). Danach wird wohl keine kühne Willkür in der Annahme gefunden werden, daß zur Zeit des Mangels einer Schrift die italischen Priester das Auswendiglernen der versus zur Herstellung fester Rechtsstradition gerade so gut exercirt haben wie die keltischen, und daß auf diesem Wege Rechtsformeln aus dem Urvolke her sehr wohl bewahrt werden konnten. —

3) Liv. I. 7: Sacra diis aliis Albano ritu; Graeco, Herculi, ut ab Evandro instituta erant, facit . . . Haec tum sacra Romulus una ex omnibus peregrina suscepit. Von der personificirenden Sage wird Vieles von den sacra auf den alten mythischen Gesetzgeber Numa zurückgeführt, Cic. de rep. II. 14.

4) Fr. 2 §. 6 de or. iur. 2. 2: collegium pontificum, ex quibus constituebatur quis quoquo anno praesesset privatis. Meine Gesch. d. R. S. 7. 8.

Hiernach wird man Folgendes erklärlich finden. Wir haben in Germanischen eine uralte Gestaltung einer Klage, *actio*, die ganz in denselben Punkten auch das römische Recht (und zwar hier: auch in genau festgestellter Formel) darbietet. Sie muß also schon aus dem Urvolk stammen. Im deutschen Recht ist es die *Anefangsklage*<sup>5)</sup>. Sie enthält als die wesentlichen Punkte: a) Anfassen des gegenwärtigen Hausthiers [also bewegliche Sache — und zunächst lediglich construirt für das „Zähmungsverhältnis“, das „dominium“ im ursprünglichen Sinn; — dann erst ausgebehnt auf „unbelebte Sachen“, Grimm S. 591]; b) Behauptung des Eigenthums, c) Beschwören dieser Behauptung, d) Vornahme des Ansprechens vor dem Richter (Priester). — Demgegenüber hat die Grundklage des römischen Rechts [ich gehe hier natürlich nicht in Detailnachweise ein], die *actio sacramenti*, folgende Punkte: a) Anfassen der gegenwärtigen Sache [*mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent*, Gai. IV. 16, also bewegliche Sache, — auf andere offenbar erst übertragen, Gai. IV. 17; *ipsam rem adprehendebat*]; b) Behauptung des

5) Grimm S. 588—591: „Bei Vindication des entfremdeten Hausviehes mußte der schwörende Eigenthümer es mit Hand und Fuß berühren (ansahen). Diese Berührung des gerichtlich angesprochenen Thiers und während geschworen wurde, scheint vom höchsten Alterthum [wie der Hammerwurf oben §. 3 A. 9]; das Hausvieh mußte leiblich mit in den Rechtshandel gezogen werden; man glaubte durch Stillhalten des Ohres und Fußes beständige, durch Wegrücken entkräfte das Vieh den geleisteten Eid“ [offenbar als ein gegen diesen als Herrn *zajmes* oder nicht *zajmes*]. Der Eid geht darauf, daß „der Eigenthümer Gott und seine Heiligen anruft, daß sie ihm helfen, so wahr er des Viehes rechter Eigenthümer sei“; „*per reliquias actor iurabit, animalis nullum dominum praeter se*“. „Auch die Stellung der Hände und Füße ist bemerkenswerth. . . Beide müssen denen beim Hammerwurf verglichen werden und scheinen desto alterthümlicher.“



## II.

12) **Eigenthums**: aio hanc rem meam esse; c) Beschwören dieser Behauptung (sacramentum); d) Vornahme des Anspringens vor dem Magistrat (Priester), in ius adferri adduci<sup>6)</sup>.

Freilich sind beide Klagen, die Anspringklage und die actio sacramenti in den beiden Völkerverträgen allmählig juristisch sehr weit auseinander gegangen. Daß aber ist kein Gegen Grund gegen ihre im Grundbau völlig identische Construction<sup>7)</sup>. Auch in Betreff des Anlasses, der in den Urzeiten vorzugsweise zur Klage führen mußte, Diebstahl und Auffuchung der gestohlenen Sache, um dann die vindication vornehmen zu können, besteht die schon von Grimm S. 640—642 und Klenze S. 119 Anm. 3 hervorgehobene Identität des Rechts der Hausfuchung [„ransak“ — „lance et licio“ vgl. Bruns font. p. 28 n. 15], die sich hier auch auf das griechische Recht erstreckt<sup>8)</sup>.

Wir haben hiermit (ein ungemein wichtiges Moment für

6) Danach dann auch für nichtcontentidse Uebertragungsacte verwendet als in iure cessio: a) Anfassen der Sache (rem tenens); b) Behauptung des Eigenthums: aio hanc rem meam esse [der Eid fällt hier weg, da kein Streit ist, indem der Gegner schweigt]; c) Vornahme des Anspringens vor dem Magistrat: apud magistratum . . eam rem addicit. Gai. II. 24. Vgl. diese Studien III. S. 268 N. 4.

7) Finden wir eine gemeinsame Klageeinleitung, so kann es nicht Wunder nehmen, daß auch eine eigenthümlich rechtsactliche Sitte, das Zupfen am Ohr zum Zeichen der Zeugenherzuehung [Grimm S. 887 erklärt das Wort „Zeuge“ als: entweder der „Zugezogene“, oder geradezu: der „Ohrgezogene“], sei es für die Proceßeinleitung, sei es zu anderen Rechtsacten, eine germanisch (Grimm S. 143—146) und römisch (Horat. Sat. I. 9. 75—77) gemeinsame ist. Man darf nicht, wie Grimm S. 146 richtig sagt, die germanische Sitte aus der römischen herleiten wollen; — beide stammen aus einer gemeinsamen Urquelle her.

8) Eine Folge der Uebereinstimmung in der actio ist, daß auch die Einleitung des Proceßes im germanischen (mannire) und römischen Recht (in ius vocatio) gleichartig gestaltet ist; Grimm S. 842. [Aehnlich auch bei den Griechen: Hermann §. 140 N. 2. 3.]

eingehendere Untersuchungen) aus dem indogermanischen Urvolke her zwei Handlungen zur Bethätigung des Rechts constatirt: a) den Hammerwurf<sup>9)</sup>, Waffenwurf, *iactus lapilli*, zur Feststellung der Grenzen; der, wenn auch sich auf das seit dem Völkereinzug gewonnene Ländergebiet beziehend, doch als Rechtshandlung schon von früher her im Volke feststehen mußte. In den stabiler werdenden Grundverhältnissen lag die Ursache, daß er allmählig verkümmerte. b) Die *actio aio rem meam esse* in Betreff beweglicher Sachen, vor dem Oberen (Priester, Magistrat), unter Anfassung der Sache. Diese *actio* (*ἀγωγή*)<sup>10)</sup>, die dann der Kern der Entwicklung des römischen Processes geworden ist, hat demnach schon Jahrtausende existirt, ehe sie römische *legis actio* wurde.

§. 13. — C. Die *actio* ist nach dem Bisherigen nur: die 18 den Wettkampf u. s. w. beginnende Bethätigungshandlung der wohlervordenen Befugniß. Ich sage hier absichtlich nicht: des „Rechtes“. Denn Recht in unserem heutigen Sinn, als eine vom Staat mit äußeren Zwangsmitteln versehene Befugniß, giebt es im indogermanischen Urvolke noch gar nicht. Das ist eben erst Product einer Entwicklung von Jahrtausenden, die wir durch

9) Daher die deutsche Redensart: „Der wirft das Beil zu weit“ (behauptet zu viel) s. Altdeutscher Witz u. Verstand (Bielefeldt. Velh. & Claf. 1877) S. 192.

10) Curtius 117: Stt.: *agami* gehe, treibe, schwinde, *agas* Treiber, *agman* Zug, *agmes* Bahn, Zug, *agis* Wettlauf; Id. *az*, führen, treiben; *azra* Jagd; Gr. *ἀγω*, *ἀγνέω* treibe, führe, *ἀγός*, *ἄκτωρ* Führer, *ἀγών* Wettkampf, *ἀγυιά* Straße, *ἄγμος* Zeile, *ἄγρα* Jagd; Lat. *ago*, *agmen*, *agilis*, *actor*, *actio*, *actus*; Altin.: *aka* (*ago*); Altir. *atomaig* *attotáig* *atobaig* (*adigit* me, te, vos). — In beiden Handlungen, dem Waffenwurf und der *actio*: *aio rem meam esse*, liegt gleichmäßig der allgemeine Gedanke, daß man seine Ansprüche durch Waffenkraft geltend macht und aufrechthält; — derselbe Gedanke, der im Völkerrecht noch jetzt herrscht. — Vgl. auch den Zus. a. Schluß d. Festes.

## II.

13 genaue Untersuchung in ihren einzelnen Momenten darzulegen verpflichtet sind. Äußerer Rechtsschutz existirt im Urvolk noch nicht, man schützt sich selbst, und rächt alle Kränkungen selbst. Die actio ist nur die Einleitung und also Stück des damit beginnenden Wettkampfes, hinweisend auf eine noch frühere Urzeit, wo man überhaupt nach erlittener Kränkung gleich den Kampf begann. Gegenüber dem reinen Kampfszustand trägt sie schon einen außerordentlichen Fortschritt zu höherer Gesittung in sich. Der Gekränkte tritt zur Einleitung des Kampfs mit dem Gegner vor den Oberen (Priester), die Behauptung seiner „Fugniß“ im Widerspruch zum Gegner wird genau constatirt, und durch den Schwur wird der Streit, für den es noch kein ius giebt, unter das fas gestellt. Den Streit entscheiden kann kein Mensch, kein Richter. Durch den Schwur ruft man die Götter herbei, die Streitenden beginnen darauf den physischen Kampf, und im Siege bethätigt sich der Spruch der Götter. Nach der Auffassung des indogermanischen Urvolks wird jeder Proceß durch Kampf und Gottesurtheil entschieden. Dieser Kampf ist nicht mehr der rohe unregelte, er ist der ordnungsmäßig zur Herabholung des Götterwillens eingeleitete „Wettkampf“. — Sehen wir, welches Material zum Erweise dieser Sätze vorliegt.

1) Ich beginne die Erörterung mit einem kurzen Hinblick auf das, was ich, um andere Wörter, die schon festen Sinn haben, nicht zu verwenden, das Gebiet der „Unthaten“ nennen will. Das römische Recht bezeichnet die denkbaren Folgen derselben mit drei Ausdrücken<sup>1)</sup>: a) Animadversio. Diese geht von dem Inhaber einer potestas aus. Wenn auch diese potestas selbst (§. 7 Nr. 1) in ihrem Ursprunge entschieden altindogermanischen Bestandes ist, so erscheint doch Alles, was in dieser Hinsicht das

1) Vgl. Danz R. G. 2. Aufl. II. §. 187.

römische Recht enthält, als specifisch italisch und römisch, worauf ich, nach den Zwecken die ich hier verfolge, nicht eingehe (s. Danz Nr. III). Nur das möge erlaubt sein zu bemerken, daß das deutsche alte Recht einen parallelen Begriff hatte<sup>2)</sup>. b) Poena [Sühne]. (Danz Nr. II.) Hierbei „wird das genus peccati untersucht (causa dicitur), das Urtheil lautet auf schuldig oder nicht schuldig. Bei schuldig folgt Art und Höhe der Strafe aus dem genus peccati, auf dieses Verbrechen lautet das Urtheil“ z. B. tibi perduellionem iudico (Liv. I. 26). Das Wort poena (ποινή = Buße) stammt nicht aus dem indogermanischen Urvolk, und es ist gewiß richtig, danach mit Mommsen und Curtius (373) den Ausbau des Pönalsystems für eine „gräco-italische“ Leistung zu erklären. Dabei ist aber doch die Einschränkung zu machen, daß im Germanischen auch schon ein gleichartiger Kern besteht<sup>3)</sup>, nur daß dort „im Alterthum die Anwendung der Strafe auf den freien Mann Ausnahme war“ (Grimm S. 759). Eine beim Hängen vorkommende äußere Sitte, die der Verhüllung des Hauptes, findet sich im römischen Recht<sup>4)</sup> wie im deutschen (Grimm S. 684), und führt uns auch hier auf einen uralten Zusammenhang. c) Vindicta (Danz Nr. I). Für diese besteht entschiedener Zusammenhang aus dem Urvolk her<sup>5)</sup>, aber die Wege in Betreff derselben sind

2) Tacit. Germ. 7 (von den reges und duces sprechend, fährt fort); ceterum neque animadvertere neque vincire nec verberare quidem nisi sacerdotibus permissum: non quasi in poenam, nec ducis iussu, sed velut Deo imperante quem adesse bellantibus credunt.

3) Tacit. Germ. 12: Licet apud concilium accusare et discrimen capitis intendere. Distinctio poenarum ex delicto: proditores et transfugas arboribus suspendunt cet.; — s. unten §. 14 A. 1.

4) Liv. I. 26: Bei der Perduellion die „lex horrendi carminis“: caput obnubito: infelici arbori resta suspendito.

5) Sie reicht überhaupt ganz über das Indogermanische hinaus, worauf ich aber nicht eingehe. P. 247—249.

## II.

18 weit auseinander gegangen. Im erstabgezweigten Völkercorplex, bei den Germanen, hat die Vindicta (das „Ansagen der Gewalt“ oder des Kampfes an den Thäter) noch am offensten den alten Boden wenigstens theilweise behauptet<sup>6)</sup>. Bei den Italikern sind nur noch spärliche Ueberreste erkennbar. Bei den Griechen tritt die Vindicta etwas schärfer in dem Ueberbleibsel hervor, daß „im Fall einer Verwundung oder eines Todtschlages die *προσήκοτος* oder *οίκτιοι* das vorzügliche Anrecht hatten den Thäter vor Gericht zu ziehen“ (Klenze S. 152). Bei den Indern hat der Staat die Familie allmählig so herabgedrückt, daß „von der Blutrache oder Mordsühne das indische Recht, soweit es uns zugänglich ist, eine bedeutende Anwendung nicht kennt“ (Klenze S. 136).

Verweilen wir noch bei den germanisch-römischen Zuständen. Bei den Germanen tritt es ganz deutlich hervor, daß die Art, wie das Gemeinwesen die Blutrache mildernd und allmählig bei Seite schiebend<sup>7)</sup> auftritt, das der Zeit nach Spätere ist. Wir haben uns also eine Vorzeit zu denken, in der für Alles, was man damals als persönliche Kränkung ansah [was also außerhalb des engen Gebietes fällt, in dem das Gemeinwesen schon in der ältesten Zeit (s. Nr. b) sich zum Nehmen directer Strafe aufrafft], der Gekränkte mit dem Verleger kämpft, um im Siege das richtende Gottesurtheil zu finden. Das Gemeinwesen führt dann mildernd das Compositionensystem ein, worin ein doppeltes selbständiges Moment liegt: einestheils wird die Unthat für eine gleichzeitig auch das Gemeinwesen schädigende erklärt, und andernteils wird es zur Wahl für den Gekränkten gestellt, ob er seine Rache oder ob er die Composition nehmen

6) Auch die Kelten kennen den Zweikampf; Mommsen R. G. S. 325.

7) In manchen Volkskreisen hat sich ja die „Vendetta“ trotz alles Wegeringens des Staats und des Christenthums noch bis in die neueren Zeiten fortgezogen.

wolle. Gerade in diesem zur Wahl Stellen erkennt man, daß das Gemeinwesen noch nicht die Kraft hat, die in allen Gemüthern eingewurzelte Vindicta aufzuheben; daß es sie fortbestehen läßt, aber ein milderes, humaneres System daneben stellt, das man allerdings, gegenüber der früheren Meinherrschaft der Vindicta, für „heilsam und unentbehrlich“ (Grimm S. 647) erklären muß<sup>8)</sup>. — Der Gedanke der Talion, der noch in den späteren Zeiten seine Nachwirkungen gehabt hat, ist als erwachsen gar nicht denkbar auf dem Gebiete der Animadversio oder der Pöna; er kann lediglich dem Urgebiete der Vindicta angehören. Die Vindicta ist nicht Sühnung sondern gleiche That wegen gleicher That: Seele um Seele, Auge um Auge, Zahn um Zahn, Wunde um Wunde. Sie findet ihren Boden in dem oben erörterten Kriegsstandpunkt und der strengen mit gleichem Maas messenden aequitas (§. 9). Hast du mir diese Kränkung zugefügt, so füge ich dir die gleiche zu<sup>9)</sup>.

8) Grimm S. 622: „Gezigtelt wurde die Ausübung des Fehderechts durch das Volksgesetz, welches für jede Verletzung bestimmte Bußen ordnend in des Verletzten Wahl stellte, ob er sich auf Selbstgewalt einlassen, oder die angewiesene Vergeltung fordern wollte. Forderte und erhielt er sie, so war alle Feindschaft niedergelegt . . . Die Kraft roher Freiheit stützte es und wollte nichts Anderes als Ausöhnung der geschenehen That. Weil aber die verletzende Handlung zugleich den gemeinen Frieden brach, eignete das Volk sich einen Theil der Buße zu.“ — Am Prägnantesten tritt der ursprüngliche Standpunkt der Vindicta und die nur mildernd vorgeschobene Compositionsmöglichkeit (die „Beilegung“ der Vindicta) im Hauptfall, bei der Mordklage, hervor. Grimm S. 874: „Der dem Blutrrecht oblag erschien bewaffnet mit bloßem Schwerdt vor dem Richter und den erschlagenen Leichnam mit sich führend. Die Klage war auf Entrichtung der Mordbuße oder wenn sich der Thäter weigerte, auf Kampf und Fehde gegen ihn gestellt. Die Verwandten des Getödteten“ [sie nehmen Theil an der Vindicta wie auch im griechischen Recht, s. ob.] . . . traten freitgerüstet auf.

9) Sehr richtig sagt Grimm S. 647 A. \*: „Bei den Deutschen war

II.  
13

Bei den Römern besteht durch den italischen Völkerstrang hindurch bis in den Fehdezustand des Urvolks hinein nur noch dunkle Kunde. Zunächst das Wort *vindicta*: „Gewaltanfügung“; dann aber die bekannte Stelle der 12 Tafeln: *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* [Bruns font. p. 25 n. 2], weisen darauf hin. In der vom Gemeinwesen festgestellten Strafe hat an sich der Gesichtspunkt der Talion gar keinen Sinn; das Gemeinwesen fordert Sühnung, zum Zweck der Wiederherstellung des gemeinsamen Friedens (d. h. des Zustandes der absoluten Kriegsnegation)<sup>10)</sup> (§. 8 X. 7); dazu kommt man nicht dadurch, daß man dem Thäter Gleiches thut, als er that. Der Standpunkt der *Vindicta* ist dagegen der Kriegszustand; also gleiches Uebel mit Gleichem vergelten<sup>11)</sup>, wofern nicht ein *pactum zur pax* (§. 8 X. 6) geführt hat (vgl. auch Danz S. 182). Es sind hier von Urzeiten her zwei ganz verschiedene Grundbegriffe vorhanden, die wir freilich jetzt anders bezeichnen. Friede im Sinn von „Sippe“ würden wir heutzutage nur bezeichnen können mit: „verfassungsmäßige“ Kriegsnegation, mag diese Verfassung in der natürlichen Gliederung der Familie; der Verwandtschaft; in der auf geschichtlicher Entwicklung ruhenden Constitution eines Staats; oder in einer auf

dies (die strenge Talion) nur im Fehdezustand möglich, d. h. wenn der Beleidigte keine Buße forderte, oder der Beleidiger die geforderte nicht zahlte“.

10) Auch von diesem Gesichtspunkte aus kann man zu dem Resultate kommen, daß der Mörder hingerichtet sei, aber auf Grund der ganz anderen Argumentation, daß ohne Vernichtung des Uebelthäters eine Versöhnung des gebrochenen Friedens nicht herstellbar ist.

11) Festus v. Talionis: *permittit lex parem vindictam*. Isidor. Or. V. 27, 24: *Talio est similitudo vindictae, ut taliter quis patiatur ut fecit. Hoc enim et natura [d. h. die ursprüngliche natura rerum, wonach es nur Selbstschutz gab] et lege institutum est, ut laedentem similis vindicta sequatur.*

nationaler Basis ruhenden Bundesstaats- oder Staatenbunds-<sup>12</sup> 13  
 verfassung bestehen<sup>12</sup>); dagegen Friede im Sinn von „pax“  
 dürften wir eigentlich nur als „Kampfesabschluß“ bezeichnen; es  
 ist der Zustand souverain einander gegenüber stehender Gewalten.  
 So stehen noch heute im Völkerrecht die souverainen Mächte, so  
 standen aber in den Urzuständen der Völker rücksichtlich der Frage  
 von der Privatkränkung die „freien Männer“ einander gegen-  
 über<sup>13</sup>). Unter souverain neben einander stehenden Kräften, die  
 keine Verfassung zur „Sippe“ vereinigt, kann Krieg erlaubt ja  
 geboten sein, aber sie können den Krieg durch pactum schließen,  
 bis neuer Anlaß neuen Krieg hervorruft.

§. 14. — 2) Wenn wir finden, daß in der indogermani- 14  
 schen Urzeit sogar die „Unthaten“ als ein Gebiet dastehen, um  
 das sich das Gemeinwesen nicht kümmert, sondern das es der  
 Vindicta des Einzelnen überläßt, so ist damit erwiesen, daß man  
 damals sich zu dem Begriff, den wir jetzt haben, noch nicht em-  
 porgearbeitet hatte, solche Unthaten seien Störungen des Gemein-  
 wesens. Zur Erringung dieses Begriffs war eben der erste  
 Schritt, daß man diese Unthaten unter das Compositionensystem  
 stellte. Damit begann der große Entwicklungsgang, daß die  
 Vindicta immer mehr vom Gemeinwesen zurückgeschoben wurde,  
 und daß allmählig in dem zum wirklichen Staat erstarkten Ge-  
 meinwesen auch wieder das Compositionensystem durch den, aller-  
 dings schon aus sehr alten Zeiten herstammenden aber anfangs  
 sehr eingeschränkten Strafbegriff (= Sühnung, Herstellung des  
 gemeinen Friedens) absorbiert worden ist.

12) Die hiergegen von den der Verfassung Unterstehenden gebrauchte  
 Gewalt fällt nicht unter den Begriff des Krieges („purum piumque duellum“,  
 vgl. §. 14 A. 5), sondern unter den dogmatisch ganz anders zu formulir-  
 enden der „Revolution“.

13) Dies „pacere“ der 12 Tafeln ist also begrifflich dasselbe wie die  
 germanische „Beilegung“, Composition (Anm. 8).



II.  
14

Für die Urzeit können wir jenen Satz der *Vindicta* auch so ausdrücken: die den freien Mann kränkenden „Unthaten“ gelten noch als Privatangelegenheiten. Dabei ist es denn aber schlechterdings undenkbar, daß das, was wir noch jetzt Privatangelegenheiten nennen, in der Urzeit schon unter irgend welchem Rechtsschutze des Gemeinwesens hätte stehen können<sup>1)</sup>. Das sind alles Dinge, die die zu höherer Ordnung und Befestigung aufstrebende indogermanische Völkerverfamilie erst nach langer schwerer Arbeit erlangt hat. Aber darin liegt, daß, wenn wir überhaupt uralte Zustände verstehen wollen, wir nicht durch eine leicht fertig gemachte allgemeine Theorie unsere jetzigen Begriffe in die alten

1) Die Anschauung des hohen Alterthums ist also diese: So weit sich schon unter gemeinsamen Göttern eine vollstiche festgeordnete Symmachie (ein gemeinsames *daellum*) entwickelt hat, in soweit besteht eine [„verfassungsmäßige“] Sippe (im alten Sinn = Frieden), ein „*Tunen*“ (§. 8 A. 7). Was als Verletzung dieses Gemeinwesens erscheint, das straft auch schon das Gemeinwesen, freilich aber sind das anfangs nur wenige Punkte. So namentlich: bei den Germanen, Tac. Germ. 12: *proditores et transfugas arboribus suspendunt*, und: bei den Italikern besteht die alte „*lex horrendi carminis*“ (Liv. I. 26) über *perduellio*: *infelici arbori resto suspendito*. Hier handelt es sich nicht um *Vindicta*, sondern um Sühnung des gebrochenen Friedens. — Alles Uebrige dagegen liegt noch im Reichthum des freien Mannes [der „*Privatsouverainität*“]. Fühlt hier Einer eine „*iniuria*“, einen „*Hohn*“, so schützt er mit seiner Familie sich selbst gegen den Kränkenden, und indem er ihm Fehde (*vindicta*) ansagt, bricht er keine Sippe, keinen „*Frieden*“; hier wird also ein ganz gerechtfertigter Kampf ausgefochten. Frieden (= Sippe) ist erst wieder im Kreise der unter eigenen Göttern stehenden Familie (= Sippe); die Heiligkeit des „*Hauses*“ (§. 7) duldet in dessen Bereich keine *Vindicta*. Und gerade von diesem Frieden der Familie her, hat sich überhaupt erst der Friedensbegriff des vollstichen Gemeinen Wesens entwickelt. — Der große Gang der Ausbildung der indogermanischen Gesellschaftsorganisation ist der, daß der Frieden des Gemeinen Wesens die durch den Umfang der *Vindicta* bezeichnete *Privatsouverainität* des „*freien Mannes*“ allmählig verdrängt, und Alles unter den Frieden des Staats gestellt hat.

Zeiten hineinragen dürfen, die von denselben noch gar keine Ahnung hatten. 14

Hiermit sind wir zu folgendem Resultat gelangt: daß, was wir jetzt Privatangelegenheiten nennen, war anfangs, wie die *vindicta* der „Unthaten“, lediglich unter den Selbstschuß des Kampfes gestellt. Also es gab noch nicht die Scheidung von dinglichem und persönlichem Recht, dinglichen und persönlichen Klagen, es gab den einen einzigen Begriff der persönlichen Kränkung. Fühlt man sich gekränkt, so ist die Folge der Kampf gegen den Verlezer<sup>2)</sup>. Aber es erscheint schon als ein gewaltiger Fortschritt in der Gesittung, daß das indogermanische Urvolk nicht mehr den unregelmäßigen Kampf, sondern die ordnungsmäßige Klage (*actio*), und damit den Wettkampf kennt. Und wir bemerken bereits eine gewisse Gliederung der Klagen: wenigstens zwei Klagenwendungen. Die eine habe ich schon als dem Urvolk angehörig nachgewiesen, die *actio: aio rem meam esse* mit vor den Richter gebrachter beweglicher Sache.jene andere: die Mordklage mit vor den Richter gebrachtem Leichnam (§. 13 A. 8) ist offenbar so gleichartig construirt und betrifft einen so nothwendig der Urzeit angehörigen Fall, daß wir beiden wohl ungefähr gleiches Alter zuschreiben müssen.

bleiben wir aber fortan bei der Privatklage: *aio rem meam esse*<sup>3)</sup> und dem dadurch veranlaßten Proceß.

2) Ist der Angegriffene des Kampfes nicht selbst fähig, so kann ein Anderer für ihn den „Kampf aufnehmen“ (*vindex*); vgl. auch Grimm S. 929.

3) Das uralte Herkommen dieser Formel beweist namentlich das alterthümliche Wort *aio*. Daß dasselbe aus der indogermanischen Ursprache stammt, ist sicher. Curtius 611: Skt. Perf. 3 S. *āha* er sprach, spricht; Gr. *ἦμι* sage (3. S. dor. *ἦτι*, aeol. *ἦσι*, Impf. 1. S. *ἦν*, 3. S. *ἦ*; Lat. *aio*, adagium, adagio(n); Umbr. *aitu* (dicito). — Von dieser uralten Formel stammt der allgemeine Gebrauch des Ausdrucks „*meum est*“ = es steht in meinem Eigenthum. Vgl. das germanische: *svés*, *suás*; Grimm S. 491.

II.  
14

a) Man darf in diese alten Zeiten noch nicht den Gedanken einer dinglichen Klage hineinbringen. Die Klage ist nach dem Hauptfall, der weggenommenen (insbesondere gestohlenen) beweglichen Sache (insbesondere Hausthier) construirt, aber daß es die Klage zum Schutz eines dinglichen Rechts sei, würde einem Mann der damaligen Zeit etwas vollständig Unverständliches gewesen sein. Der Urbegriff ist: der Mann fühlt sich gekränkt; er nimmt den Gegner, führt ihn mit dem körperlichen Object, worauf die kränkende Handlung gerichtet war, vor den Richter; beschwört, wenn der Gegner leugnet, sein Recht zu den Göttern, daß sie ihm in dem nachfolgenden Kampfe beistehen mögen. Eine weitere Specialisirung der verschiedenen Rechte gehört erst viel späteren Zeiten an. — Die Momente, die uns im römischen und deutschen Recht auf diese alte Auffassung hinweisen, sind folgende: als ersten Begriff der Injurie führen die Römer an (fr. 1 pr. de iniur. 47. 10): *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter.* Aus der Injurie geht eine *vindictam spirans actio* hervor. Man ist jetzt gewohnt, das lediglich in dem späteren verengten Sinn zu verstehen. Aber wörtlich übersetzt heißt es nichts als: Klage wodurch die Gewalt, der Kampf angefangt wird, d. h. also ganz dasselbe, was wegen „Unthaten“, wie Mord, angefangt wurde und dort ebenfalls *vindicta* hieß. Aber weiter: bei der *actio: aio rem meam esse* wird wiederum dasselbe Wort (und zwar in der uralten Formel selbst) gebraucht; Gai. IV. 16: „*ecce tibi, vindictam imposui*“. Dieses Zusammentreffen des Wortes in dieser ältesten Zeit, wo das gesprochene Wort [das *fari*; §. 16 X. 3] eine Bedeutung hat, von der wir uns in unseren schreibseligen Zeiten kaum noch eine Vorstellung machen können, — kann nichts Zufälliges, Un-  
[„Eigen“ = *proprium* tritt erst später und in beschränktem Sinn hervor; Grimm S. 492.]

bedeutendes sein <sup>4)</sup>. Es zeigt, daß die Mordklage, die Injurienklage und die Klage *in rem meam esse* nur verschiedene Anwendungen einer einzigen Urform sind: der *actio*, in der man vor dem Richter sein behauptetes Recht dem Gegner gegenüber constatirt („Gewalt ansagt“), sich und ihm durch Schwur das Gottesurtheil auf's Haupt zieht, und somit den „Wettkampf“, d. h. den unter den Augen der Götter vollzogenen Kampf zur Constatirung des Götterwillens, einleitet <sup>5)</sup>. Die beiden Sätze: des Ulpian über Injurie: „*hoc generaliter*“, und des Gaius IV. 13: „*sacramenti actio generalis erat*“, sind danach für die Urzeit völlig zusammentreffend. Ihr Umfang ergibt sich aus dem der *vindicta*, und diese ist: Kampfansage unter Schwur zur Ermittlung des Götterurtheils durch den Kampf. Die *actio sacramenti* war von jeher *generalis*; sie war nach dem Haupt-

4) Es kann also nicht *vindicta*: dort Rache, hier Klage wegen „Ver-gewaltigung“ (Mommsen R. G. S. 152) bedeuten, sondern beide Punkte müssen in gemeinsamem Sinn (Kampfansage) ursprünglich zusammentreffen und erst später auseinander gegangen sein.

5) Ganz gleichartig construirt ist die staatliche Kriegseinleitung durch den Fetialen Liv. I. 32; a) Constatirung der Rechtsbehauptung (hier fehlt nur der leitende Obere) gegenüber dem Gegner, und Ansage des Kampfes „*vim dicere*“, hier „*condicere*“ genannt; „*puro pioque duello quaerendas*“); b) Anrufung der Götter, daß die eigene Behauptung richtig, die des Gegners unrichtig sei, also damit Stellung der Sache unter das *fas* „*audiat fas*“, d. h. Provocation auf das Götterurtheil; c) Beginn der factischen Durchführung des eigenen Rechts durch den „Waffenwurf“ §. 12 a. G. — Vgl. diese Studien III. S. 257 ff. — Dieses Fetialrecht der Kriegseinleitung giebt Livius als: *ius ab antiqua gente Aequicolis* (vgl. Mommsen R. G. S. 37), *quod nunc fetiales habent, descriptum, quo res repeterentur*. Wir werden, da der „Waffenwurf“ dabei vorkommt (der auch im Germanenthum dem „Urältesten“ zugehört), diese Formeln, lange vor aller „Niederschreibung“ durch „Auswendiglernen“ der Priester, als schon aus dem indogermanischen Urvolke hergetragen anzunehmen haben.

Zeits. civ. Studien IV.

## II.

<sup>14</sup> fall, dem der Eigenthumsbehauptung an beweglichen Sachen, ursprünglich construiert, aber sie umfaßte auch alle anderen Fälle der „Injurie“ im alten Sinn. Man darf dies nicht so fassen, daß sie eine persönliche Delictsklage (im Gegensatz der dinglichen Klage) gewesen wäre; weder der Begriff von *crimen* noch von *delictum* noch von Privatverletzung war schon specialisirt. Es geht alles Drieß auf in dem unarticulirten Begriff der „Kränkung“.

Dieser Satz: „Die *actio* auf Wettkampf zum Götterurtheil fällt zusammen mit dem Umfang der *vindicta* oder *iniuria* im alten Sinn,“ — trifft genau überein mit dem was Grimm S. 622 aus der Sprache über die älteste germanische Anschauung ermittelt hat: „Wer sich vergreift an Leib, Gut und Ehre des Anderen „höhnt“, schmälert, schädigt ihn und die Seinigen. [Will man absehen von der jetzt sehr eingeschränkten Bedeutung des Wortes: Hohn (Spott, Ironie), und erwägen, daß das *Abgihonon* Afs. *gehynan* viel allgemeiner heißt: kränken, schädigen, erniedrigen, unterdrücken, so werden die Ausdrücke des fries. Rechts *hana* für den Verletzten *hane* für den Verlezer, Schuldner, bezeichnend erscheinen.] Hohn und Schmach duldete kein Freier auf sich, ungehindert durfte er mit seiner Freunde Beistand gegen den Beleidiger Fehde erheben, Rache nehmen [oder (nach dem späteren Compositionensystem) Sühne erzwingen“]. S. 646: „Das natürliche Gefühl nach empfangener Beleidigung war Rache, Vergeltung, Sühne; der Flecken sollte getilgt und abgewaschen werden, dem Beleidiger eine wenigstens gleich hohe oder höhere Schmach widerfahren, es entsprang offene Fehde und Feindschaft.“

Der römische Injuriant ist der germanische *hane*, der Injurierte der *hana*, die römische „*vindicta*“ die deutsche „Fehde“<sup>6)</sup>.

<sup>6)</sup> Gleichartig auch der ältere griechische Standpunkt. Die „*dictio*“ oder „*condictio*“ (vgl. Anm. 5) des Rache-Kampfes [Curtius 14: St.

§. 15. Ich muß hierbei noch auf eine besondere Frage näher eingehen. Können wir in diese generalis sacramenti actio der Vorzeit auch Verträge rangiren? —

Ich berühre damit zugleich die in unserer Wissenschaft vielbesprochene Frage von der „verbindenden Kraft der Verträge“. Hat es in dem indogermanischen Urvolk schon bindende Verträge gegeben? Das Wort, aus dem das römische pactum, pacere und pax hervorgewachsen ist, findet sich schon (vgl. §. 8 Anm. 6; Curtius 343: Skt. paçajâmi binde, Zd. paç binden). Aber technische Wörter für Vertragsgestaltungen sind noch nicht da. Man wird indeß nicht zweifeln können, daß schon ein „Sichbinden“ beim Friedensschluß nach geführtem Kriege mit einer fremden Völkerschaft, ein pacere zur Beilegung der vindicta (woraus dann allmählig das Compositionensystem erwachsen sein wird); ja daß auch schon sonst unter den „freien Männern“ ein vielfaches pacere über Vermögensleistungen vorgekommen sein wird. Die Ursprache kennt ja den Kaufpreis (§. 10; Skt. vasnâs); wie nun, wenn unter zwei Volksgenossen nicht ein Realkauf, sondern nur eine Verabredung über Sache und Preis statt gefunden, und der Verkäufer seine Sache geleistet, den Preis aber nicht erhalten hatte? — In der Art, wie die Frage von der bindenden Kraft der Verträge in unserer Wissenschaft behandelt wird, liegt meiner Ansicht nach ein dogmatisch-analytischer Fehler. Zunächst mischt man

δικάμι zeigen, δική Richtung; Gr. δίκνομι, δεξις, δίκη; Lat. dico] ist die griechische δίκη = Privatklage. Passow Gr. Wörterb. v. δίκη: „δικήν έγω, ich habe meine Genugthuung, Sühnung oder Rache empfangen: δικήν δικάω ich verfolge mein Recht, verklage; dagegen δίκην φεύγω, der Klage zu entfliehen suchen, verklagt sein, welcher Sprachgebrauch aus der frühesten Zeit herrührt, wo jeder sich selbst sein Recht nahm, der Beleidigte also den Beleidiger verfolgte, und dieser jenes Rache zu sühnen hatte.“

## II.

15 ethische Elemente ein<sup>1)</sup>. Nun ist freilich die sittliche Bedeutung der Maxime der Wahrhaftigkeit eine sehr hohe, und auch der Erfahrungssatz, daß schließlich die Wahrhaften am Besten fahren, von sehr Vielen anerkannt. Aber nehmen wir Beispiele aus unserer Gegenwart des Völkerrechts. Hier, wo über den souveränen Staaten eine höhere „Hyperpoliteia“ mit äußerer Zwangskraft sich noch nicht organisiert hat, was bedeuten internationale Verträge? Sie werden gehalten, so lange sie dem Interesse des einzelnen Staates gemäß sind, oder er in Furcht ist vom anderen Paciscenten für den Vertragsbruch gezüchtigt zu werden; sie werden zerrissen, wo sie dem eigenen Interesse zuwiderlaufen, und der einzelne Staat sie glaubt ungestraft zerreißen zu können. — Also die bloße Maxime der Wahrhaftigkeit und die tausendjährige Erfahrung seiner Vortrefflichkeit machen es nicht. Aber im Privatrecht haben wir jetzt eine über den Einzelnen stehende Macht von positivem Herkommen und Gesetz, die nach ebenfalls schon tausendjährigen Erfahrungen den ethischen Grundsatz: grave est sibi fallere in gewissen Grenzen auch in's positive Recht aufgenommen hat; davon werde ich unten bei der Aequität sprechen (vgl. Beil. Nr. A II). Ich behandle hier Zeiten, wo diese Aufnahme noch gar nicht stattgefunden hatte, also (unseren heutigen gegenseitigen Staatenbeziehungen parallel) unter den freien Männern für ihre Privatangelegenheiten noch kein Zwang seitens des Gemeinwesens organisiert war, wo Alles sich durch die vindicta regulirte. Hier wird rücksichtlich der bindenden Kraft der Ver-

1) So noch neuerdings Schloßmann Vertrag (1876) S. 308: „Treu und Glauben sind ein durch die socialen Verhältnisse einer gewissen Culturstufe gerechtfertigtes vernünftiges Fundament menschlichen Handels und Wandels. — Die Besorgniß, durch eigene Unzuverlässigkeit sich auch die Hilfe Anderer zu verschmerzen, hat die Menschen dazu geführt, die Wahrhaftigkeit sich zur Maxime zu machen.“ — Das ist doch nur der Spruch „ehrlich währt am längsten“.

träge die Frage von vorn herein falsch gestellt, wenn man in den Verträgen selbst irgend ein mystisches Etwas sucht, aus dem ihre verbindende Kraft zu deduciren wäre. Es ist das nur ein Ueberbleibsel des früher herrschenden Naturrechts. In Wirklichkeit aber liegt die Sache so, daß der Vertrag dem Zusageerhaltenden nur einen „wohlerworbenen Anspruch“ gewährt, so wie Occupation und Kauf eine wohlerworbene Eigenthumsbefugniß erzeugen; d. h. der Vertrag enthält nur die „Dhysis“ des Verhältnisses. Zwangskraft aber geht nicht aus dem Inhalte des Vertrages hervor, sondern muß als etwas Aeußeres zum Vertrage herzutreten. Zwang ist eine reale Macht, Zwangskraft hat nur das was reale Macht hat. Nun giebt es nach der „natura rerum“ drei zwingende Kräfte. α) Alles was in einem realfactischen Zustand seine Vollziehung findet (die Ehe im factischen Zusammenleben — occupirtes, specificirtes, im Realkauf erworbenes Eigenthum im Besiß, — der Staat im factischen Innehaben des Territoriums), hat im factischen Bestande die reale Macht der vollendeten Thatsache. Es ist leichter das Bestehende sich zu bewahren, als das Nichtbestehende einem Anderen abzurufen. Das ist ebenso naturalis ratio, wie es auf realer Naturordnung beruht: ut alius possideat alius a possidente petat (§. 2 Nr. 3. a). Also: ebenso wie unter den Staaten schon bloß der Besißstand ein gewisses s. g. „Europäisches Gleichgewicht“ erzeugt, das sich durch seine eigene Schwere erhält, so tragen vollzogene Ehe, im Besiß vollzogenes Eigenthum schon durch den factischen Bestand des Realisirtheits einen gewissen Schutz in sich, der Alle, die nicht die Schwierigkeit des Umstoßens unternehmen wollen, dahin führt, das Bestehende neben sich gelten zu lassen. β) Zwangskraft dagegen, welche die Erfüllung einer gegebenen Zusage auf etwas zu Leistendes effectuiren soll, muß gerade auf Aenderung des bisherigen factischen Zustandes gerichtet sein; sie ist nur denkbar als Zwang von Seiten des Gemeinwesens oder



## II.

15 von Seiten des Zusageerhaltenden. Nehmen wir jenen als noch nicht vorhanden an, so bleibt nur dieser übrig.

Diese Selbsterzwingung der eigenen wohlervordenen Ansprüche ist das in unserem heutigen Völkerrecht unter den souverainen Staaten Bestehende. Sie war auch das im indogermanischen Urvolk für die Privatpersonen Geltende. War damals die *actio sacramenti* der generelle Weg, um statt des ungerichteten Kampfes auf geordnete Weise den Gegner zum Sichfügen zu bringen, so muß das auch bei einem stattgehabten *pacere* über eine vorzunehmende Leistung zur Anwendung gekommen sein<sup>2)</sup>.

b) Da die *actio sacramenti* die Provocation zu wirklichem Kampf ist, so erscheint das Bewaffnetsein nicht als Formalität, sondern es bezeichnet ursprünglich die nackte Wirklichkeit, daß es demnächst zum Kampf kommen wird. Derartiges entsteht in der Rechtsbildung überhaupt nie als Form, sondern, wo es uns als Form entgegentritt, beweist es uns, daß, nach langem Bestande in der Wirklichkeit, es unter veränderten Verhältnissen zur Form veraltet ist.

Dies Bewaffnetsein tritt hervor: im Germanischen bei der Mordklage (§. 13 A. 8), bei der Anefangsklage [Grimm S. 589: *cum dextra armata, et cum sinistra ipsam rem tenere*] und bei der Ausdehnung, welche die Klagform auf Grundstücke erfahren hat<sup>3)</sup>; im Römischen: bei der ursprünglich auf bewegliche

2) Die *actio sacramenti* als die von jeher *generalis*, wodurch man seine Privatansprüche vor dem Richter zum Gottesurtheil des Kampfes einleitete, wird auch, neben Klagen auf *res* wie auf Schuld, immer auf die in der *potestas* stehenden Familienglieder (die nie als *res* betrachtet worden sind §. 11 A. 2), Kinder und *uxor in manu*, gerichtet gewesen sein. Durch die „*adiecta causa*“: *filium suum vel in potestate ex iure Romano* (fr. 1 §. 2 de R. V. 6. 1) wird hier angezeigt, daß es sich nicht um die *rei vindicatio*, sondern direct um die alte *generalis actio* der *vindicta* handle, von der die *rei vind.* nur eine Unterart ist.

3) Grimm S. 115: „von einem Grenzstreit: aus dem streitigen

in's Gericht transportable Sachen sich beziehenden *actio sacramenti* [Gai IV. 16: qui vindicabat festucam tenebat (gewiß ebenso wie bei den Deutschen: mit der Rechten) deinde ipsam rem adprehendebat (gewiß ebenso wie bei den Deutschen: mit der Linken) . . et . . homini festucam imponebat . . . festuca autem utebantur quasi hastae loco (also die hasta, die auch bei dem Waffenwurf der fetialischen Kriegseileitung das Zeichen der Rechtsbethätigung durch eigene Waffenkraft war, §. 14 A. 5), signo quodam iusti dominii, quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent: unde in centumviralibus iudiciis hasta praepositur]; sodann ebenso bei der Ausdehnung der „vindicatio“ auf die nicht in's Gericht transportablen Sachen (Gai. IV. 17) und bei der Ausdehnung der Klagform auf Rechtsübertragungen (in iure cessio) Gai. II. 24: „hic vindicaverit“<sup>4</sup>).

§. 16. — 3) Es bleibt mir, nachdem gezeigt worden, daß 16 *actio* = *vindicta* ursprünglich die Einleitung zum Wettkampf war, noch übrig zusammenzustellen, was in dem Bau des germanischen und italischen Processes (nicht: Folge des schon aus der naturalis ratio eines Rechtsstreites sich Ergebenden, §. 2 A. 5; sondern] Product der, spezifisch indogermanischen, uralten Auffassung des Processes als eines Kampfes<sup>1</sup>). Ich thue dies, nach dem Zwecke dieser Schrift, nur in ganz kurzen Zügen. Da

Grund wird eine Scholle gegraben, vor den comes gebracht und in ein Tuch geschlagen, ein Kampfgericht soll entscheiden, und beide Kämpfer berühren diese Erde mit ihren Schwerdtern.“

4) Vgl. meine *Mancipation* u. *Tradition* S. 38 f. S. 188 A. 1. — Wir haben auch die, wirklich ursprünglich unter Bewaffnung vor sich gehende, in iure cessio für uralte zu halten. Bei Anderen herrschen in dieser Hinsicht heutzutage freilich ganz andere Anschauungen; vgl. z. B. *Bechmann Kauf* I. S. 56; — s. unten §. 33 A. 5.

1) Grimm S. 854: „die Ansicht, daß der Proceß ein Kampf sei, läßt sich leicht durchführen“.

## II.

16 der Fehdezustand sich unter den Germanen gegenüber dem nur lose zusammengefügteten Gemeinwesen am längsten erhalten hat, so ist erklärlich, daß das meiste auf diese Frage Licht Werfende dem deutschen Recht zu entnehmen ist.

a) Daß der Proceß ursprünglich ein Kampf war, hat den Satz zur Folge gehabt, daß alles Gericht am Tage gehalten werden müsse. Grimm S. 816 „der gerichtliche Zweikampf erforderte Sonne“. S. 813 „der römische Grundsatz: sol occasus suprema tempestas esto [Bruns font. p. 16] herrschte auch durch alle deutschen Gerichte. . . Tag und Sonne waren geheiligt“. S. 814 „Gegen die Sonne wandte sich der hegende Richter, gegen die Sonne schwabte er dem Schwörenden den Eid“. S. 895 „die spätere Gewohnheit, Eide im Angesicht der Sonne abzulegen, könnte sich noch auf göttliche Verehrung der Sonne beziehen <sup>2)</sup>, doch war die Sonne für jegliche Gerichtshandlung heilig“.

b) Nur an bestimmten Tagen kann processirt werden. Durch den „Wettkampf“ stellt man den Streit unter das Gottesurtheil d. h. unter das Fas (§. 14 A. 5) <sup>3)</sup>. Es muß also ein

2) Bgl. Curtius 269: Stt. divjami glänze, spiele, div Leuchten, Helle, Himmel, djäus Himmel, Himmelsgott, Tag, adja heute, devas Gott; Zd. div leuchten, daäva Dämon; Gr. δέατο, δοάσατο schien, δαλος, δέλος, δηλος hell, Ζεύς, διος himmlisch, εὐδιος mittäglich, εὐδία heiterer Himmel, Διωνη; Lat. Diovis, deus, divus, sub dio, Diana, dies, biduum, nudius, interdiu, nundinae; Altu. tivar Götter, Selben; Ahd. Zio; Agf. Tivesdäg; Lit. dėvas Gott, dėna Tag; Rsl. дини Tag, динисі heute; Altir. dia (deus), dia (dies) indiu (hodie).

3) Fas heißt: Glanz, Strahl, Licht, Schimmer, also: die göttliche Aeußerung, davon dann abgeleitet die menschliche Aeußerung: das Zeigen, Scheinen, Leuchten, Sprechen. — Es sind hier mehre Wurzeln vereinigt, die sich im Griechischen in φα, φαν und φαF scheiden. Curtius 407: Stt. bhāmi (splendo), bhāmas, bhānus (lumen), bhās (splendore) bhāsh (loqui) bhāp (loqui) bhān (ved.) ertönen; Zd. bānu Strahl, bāma Glanz; Gr. W. φαF φαε erschien, φάος, φαῦος, φῶς, φέγγος Licht, ὑπόφανοις Schimmer, φαέδω leuchte, φαελω, φαεινός glänzend, φανός hell, licht, Fadel,

dies fastus sein [damit denn zusammenhängend, daß man an solchen Tagen fari: (do, dico, addico) kann. Festus v. fastis]. Bei den Germanen ist dieser Tag insbesondere der Dienstag (zistig); Grimm S. 818: „Mars und Ziu [s. Anm. 2: Ah. Zio] standen dem Krieg und Sieg vor: das gerichtliche Verfahren war nach allgemeiner Ansicht ein Streit (dingstrit, lis forensis) und [noch mehr?] nach deutscher ein Kampf und Gottesurtheil.“

— Die Hinweisungen der römischen Quellen darauf, daß die vindicta ein Kampf war, sind bekannt: die Worte der 12 Taf. ‘si qui in iure manum conserunt’ [Bruns font. p. 22. n. 5]; die ausdrückliche Zusammenstellung dieses manum consere mit dem wirklichen conserere cum hoste [Varro L. L. VI. 64: conserere manum dicimur cum hoste; sic ‘ex iure manum consertum’ vocare; vgl. auch oben §. 9 A. 6: Altir. bid comsrithi „cum his manus conserenda est“]; die Hinweisung darauf, daß die Gewalt in der actio sacramenti nicht so sehr eine wirkliche als eine gesprochene sei [Festus v. Vindiciae: quod potius dicitur (vi)s, qu(am) fit, inter eos qui contendunt — Bruns p. 272], was aber eben beweist, daß es sich hier ursprünglich um eine vis quae fit gehandelt haben muß.

c) Die Hinweisung auf das Gottesurtheil liegt im ursprünglichen Wesen des Eides, und dieser ist in der Gestalt, wie er den ganzen Proceß durchzieht, eine specifisch indogermanische Institution. Der Proceßeinleitende stellt die Sache unter den Strahl der Götter (das fas); er constatirt seine Rechtsbehauptung im Widerspruch zum Gegner; er erkämpft sich unter Zuschauen und Mithilfe der Götter sein Recht. „Deum adesse bellantibus credunt“ sagt Tacitus (Germ. 7) von den Kämpfenden, und

παραύσω zeige; W. φαν φαίω schein, zeige, φανερός hell, φανή Fackel, φάσις, φάσμα Erscheinung, W. φα φημί, φάσω sage, φάτις, φήμη Sage, φωνή Stimme; Lat. favilla; facs, facies, facetus; fas, fatum, fari, fama, fabula, fateor; Rfl. basnī (fabula) obavati (incantare).

## II.

<sup>16</sup> noch jetzt führen unsere Völker den erkämpften Sieg auf den besondern Gotteswillen zurück. Grimm S. 908. 927: „Es blieb der Kampf (iudicium pugnae s. duelli) überall unter Edeln und Freien im Gebrauch;“ S. 939 „Gottes Gericht, dei iudicium, wird der Zweikampf ausdrücklich genannt;“ S. 928 „dem Krieg der Völker wie dem Kampfe Zweier stand die Gottheit als oberster Richter vor.“ — Um aber den Strahl der Gottheit zum Beschauen dieses (nur bei Tage denkbaren) Wettkampfes herabzuziehen, dazu ist nach alter Anschauung der geleistete Eid die nothwendige Voraussetzung. Und zwar ein Eid in bestimmter Leistungsform. Auch darin zeigt sich zwischen Germanen und Italikern uralte Gemeinsamkeit der Anschauungen. „Zum Eide gehören zwei Theile, Einer, der ihn abnimmt, der Andere, der ihn schwört“ Grimm S. 902. Man schwört bei oder auf einen berührten Gegenstand (Schwert, Stein u. s. w.)<sup>4</sup>.

Auch bei den processualischen Eiden [die, zwischengeschoben, sich auf die Wahrheit der Behauptungen, und also möglicherweise auf das Beilegen der Sache ohne den über die bestrittene Sache zu führenden Gottesurtheilskampf beziehen] erkennt man in dem germanischen Völkerstrange noch ganz deutlich, daß der Kampf als letzte Eventualität immer dahinter steht. So namentlich in den deutschen Friedensbruchsachen, wo die Eideshelfer, Consecramentalen [d. h. ursprünglich die bei jeder Vindicta helfende Sippe] auftreten. Grimm S. 859: „Der Beklagte durfte sich von der wider ihn erhobenen Beschuldigung durch Eid oder Gottesurtheil reinigen. Ihm stand vor Gericht der erste Beweis zu, wie noch heute im Duell der erste Hieb oder Schuß dem Geforderten. Diesen Eid leistete er im höheren Alterthum . . . wahrscheinlich allein . . . zur Zeit der geschriebenen Gesetze aber schon in Begleitung einer bestimmten Anzahl Verwandten

<sup>4</sup> Ueber das Römische vgl. die sorgfältigen Untersuchungen von Danz, Sacr. Schutz (1857) S. 19 ff.

und Bekannten . . die ihm bei ausgebrochener Fehde zur Seite gestanden hätten“ [auch die „Composition“ erhält die mit dem Kläger zur Fehde gerüstete „tota domus“ Tac. Germ. 21]. Ferner bei dem im Proceß durch Eidbieten verwendeten Eide tritt wiederum der Gedanke hervor, daß dieser Eid nur der Versuch einer „Beilegung“ ohne Kampf war. Grimm S. 904: „Mißtraute der Theil, gegen welchen geschworen werden sollte, der Rechtsschaffenheit des Eidbietenden, so konnte er . . die Eidesablage hindern und die weitere Entscheidung auf einen Zweikampf kommen lassen.“

d) War der Kampf geführt, und hatte der Kläger gesiegt, so war an sich die Person des Gegners ihm verfallen; aber doch immer mit dem Hintergedanken der Talion, daß *par vindicta* (§. 13 A. 11) sein mußte. Also bei der „Unthat“ des Mordes: Nehmen von Leben um Leben. Wie aber bei geringeren Kränkungen, wie insbesondere bei den Privatansprüchen wegen einer Eigenthumsache, wegen einer Schuldsache? Gewiß hat hier der Talionsgedanke von jeher mildernd gewirkt, und es ist stets gebilligt worden, wenn der Sieger sich mit Begnähme der vindicirten Sache und Pfändung bis zum Schuldbetrage begnügte. Ja man mag vermuthen, daß gerade hier, zur Begünstigung der Innehaltung dieser Talion, zuerst eine Theilnahme und Hilfe des Richters, vor dem das *vim dicere* stattgefunden, sich entwickelt habe, indem entweder wie bei den Germanen directes Helfen des Richters eintrat <sup>5)</sup>, oder wie bei den Italikern der Richter wieder eine eigene besonders begünstigte *actio iudicati* zuließ. — Es ist aber der Punkt, wenn es sich um einen Schuldbetrag handelte, noch besonders in's Auge zu fassen. Man hat schon seit lange darauf hingewiesen, daß das altrömische Schuld-

5) Grimm S. 866: „Betraf der Streit liegende Habe, so wies das Gericht den Beklagten aus dem Besitz, den Kläger in den Besitz: war in fahrende Habe verurtheilt, so erfolgte gerichtliche Begnähme, Pfändung.“

## II.

16 recht und das indische übereinstimmen, daß sogar das ‚partes secanto‘ der zwölf Tafeln [Bruns font. p. 18 Nr. 6] sich auch in der Tradition nordischer Sagen findet (Grimm S. 616 ff; Kluge S. 118 A. 4; S. 164 A. 3)<sup>5a)</sup>). Also: daß diese Sätze aus dem Schulrechte des indogermanischen Urvolks stammen, ist nicht zu bezweifeln. Es ist aber meines Erachtens nichts geeigneter, den ganzen inneren dogmatischen Zusammenhang des Gebiets der „vindicta“ klarzustellen. Vindicta ist die allgemeine Schwurklage (sacramenti actio) wegen „Unthat“, „Schmähung“ und „Vermögensschädigung“ (sei es Sachvorenthaltung, sei es Nichterfüllung des Zugesagten), überhaupt also wegen Kränkung (hohn, iniuria). Man fordert damit talio; wenn aber der Verleger diese talio verweigert, so geht die vindicta auf die im ordnungsmäßigen Wege vorgenommene Stellung des Kampfes unter das fas. Nothwendig verfällt dem siegenden Kläger die ganze Person des Besiegten; er kann sie als Schuldknecht mitnehmen; sind ihrer mehre Kläger wegen Schuld zusammen aufgetreten, so können sie sich den Besiegten in Stücke hauen. Alle die Entwicklungen, daß ein Zurückgreifen auf den „Anspruch“, ein Abverdienen der Schuld beim Sieger, ein Sichbegnügen mit Wegnahme der in Anspruch genommenen Sache eintritt, sind allmähliche Milderungen des ursprünglich nothwendigen Grundgedankens, daß wie der Kampf kein Scheinkampf ist, sondern die ganze Person der Kämpfenden gefährdet, so auch der Sieg dem Kläger die ganze Person des Beklagten in die Hand giebt. Sie sind, nach durchgeführtem Kampf, ein milderndes Zurückgreifen auf den Gedanken der Talion. Der Sieger begnügt sich: Zahn um Zahn, Wunde um Wunde, die beanspruchte Sache, den Werth des Schuldbetrages zu nehmen.

e) Ich habe schon hervorgehoben, daß (neben diesen Milderungen des Sieges) allmählig die Tendenz in die zu höherer Gesittung aufstrebende indogermanische Welt gekommen ist,

5a) Vgl. d. Zusatz a. Schluß d. Fests.

auch überhaupt den *Wettkampf* selbst, dies so trügliche *Gottesurtheil*, mehr und mehr bei Seite zu schieben. Es ist, wie ich angab, dies in zwei begrifflichen Stufen geschehen. Die nächststehende ist: „*Beilegung des Kampfes*“, zunächst mit dem Willen des Verletzten, dann auch allmählig ohne dessen speciellen Willen, „*Composition*“. Die zweite Stufe ist: directes Eingreifen des Gemeinen Wesens, also Selbstsprechen des Urtheils von Seiten der Organe des Gemeinwesens (*Volksgemeinde, Schöffen, Richter*). Ich zeigte, daß wegen der „*Unthaten*“ Urtheil und Strafe des Gemeinen Wesens, wenn auch in ganz seltenen Fällen, doch schon bis in die indogermanische Urzeit zurückzuführen ist; daß aber zunächst die *Composition* ganz überwog. Wie nun ist die Entwicklung in den Privatangelegenheiten im engern Sinn gewesen? Hier hat in der Zurückdrängung des *Wettkampfes*, und in der Substituierung eines menschlichen Urtheils für das *Gottesurtheil*, sich eine merkwürdige Scheidung der Entwicklung einerseits im germanischen und andererseits im italischen Völkerstrange vollzogen. Allerdings gemeinsam ist ihnen der die Grundregel bildende Gedanke geblieben, daß der Richter nicht der Urtheilende, sondern nur der Proceßeinleitende ist. Denn die Richterstellung war schon geschaffen, als das Urtheil noch lediglich unter dem *fas* des Götterspruches stand. Der Gedanke aber, der nun weiter an die Stelle des Götterspruches eine menschliche Entscheidung setzte, hat im italischen Strange [ganz abgetrennt von den Entscheidungen der mit einer *potestas* versehenen; die, wie in den *animadversiones* wegen „*Unthaten*“ §. 13, so auch in den Urtheilsprüchen über die Privatangelegenheiten ihre eigenen Wege fortgegangen sind] als Regel: die *Composition*, also das „*pacere*“, die „*conventio*“<sup>6)</sup> über einen zu wählenden *iudex* geschaffen. Bei den Ger-

6) Cicero pr. Cluent. 43: *Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re mi-*



## II.

16 manen dagegen hat sich an die Stelle des Götterspruches das directe Selbstsprechen des Urtheils seitens der Volksgemeinde (bezw. dann weiter: der Schöffen) gestellt.

In einem gewissen engeren Gebiete aber hat sich der uralte indogermanische Gedanke, daß der „freie Mann“ die Ausgleichung der erlittenen „Kränkung“ nur in dem durch Kampf zu constatirenden Götterspruch finden könne, in den germanischen Völkern noch bis in unsere Gegenwart erhalten und hat sich von da sogar wieder in andere Völker übertragen: im Duell. Keiner der vom Gemeinen Wesen unternommenen Versuche der Composition oder des Selbsturtheilens durch die Staatsorgane hat diese Uranschauung bis jetzt auszulöschen vermocht. Aber nur das Germanenthum, das zuerst aus dem Urvolk abgeschiedene Volkswesen, hat diese Fähigkeit der Anschauungen gehabt<sup>7)</sup>; im italischen und griechischen Völkerstrange<sup>8)</sup> waren sie schon im Alterthum ausgelilgt. —

Im Brautschleier (§. 6 a. E.) und im Duell trägt unsere Gegenwart die ältesten aus dem indogermanischen Urvolk stammenden Sitten mit sich.

17 §. 17. — II. Die Periode des Rechtschutzes. Ich bin zur Ermittlung des Wesens der naturalis ratio darauf eingegangen, zu einem Gesamtbilde zu vereinigen, was sich von sicheren Notizen über das im germanischen und gräcoitalischen Volkskreise Altidentische findet, was also mit Nothwendigkeit

nima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset.

— Bei den Italikern bezeichnet die Aufnahme der Worte des Magistrats (Priesters): „mittite ambo rem“ in die Formel der actio sacramenti und das Ablassen der Parteien von der Gewalt (illi mittobant, Gai. IV. 16) den großen Schritt von der „Vindicta“ zur „Composition“.

7) Grimm S. 927 ff. — Ueber die anderen Formen des Gottsurtheils: Grimm S. 910 ff.

8) Ueber die Resten vgl. §. 13 A. 6.

auf die gemeinsame Quelle des indogermanischen Urvolks zurückgeführt werden muß. Nach dem Zwecke dieser Schrift habe ich demgemäß vorzugsweise bei dem verweilen müssen, was diese drei Volkskreise bindet. Dagegen bei dem was sie scheidet, seitdem jeder seine Specialgeschichte begonnen hat, hört meine mir hier gestellte Aufgabe auf. Nur für den Anfangspunkt der Scheidung, also für ihre Ansiedlung in ihren späteren historischen Wohnsitzen, muß ich noch eingehender das, was sich aus Sprache und anderweiten Daten ermitteln läßt, zusammenstellen. Dem weiteren Verlauf werde ich dann, abgesehen von Einer genauer zu behandelnden Frage, nur noch einige kurze Notizen widmen.

A. Der Völkereinzug. Die ihre Urheimath verlassenden Völker, das germanoslavische einerseits, das italokeltische und griechische andererseits, treten in ihren neuen Sitzen als überwiegend Viehzucht treibende auf. Sie haben auch innerhalb der neuen Sitze noch in mannigfachen Kriegszügen die Plätze gewechselt, aber aus der Art, wie uns die ersten historischen Nachrichten über ihre Art der Landvertheilung entgegentreten, werden wir Rückschlüsse machen dürfen auf die anfänglichen beim Einzuge beobachteten Landvertheilungsgrundsätze. Ich stelle nun zusammen, was wir über diese Landvertheilungsart wissen, um daraus meine Folgerungen über die damals herrschenden juristischen Begriffe zu ziehen. Voraus noch eine allgemeine Bemerkung. Ich hob schon nach Peschel hervor (§. 9 U. 5), daß solche Völkerzüge in dieser Urzeit ohne Begleitung von Heerden gar nicht denkbar sind. Die in das neue Land einziehenden Völker wurden also von vorn herein genöthigt, das Land für ihre Viehweiden zu vertheilen, und danach mußte sich denn auch die Gründung ihrer Einzelwohnsitze richten. Zur Gründung solcher Einzelwohnsitze mußten sie schon vor der Vertheilung des Grund und Bodens irgendwelchen Begriff vom Grundeigenthum (wenn auch nur den des Gesamteigenthums der Einzelgemeinden an

II.  
 17 dem District der Markgenossenschaft) gehabt haben. Ich habe dies bereits früher gegen Stahl [der das Grundeigenthum wohl fast bei allen Völkern als ursprünglich ausgetheilt<sup>1)</sup> annimmt] polemisirend ausgeführt (diese Studien III. S. 288 ff.). Einführung des Grundeigenthums ist nicht zunächst Product der Gesetzgebung, sondern der veränderten Lebensweise des Volks; es muß durch die Lebensweise erst „erfunden“ sein. Indem wir die mit ihren Heerden einziehenden Völker das Land gleich für Viehzucht vertheilen sehen, müssen wir eine dem entsprechende Lebensweise (als eine nicht mehr nomadische) schon bei ihnen als bekannt voraussetzen. Andererseits aber mußten durch die Gewinnung des neuen Landes auch die Grundverhältnisse so absolut neue werden, daß es sich erklärt, daß aus den früheren Zeiten vor dem Völkereinzuge über die Beziehung zum Grund und Boden nur Weniges sich bis zu unserer Wahrnehmung fortgetragen hat. Begnügen wir uns einstweilen mit der Thatsache, daß rückwärtslich der beweglichen Sachen, und offenbar in gewissem Zusammenhang mit der Hausfuchung nach beweglichen gestohlenen Sachen (*lance et licio — ransak*), sich eine gleiche Rechtsconstruction findet. Die auf Vieh gerichtete germanische Anfangsflage, und die auf in's Gericht transportable Sachen gehende italische *sacramenti actio rem meam esse*, weisen den Rechtsschutz für Fahrniß in die Zeit zurück, wo Germanen und Italiker noch nicht getrennt waren. In Betreff des Grundeigenthums<sup>2)</sup> wird sich nun weiter fragen, in welchem Zusammen-

1) Aber auch Mommsen R. G. S. 104 (erste Aufl.): „Das Eigenthum ruht überall direct oder indirect auf der Zuthellung einzelner Sachen an einzelne Bürger durch den Staat, am Bestimmtesten bei dem Grundeigenthum.“ — Etwas geändert: sechste Aufl. S. 160: „Man betrachtet alles Eigenthum als dem einzelnen Bürger von der Gemeinde zu ausschließlichem Haben und Nutzen zugetheilt.“

2) Daß übrigens das Urvolk schon Häuser (mit Thüren u. s. w.) gehabt hat, ist zweifellos (über „domus“ s. oben S. 11). In Betreff der

hange oder Gegenseite dasselbe seit dem Völkereinzuge zu der aus 17  
der Vorzeit datirenden Rechtsbildung über die fahrende Habe zu  
denken sei.

1) Für die Germanen sei wiederum Grimm mein Gewährs-  
mann. S. 495: „Das Volk lebt von Viehzucht und Ackerbau

Wohnungsweise des Urbolks stelle ich hier folgende Wörter des Skt.,  
Gr., Lat. u. Germ. nach den Nummern des Curtius'schen Werks zusam-  
men: (319) dvāram, dvār (Thür) durjas (nom. pl. Wohnung); δύρα, δαιρός;  
fores, foris, foras; (Goth.) daur, (Ahd.) tor; (329) budhnas; τυδήν;  
fundus; (Ahd.) bodam, (Altu.) botn.; (321) gudhjami (verhülle), guhāmi  
(verberge), guhā (Höhle, Betstee); κεύλω (verberge), κεύδος (verborgene  
Tiefe); custo(d)s; (227) strnāmi (streue), stariman (Lager); στρώνυμι,  
στρώμα, στρωμνή, στρατός; sterno, stramen, torus; (Goth.) strauja (aus-  
breiten), (Ahd.) strao (Stroh), (Lit.) strajè (Streu); (206) vāstu (Haus),  
vāstavja (οικεῖος); ἄστν, ἀστειος, ἀστός; (Ahd.) wist (mansio), (Goth.)  
visan (manere); (95) vēças (Haus), pl. viças (Menschen), viçpatis (Haus-  
herr, Gemeindeherr); οικος; vicus, vicinus; (Goth.) veihis (Dorf); (119)  
āgras; ἄγρός; ager; (Goth.) akrs; (582) akshas; ἄξων; axis; (Ahd.) ahsa;  
(169) vahāmi (fahre), vāhas (Zugthier), vāhanam (Wagen), vāhini (See);  
ὄχος, ὄχέομαι, ὄχημα, ὄχλος, ὄχετός; veho, vehiculum, vectura, via; (Goth.)  
gavagja (bewege), vēgs (Bewegung), vigs (Weg); (Ahd.) wagan (Wagen),  
wāga (Wage); (349) panthan (Weg); πάτος; pon(t)s, pontifex; (Rl.) pati;  
(430) nāus (Schiff), nāukā (Rachen); ναῦς, ναύτης; navis, nauta; (Ahd.)  
nacho; (492) aritras (treibend, Ruder), aritram (Steuerruder), aritā (Ru-  
derer); ἀμρήρης, ἀλήρης, ὑπερέτης, ἐρεσλα, ἐρέσσω, ἐρετμός; ratis,  
remus, remigium, triremis; (Lit.) irti (rudern), irklas (Ruder); (408 b)  
ḍb.: bar (schneiden, bohren); φάρος (Pflug), φαρών (bepflügen); forare,  
foramen; (Agf.) borian, (Ahd.) poran; (144) junāgmi (verbinde, schirre an)  
juk (coniunctus), jugam (par), jugjam (iumentum); ζεύγνυμι, ζεύγμα, ζυ-  
γόν; iungo, inmentum, iugum, iugerum, coniax; (Goth.) juk, (Ahd.) joh.  
(155) sthagāmi (decke); στέγω, στεγανός, τέγος; tego, tectum, tegula;  
(Altu.) thak, (Ahd.) dekju (Decke); (565) vasè (siehe mir an), vastram  
(Kleid), vasānas (umhüllend); έννυμι, ιμάτιον, ἔσδος, ἐστός; vestis, vestio;  
(Goth.) gavasjan (kleiden), vasti (Kleid); (578) sīvjami (suo), sjūtas (sutus),  
sjūtis (sutura); κασσώω, κάσσωμα, καττός; suo, sutus, sutor, sutura;  
(Goth.) siuja, (Ahd.) siud (sutura), soum (Saum), suila (subula).

## II.

17 . . . . Weider des Viehzüchters und Pflügers Verhältniß hat dieselbe Naturnothwendigkeit, nur daß geschichtlich jenes vorausging, dieses nachfolgte.“ [„Die aus vielen Gründen wahrscheinliche Annahme, daß schon zu Tacitus Zeit unter den Deutschen festes und geregeltes Grundeigenthum galt. Die *agri ab universis per vices occupati* — (vgl. oben §. 9 Anm. 2) —, die *arva per annos mutata* sind kaum anders zu erklären als durch Gemeindeländ.“] „Wir treffen also ungetheiltes Eigenthum und getheiltes nebeneinander an, das ungetheilte alterthümlicher und veraltender; im Verlauf der Zeiten weicht der Wald dem Acker, das Vieh dem Getreide.“ [Das „Reuten“ d. h. die Ueberführung der Mark zu urbarem Boden S. 524. 525.] α) Ungetheiltes Land. S. 496: „Das Land zerfällt in Gaue, der Gau in Marken.“ S. 497: „Natürlich älteste Grenze war der Wald.“ „Bis auf die letzte Zeit heißen die Ueberbleibsel aller Gemeinschaft an Grund und Boden vorzugsweise Marken.“ S. 501: „Ohne Zweifel gab es auch in frühesten Zeit schon vertheiltes Waldeigenthum, zumal in den Händen der Edlen und vieler Freien.“ S. 505: „Jeder Theilhaber der Mark, scheint es, mußte zugleich in der Gaumark, worin die Waldung lag, Privateigenthum besitzen d. h. ein gewerter Mann sein. . . . Man unterschied den vulwarigen von dem halfwarigen, den vulspännigen von dem halfspännigen.“ „Diesem Privatvermögen war vermuthlich eine nach Zeit und Ort abweichende Größe vorgezeichnet.“ S. 521: „Bonno, ahd. *wunna* ist das gothische *vinja*, *νομή*, welcher griechische Ausdruck dem lat. *nemus* nahverwandt scheint. *Nemus*, die Weidetrift im Wald, . . . führt daher wieder auf den Begriff der deutschen Mark<sup>β)</sup>.“ S. 504: „Die

β) Grimm hebt, in Anknüpfung an diese in der Landbenutzung hervortretende Gleichartigkeit des germanischen, italischen und griechischen Volks, noch weiter S. 530 die Gleichartigkeit der Strafen in der deutschen Markgenossenschaft mit der römischen *aquae et ignis interdictio* hervor. — Damit

Markeneinrichtung scheint mir uralt, und durchaus nicht der öffentlichen nachgebildet, umgekehrt, was die freien Märker in ihrem engen Befang, das thaten eben darum die freien Männer des Volks im Lande nach. Auch der König in ältester Zeit war nicht Eigner des Landes, bloßer Pfleger, Richter, Anführer. Erst im Verfolg warf er sich, wie der oberste Märker in den Wäldern, zum strengeren Gebieter auf.“ *β*) Sondereigen (ager privatus) S. 532 ff. — Im Norden die solskipt: „agri secundum solis et coeli regiones collocati divisio“ (S. 539). — S. 540: „Im inneren Deutschland scheinen alle Grundsätze der alten Landtheilung nach Sonne und Himmelsgegend verloren. Erwäge ich aber den Zusammenhang der solskipt mit der altrömischen Limitation, so blicken dennoch einzelne Spuren durch [Festus: decumanus appellatur limes, qui fit ab ortu solis ad occasum, alter ex transverso currens appellatur cardo . . . . Die Limitation und Agrimensur als Gegensatz zur Arcifinalität des Gemeinlandes vergleicht sich überraschend unserer Sonntheilung im Gegensatz zu dem Hammerwurf der Marken]“ (vgl. oben §. 12 a. E. — s. auch noch Grimm S. 541 A. \*). —

Diese germanische Niederlassungsart mit Scheidung von Markgenossenschaft und Sondereigen deutet darauf hin, daß (abgesehen von der Jagd) die Lebensweise des Volks überwiegend anfangs eine Viehzucht treibende war. Markgenossenschaften mit ihrem Wald und ihrer „Wonne“ gewähren vorzugsweise Nutzung für Rinderweide und Schweinezucht. Je mehr in ältester germanischer Zeit die Mark überwog, je weniger Ackerbau kann getrieben sein; je mehr durch das „Reuten“ dem Ackerbau gewonnen und vielleicht dann zunächst als jene „arva per annos mutata“

ist wieder zu verbinden die oben (§. 6) erwähnte, in's indogermanische Urwort zurückreichende aqua et igni coniunctio der römischen Priesterschaft; (vgl. §. 9 A. 2\*).

## II.

17 noch als Gemeinland längere Zeiten conservirt wurde, um so mehr mußte es doch zur Umgestaltung in Sondereigen drängen. Ackerbau duldet schwer gemeinschaftlichen Besitz, er fordert getrennte Bewirthschaftung.

Jedenfalls mußte mit der Selbstmachung der Germanen in dieser ihrer Organisation nach Marken und sondereigenen Wohnsitzen fortan die Basis ihrer ganzen staatlichen und gesellschaftlichen Entwicklung liegen. Diese Vertheilung des Grund und Bodens war für den Lauf der Geschichte im wahren Sinne des Wortes ihr „Grundgesetz“. Es ist für das Verstehen der Entwicklung der Rechtsbegriffe in der indogermanischen Völkfamilie ein vorzugsweise zu beachtender Punkt, daß in dem Urvolk man noch nicht zur Gewinnung des Gesetzesbegriffs gelangt war. Hätte es den Begriff schon gehabt, so hätte natürlich die Sprache in einem bestimmten Wort ihn uns auch zugetragen. Aber die Sprache des Urvolks hat nur das Wort: *évas*, Gewohnheit, Sitte (§. 7 bei A. 3); die germanische, italische, griechische Nation haben sich den Gesetzesbegriff erst in ihrer Specialgeschichte formirt und jede dafür ein besonderes Wort geschaffen. Bei den Germanen ist dies folgendermaßen geschehen.

Der wichtige Wortstamm *νεμ* (Curtius 431) zieht sich durch das Griechische, Lateinische, Gothische, Althochdeutsche, Lithauische und Lettische. Er lebt in unserem heutigen „Nehmen“. Er mußte auch das Wort zur Bezeichnung der Inbesitznahme des Landes sein: Goth. *nima* (*cipio*, *λαμβάνω*); Abh. *nāma* (*rapina*, *praeda*)<sup>4</sup>); Lit. *nāmas* Haus (?), *nūmas* Gewinn, Lett. *nomr* Zins. Aber die germanische Sprache hat mit diesem Stammwort nicht die Art der Inbesitznahme, der Vertheilung bezeichnet. Dafür hat sie ein anderes hierauf deutendes Wort<sup>5</sup>):

4) Daran schließt sich Altir.: *nama* = *hostis* (Curtius S. 315).

5) Grimm's Deutsch. Wörterb. II. S. 26.

„Bill (aequitas, ius, lex) ist ein uraltes Wort, das ahd. nicht mehr einfach, nur in den zusammengesetzten Frauennamen *Pilibrut, Pilihilt, Piligart*, sowie in den männlichen *Pilifrid, Pilihelm*“ [Wilfried, Wilhelm] „erscheint. Erwägt man, daß in der *Edda* ein weibliches Wesen *Bil* neben *Sol*, und in Verbindung mit dem *Mond* genannt wird, so könnte auch eine ahd. *Pil* mythisch zu fassen sein. Das altn. *bil* bedeutet *momentum, interstitium*, . . . *Abstand, Zwischenraum*. Wie nun der ähnliche Ausdruck altn. *skil* sowohl *discrimen* als *ius, aequitas* bezeichnet, . . . ebenso muß *pil, bil* auf *pilan* (*findere, hauen und spalten*) geleitet werden. *Recht und Billigkeit* ist das *Gespaltene, Auseinandergehaune, Entschiedene, discretum*.“ Das weist sehr deutlich auf die Grundtheilung beim Einzug in's Land hin. Jeder hat damit seinen *Abstand, seinen Zwischenraum, sein Entschiedenes, discretum*, das nunmehr über Allen geltende gleiche Recht.

§. 18. — 2) Rückfichtlich der italischen Grundtheilung ist für uns Alles viel dunkler als bei den Germanen.

Die Römer reduciren ihr Recht an ihrem Lande auf die *Gesamttoccupation* (*maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent*, §. 15 a. E.). Bei diesem occupirten Lande unterscheiden unsere Quellen, gleichartig wie die Germanen, *Sondereigenthum*, was die Einzelnen zu vollem *Privatrecht* erhielten, und *ungetheiltes Land*<sup>1)</sup>. Als der ursprüngliche Land-

1) Siculus Flaccus de cond. agr. [Röm. Feldm. (1848) I. p. 136 ss.: *Ut vero Romani omnium gentium potiti sunt, agros ex hoste captos in victorem populum partiti sunt, alios vero agros vendiderunt; ut Sabinorum ager qui dicitur quaestorius, eum limitibus actis dividerunt et denis quibusque actibus laterculis quinquagena iugera incluserunt, atque ita per quaestores populi Romani vendiderunt: postquam ergo maiores regiones ex hoste captae vacare coeperunt, alios agros dividerunt adsignaverunt, alii ita re-*



## II.

18 vertheiler an die Einzelnen wird von manchen Quellen der alte mythische Gesetzgeber Numa angeführt. Nonius: Viritim dictum est separatim et per singulos viros. M. Tullius de rep. (2. 14): '(Numa) primus agros, quos bello Romulus ceperat, divisit viritim civibus'. Varro de v. p. R. lib. I.: et extra urbem in regiones XXVI agros viritim liberis adtribuit [Bruns font. p. 288]. Der ager Romanus wird im großen Ganzen als in die drei Theile der Kammer, Lätier und Lucerer gespalten angegeben; Varro L. L. V. 55. 56. Der Vermessungsmodus wird als der numerus duodenarius bezeichnet; Varro 34. 35: Ager dictus in quam terram quid agebant et unde quid agebant fructus causa; alii quod id Graeci dicunt ἀγρόν. Ut ager, quo agi poterat, sic qua agi actus. Eius finis minimus constitutus in latitudinem pedes IV — in longitudinem pedes CXX, in quadratum actum et latum et longum esse CXX. Multa antiqui duodenario numero finierunt, ut duodecim curiis actum. Iugerum dictum iunctis duobus actibus quadratis. — Cato R. R. I. 10, 1:

manserunt ut tamen populi Romani essent . . . nam sunt populi Romani quorum vectigal ad aerarium pertinet . . . singuli deinde terram, nec tantum occupaverunt, quod colere potuissent, sed quantum in spem colendi reservavere. hi ergo agri occupatorii dicuntur. itaque hi agri a quibusdam soluti appellantur: soluti autem non sunt quorum fines deprehendi possunt et finiuntur. hi autem arcifinales dicuntur. . . condiciones autem agrorum variae sunt ac diversae, quae aut casibus bellorum aut utilitatibus populi Romani aut ab iniustitia, ut dicunt, inaequales sunt. Occupatorii autem dicuntur agri, quos quidam arcifinales vocant. quibus agris victor populus occupando nomen dedit, bellis enim gestis victores populi terras omnes ex quibus victas sieceperunt publicavere, atque universaliter territorium dixerunt intra quos fines ius dicendi (?) esset. deinde ut quisque virtute colendi quid occupavit, arcendo vicinum arcifinalem dixit.

Modos quibus metirentur rura alios constituit . . 18  
 metiuntur . . apud nos in agro Romano ac Latino iuguris.  
 Iugerum vocant quod quadratos duos actus habeat: actus  
 quadratus qui et latus est pedes CXX et longus totidem.  
 2. Bina iugera, quod a Romulo primum divisa  
 viritim, quae heredem sequerentur, heredium  
 appellarunt.

Diese Mittheilungen der römischen Quellen sind augenscheinlich aus der Tradition der späteren vorhistorischen Zeiten entnommen. Für die früheren, dem Völkereinzug folgenden, Zeiten<sup>2)</sup> beweisen sie direct nichts. Das Wahrscheinlichste über diese früheren Zeiten ist das von Mommsen R. G. S. 183. 184 Aufgestellte. „Die römische Rechtsüberlieferung weiß noch zu berichten, daß das Vermögen anfänglich in Vieh und Bodennutzung bestand und erst später das Land unter die Bürger zu Sondereigenthum aufgetheilt ward.“ „Das älteste Maaß des Eigenthums (heredium von herus, Herr) von 2 Jugeren oder preussischen Morgen kann nur Gartenland, nicht Hufe, gewesen sein.“ „Das Ackerland wurde in ältester Zeit gemeinschaftlich, wahrscheinlich nach Geschlechtsgenossenschaften bestellt.“

Die Italiker treten von vorn herein viel höher social organisiert auf, als die Germanoslawen bei ihrem Einzuge. Die Ger-

2) Die griechischen Colonien in Unteritalien: Sybaris u. Tarent sind im ersten Jahrh. röm. Stadtr. gegründet; die Gründung von Rhegion ist bedeutend älter (Mommsen S. 190. 191). „Das griechische Alphabet ist in zwei Gestalten nach Italien gelangt (nach Etrurien und nach Latium), und hat hier noch wieder einer Reform unterlegen.“ So muß man „wie für Etrurien so für Latium den Anfang der Schreibkunst in eine Epoche hinausrücken, die dem ersten Eintritt der ägyptischen Siriusperiode in historischer Zeit, dem Jahre 1321 vor Chr. Geb. näher liegt als dem Jahre 776, mit dem in Griechenland die Olympiadenchronologie beginnt“ (Mommsen S. 217). — Den Völkereinzug wird man wieder weit vor das Gelingen der Schreibkunst nach Italien legen müssen.

## II.

18 manen sind Jagdvölker mit dementsprechend niedrigem Standpunkte der Viehzucht [auch noch zu Cäsars Zeiten ist der Stand ihrer Viehzucht gegen den der Kelten sehr zurücktretend, B. G. IV. 2]. Die Italiker sind schon von vorn herein dem Ackerbau zugewendet; sie sind in Familie und Geschlecht viel gefesteter als die Germanen; sie treten in der Art ihrer Niederlassung wenn auch nicht gleich städtegründend, doch wenigstens, indem sie sich um eine arx ein capitolium anbauen, die Stadtgründung gleichsam vorbereitend auf<sup>3</sup>). In zwei Zügen, dem latinischen und dem umbrisch-samnitischen, haben sie sich allmählig auf der Halbinsel nach Süden ausgebreitet; der latinische die westliche fruchtbare zum Ackerbau einladende Niederung haltend, der umbrisch-samnitische mehr auf dem Apennin und im Osten sich fortbewegend (Momms. S. 13 ff. 112 ff.); als eine Enclave zwischen ihnen die bis jetzt unbestimmbaren Etrusker. Ackerbau werden sie mehr in der Niederung, Viehzucht auf dem Apennin getrieben haben, aber schon eine Viehzucht höherer, mit dem Ackerbau combinirter, Art. Vieh ist „ihr Hauptreichthum“<sup>4</sup>) [Vieh gilt als das ursprünglich currente Vermögen<sup>5</sup>]; in Vieh werden die Multen, in Vieh die Summen der Eidspension angesetzt, die bei der actio sacramenti durch Composition des uralten und schon der Tradition entschwundenen wirklichen „Bettkampfes“ das Succumbenzgeld geworden waren. Die Neigung zum Ackerbau treibt gleich zur Gründung festerer Wohnsitze; die Neigung zu stadtartigem Zusammenschluß zu strengerer Knechtung der Sklaven (§. 9 A. 5). So kommt es, daß den Italikern die Gründung des häuslichen Heerdes als die Hauptsache der Nieder-

3) Mommsen R. G. S. 36. Marquardt Röm. Staatsverwaltung I. S. 4.

4) Curtius 211: Skt. vatas (Kalb); Gr. ιταλός; Lat. vitulus, vitula; Osl. Viteliü (Italia). Rfl. tele, Böhm. tele, Lit. telyczà (Ferse).

5) „Pecunia.“ Mommsen R. G. S. 194 A. \*.

lassung erscheint. So erklärt sich, daß der heilige Heerd der *Vesta* <sup>6)</sup> oder *Ἑστία* nicht bloß als das Centrum der Hausgründung, sondern auch, im Bestaheerde des Königshauses, als das Centrum der Staatsgründung erscheint (Mommsen S. 62).

Diese Art der Wohnungsgründung, und damit verbunden die Zutheilung des Gartlandes von 2 Jugeren zu jeder Wohnung ist sicherlich die seit dem Einzuge bestehende. Vergessen wir aber nicht, daß von uns die Sprache fordert, bisher lediglich ein Eigenthum an beweglichen Sachen <sup>7)</sup> anzunehmen: dominus ist der Zählende (nach der begründenden causa), herus ist der Manutentirende (nach der äußeren Erscheinung des Verhältnisses) — vgl. §. 11. Also bisher ist, nach der Anschauung des Urvolks und der Italiker, Grund und Boden und Haus, — da das nur durch die vereinte Volkskraft gewonnen wird [unter Verwendung des schon bestehenden Privateigenthumsbegriffes auf die Gesamtheit: „universaliter territorium dixerunt“, A. 1], — lediglich Eigenthum der Gesamtheit, von der es der Einzelne

6) Curtius 610: Skt. W. ush. ōshāmi (f. ausāmi) (uro), ushnas (callidus); Zd. ush (brennen, leuchten); Gr. εὔω, αὔω, Εὐρος; Lat. W. us, uro (ussi, ustus) ustor. — „Neben der W. ush finden sich im Skt. Reste einer volleren W. vas, aus der ush durch Kürzung hervorgegangen ist, namentlich vāsaras Tag. Diese W. vas = us liegt dem gr. Ἑστία, dem lat. Vesta zum Grunde.“ Vgl. noch die verwandte Wurzel Curtius 206: Skt. vāstu (Stätte, Haus), vāstavja (οἰκεῖος) W. vas, Zd. vanh (weilen, wohnen); Gr. ἄστυ Stadt; vgl. §. 17 A. 2 u. 3; §. 9 A. 2<sup>a</sup>.

7) Also insbesondere: (neben den selbstfabricirten und damit juristisch zurücktretenden Waffen und Kleidern) bei den Germanen: Hausvieh, bei den Italikern (bei denen sich die Sklaverei strenger organisiert hat): Hausvieh und Sklaven („familia pecunia“). — Auch Mommsen R. G. 6. Aufl. S. 150 ist bereits auf den Gedanken des ursprünglichen Beschränktheits des Eigenthums auf bewegliche Sachen gekommen; aber er hält noch an der älteren Auffassung von der Zurückführung auf die „Zutheilung“ fest; vgl. §. 17 A. 1.

## II.

18 durch seine Privatoccupation zum Drauffitzen (possessio) erhält [ut quisque virtute colendi quid occupavit]. Rückfichtlich des Grund,,besitzes“, Haus und Acker, kann der Einzelne (und sein Erbe) wohl in seiner Privatoccupation durch die „potestas“ des rex geschlichtet werden; aber er kann nicht die actio sacramenti: aio rem meam esse, die nach der „Composition“ nie vom rex, sondern nur von Stammgenossen als iudices entscheidbar ist, anstellen. Hiermit aber gewinnt die uralte Nachricht, daß die zwei Jugeren Gartland [mit Haus zu denken]<sup>8)</sup> für heredium erklärt seien, eine ganz eigenthümliche juristische Wichtigkeit. Es wird der „vir“, dem dies „viritim“ vom Gemeinwesen gegeben wird, damit ebenso zum herus über diesen Grund und Boden erklärt, wie er es über Hausvieh und Sklaven (A. 7) ist. Also: das „Zähmungsverhältniß“ wird ein auf den Grund und Boden herüberbezogener Begriff; dies heredium wird mit unter die actio sacramenti, die vindicta aufgenommen; das herus-sein, das sich beim Tode des Herrn schon vom Urvolke her als sacrale Pflicht und sacrales Recht auf Sohn, Agnaten und Gentilen [Eradd'ha = Erbfolge der Sapindafamilie] fortgezogen hatte, indem der herus bei diesem Neueintritt der heres genannt wird<sup>9)</sup> — dieses herus-sein umfaßt fortan auch das „heredium“, und ebendeshalb ist letzteres mit diesem Namen belegt worden.

In dem Sage, daß viritim an die Einzelnen zwei

8) Plinius h. n. XIX. 19, 1 [Bruns font. p. 23]. In XII tabulis legum nostrarum nusquam nominatur villa, semper in significatione ea hortus: in horti vero, heredium. Curtius 189: „Daß χόπος in der mit hortus zu vergleichenden Bedeutung Hofplatz desselben Ursprungs (v. W. χερ) ist, ist wahrscheinlich“ . . . „aus einer mit dh erweiterten Wurzel: Goth. gards (oljos, auln), Lit. gardas (Hürde), zardis (Hofgarten)“.

9) Curtius 186: „hēr-ā(d)-s ist aus einem Verbalstamm hērē hervor-gegangen. Ganz in demselben Sinne steht die W. har selbst im Stk. ἄρα-hara-s Erbantheil empfangend“ (Goth. arbinumja).

Jugeren Gartland als heredium zugetheilt wurden (was übrigens bei den mehrfachen Völkerzügen auch noch wieder gewechselt sein kann), liegt zugleich der Beweis, daß der übrige Grund und Boden zunächst nicht als heredium vertheilt worden ist. Wir werden also anzunehmen haben, daß dieser als Gemeindeland entweder ganz in gemeinsamer Benutzung blieb, oder den Einzelnen (etwa gegen einen vectigal) lebiglich zur Privatoccupation der „possessio“ für seine separate Bewirthschaffung eröffnet wurde. So mögen die Italiker, mit Privateigenthum an beweglicher Habe und an den zwei Jugeren heredium, und im Uebrigen auch noch vielfacher Einzel-possessio am Gemeindeland, in Markgenossenschaften Jahrhunderte lang gewohnt haben. Daß aber dann noch eine bedeutende Umgestaltung eingetreten sei, läßt sich nicht bezweifeln. Mommsen hebt hervor (S. 204. 205), daß der „numerus“, der Vertheilungsmaßstab, als das älteste und sämmtlichen Indogermanen ursprüngliche, : das Decimalsystem gewesen ist (vgl. auch Grimm S. 532). Danach werden auch die ursprünglichen zwei Jugeren gemessen worden sein. Später hat sich dann ein wahrscheinlich national-italischer „numerus duodenarius“ entwickelt, und es ist sicher, daß die weiteren Landvertheilungen zu Privateigenthum, wie sie dem mythischen Landvertheiler Numa zugeschrieben werden, aber gewiß schon weit in die altlatinische Zeit zurückreichen, nach diesem Duodecimalsystem (das Jugerum zu 120 Fuß in's Quadrat) statt gefunden haben. Man wird also anzunehmen haben, daß mit den Fortschritten der Bodencultur sich das Bedürfniß herausgestellt hat, große Partien Land, die bisher als occupirtes Gemeindeland wohl vielfach nur als Weideland benutzt worden waren, oder, wenn auch schon Ackerland und einzelbewirthschaftet, doch nur in occupirter Privatpossession gestanden hatten, zu Privateigenthum, wie es bestgestaltete Ackerwirthschaft fordert, auszuthheilen. Da der italische numerus

## II.

18 duodenarius sich erst lange Zeiten nach dem Völkereinzuge festgestellt haben kann, so zeigt das, daß diese Privateigenthumsvertheilung nach dem Duodecimalsystem erst als eine spätere, den Beginn der zweiten Hauptperiode der altitalischen oder altlatinischen (vorrömischen) Zeit in sich fassende, zu denken ist. —

Und wie ist es, das fragen wir zuletzt, mit der italischen Entwicklung des Gesetzesbegriffes, den, wie oben angegeben worden, wir dem Urvolke noch nicht zuschreiben können? Sener wichtige schon oben erwähnte Wortstamm: *νεμ* liefert uns (Curtius 431) in der lateinischen Sprache Folgendes: die Namen der zwei mythischen Stammväter und Ackervertheiler *Nu mit or* [*νεμέτωρ*] (Großvater des Romulus und Remus nach der Sage) und *Ruma* [*ρομεύς*] und: *numerus*, also das Wort für das Ackervertheilungssystem; und endlich: *nemus* die Waldweide, jenes Wort, auf das wir oben schon Grimm hinweisen sahen <sup>10</sup>). Aber daß die „Vertheilung“ als das „Grundgesetz“ angesehen worden wäre, und so überhaupt an die Vertheilung sich der Gesetzesbegriff angeknüpft hätte, das fehlt in Italien. Dafür tritt uns das Wort *lex* entgegen. Man hat es von *λέγειν* abgeleitet und mit „Spruch“ verdeutschte, aber Curtius 538 bemerkt dagegen: da diese *W. ley* nur im Griechischen, und hier verhältnißmäßig spät, auf italischem Sprachgebiet niemals reden bedeutet, so kann *lex* unmöglich „Spruch“ bedeuten“. Wir müssen es also als einstweilen noch unerklärt bezeichnen, wie die Italiker zu dem Gesetzesbegriff gekommen sind <sup>11</sup>).

10) Curtius S. 315: „*νέμος* ist recht eigentlich ein gräcoitalisches Wort nach Laut und (?) Begriff. Wie sehr auch in *nemus* noch die Vorstellung des von Bäumen beschatteten grasreichen Bodens vorwaltet, zeigen Stellen wie Horat. Carm. 17. 9: *eras foliis multis tempestas sternet*.“ (Vgl. aber oben §. 17 A. 3.)

11) Gewiß sehr alte Anwendungen des Wortes *lex* enthalten: die oben schon (§. 13 A. 4) erwähnte *lex horrendi carminis*, Liv. I. 26; die *legum*

§. 19. — 3) Auch über die Grundtheilung beim ursprünglichen Einziehen der Griechen sind wir im Dunkel.

Ueber die Landvertheilung der historischen Zeit sind wir am Besten in Betreff Sparta's und Athen's unterrichtet. In Sparta nach dem Heraklidenzug ist Alles streng dem Staatsinteresse unterworfen (Hermann §. 19. 28). Für die siegenden Dorer (Spartiaten) gleiche Vertheilung des Grundeigenthums in eine Anzahl untheilbarer und unveräußerlicher Loose (nach der Eroberung Messeniens 9000). Die besiegten Landbewohner blieben zum Theil im Besiz persönlicher Freiheit und im Eigenthum am Grund und Boden (Periöken), unter Tributentrichtung und Ausschluß von den staatsbürgerlichen Rechten. Für die Spartiaten war außerdem bezweckt möglichste Gleichheit und eine Art Gemeinschaftlichkeit der fahrenden Habe unter Verbot der edlen Metalle als Tauschmittel, so daß Handel und Gewerbe ausschließlich die Periöken betrieben. Ein anderer Theil der Besiegten verlor seine Feldmark an die Sieger, Heloten; sie durften nicht getödtet oder außer Landes verkauft werden, sie bestellten die Ländereien ihrer Herren gegen Abgabe eines Ertragstheils, und begleiteten die Herren in den Krieg als Diener und Leichtbewaffnete. — In Athen ist alles freier. Man unterscheidet (Hermann §. 113—118): die eigentlich Berechtigten, die aus gesetzmäßiger Ehe von Athenern geborenen Vollbürger; die Neubürger; in's Bürgerrecht aufgenommene Ausländer, die zu keiner

dictio bei Servius in Aeneid. 3, 89 [Bruns font. p. 296]: est species augurii, quae legum dictio appellatur: legum dictio autem est, cum condictio (condicio?) ipsius augurii certa nuncupatione verborum dicitur, quali condicione augurium peracturus sit; und die lex über die Vestalinnen: Festus v. Probrum virginis Vestalis ut capite puniretur, vir, qui eam incestavisset, verberibus necaretur, lex, fixa in atrio Libertatis, cum multis aliis legibus incendio consumpta est, ut ait M. Cato in ea oratione, quae de auguribus inscribitur. Vgl. noch Festus v. sacrae leges.



## II:

19 Phratrie gehörten, aber wohl einer Phyle und einem Demos zugeheilt wurden; die *ισοτελεῖς*, um besonderer Verdienste willen in allen privatrechtlichen Verhältnissen und pecuniären Leistungen den wirklichen Bürgern gleichgestellt, ohne Zulassung zu den eigentlich politischen Rechten. Daneben steht weiter: ganzen Städten und Ländern, oder auch Einzelnen durch ausdrückliche Verordnung gewährte Ehegenossenschaft, Eigenthumsrecht an attischem Grund und Boden und andere bestimmte Rechte z. B. Zollfreiheit. Ferner bilden ein hervortretendes Glied der Gesamtheit die Metöken (Schutzverwandte oder Weisaffen), deren im Jahr 309: 10000 erwachsene Männer waren [die, freilich bezweifelte, Schätzung der Sklavenzahl geht bis gegen 400000; Hermann §. 114 A. 5]. Diese Metöken galten als Ausländer, konnten also kein Grundeigenthum erwerben, und mußten sich einen Bürger als *προστάτης* wählen. Sie waren berechtigt zur Betreibung aller bürgerlichen Gewerbe, wurden zum regulären Kriegsdienst, zu den außerordentlichen Steuern und Leistungen beigezogen, und waren auch zu allerlei erniedrigendem Gebrauche, wie Hydriaphorie, verpflichtet. Außerhalb und doch noch wieder an Athen geknüpft sind die *πρόξενοι*, an ausländischen Orten ernannte Gastfreunde, zur Wahrung der athenischen Interessen, mit den Privilegien die ein Ausländer und Nichtbürger in Athen haben konnte.

Man sieht, der Grundgedanke ist: das Eigenthum am Grund und Boden, das der Staat schützt, ist überwiegend für die Vollbürger reservirt. Die ursprüngliche Landvertheilung wird erst recht lediglich die Stammesgenossen in's Auge gefaßt haben, die jetzt mit der Niederlassung einen festen staatlichen Boden erhalten, auf dem der innere Frieden, gesetzliche Ordnung und Schutz nach Außen gewonnen werden kann. So dunkel uns auch die Grundsätze der ursprünglichen Landvertheilung sind, so deutlich zeigt uns doch die griechische Sprache, daß den Griechen der

Begriff der geselligen Ordnung, der altherkömmlichen Sa-  
 kung, aus der Vertheilung des Grund und Bodens erwachsen  
 ist. Das Gesetz ist ihnen im wahren Sinn des Wortes die „Grund-  
 ordnung“ des Landeigenthums. jene Wurzel *νεμ*, die im Ger-  
 manischen nur nach der Seite des Nehmens, *λαμβάνειν* hin,  
 nicht nach der Seite des Sichzuthellenlassens verwendet worden ist,  
 die bei den Italikern nur im Vertheilungsmaassstab (numerus), in  
 den alten zuthellenden Stammfürsten, aber auch schon im zuge-  
 theilten nemus (der Waldweide) lebt, — sie hat im Griechischen  
 eine Verwendung gefunden, die uns das volle Spiegelbild der Ent-  
 wicklung der Begriffe giebt. Curtius 431: *νέμω* theile aus, lasse  
 weiden, walte, *νέμομαι* lasse mir zuthellen, weide, habe inne,  
*νομᾶω* theile zu, handhabe, *νομή*, *νέμησις* Vertheilung, *νε-  
 μέτωρ* [= Numitor], *νομῆς* [= Numa] Vertheiler, *νέμεσις*  
 Unwille, Zorn über ein Uebermaass, *νεμεσσᾶω*, *νεμεσίζομαι*  
 verdenke, zürne, *νόμος* Gesetz, Brauch, *νομίζω* habe im Ge-  
 brauch, *νόμισμα* Münze. — *νέμος* [jenes lateinische nemus]  
 Weidetrift, *Νεμέα*, *νομός* Weide, Bohnsitz.

Die Sprache lehrt uns hier ein gutes Stück Rechtsgeschichte;  
*νόμος* steht auf gleicher Stufe mit numerus. Aber aus dem  
 „Theilungsmaassstabe“ ist den Griechen der Gesetzesbegriff er-  
 wachsen, den Italikern nicht.

§. 20. — B. Die Völkerentwicklung. Die Geschichte der 20  
 Völker gehen mit dem Einzuge in die verschiedenen Länder aus-  
 einander, ihr Charakter entwickelt sich selbständig, aber mit zä-  
 hem Conservatismus halten sie, wie ihr indogermanisches Blut  
 und ihre indogermanische Sprache die immer erkennbare Grund-  
 lage bleibt, so auch in der Rechtsitte und in ihren juristischen  
 Grundgedanken viel mehr Gemeinsames fest, als man dies heut-  
 zutage gewöhnlich ahnt. Aber sie tragen das Alte doch auf ganz  
 neuer Schaale. Es erwächst jedem der drei Völker, die ich hier  
 vorzugsweise in's Auge gefasst habe, der Begriff des Gesetzes:

## II.

20 bill, lex, νόμος. Erst von da an, wo dieser Begriff existirt, wo also die Gesamtheit nicht bloß im évas, mos traditionelle Ueberzeugungen hegt, sondern spontan einen die Einzelnen bindenden Willen faßt und setzt, — erst von da an beginnt der Bau des eigentlichen Staatsorganismus. Nur durch Gesetz und Staat kann ein Volk zu einer wirklich höheren Stufe der Cultur und Gesittung emporsteigen. Merkwürdig hat sich dieses Emporsteigen in umgekehrter Ordnung vollzogen. Die Germanen (und Slaven), die vom Urvolk zuerst abgezweigten, liegen Jahrtausende noch gleichsam im geistigen Winterschlaf. Sie waren mit zu wenig geistigem Capital ausgezogen, so haben sie um so längerer Zeit zum Emporringen bedurft. Sie mußten Griechen und Römer lange überleben, ehe sie deren geistige Erbschaft antreten konnten. Von den Kelten und Gräco-Italiern ist das Keltische, gleich einem frühgestorbenen Kinde, nie zur Entfaltung seiner Eigenart gekommen; dem italischen Wesen aber ist im Römerthum die Weltherrschaft des Alterthums zugefallen. Die Italiker waren der langsamer sich entwickelnde Bruder; die Griechen, die „am Treuesten das Alte des Urvolks bewahrt haben“, sind am Ersten zu rascher und unvergleichlicher Geistesblüthe emporgeschossen, und des rasch alternden Volkes Erbschaft hat der in gemacherem Tempo vorschreitende italische Bruder übernommen.

1) Was nun speciell das Juristische, und in diesem wieder die Grundfrage des Vermögensrechts, das Eigenthum, betrifft, so ist die Entwicklung im germanischen und im italischen Strange, — die ich fortan allein noch in's Auge fasse, — eine sehr verschiedene gewesen. Ich habe gezeigt, daß die Sprache uns in dem Urvolk nur erst ein Eigenthum an beweglichen Sachen aufweist. Germanen und Italiker haben nach dem Völkereinzuge auf dieser vorhandenen Basis für die Gestaltung des Eigenthumsrechts an Grund und Boden in ganz entgegengesetzter Weise fortgebaut.

a) Die Germanen lassen in der sich fortziehenden Scheidung von fahrender Habe und Grundeigen den übernommenen Grundstock des beweglichen Eigenthums („personal fortune“) im Wesentlichen unberührt. Das Grundeigen („real fortune“) gestalten sie so, daß man aus allen Punkten ersieht, daß es erst durch die gesammte Organisation des Grundbesitzes seit dem Einzuge neugestaltet ist. Beide sind dem Germanen ganz verschiedene Dinge, die nur als „Habe“ oder „Eigen“ („fortune“) zusammengefaßt werden, rechtlich aber so auseinanderliegen, daß der Germane gar kein gemeinsames Wort für „dominus“ hat (s. oben §. 11 X. 3, §. 14 X. 3). In der juristischen Regulirung der fahrenden Habe läßt man den, nur dem alten Kampf entwachsenden, Rechtsschutz in seiner Isolirung für das Urdominium, das „Zähmungsverhältniß“ fortbestehen. Ganz in der Weise alter Völker erscheint bloß der Hauptpunkt rechtlich geordnet, dem dann die Nebenfragen je nach Bedürfniß accommodirt werden. Die „Anfangsklage“ bleibt in ihrer Formulirung lediglich auf das zahme Thier berechnet. Das Grundeigenthum dagegen tritt im Germanischen von vorn herein in näherer Verbindung mit der staatlichen Organisation, wie sie sich erst seit dem Einzuge gebildet hat, hervor. Liegende Habe steht nach altstrengem Recht nur den Freien zu, sie kann nur feierlich auf Andere übergehen, kann nur von Männern ererbt werden (Grimm S. 491). Also nur die fahrende Habe, die auch Unfreien zustehen, auch unfeierlich auf Andere übergehen, auch von Frauen ererbt werden kann, ist gewissermaßen der allgemeine Eigenthumsbegriff. Liegende Habe ist Ganzeigen [al = totus, integer; od = bonum; also al-eigen = mere proprium; Grimm S. 493. 494], fahrende Habe ist Aller-eigen.

Die Ordnung des Gerichts stützt sich fortan ganz auf die neue Organisation in Mark, Gau und Landschaft. Grimm S. 745:

## II.

20 „In der Volksversammlung (concilium) kamen alle öffentlichen Angelegenheiten der Mark, des Gaus und der Landschaft zur Sprache . . . es bildeten die zusammenkommenden freien Männer den Kern des Gerichts.“ Sie versammeln sich an der in Mark, Gau, Landschaft herkömmlichen Stätte (Grimm S. 746); „im Freien . . . Die Ansicht des Heidenthums verlangte zur Gerichtshaltung heilige Derter, an welchen Opfer gebracht, und Gottesurtheile vorgenommen werden konnten“ (S. 793). „Ohne Zweifel war die feierliche Vollbringung der Rechtsgeschäfte und Schlichtung der Rechtshändel im Heidenthum mit Religionsgebräuchen verbunden . . . Hierauf bezog sich . . . die Beschaffenheit der mit Opfern und Eiden zusammenhängenden, unter priesterlichem Vorsth gehaltenen alten Gerichte . . . Dem Gerichte wurde Heiligkeit und ein besonderer Friede beigelegt“ (S. 745). „Alle richtende Gewalt wurde von der Genossenschaft freier Männer unter dem Vorsth eines erwählten oder erblichen Oberen ausgeübt. Nie konnte der Unfreie am Gericht eines Freien theilnehmen“ (S. 749). „Bei allen Weisungen des versammelten Volks haben Alter und Herkommen die größte Bedeutung“ (S. 772). — Dann später, die Umwandlung der Urtheilenden in ständige Beamte, scabini (S. 775). „Der tuom, die Weisung des Rechts ging also entweder von der ganzen Gemeinde oder von erlesenen Gemeindegliedern aus“ (S. 780), und „ursprünglich lag die Kraft des Urtheils und der Entscheidung in Händen der Genossen und Nachbarn“ (S. 785).

21 §. 21. — b) Ganz anders der Entwicklungsgang bei den Italikern. Was Sache der animadversio ist, liegt wie bisher in den Händen dessen der eine potestas hat [des paterfamilias und des rex (vicpatis, §. 7 A. 6)]. Was unter den Begriff der poena zu bringen und dem Gebiet der vindicta zu entziehen sei, das ist in seinem Ausbau specifisch italische Schöpfung. Der Umkreis der Privatangelegenheiten im eng. S. liegt

nicht im Machtgebiet königlicher Entscheidung. Es beweist sich dies daraus, daß die Italiker für den durch die *actio sacramenti* zusammengehaltenen Kreis dieser Angelegenheiten die Bezeichnung der *vindicta* stets festgehalten haben. Aber an die Stelle von Kampf und Gottesurtheil war schon längst die „Composition“ (das *pacere* oder die *conventio*) getreten, daß auf Grund des geschworenen Eides der von den Streitenden gewählte *iudex* die Streitsache zu entscheiden habe. So ist die Entwicklung bei Germanen und Italikern gerade entgegengesetzt. Dort wegen der „Unthaten“ Substituierung der „Composition“ an Stelle der *Vindicta*; hier wegen der Privatstreitsachen die componirende *conventio* der Parteien über den zu wählenden *iudex*. Während über diesen Privatstreit bei den Germanen die Gemeinde entscheidet, ist es für ihn italischer, aus der ursprünglichen *Vindicta* zu erklärender, Unrechtsfaß: *neminem esse iudicem nisi qui inter adversarios convenisset* (§. 16 A. 6). So folgt denn auch ein ganz anderer juristischer Aufbau des „*iudicium*“ im Gegensatz zu der unverändert „in iure“ vorgenommenen Prozesseinleitung, es folgt ein ganz anderer Begriff der „*res iudicata*“.

Indem aber bei den Italikern das Staatliche erstarkt, entwickelt sich immer deutlicher der Begriff eines eigenthümlich für diesen Volkskreis abgeschlossenen Nationalrechts, welches dem Volksgenossen besonderen Schutz gewährt, aber auch die Gewährung seines Schutzes unter besonders strenge Anforderungen stellt. Es spricht sich dies strictnationale Element, das bestimmt war lange Jahrhunderte hindurch die Rechtsentwicklung vollständig zu beherrschen, für die *actio sacramenti* darin aus, daß die Behauptung: *aio rem meam esse* mit der Berufungsclausel auf das nationale Recht versehen wird. In unseren historischen Quellen lautet die Clausel: (*aio rem meam esse*) *ex iure Quiritium* (Gai. IV. 16); früher mag sie rein rannitisch: „*ex iure Romano*“ (fr. 1 §. 2 de rei vind. 6. 1; §. 15 A. 2)

## II.

<sup>21</sup> gelautet haben; noch früher mag man „ex iure priscorum Latīnorum“ (Liv. I. 32) gesagt haben.

Die wichtigste Weiterentwicklung für die *sacramenti actio* lag darin, daß der Begriff des „Zähmungsverhältnisses“ (*dominium*) durch die nach dem *numerus duodenarius* vorgenommenen Landvertheilungen nicht mehr bloß für die zwei Jugeren *heredium*, sondern für große Massen von Grundeigenthum zur Verwendung gebracht wurde. In seinem eigenen Haus und Garten schloß der *manutēnēns* herus sich schon selbst mit seinen Waffen; darüber kommen in solchen alten Zeiten wohl am Seltensten Prozesse vor. Aber für andere vielleicht weitab liegende Eigenthumsgrundstücke wird der Rechtsschutz durch Eigenthumsklage gerade so nöthig, wie für die frei umgehenden Hausthiere und Sklaven. So wurde die Ausdehnung der *actio sacramenti*: *actio rem meam esse* auf die nicht in's *ius transportabellen* Eigenthumsachen zur Nothwendigkeit. Diese Ausdehnung (Gai. IV. 17) auf Grundstücke (von Säulen wird in jener Zeit noch nicht geredet worden sein) hatte bereits eine Brücke. Von der *vindication* des einzelnen Hausthiers oder Sklaven war man zur *vindication* einer Heerde gelangt, indem: *ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur*. Nachdem die Latiner angefangen hatten Schiffe zu bauen, und nachdem also auch für diese das Bedürfnis der *vindication* eingetreten war, nahm man vom Schiff ein Stückchen in's *ius*. So war der Weg gebahnt, daß, — als man erst Privatgrundeigenthum hatte, für das sich das Bedürfnis der *vindication* bildete, — man eine *pars de fundo, de aedibus*, und auch [seitdem sich der Begriff der *universalsuccession* erst völlig mit Hilfe der *Sacra* abgeklärt hatte; §. 7 A. 14] *de hereditate* in's *ius* nahm, und an diesem Stück die Durchführung der *vindication* für gültig anerkannt wurde. Diese allmähliche Ausdehnung der *actio sacramenti* ist von der höchsten historischen Wichtigkeit und Beweis-

kraft. Solches ausdehnende Weiterschreiten geschieht im hohen <sup>21</sup> Alterthum nicht nach irgend einer über den Dingen stehenden begrifflichen Speculation, sondern lediglich nach der zwingenden Wirklichkeit der bestehenden Verhältnisse. Hätte es schon von Anfang an ein Eigenthum am Grund und Boden gegeben, so würde, als sich für dieses ein staatlicher Rechtsschutz entwickelte, der Rechtsschutz gleich in der für Grundstücke geeigneten Gestalt konstruirt sein. Indem die italische Eigenthumsklage als zunächst auf Vieh und Sklaven berechnete „Apprehensionsklage“ auftritt, so ist das ein Beweis, daß in der Zeit ihrer Entstehung es nur ein für die vindication practisch wichtiges Eigenthum an Vieh und Sklaven (und anderem beweglichen Hausgut) gab. — Wir haben also für den Satz, daß die indogermanischen Völker ursprünglich nur ein Eigenthum an beweglichen Sachen gekannt haben, einen doppelten Beweis von den entgegengesetzten Polen aus: den einen aus den Urworten *dominium* und *herus*; den anderen rückwärts aus der italischen Eigenthumsklage, die ursprünglich nur auf transportable („anfassbare“, „apprehendbare“) Sachen gerichtet war.

§. 22. Dieser selbe Beweis ergibt sich auch noch aus <sup>22</sup> einem anderen wichtigen Punkte. Ich habe oben ausgeführt, daß der Kauf in den Zeiten des Urvolks als Realkauf zu denken ist, und zwar nach zwei Seiten hin: schon von den ältesten Zeiten her als internationaler Kauf mit fremden Händlern [auch in Italien, wo wir von den ältesten Zeiten her fremden Goldschmuck, Glas, Bernstein, Salben, Purpur, Elfenbein, Weihrauch erwähnt finden (No. S. 196), können diese peregrinen Händler nie gefehlt haben], und als formloser Realkauf unter den Stammgenossen. Es ist schon oben bemerkt worden, daß den Begriff des Kaufpreises bereits das Urvolk kannte (*vasnas* — *ἄνος* — *venum*, vgl. §. 10), wenn ihm gleich noch nicht das Erz bekannt war, also wir doch wohl als diesen Kaufpreis zunächst nur das gegengetauschte currente Vieh (Rind, Schaafe) an-



## II.

<sup>22</sup> zusehen haben. Die Gestaltung, daß der Preis zugewogenes Erz (aes rude) ist, kann erst eingetreten sein, nachdem die Italiker eingezogen waren. Hierbei stellt sich der Realkauf beweglicher Sachen von selbst so: der Käufer soll die Sache zu Eigenthum tradirt erhalten [das Eigenthum, herus-sein, beginnt, indem man die dargereichte Sache mit der Hand, hir, an sich nimmt: *mancipatio*], und gleichzeitig dem Verkäufer den Erzpreis, dessen Richtigkeit durch das Abwägen constatirt wird, aushändigen. Also die *mancipatio* ist ursprünglich keine Form oder Sollenität, sondern der wirkliche Realkauf. Aber seitdem das italische Volk in die Periode der schärferen Ausprägung des strictnationalen Elements eintrat, konnte es nicht fehlen, daß dies auf den unter den Stammgenossen vorgenommenen Realkauf wichtigerer Sachen bestimmend einwirkte. Es wurde eine gewisse juristische Sollenisirung des Geschäfts nöthig oder wünschenswerth. Der Käufer mußte eine genaue Wortformel sprechen, die von vorn herein documentirte <sup>1)</sup>, daß es sich hier um dasselbe nationale Eigenthum handle, welches in der *actio sacramenti* besonderen nationalrechtlichen Schuß gewonnen hatte. Also er mußte, identisch mit der altherkömmlichen Klagformel, sagen: nach unserem Nationalrecht [„*ex iure priscorum Latintinorum*“?] *hunc ego hominem meum esse aio* (Gai. I. 119). Das Abwägen des in *praesenti* gegengeleisteten Erzes mußte in

1) Die (natürlich nicht zufällige) Identität der *Mancipationsformelworte* *aio rem meam esse* mit denen der *actio sacramenti* hat offenbar die Bedeutung, daß damit für eine spätere *Vindicatio* die Identität des damals erworbenen und jetzt vindicirten Rechts constatirt wird. Das aber würde seinen Zweck gar nicht voll erreicht haben, wenn nicht bei der *Mancipation* Zeugen vorhanden waren, die den früheren Erwerb hinterdrein bei der *Vindicatio* documentiren konnten. Der practische Zusammenhang fordert also, daß man sich das Aufkommen des strictnationalen Sollenitätsactes der *Mancipation* von Anfang an als ein mit Zeugen verbundenes zu denken hat.

der Formel ebenfalls repräsentirt sein (*isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra*). Und dieser Willensact wurde durch Zeugenziehung für die Stammgenossen und für eine spätere etwaige *actio sacramenti* gemeinkundig gemacht. — Das ist die Mancipation als altlatinisch-nationalrechtlicher Sollennitätsact. II.  
22

Zunächst freilich scheint dies lediglich als Vermuthung dazustehen<sup>2)</sup>. Aber es giebt doch weitere Beweismomente, die sich dann ergeben, wenn man jenes Mommsen'sche „seit“ modificirt. Nachdem das altlatinische Volk das Erz hat kennen lernen und durch Wägen als Geld verwendet hat, kann man nicht gleich die Gesamtheit der altlatinischen Bauernschaft als mit genügender Quantität dieses Geldes durchsättigt annehmen. Man vergleiche die Zustände der altdeutschen Bauern (§. 10 A. 1. 2. 8), wo dies Eindringen des Geldes die größten Schwierigkeiten hatte; man denke nur an die Zustände unserer Bauern vor 400 Jahren, wo in deren Hand kaum ein Geldstück kam. Noch viel mehr ist es bei den altlatinischen Bauern begreiflich, daß lange Zeiten hindurch, — wo Vermögende und Vornehme bereits das Erz kennen, besitzen, und, es abwägend, damit kaufen, — in der Masse des Bauernvolkes der reine Tauschzustand bleibt. Die beiden Perioden, wie ich sie in meiner Mancip. u. Trad. (1865) S. 54 Nr. 1 u. 2 als die Periode des Tausches und des *aes rude* bezeichnete, stehen sich also allerdings als Älteres und Späteres gegenüber, sind aber vielleicht Jahrhunderte lang als neben ein-

2) Mommsen hat es bereits in der ersten Auflage seiner römischen Geschichte ausgesprochen (1854) I. S. 105: „Seit das Kupfer anstatt der Schafe und Rinder der regelmäßige Werthmesser geworden war, bestand die Form des Kaufs also darin, daß der Käufer dem Verkäufer die festgesetzten Kupferpfunde vor Zeugen auf der Wage zuwiegt und dieser ihm gleichzeitig die gekaufte Sache in die Hand giebt (*mancipare*)“; vgl. noch das. S. 107. — [6. Aufl. S. 151 A. \*.]

## II.

22 ander hergehend zu denken, so daß auch die Rechtsbestimmungen über Multa und Sponsionen um der Volksmasse willen lediglich beim „Vermögen“ des Bauern, der pecunia: Kind und Schaaſ verharren mußten. In diesen früheren Jahrhunderten der alt-latinischen Zeit muß die mancipatio entstanden sein. Man kannte schon das Erz, aber man besaß es nur in engeren Kreisen. Es gab kein Grundeigenthum außer den zwei Tugeren heredium. Das zu verkaufen konnte wohl bei der Geschlossenheit der Familien nur schwer einem Hausherrn einfallen dürfen; erschien es vom Standpunkt der Familie aus zu billigen, so bestand dafür die in iure cessio vor dem rex oder Priester<sup>3</sup>). — Mithin ein Kaufen unter Gegenwägen von aes rude gegen zu empfangendes Grundeigenthum war noch gar kein Bedürfnis. In solcher Zeit muß sich die Construction der mancipatio als eines strictnationalen Rechtsactes gebildet haben. Die mancipatio setzt in ihrem ursprünglichen Bau eine bewegliche Sache voraus<sup>4</sup>), welche manu capirt werden kann. Also es muß etwas reell Greifbares und etwas mit der Hand Greifbares [serviles personae, animalia, quae mancipi sunt: boves, equi, muli, asini] gewesen sein, dem gegenüber sich diese Rechtsform überhaupt entwickeln konnte. Wären Grundstücke gleich Anfangs mit in Betracht gekommen, so würde sich die Form eben anders entwickelt haben. Also die praedia tam urbana quam rustica (Gai. I. 120) können erst später mit unter die schon bestehende Mancipation aufgenommen worden sein, d. h. wir können diese Ausdeh-

3) §. 15 A. 4.

4) Dies weist also darauf zurück, daß (wenn auch hier schon das heredium existirte) der Gegenstand der mancipatio noch mit dem alten Umfange des dominium zusammentrifft. (Vgl. auch Mommsen R. G. 6. Aufl. S. 184.) — Danach konnte man denn auch einfach die außer dem heredium beſessenen Grundstücke nach der „Nichtmancipation“ charakterisiren: agri qui non mancipatione sed usu tenebantur; Festus v. possessiones.

nung erst von der oben besprochenen zweiten altlatinischen Periode datiren (§. 18), als nach dem Duodecimalsystem eine große Affignation von Grund und Boden zu Privateigenthum statt gefunden hatte. —

Das Gesagte findet noch eine besondere Bestätigung in eingehenderer Betrachtung der Objecte auf die sich die Mancipation bezieht, der vielbesprochenen *res Mancipi*. Ich sagte vorher: Gegenstand der Mancipation waren die wichtigeren Sachen. Sicherlich ist stets der Kleinverkehr, so gut wie der internationale Realkauf, formloses reelles Sachleihen gegen reelles Abwägen des *aes rude* oder auch Handgewichtsschätzung der currenten Erzstücke gewesen. Also die Mancipation als altlatinisch-strictnationaler sollenner Rechtsact [Abwägen des *aes rude*, unter Ausspruch der sollennen Worte *aio rem meam esse, cet.*, vor Zeugen] ist nur auf die wichtigeren Sachen des damals (abgesehen vom *heredium*) aus „*familia pecuniaque*“ (§. 18 X. 7) bestehenden Vermögens gerichtet gewesen. Wenn nun aber damals in Betreff der *familia pecuniaque* noch die Anschauung eine lebendige war, daß das Eigenthum das Zähmungsverhältniß sei, so ist es gar nicht anders denkbar, als daß sich die Feststellung derjenigen Sachen, die *res Mancipi* sein sollten, an die bei ihnen bestehende Zähmungsweise knüpfen mußte.

Hiefür haben wir in der That noch die stets im Alterthum fortgetragenen Beweise. *Res Mancipi* sind zunächst alle Sklaven (die *familia*), die ja schon im Wort sich allgemein als die „Gebändigten“ darstellen (§. 9 X. 6). Von den übrigen beweglichen Sachen, insbesondere den Hausthieren, gehören zu den *res Mancipi* nur diejenigen, bei denen die Zähmungsweise eine, der Wichtigkeit dieser Sachen entsprechende, ganz eigenartige ist. Hunde, Katzen, Hühner, Gänse u. s. w. gewöhnt der Mensch an sich gleichsam persönlich, er pflegt sie in seiner umfriedeten Behausung viel näher an sich zu ziehen. Dagegen Rind, Pferd,

## II.

<sup>22</sup> Esel, Maulthier sind ihm selbständige Gehülfen der Arbeit, die immerfort besondere, dem Körper des Thiers angepasste, Vorrichtungen für das Bewahren der Zähmung nöthig machen. Solche Gegenstände in der Stellung des Menschen zu den Hausthieren verschwinden nach unseren jetzigen Verhältnissen fast für unser Auge; für das Auge der Menschen im frühen Alterthum sind sie von der außerordentlichsten Wichtigkeit. So sagt denn der Altitaliker, indem er sein Großvieh nach der Art bezeichnet wie er es zählt (Ulp. 19. 1): *mancipi res sunt . . . servi et quadrupedes quae collo dorsove domantur, velut boves muli equi asini — ceterae res nec mancipi sunt* (Gai. I. 120). Aber das ist nicht abstract-begrifflich gemeint, sondern bezeichnet diese dem Italiker bekannten Großvieharten nach der dabei verwendeten Zähmungsweise<sup>5)</sup>. So kam die altitalisch-traditionelle Feststellung der *res mancipi* schon in Conflict mit den geänderten Verhältnissen als man Elephanten und Kameele kennen lernte, und man beantwortete die neuentstehende Frage dann auch in verschiedener Weise: Ulp. l. c.: *elefanti et cameli quamvis collo dorsove domentur nec mancipi sunt quoniam bestiarum numero sunt* (Gai. II. 16); Isidor. l. c.: *nam et ea quae in bestiarum numero sunt tunc videntur mancipium esse, quando capi sive domari coeperunt*. Aber, lange vor dem Kennenlernen der Elephanten und Kameele, muß den Italiker schon eine andere zweifelhafte Frage beschäftigt haben. *Dominium* ist ja an sich *Domirtsein*. Will man nun *dominium* durch *Mancipation* erwerben, so ist das: *ea res est mihi emptā* [d. h. ich nehme sie mir; „*capio*“; vgl. §. 23 X. 4] ganz reell gemeint. Der Erwerber erfaßt sie und nimmt

5) *Res mancipi* oder *mancipium* bedeutet an sich nur: ein der Zähmung und also *Manucapirung* Zugängliches. Isid. Or. IX. 4 §. 45: *mancipium quidquid manu capi subdique potest, ut homo equus ovīs* [Danz R. G. I. S. 208 bemerkt richtig: „wohl boves“].

sie mit. Aber um das zu können muß sie concret-zahm, also sie muß domirt sein. Wie nun aber bei einem, wohl von einem domirten Thiere abstammenden, aber selbst noch nicht domirten Thiere, das sich gar nicht ruhig nehmen („capi“) läßt? Ist es nicht ein Widerspruch, daß Einer sagt: capio hanc rem, wenn der Augenschein lehrt, daß sie noch nicht domita ist? Kann also hier eine Mancipation vorgenommen werden? — Unsere Quellen berichten von einer noch in die classische Zeit fortgetragenen Controverse, die aber ihrem eigentlichen Sinne nach, d. h. als eine wirklich ernstes Bedenken in sich fassende, einer Zeit angehören muß, wo die Anschauung: dominium = Domirtsein eine noch lebendige war: Gai. II. 15: item . . statim ut nata sunt Mancipi esse putant; Nerva vero, Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant quam si domita sunt, et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi . . ; Isidor. l. c.: haec enim animalia statim ut nata sunt Mancipium esse putantur.

Wir mögen hier vor der ältesten juristischen Controverse stehen. Die Frage: gehört zur Möglichkeit, durch Mancipation das Eigenthum zu erwerben, das concrete Zahmsein des Thiers? — kann lange als theoretischer Streit fortgetragen sein, aber um zu entstehen fordert sie die Luft der ersten Periode der altitalischen Zeit. Sie ist eine Frage ähnlich der, die uns oben als eine auch uralte aus dem deutschen Recht entgegengetreten ist (vgl. §. 12 A. 5), wonach bei der Anefangsklage es gefordert wurde, daß das Hausvieh sich dem Kläger als concret-zahm erwies.

Zeigt uns das Bisherige deutlich, daß es aus einer Zeit stammt, wo mit Demjenigen Ernst gemacht wurde, was im Wort manu capere liegt, — also aus der Zeit, wo das Eigenthum, als Begriff des Domirtseins, sich auch in der Handlung als manu [also bewegliche Sache] capirbar [also zahm] darstellen

## II.

22 mußte — so verhält es sich mit den anderen Sachen, die zu den res Mancipi gehören, gerade umgekehrt. Grundstücke und servitutes praediorum rusticorum können erst in den Kreis der res Mancipi aufgenommen sein, seit (abgesehen vom heredium) durch die Ackerassignationen nach dem numerus duodenarius diese Gegenstände in den Kreis des dominium recipirt worden waren, seitdem also der ursprüngliche Sinn des Wortes: dominium = Domirtsein allmählig den Italikern entschwinden mußte; Gai. I 120: item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa Mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent Mancipari; II 17: nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum [in Italico solo, quae Mancipi] sunt, quamvis sint in numero rerum incorporalium; Ulp. 19. 1: Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica qualis est fundus, quam urbana qualis domus: item iura praediorum rusticorum velut via iter actus aquaeductus. Das „Italische“ Gebiet muß erst Zusatz der historischen Zeit sein; früher muß das engere staatliche oder nationale Gebiet, in dem auch die strictnationale actio sacramenti Geltung hatte, die Grenze gebildet haben. Aber in dieser Beschränkung weist gerade die Verbindung der Grundstücke mit den unkörperlichen (also gar nicht mit der Hand capirbaren) Prädiatservituten darauf hin, daß man hier eine Bestimmung aus der zweiten Periode der altlatinischen Zeit vor sich hat. Durch die Ackerassignationen war es eine praktische Nothwendigkeit geworden, für die vielen nun auch in Veräußerungsverkehr tretenden Eigenthumsgrundstücke, zusammen mit jenen für sie so unentbehrlichen ländlichen Gerechtigkeiten, eine — im Gegensatz zur in iure cessio — bequeme Erwerbsart herzustellen.

So sind die res Mancipi: „ein Bild ihrer Geschichte“. Die vielen Versuche, sie aus einem zu ermittelnden einheitlichen Gedanken zu erklären, richten sich auf ein Ziel, das nicht existirt.

§. 23. Aus der altlatinischen Zeit ist die Mancipation in die specifisch-römische [die wir ja herkömmlich als die technisch „civilrechtliche“ bezeichnen] herübergenommen worden. Ich habe diese Zeit in der oben citirten Schrift zum Gegenstande genauerer Untersuchung gemacht; bin aber genöthigt, nach dem darüber und dagegen neuerdings Gesagten, die Hauptpunkte meiner Schrift hier nochmals genau zusammenzustellen.

Ich habe erklärt, daß ich die früheren Zeiten des reinen Tauschverkehrs und des *aes rude*, die Zeiten vor Servius, von meiner Untersuchung ausschließe (S. 130). Ich beginne die Betrachtung mit der Servianischen Verfassung<sup>1)</sup>, der Periode des *aes signatum* (55), auf die dann mit den 12 Taf. die Periode des *aes grave* folgt (56). Ich constatire (131), daß mit der Servianischen Einführung des *aes signatum* die äußere Gestalt des vor den fünf Servianischen Volksgesetzen ausgeführten Rechtsactes der Mancipation coincidirt, und daß in der Zeit des *aes signatum* (von Servius bis zu den 12 Taf.) der wirkliche Kaufpreis neben der Mancipation zugewogen wurde, dagegen die reelle Preiszahlung nicht mehr Bestandtheil des Mancipationsactes war.

Also ich bestimme mir genau die Gränze, von der aus ich beginne: es ist der Punkt, wo unter Herrschaft des *aes signatum* es Stück des Mancipationsactes geworden war, daß der: *aes* (das *raudusculum*) *tenens aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit* (Gai. I 119). Diese im föllernen Uebergeben des *Raudusculum* ausgeprägte Gestalt der römischen Mancipation bezeichne ich [im Gegensatz zu den altlatinischen Zuständen, die ich bei Seite schiebe] als denjenigen „mit civilrechtlicher Autorität bekleideten juristisch fixirten Rechtsact“, der, in dem entscheidenden Punkte des *pretii*

1) Vgl. auch Mommsen *R. G.* (6. Aufl.) S. 151 A. \*.



## II.

23 loco Gebens bis Gaius hin unverändert, nach Maßgabe unserer Quellen geprüft werden soll (130)<sup>2</sup>). Die gesammte Richtung meiner Deduction geht gegen die damals herrschende Auffassung, daß die Mancipation „lediglich als eine Eigenthumsübertragung, die den Charakter einer künstlichen Schöpfung an sich trage“, aufzufassen sei (187. 188). Ich will demgegenüber nachweisen, daß die Mancipation in natürlicher Weise aus dem Kauf herausgewachsen sei. Ich unterscheide zwei Perioden:

a) Die Zeit der *emptio quas mancipii est* d. h. die Gestaltung, die „bei den Römern unter *mancipatio* schlechtweg, als der auf Grundlage eines wirklichen Verkaufs vorgenommenen Mancipation verstanden wird“; wonach man also geradezu sagte „ich habe für 205 (den wirklichen Kaufpreis) *mancipio* empfangen“ (159)<sup>3</sup>), und wonach die Zeugen noch in späten Zeiten die richtige Zahlung des wirklichen Kaufpreises in der Mancipationsurkunde attestiren (147). Das Wesen dieser Mancipation bezeichnet Gaius als „*imaginaria venditio*“ (130 A. 2), und dies erkläre ich so: „So wie zunächst die *imago* des *aes* mit dem wirklichen alten *Pretium* [in der Zeit des *aes signatum*] zusammenhängt, indem der Eigenthumsübergang außer dem Mancipationsacte die wirkliche Leistung [gleichviel

2) Es stehen sich also gegenüber als die zwei sich aneinander schließenden Phasen: die altlatinische Mancipation [in gewisse strictnationale Rechtsformen und Sollenitäten gefaßter Realkauf der wichtigsten Sachen vor (wir wissen nicht wieviel) Zeugen: reales Sachnehmen unter realem Abwägen und Reissen des wirklichen Preises in *aes rude*] und die specifisch-römische Mancipation [der mit civilrechtlicher Autorität besetzte, in der eigenthümlichen juristischen Fixirung auf das *dare* des *raudusculum pretii loco* so eigenartig in den römischen Quellen uns entgegentretende Rechtsact].

3) Ebenso wie man sagte „*mancipio accipi de Dasio . . . denariis CCV*“, konnte natürlich der *Dasius* auch sagen: „*mancipio dedi denariis CCV*“; s. unten §. 24 A. 2.

einstweilen ob vorgängige oder nachfolgende] voraussetzt, so ist der Rechtsatz auch unter den veränderten Verhältnissen geblieben" (142). Ich rüge an der Huschke'schen Auffassung, daß in dessen „Darstellung die gar nicht erwähnte reelle Geldzahlung zu sehr zurücktritt, indem doch das imaginäre aes dare, als die civilrechtliche Form, die eigenthumsübertragende Kraft an sich und ursprünglich auf Grundlage des reell geleisteten pretium hat" (143, 144). Im Genaueren führe ich aus, daß nach dem Grundgedanken der Mancipation die wirkliche Preiszahlung als vorher reell erfolgt oder durch Preiscreditirung ersetzt betrachtet werden müsse, mithin in der Empfangnahme des Raudusculum die Bedeutung einer imaginären Quitirung liege (145 ff.); daß aber allerdings feinere Fälle herauszubringen seien, wo gültige Preiszahlung oder Creditirung nicht vorlag, und wo dann unerbittlich wieder der Satz zur Anwendung kam: der Eigenthumsübergang trete erst ein, wenn nach geschעהner Mancipation die Preiszahlung oder Creditirung nachgefolgt sei. Welche Bedeutung hat also diese auf Grund eines wirklichen Kaufs vorgenommene Mancipation? Einfach die: „daß (156) der Mancipant, indem er das aes annimmt und den Geber damit officiell liberirt, zugleich stillschweigend consentirt daß sein Recht an der Sache auf den Erwerber herüberfließe. Also das gerere per aes et libram ist Versinnlichung zweier ideell-juristischer Acte, des Quitirens in Betreff des Preises und der Transmanation des Eigenthums". Aber wie der ursprüngliche Status der Mancipation (so wie sie als römisch-civilrechtlicher, juristisch fixirter Rechtsact mit dare des raudusculum vor uns liegt) nach der Seite der Preisquitirung hin allmählig durchlöchert worden ist — indem sich auch Fälle entwickelt haben, in denen noch nach dem Mancipationsacte Preiszahlung oder Creditirung nöthig wird (s. vorher), so ist ihr anfänglicher Status auch noch nach einer anderen Seite hin unterwühlt wor-

## II.

<sup>23</sup> den (137—140). Anfänglich ist die civilrechtliche Mancipation als mit der Besitzerlangung der Sache verbunden zu denken. In Betreff der beweglichen Sache ist sie das *capere* (aber das kann auch schon allmählig abschwächend bloß als Berühren verwendet sein, so daß man nach dem Mancipationsacte dem Verkäufer den Sachbesitz doch ließ); in Betreff der unbeweglichen Sachen ist nicht anzunehmen, daß die Herüberziehung der Mancipation auf sie gleich ohne Erforderniß der Anwesenheit eingetreten wäre, vielmehr ist [da der Bestand der Mancipation für unbewegliche Sachen schon in der ganzen zweiten Periode der altlatinischen Zeit angenommen werden muß] vorauszusetzen, daß in der älteren römisch-civilrechtlichen Zeit Grundstücksmancipationen nur in Anwesenheit auf der Sache vorgenommen wurden, und man erst später sich gewöhnte sie auch in Abwesenheit zu *mancipare* (*praedia vero in absentia solent mancipari*).

Dagegen in einem und zwar dem Hauptpunkt ist die *emptio quae mancipii est* in ihrer ganzen römisch-civilrechtlichen Lebenszeit nie verändert worden. Das ist in Betreff jener „*Transmanation des Eigenthums*“. Indem der Verkäufer, nach der Behauptung des Erwerbers: „dies ist meine Sache und ich nehme sie mit“<sup>4)</sup> durch dies Erz und Wage, das nach Anschlagen an die Wage ihm dargereichte *aes* stillschweigend acceptirt, so ist damit absolut sicher (freilich nicht mehr der Zeitpunkt der *Transmanation* — da die *Quitirungsbedeutung* durchlöcher ist, wohl aber) der kaufmännige *animus transferendi et*

4) *Fest. v. emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere.* Das *emere* hat also die Bedeutung des *capere* (*manu d. h. zum herus-sein*), woher denn eben der Name *mancipatio*. Vgl. auch *Isid. Or. IX. 4 §. 45* (oben §. 22): *quidquid manu capi subdique potest.* — Der römisch herkömmliche Ausdruck: *emptio (et) venditio* bedeutet ursprünglich: „das Nehmen (*est mihi emptum*) auf Grund des Verkaufens also Preisbezahlens“ (*hoc aere aeneaque libra*).

accipiendi domini festgestellt. Also die Mancipation ist civilistische Perfection des zugleich materiell vorgenommenen Kaufgeschäfts behufs der Transmanation des Eigenthums (157). Das *aes* wird noch in der späteren Zeit der *nummus usualis dominicus* genannt d. h. das Kennzeichen der Eigenthumsübertragung (179), Geben und Nehmen des *as*, unter der Erklärung des Gebers „dies ist meine Sache“, ist die Willenserklärung kaufmäßiger Eigenthumsübertragung. „Mancipation ist die Perfection des Kaufgeschäfts, wir können Kauf und Mancipation nur als die materielle und formale Seite eines einzigen Geschäftes (der *emptio quae mancipii est*) betrachten; der Grundgedanke der Mancipation ist die natürliche durch den Verkehr so nahe gelegte Idee, daß man für das wichtige Kaufgeschäfts einen formell genau constatirten Perfectionsmoment gewinnen wollte“ (191). Man muß eben nur im Auge haben, daß für die altrömische Zeit, in der die Mancipation dieser im *dare* des *raudusculum* civilrechtlich fixirte Rechtsact geworden ist, noch ganz die, Peregrinen wie Einheimischen gegenüber geltende, Anschauung besteht: Kauf ist Realkauf (der *Consensualcontract* auf gegenseitige Leistung in seiner späteren Rechtsgeltung existirte ja noch gar nicht). Also civilrechtliche Perfection des Kaufes heißt: durch dies imaginäre *aes dare* und *accipere* bekunden Erwerber und Veräußerer, daß [einerseits es mit der Preiszahlung seine Richtigkeit hat: „*Valuta erhalten*“<sup>5)</sup> (das ist dann später durchlöcher); und andererseits] das Eigenthum

5) Diesen früheren Standpunkt bezeichne ich mit den Worten S. 194: „juristische Perfection des materiellen Kaufgeschäfts, als einen Act der die juristische Quelle und der Entstehungsmoment der einzelnen Kaufwirkungen (Eigenthumsübertragung, Klage wegen Gewähr) sein wollte, aber diese Wirkung dann auch als bloße Perfection des materiellen Geschäftes nur haben konnte, wenn der Kauf materiell durch die Preiszahlung oder -Credittirung seine Erledigung gefunden hatte“.

## II.

23 an der Sache [anfangs auch der Besitz — das ist dann ebenfalls durchlöchert worden] auf den Erwerber herüberfließt. „Die Mancipation hat nach der käuferischen Seite hin in Betreff der Preiszahlung (oder Creditirung) das Moment, daß sie juristische Perfection des materiellen Actes ist, stets festgehalten, es ist immer dabei geblieben, daß das imaginäre *aes dare* für den Käufer der eigentliche Entstehungsgrund des Eigenthums an der gekauften Sache ist (also wirkliches Preiszahlen hat diese Kraft nicht), daß aber andererseits jene juristische Quelle des Eigenthumserwerbes ihre Kraft nur haben kann auf Grundlage der factischen Wirklichkeit, welche sie juristisch vollendet (also ohne wirkliches Preis-Zahlen oder Creditiven hat sie diese Kraft nicht“) (195).

Sieht man hiernach ab von dem, was an der römischen Mancipation allmählig durchlöchert worden ist, so bleibt übrig: sie war die civilrechtliche Eigenthumsübertragung auf Grund der Kaufes-*causa*, oder kurz: kaufmäßiger Eigenthumsantritt unter stillschweigender Connivenz des Mancipanten. Und in dieser Gestalt hat die *emptio quae mancipii est* im römischen Rechtsleben, dem das absterbende uralte Institut der in *iure cessio unbecquem* <sup>6)</sup> war (Gai. II 25), eine außerordentliche Bedeutung gehabt. In dieser Gestalt ist sie aber etwas völlig Anderes, als man nach jenen Ansichten, gegen die ich meine Schrift gerichtet habe, annahm, wonach man in ihr eine ohne Kaufes-*causa* verwendbare Eigenthumsübertragung suchte.

6) Man muß bedenken, daß die Unbequemlichkeit [Gai. II 25: *fere semper mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae quaerere*] nicht bloß in dem Eingehen zum Prätor lag, sondern namentlich auch in ihrer Vollziehbarkeit lediglich an einem *dies fastus*, da das *fari* „*addieo*“ dabei nöthig war; vgl. §. 16 A. 3 [Festus v. *fastis*; Varro LL. VI. 29. 30]; §. 33 A. 5.

Ich habe hiemit gezeigt, daß die *emptio quae Mancipii est* <sup>23</sup> im römischen Rechtsleben selbst schon einer allmäligen Umwandlung unterworfen gewesen ist, so daß schließlich nur die Bedeutung: civilrechtliche kaufmäßige Eigenthumsübertragung (von *res Mancipi*) übrig blieb. Ich gehe nun zum Anfang dieser römisch-civilrechtlichen *emptio quae Mancipii est* zurück. Ich datire diesen von *Servius* d. h. von dem Beginne der Periode des *aes signatum* und vom Bestehen der fünf *Servianischen* Volkszeugen bei der *Mancipation*. Von da an ist das charakteristische Merkmal der römisch-civilrechtlichen *Mancipation*, das imaginäre (*pretii loco*) *aes dare*, ihr Bestandtheil. Daß *Servius* dies Merkmal ihr eingefügt habe, behaupte ich nicht; ich lasse es dahin gestellt, da der verwirrende Mythos der vorservianischen römischen Zeiten auch nur wahrscheinliche Behauptungen unmöglich macht <sup>7)</sup>. Genug die römisch-civilrechtliche *Mancipation* ist die ein imaginäres *aes dare* enthaltende, und unterscheidet sich damit vollständig von der oben besprochenen altlatinischen *Mancipation*, in der wirklich der Realkauf unter gewisse Sollenitäten gebracht war: reelle Sachempfangnahme unter reellem Abwägen

7) Nur als eine Vermuthung mag hier Folgendes ausgesprochen werden. Die *coemptio* der Ehefrau war Kauf derselben (§. 6), war aber gewiß schon seit lange, bereits in altlatinischen Zeiten, eine bloße Rechtsform geworden, die man als solche durch das *dare* von einem oder drei *asses* seitens des Mannes oder auch der Frau [vgl. *Danz R. G. I S. 154. 155 Nr. 653—657, und Grimm S. 426 N. \**] kennzeichnete. Das kann man dann auf den wirklichen Kauf, die wahre *emptio quae Mancipii est*, übertragen haben, indem man es practisch zweckmäßig fand, die Weitläufigkeit des wirklichen Preisabwägens aus der Sollenität selbst auszuscheiden und also die eigentliche juristische Perfection des Rechtsactes und Uebertragungswillens in den scharf hervortretenden Punkt des *dare* und *accipere* des *raudusealum pretii loco* zu legen. Und diese Substituierung des *dare* des *raudusealum loco pretii* mag erst auf specifisch römischem Boden vor sich gegangen sein.

II.  
23 und Hingeben des aes rude. Ich weise auf diese altlatinische Mancipation ausdrücklich in den Worten hin (130): „Es ist schon anderweit bemerkt worden, daß der Mancipation in der Gestalt, wie sie in unseren Quellen uns entgegentritt, eine Zeit vorausgegangen sein werde, wo das Verkaufen wichtiger Sachen (vielleicht schon nach der Volkssitte mit gewissen Sollenitäten verbunden, die man später zu juristischen Formen machte) in einem Acte geschah, der das wirkliche Abwägen des realen Kaufgeldes in sich schloß.“ Jedenfalls sind die (altlatinische) mancipatio der vorhistorischen Zeit (reelles Sachnehmen gegen reelles Abwägen des aes rude) und die civilrechtliche Mancipation mit imaginärem aes dare (zur Zeit des aes signatum und aes grave) juristisch ganz verschiedene Dinge. Jene ist das ganze (concrete) Kaufgeschäft; diese dagegen ist nicht das ganze Kaufgeschäft, indem das wirkliche Preiszahlen außerhalb liegt, und sie sich in dem besonderen Punkte zuspitzt, daß sie im Geben und Nehmen des aes die specifisch-civilrechtlich formirte Aeußerung des animus transferendi und accipiendi dominii darstellt.

Indem ich meine Schrift gerade gegen die Auffassungen der Mancipation als eines „Kunstproductes“ richtete, und ausführte, daß die römisch-civilrechtliche Mancipation sich in „natürlicher“ Weise aus dem Realkauf entwickelt habe, glaubte ich allerdings, ich mögte sagen, zwischen allen Zeilen ausgesprochen zu haben, daß ein solches Institut, wie ich es als römisch-civilrechtliches nachwies, absolut undenkbar sei ohne die Annahme, es müsse ihr eine lange Periode jener altlatinischen Gestalt vorausgegangen sein. Ich unterließ es aber damals absichtlich diesen Schlusssatz zu formuliren, weil ich der weitgreifenden Darstellung der vorhistorischen Zeiten, die ich mir für dieses vierte Heft reservirte, nichts vorweg nehmen wollte<sup>8)</sup>.

8) Man gestatte mir hier eine persönliche Bemerkung. Ich hatte im

§. 24. — *β*) Die *emptio quae Mancipii est* bildet eine Uebergangsperiode. Es lag in ihr, im Gegensatz zum altlatinischen sollemnisirten Realkauf, nach Durchsicherung der auf letzteren noch direct hinweisenden Momente, der civilrechtliche kaufmäßige Eigenthumstransmanationsact. Da eine derartige Uebergangsbildung als in dieser Weise neu entstanden gar nicht denkbar ist, so gewährt sie den Beweis des Vorhergehens jenes früheren Zustandes. Die „Reconstruction“ des letzteren hat in aner kennenswerther Weise neuerdings Bachmann (vgl. Kauf I S. 156) durchgeführt. Auf das genauere Detail seiner Ausführung, die ich nicht in aller Weise billige, kann ich nach dem Zweck dieser Schrift nicht weiter eingehen.

Der Uebergangsscharakter der *emptio quae Mancipii est*

3ten Heft dieser Studien (S. 268 A. 4) bereits den, meiner Ansicht nach entscheidenden, Hauptpunkt ausgesprochen, daß die römische *vincitio aio rom meam esse* in Betreff transportabler Sachen und die deutsche Anefangsklage für bewegliche Sachen durchaus gleichartig construirte Rechtsgealtungen seien. Darin lag, daß sie nothwendig in dem indogermanischen Urvolk als der gemeinsamen Quelle zusammentreffen müssen. Ehe ich aber die für dieses vierte Heft intendirte Gesamtdarstellung der ursprünglichen juristischen Anschauungen dieses Urvolks und ihres Fortlebens in unseren neueren Völkern unternahm, mußte ich durchaus erst die Verwendung der Formel: *aio rom meam esse* in der Mancipation genauer darlegen und die, mir völlig widersprechenden, damals herrschenden Ansichten über die Mancipation hinwegräumen. Ich dachte damals (1865), daß ich dieses vierte Heft sehr bald folgen lassen werde. Hätte ich gehut, daß dasselbe statt 1867 erst 1877 erscheinen werde, so würde ich allerdings einige Sätze in meiner Schrift über die Mancipation anders gefaßt haben, um Mißverständnisse zu vermeiden. Uebrigens bin ich bei der eigenthümlichen Sachlage, — daß ich einen großen Complex von den herrschenden zuwiderlaufenden, genau in einander greifenden Ansichten in ihrer quellenmäßigen Fundirung doch erst in langer Reihe der Jahre zu Tage fördern kann — auf Mißverständnisse als auf ein unvermeidliches Uebel von vorn herein gefaßt gewesen.



## II.

24 zeigt sich nach der anderen Seite hin darin, daß hier sich eine weitgehende Verwendung der Mancipation angeknüpft hat, bei der die Basis eines wirklichen Kaufs ganz verlassen worden ist. Es kam mir in meiner Schrift über die Mancipation ganz besonders darauf an, gegenüber der gegnerischen Auffassung der M. als einer ohne Rücksicht auf die Kaufes-causa construirten künstlichen Eigenthumsübertragungsform nachzuweisen, daß auch für diese zweite Gestaltung der römisch-civilrechtlichen Mancipation der Bau ganz derselbe geblieben sei, wie bei der ersten. Nur daß, was dort wirklich ist, hier als simulirt auftritt. Es wurden bei der *emptio quae mancipii est* zwei Preise geleistet: der wirkliche Kaufpreis und das imaginäre (*pretii loco* gegebene) *aes*, — ebenso in der fortgebildeten römischen Mancipation auf Grund eines simulirten Kaufs: der simulirte Preis (der *nummus unus*, der Sesterz, ein Silberstückchen), und dann im Mancipationsacte selbst in alter unveränderter Weise der Erzas.

Die Verwendung dieser civilrechtlichen Uebertragungsform ist eine außerordentlich weitgreifende geworden, sie hat bei der Unbequemlichkeit der in *iure cessio* eine tiefe Lücke im römischen Rechte ausgefüllt <sup>1)</sup>.

Die negative Bedeutung dieser Rechtsgestaltung war die: man wollte „einen abstracten von wirklicher materieller causa abgelösten Uebertragungsmodus haben“ (166). „Wurde in Gegenwart der Zeugen der *sestertius nummus unus* gegeben, so war es sicher, daß die Parteien keinen wirklichen Kauf intendirten; es war damit ausgesprochen, daß nun auf Preis-Zahlung und Creditirung nicht Rücksicht zu nehmen war, und daß alle weiteren Fragen über *utilitas* des Mancipanten ein für den

1) Weitergehend haben sich daran dann noch wieder *venditiones nummo uno* ohne Mancipation geknüpft (163—167).

Eigentumsübergang gleichgültiges Ding sein sollten" (174).<sup>24</sup> Damit steht „die *mancipatio* mit *venditio nummo uno* völlig auf der *civilis ratio* einer allgemeinen juristischen Uebertragungsform gleichartig der in *iure cessio*“ (175). „Weil das simulirte Kaufgeschäft als Kauf substanzlos, und dies simulirte Geschäft [rücksichtlich der Rechtsübertragung] durch die *mancipatio perfect* geworden war, so kann aus der *mancipatio* nicht entstehen, was die materielle Kauffsubstanz voraussetzt; z. B. die *Eviction*klage ist *ipsa iuris ratione* dem Sachwerber gar nicht erwachsen“ (196).

Die andere positive Frage ist die, welcher „anderweite Wille hinter dem simulirten Geschäft versteckt liegt“ (164)? Man ließ sich in der Zulassung solcher simulirter *venditiones* (wie denn auch weiter bei denen ohne *Mancipation*) „wie so oft vom Bedürfnis treiben“ (164). Ich habe gezeigt, daß die Ansicht nicht richtig sei, „es habe ein *mancipio accipere nummo uno* nur bei Schenkungen und ähnlichen Liberalitätsgründen, nicht aber bei *Mancipationes dotis*, *permutationis*, *transactionis* etc. *causa* stattgefunden, — daß vielmehr eine *venditio nummo uno* in allen Fällen, wo nicht ein wirklicher Kauf vorlag, der *Mancipation* zum Grunde gelegt werden mußte“ (170). Hiernach kann es keinen Zweifel leiden, daß wenn allerdings zunächst ein wirklicher Kauf vorlag, aber ein vollbegründetes rechtliches Interesse bestand die vorzunehmende *Mancipation* davon zu trennen und für den Verkäufer die Verpflichtungen nicht entstehen zu lassen, welche „die materielle Kauffsubstanz voraussetzte“ — also in einem Fall, wo, bei vorliegendem Kauf, es nach berechtigtem Parteivillen für die *Mancipation* so angesehen werden soll, als wenn kein Kauf vorläge, — dies durch die *Mancipation* mit *venditio nummo uno* vollständig herstellbar war. Ich habe es daher als die schönste

## II.

24 Bestätigung meiner aufgestellten Ansicht begrüßt, als zwei Jahre nach dem Erscheinen meiner Schrift in einer *mancipatio fiducia causa* gerade ein derartiger Fall [der freilich zunächst mehrfach wunderbarlich mißverstanden wurde] uns bekannt geworden ist<sup>2)</sup>. —

Schließlich noch eine Frage, die sich lediglich auf die Formelfassung der *mancipatio* bezieht. Sachliche Bedeutung hat sie für mich gar nicht, denn ich behaupte ja gerade für die *emptio quae mancipii est*, daß diese ganz auf dem Boden eines wirklichen Kaufgeschäftes ruht, also die der *mancipatio* vorausgängige (ausnahmsweise auch die nachfolgende) Preiszahlung oder -Credittirung voraussetzt, um den Eigenthumsübergang zu bewirken. Daß man also sagte: *mancipio accepi* oder *dedi denariis CCV* (der wirkliche Kaufpreis), ist danach selbstverständlich (§. 23 A. 3). Aber sprach der *mancipio* Kaufende in der Formel diesen wirklichen Kaufpreis mit aus? Sagte er also z. B.: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est denariis CCV hoc aere aeneaque libra?* Ich glaube dies, trotz Allem was gegen mich gesagt worden ist, an sich noch jetzt nicht, wenn ich auch eine gewisse Concession machen zu dürfen für möglich halte. Möglich, daß in der späteren Zeit, wo das Verständniß der alten Formel geschwunden war und man: *mihi emptus est* im Sinn von *mercari* verstand (§. 23 A. 4), — man den wirklichen Preis mit sagte; sachlich liegt ja gar kein Gegen Grund vor. Möglich (aber mir darum noch nicht glaublich), daß die Stelle des Paulus Vat. fr. §. 50 aus dieser späteren Abschwächung des Formel-Verständ-

2) Bruns font. p. 180: *si ea pecunia . . soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia . . pecunia praesenti venderet, mancipio pluris HS n(ummo) I invitus ne daret, neve satis secundum mancipium daret, cet.*

niffes zu erklären sei. Aber nach dem früheren Sinn der <sup>24</sup> Formel hat die Aufnahme des wirklichen Preises in dieselbe gar keinen Nutzen; sie paßt nicht in die Situation und sie macht die Formel unklar: „ich sage hiemit (vor Euch Zeugen und dem Verkäufer) daß ich Eigenthümer dieser Sache bin und zwar ist sie mir manucapirt (s. §. 23 U. 4 — also wohlterworben) mit diesem Erz und Erzwege“. Das Hingeben und stillschweigende Empfangen des aes, pretii loco, ist nach diesen Worten ein beiderseitiger Willensact; es ist der Ausdruck des animus transferendi et accipiendi dominii. Wie kann denn der Erwerber sagen: ich manucapire sie mir hiemit für die (in diesem Momente nicht überreichten) 205 Denare? Es kommt auf den animus transferendi et accipiendi dominii jetzt in diesem Augenblick des unter Eigenthumsbehauptung Gebens und unter Stillschweigen Empfangens des pretii loco stehenden aes an. Was hat hiemit der wirkliche Kaufpreis zu thun?

§. 25. — 2) Ich stehe nunmehr am Schluß dieser langen <sup>25</sup> Entwicklung. Mein Zweck war: alle römischen Aussprüche über die naturalis ratio in Betreff der Ehe, Fortpflanzung und Verwandtschaft, der Sklaverei, der ursprünglichsten Vermögensbe gründung zum Verständniß zu bringen. Um dies zu können, habe ich den Versuch gemacht, selbständig in die Urzustände, aus denen unsere indogermanische Völkerverfamilie hervorgegangen ist, einzubringen, und die Entwicklung der Hauptbegriffe des Rechts von den Urzuständen bis in die historischen Zeiten hinein zu verfolgen. Man wird den Versuch kühn, vielleicht überkühn finden. Mannigfach werde ich auch, wie das bei einem ersten Versuch nicht anders möglich ist, gestrauchelt sein. Desß aber bin ich sicher: die Summe von Einzelheiten, die Jacob Grimm, dieser tiefe Seher in Dingen des Alterthums, in seinen Deutschen Rechtsalterthümern (1828) in Betreff der Urrechtszusammen-

## II.

25 hänge zwischen den indogermanischen Völkern gesammelt hat, — sie werden in Zukunft in unserer Wissenschaft nicht mehr so unbenutzt bleiben, wie bisher. Es war meiner Ansicht nach nöthig, sie und andere weitere von Grimm nicht gesehene Einzelheiten mit unseren allgemeinen wissenschaftlichen Anschauungen in dogmatischen Zusammenhang zu bringen, und dazu habe ich hier den Versuch gemacht. Aber es ist nur ein erster Anfang, bei dem sich an allen Punkten das Bedürfnis nach weiterer tieferer Forschung regt. Bei meiner Ueberzeugung von der außerordentlichen Fülle hier noch vor uns liegender Arbeit wäre es mir erwünschter gewesen, gleich in einem umfanglicheren Buche an die Sache heranzutreten. Ich hielt es aber doch für erspriesslicher, in den gegebenen kurzen Zügen gleichsam erst einen Abriss des Ganzen vorzulegen, und zunächst abzuwarten, wo sich Zustimmung, wo Widerspruch erhebt. Je nach der Art des Widerspruchs, der ja nicht fehlen wird, kann dann noch weitere Besprechung stattfinden. —

Danach läßt der Zweck dieser Schrift mich hier abbrechen. Ich gehe nicht auf weitere Fragen ein, wie andere wichtige Institute, die im Verlauf der germanisch-italischen Entwicklung des Alterthums hervortreten, Zusammenhänge noch aus früherer Zeit in sich tragen mögen. Ueber den Punkt, ob die römische Stipulation und das indische Halmbrechen zusammenhängen (Grimm S. 604), ist ja schon mehrfach gesprochen worden. Auf ein anderes Institut will ich nur dadurch hindeuten, daß ich aus Curtius 301 die sprachlichen Zusammenhänge (die aus dem Stk. fehlen) angebe: Gr. *ἀεθλον, ἀέθλον* Kampfpreis, *ἀεθλος* Wettkampf, Kampf, *ἀεθλεύω* wettkämpfe, *ἀθλητής* Wettkämpfer; Lat. va(d)s, vadimonium, vadari, prae(d)s; Goth. vadi Pfand, gavadjôn geloben; Ahd. wetti (pignus, vadimonium); Mhd. wette Pfand, Kampfpreis, Kampfspiel; Alt-

fries. wítma; Ahd. widamo Frauenkaufpreis; Altfries. wed <sup>II.</sup><sub>25</sub>  
 Vertrag, Bürgschaft; Atn. vedhja (pignore certare); Lit.  
 vadóju löse etwas Verpfändetes ein <sup>1)</sup>).

1) Mit Recht sagt Curtius: „Wer die drei Grundbedeutungen der hier zusammengestellten europäischen Wörter Wette Pfand Bürgschaft vergleicht, wird den uralten, für die Geschichte der Rechtsanschauungen merkwürdigen Zusammenhang zwischen ihnen nicht verkennen.“

### III.

#### Die fünf Stoffe.

III.  
26

§. 26. Ich habe im Bisherigen, um ein genaues Verständnis des römischen Begriffs von der naturalis ratio zu gewinnen, mich in die urältesten Zeiten, von denen uns überhaupt irgendwelche Kunde zugekommen ist, zurückversetzt. Ich will jetzt, um ein genaues Verständnis des römischen Begriffs von der Aequität zu erlangen, mich ganz entgegengesetzt auf den Boden unserer modernen Gegenwart stellen.

Haben wir dort gesehen, wie unsere Vordölker erst allmählig und mühsam zur Fixirung einiger weniger Rechtsbegriffe und Rechtsgestaltungen gelangen, die dann schrittweise wachsend und gedeihend der vollklichen Gesellschaft steigende Ordnung, Sittigung und Festigkeit zutragen, die das Rechtsgefühl schärfen und läutern, — so wollen wir uns nun vor die ganze unendliche Fülle der heutzutage geltenden Rechtsbestimmungen stellen. Ich will fragen, unter welche Begriffe und Klassen die ganze Rechtswelt, sei sie noch so umfangreich, und gehöre sie dem einen oder dem anderen Volke an, mit Sicherheit zusammenzufassen ist. Es ist aber mein Zweck nur, diese Begriffe und Klassen in kurzen Zügen zu skizziren, und lediglich Einem Begriff, dem der Aequität, mich eingehender zuzuwenden. Wie ich im Anfange dieser Schrift angab, wird nach der heutzutage herr-

schenden Auffassung naturalis ratio und Aequität identificirt. III.  
26  
Die bisherige Erörterung wird gezeigt haben, daß die naturalis ratio mit der Aequität nichts zu thun hat. Es bleibt mir noch die andere Seite übrig: aus der Eigenartigkeit des Wesens der Aequität zu erweisen, daß die Aequität begrifflich nichts mit der naturalis ratio zu thun hat.

Will man das Wesen der Aequität sich richtig vergegenwärtigen, so muß man zugleich ihre Stellung gegenüber den sonstigen bei juristisch-wissenschaftlicher Thätigkeit zur Verwendung kommenden Momenten scharf abgrenzen. Ich muß danach hier in kurzem Ueberblick alle Elemente zusammenstellen, um in Mitten derselben der Aequität ihren Platz anzuweisen. Die Aufgabe der dogmatischen Analyse ist, jedes Element, das der juristischen Betrachtung sich überhaupt darbietet, nach seinem Schwergewicht zu prüfen und demgemäß ihm seine entsprechende Geltung zuzuweisen. Dieser Aufgabe müssen wir rücksichtlich der Aequität nicht bloß nach der positiven Seite (was ihr zugehört), sondern auch nach der negativen Seite (was ihr nicht zugehört), gerecht werden.

I. Das legale Element. Vor Allem und über Allem steht, daß die Rechtsfassung in ihrem vollsten Gehalte zur Anwendung zu bringen ist. Aber die Zeiten sind längst vorüber, daß man Rechtswissenschaft mit Studium der Gesetze identificirte. Die Producirung eines in lebendiger Action thätigen gesetzgeberischen Willens ist für eine Nation die erste Vorbedingung zur Ersteigung höherer Culturstufen und zur Erhebung ihres Staates in die Sphäre einer einheitlich-geistigen Persönlichkeit. Es ist oben gezeigt worden, daß die Germanen, Italiker und Griechen auf verschiedenen Wegen zu ihrem Gesetzgebungsbegriff: bill, lex, νόμος, gelangt sind. So unendlich wichtig dieses Gesetzgebungselement ist, so wenig aber fällt es andererseits die ganze Aufgabe unseres juristischen Begreifens aus. Es ist das



## III.

<sup>26</sup> Verdienst der historischen Schule, neben dem Gesetz dem Herkommen oder Gewohnheitsrecht wieder den richtigen, und zwar primären, Platz in der Frage von der Bildung und Entwicklung des Rechtes in einem Volke vindicirt zu haben. Das ist jetzt wissenschaftliches Gemeingut geworden, ich habe nicht nöthig, dabei hier länger zu verweilen. Den Begriff des Herkommens (évas) hat, wie ich oben entwickelt habe, schon das indogermanische Urvolk gehabt.

Gewohnheitsrecht und Gesetz in ihrer Zusammenfassung nenne ich das „legale“ Element im w. S. — Die Rechtswissenschaft hat die Aufgabe, dies in einem Volke bestehende legale Element nach allen Seiten hin zu durchleuchten und zu klären, und sein lebendiges ungehemmtes Zurgeltungkommen im Rechtsleben zu vermitteln. Sie hat zu dem Ende die Legitimation jedes Rechts-sages, ob er ein wirklich bindender sei, zu prüfen, sie hat seinen Inhalt zur vollsten Erkenntniß zu bringen.

Aber wiederum seit lange ist man zu dem Bewußtsein gekommen, daß die Rechtswissenschaft, wenn sie bloß hierauf ihr Augenmerk richten wollte, ihr Ziel nie erreichen könnte. Es liegt noch etwas hinter dem legalen Element, das für unsere wissenschaftliche Erkenntniß unentbehrlich ist. Ehe man nicht zu diesem Dahinterliegenden durchgedrungen ist, fehlt alle Sicherheit des Standpunktes. Was ist dieses?

II. Das logische Element. Nach einer heutzutage mehrfach gebilligten Auffassungsweise sind die Rechtsinstitute einheitlich in sich abgeschlossene Wesen, die man auf ihren Grundbegriff zurückführen und von diesem aus bis in ihre Einzelheiten (wofern nicht absonderliche Willkürlichkeiten der Rechtsfassung hemmend dazwischen treten) logisch aufbauen kann. Man gründet dann meist die ganze Operation auf die „Natur der Sache“, und vindicirt dem gewonnenen Resultat auch noch vielfach dadurch selbständige

Rechtsgültigkeit, daß man die „Natur der Sache“ für eine eigene Rechtsquelle erklärt. <sup>26</sup>

1) Sieht man nun aber genauer zu, welche einzelnen Elemente bei diesem logischen Aufbau des Rechtsinstituts verwendet werden, so erkennt man die verschiedensten: naturalis und civilis ratio, Utilität, voluntares Element und Aequität. Man sieht auch alsbald, daß diese einzelnen Momente gar nicht lediglich dem betreffenden speciellen Rechtsinstitute angehören (also durchaus nicht aus dem eigenen Wesen gerade dieses Institutes entspringen), sondern in mannigfaltigster Verzweigung durch die verschiedensten Institute sich hindurchziehen. Ueberhaupt aber ergibt sich bei genauerer Betrachtung, daß die einzelnen Institute unter einander gar nicht mit scharfen Grenzen abgeschlossen sind. Es ziehen sich aus ihnen die Fäden in vielgestaltigster Verschlingung in andere Institute herüber, und dies Herüber- und Hindübergehen der Fäden ist nicht so zu denken, als wenn es immer Eigenspäden je des einen und anderen Institutes wären, die nur weiter über ihre ursprünglichen Grenzen hinausstreichen; sondern es sind zum größten Theil Sätze der naturalis ratio, der Utilität, der Aequität u. s. w., die, durch eine Menge von Instituten verzweigt, in sich selbst gar kein selbständiges Institut ausmachen. Wie kann man denn also aus dem eigenartigen Begriff des Institutes dasselbe lediglich durch die logische Operation der Consequenzziehung aufbauen? Es liegt hier eine ähnliche Verwechselung vor, wie sie in der Naturforschung in Betreff der Racenabgrenzung eine so große Rolle gespielt hat. Man hat gewähnt, die Racen genau von einander scheiden zu können, und doch ist es nie gelungen, die Grenzen wirklich zu ziehen.

Damit soll aber durchaus nicht gesagt sein, daß man in der Aufstellung und Ordnung der Rechtsinstitute [gerade wie mit der Unterscheidung der Racen] etwas wissenschaftlich Unrichtiges that. Unter der Voraussetzung, daß man nicht jedem eigenartiges Blut

## III.

<sup>26</sup> zuschreibt, ist die Klassification in Institute der Rechtswissenschaft von unerläßlichem Werth. Auch das ist nöthig, daß man bei dem einzelnen Institute, so wie es gegenwärtig unter uns lebt und wirkt, den eigenthümlich treibenden, prävalirenden Grundgedanken auffuche, aus dem, wo nicht besondere Punkte eine abge sonderte Behandlung rechtfertigen, alle einzelnen Momente des Instituts in Bewegung und Verwendung zu bringen sind. Nennen wir diesen Grundgedanken die: „Summe“ des Instituts. In solcher „Summe“ haben wir den Kern der practischen Bedeutung, die dem Institut in einer bestimmten Gegenwart des Rechts zusteht. Die Jetztzeit hat vollen Anspruch darauf, daß die „Summen“, zu denen sich die Rechtsinstitute als practische Wesen oft erst in langem Ringen emporgearbeitet haben, zur Entfaltung ihres ganzen Inhalts gebracht werden.

2) Aber die Rechtsinstitute sind nicht bloß practische, sie sind auch historische Wesen. Nehmen wir zwei im Bisherigen schon besprochene Punkte als Beispiele. — Die Eigenthumsübertragung gehört als Real-Kauf oder Kauf (internationaler wie binnengenossenschaftlicher) schon dem indogermanischen Urvolk an. Das Geschäft hält sich durch die eigene reale Schwere kraft des Geleistetseins Zug um Zug und durch den Selbstschutz der Besizer; *iusta causa* und Leistung sind noch ungetrennt. Im italischen Völkerstrange gehen, — während im germanischen *iusta causa* und Eigenthumsleistung ganz andere Wege einschlagen, — die Begriffe so weiter, daß die *in iure cessio* sich in Abtrennung von aller *causa* formirt; daß für die wichtigen Sachen die Mancipation zunächst den förmlichen Realkauf darstellt, dann durch die Umgestaltung zum imaginären *res dare* eine kaufmäßige Eigenthumsübertragungsform wird und endlich sich durch Simulirung der Kaufes-*causa* zur allgemeinen *causa*-losen Eigenthumsübertragungsform ähnlich der *in iure cessio* gestaltet; daß für die übrigen Uebertragungen, in deren Gebiet

ja auch von jeher der Realkauf vorkam, der Mancipation parallel sich die Eigenthumstradition auf Grund der „essentiellen“ Kaufes-  
 causa, von den sonstigen Eigenthumsübertragungen auf Grund „declarativer“ causae schied. Aber durch diese Scheidung ist mit Nothwendigkeit der Weg gewiesen, auf dem das Rechtsleben weitertreiben muß. Sind die anderen causae nur noch declarativ, so ist gar kein Grund, — je mehr sich das Volk daran gewöhnt, die Eigenthumsübertragung, unter dem Schutze unseres nach allen Seiten consolidirten Rechtsorganismus, mit der formlosen Constatirung des animus transferendi et accipiendi dominii als erlebigt zu betrachten, — daß nun noch der „essentielle“ Zusammenhang der kaufmäßigen Eigenthumsübertragung mit der causa festgehalten werde. Es geht hier also im Rechtsleben die Entwicklung vor sich, daß sich für die Eigenthumsübertragung die „Summe“ herausarbeitet: es sei lediglich Sachleistung unter animus transferendi et accipiendi dominii nöthig. Was dem entgegensteht, erscheint dann als störende oder nur aus speciellen Gründen zu rechtfertigende Besonderheit. — Damit haben wir für die Gegenwart unseres Rechtes eine neue „Summe“; vollberechtigt für die Jetztzeit, aber doch nicht mit logischer Nothwendigkeit aus der „Natur der Sache“ der Eigenthumstradition deducirbar. Wir haben in dieser „Summe“ ein von dem „Princip“, aus dem die Entwicklung in continuirlicher Reihenfolge hervorgegangen ist, nämlich von dem Realkauf, gleich Nacht und Tag geschiedenes Resultat.

Aufgabe der dogmatischen Analyse ist hier, „Princip“ und „Summe“ genau zu trennen, Beides aber nicht dadurch verwirren zu lassen, daß man eine in der „Natur der Sache“ liegende Nothwendigkeit sich einbildet, die durch den Blick auf den Entwicklungsgang, den diese selben Fragen im germanischen Rechte genommen haben, alsbald widerlegt werden würde.

§. 27. — 3) Nehmen wir als zweites Beispiel das ganze Eigenthumsinstitut. Ich habe oben gezeigt, daß die Sprache

## III.

27 unß, als das im indogermanischen Urvolk schon zur Gestaltung gelangte, lediglich das Privateigenthum an beweglichen Sachen nachweist. Den Grund und Boden, den die Völker erst mit der „Erfindung“ festhafter Lebensweise als Gegenstand des Eigenthums zu betrachten anfangen, hat man sich anfangs, als von der Symmachie des Gemeinen Wesens erworben und geschützt, lediglich im Volksgesammteigenthum stehend gedacht. Diese Anschauung tritt denn auch seit dem Völkereinzuge als der älteste Rechtsstandpunkt hervor. Im Germanischen ist daraus die Markgenossenschaft, im Italischen die um eine arx vereinigte Gaugenoossenschaft hervorgegangen. Aber damit scheiden sich denn auch die Wege beider Völker. Im Germanischen ist gar keine volle juristische Vereinigung der fahrenden Habe und des Grundeigen unter einen einheitlichen Eigenthumsbegriff eingetreten. Bei den Italikern hat sich die merkwürdige Herüberziehung des „Zählungsverhältnisses“ auf das herodium vollzogen; es ist der Schutz des herodium mit in den Kreis der allmählig unter strictnationale Rechtsordnung gestellten *indicten*klage: *aiō rem meam esse* aufgenommen worden, und damit die eigenthümlich italische Verschmelzung des Eigenthumsbegriffs für bewegliche wie unbewegliche Sachen durchgeführt. Ebenso hat dann der italische juristische Generalisirungssinn auch auf dem entgegengesetzten Gebiet verfahren. Der (noch völlig mit dem Sinn der rechtlichen Herrschaft identificirte) Begriff der factischen Herrschaft („Handmacht“ = *manus, munit*) hat sich ganz zu Rechtsbegriffen fixirt; aber im italischen Volk hat sich, vom Verhältniß zum Grund und Boden hergenommen, ein vom „*dominium*“ am herodium getrennter Rechtsbegriff entwickelt. Der im Eigenthum der Gesammtheit stehende Acker wurde den Genossen zur Einzelbesizoccupation eröffnet, der Schutz dieser „*possessio*“ stand unter dem (*Interdicten*;) Schutz des mit der „*potestas*“ über das Gemeinwesen bekleideten *rex*. So gewöhn-

ten sich die Italiker an die juristische Scheidung von Eigenthum und Besitz am Grund und Boden (*separata possessio a proprietate*), und, als in der zweiten altlatinischen Periode ein großer Theil der Aecker nach dem „*numerus duodenarius*“ zu „*dominium*“ assignirt wurde, fand man auch, — für diese nun unter die *Undictenklage* *aiō rem meam esse* tretenden Grundstücke, und ebenso für's alte *heredium*, — das Nebeneinanderstehen von *Undictenrechtsschutz* auf Grund des *ius*, und von *Interdictenschutz* auf Grund der Aufrechthaltung der *possessio* durch magistratische *potestas*, brauchbar und den Lebensverhältnissen entsprechend. Italischer oder specifisch-römischer juristischer Generalisierungssinn hat dann endlich dahin geführt, den Begriff und Rechtsschutz der *a proprietate* separirten *possessio* auch auf bewegliche Sachen zu übertragen. Das Gezwungene dieser Uebertragung hat die mit bewunderungswürdiger Feinheit von den römischen Juristen durchgeführte allgemeine Theorie von Erwerb, Verlust und Tragweite dieser für bewegliche wie unbewegliche Sachen vom Eigenthum geschiedenen Besitzlehre wohl zudecken, aber doch nicht auszulöschen vermocht.

So haben wir denn im römischen Recht und damit, seit dessen Reception im Mittelalter, auch in unserem Recht die Nivellirung des Eigenthumsinstituts und des Besitzinstituts für das ganze Gebiet der körperlichen Sachen vor uns. Aber es ist doch nichts als ein „*Sermociniren e vinculis* des römischen Rechts“, ein Ueberrest jener mittelalterlichen Anschauung, daß das im römischen Recht Stehende die *ratio scripta* sei, — wenn man meint, diese Nivellirung sei eine durch eine gewisse blinde „*Natur der Sache*“ geforderte Nothwendigkeit. Ein Blick in das, freilich nicht fein ausgearbeitete, aber in seinen Lebenselementen gerade so gesunde germanische Recht beweist uns das Gegentheil. Und ferner ist es Mangel an freier Anschauung rücksichtlich der Entwicklung des Rechts in den

## III.

27 Völkern und insbesondere in der indogermanischen Völkerfamilie, wenn man den Begriff des Eigenthums sich lediglich nach dem Status construirt, auf dem es sich gegenwärtig bei uns befindet, und wenn man dann diesen gegenwärtigen Status, als einen selbstverständlich aus der „Natur der Sache“ sich ergebenden, auch in die Anfangszustände unserer Völker zurückträgt. Es ist das wiederum eine Verwechslung von „Summe“ und „Princip“. Die „Summe“ des Eigenthums wird nach tausend Jahren gewiß nicht mehr dieselbe sein, wie sie heutzutage ist, und jene römische Nivellirung wird in unseren civilisirten Völkern wohl schwerlich immer festgehalten werden. Und blicken wir rückwärts in die schon hinter uns liegenden Jahrtausende, so finden wir eine von unserer heutigen wieder ganz verschiedene „Summe“. Es hat eine Zeit gegeben, wo das, was die Römer die (erst aus der Periode der strictnationalen Rechtsgestaltung datirenden) „civilrechtlichen“ Eigenthumserwerbsgründe nennen, noch gar nicht existirte. Es hat ferner eine Zeit gegeben, wo das, was wir jetzt als den selbstverständlichen staatlichen Rechtsschutz des Eigenthums durch genau specialisirte in rem actio ansehen, noch gar nicht bestand; wo die Verletzung des Eigenthums in dem allgemeinen Begriff der Privatkränkung aufging, in Folge deren man früher sich selbst sein Recht durch Kampf von den Göttern holte, später durch „Composition“ es von einem gewählten menschlichen Richter entscheiden ließ. Und doch gab es schon in allen diesen früheren Stadien der Entwicklung Privateigenthum. Was ist denn dies, alle diese Stadien in historischer Continuität durchziehende, „Wesen“ des Eigenthums? Die Römer haben es in tiefestblickender Weise durchaus richtig erkannt. Es liegt in der „naturalis ratio“, und innerhalb dieser in den Thatfachen: Occupation (Fabrication) und Gütertausch. Es sind dies die Thatfachen, in denen der Mensch nach der realen Naturordnung (welche, wie die Ehe, so auch das Eigenthum hervor-

ruft) unter realem Nehmen der Sache den Grund des „Wohl: erworbenseins“ (die *iusta causa*) findet, in Folge dessen er sich die „Substanz“ der Sache zurechnet und danach denn auch gegen Jedermann schlägt. Dieses Wesen des Eigenthums, dieses Substanzäuren der Sache, bleibt unverändert dasselbe, so gewaltige Fortschritte das Eigenthum im allmählig erstarkenden Staat zu höherer juristischer Organisirung macht. Dieser Grundbegriff (das „Princip“) des Wohlerworbenseins existirt, indem er sich auf die *naturalis ratio* stützt, vor dem Recht. Es wird nicht erst der Rechtsatz gemacht, und demgemäß dann von den Einzelnen die Sache zu Eigenthum erworben. Umgekehrt: nach der realen Naturordnung organisirt sich unter den Menschen diese Art des Sacherwerbes; sie wird durch langes Einleben in der Sitte geheiligt; es entwickelt sich auf Grund vollkommener Sitte schließlich ein so kräftiges Gesamtrechtsbewußtsein, daß die Gesamtheit anfängt den Schutz dieses Verhältnisses, der zunächst im realisirten Innehaben und in der Eigenkraft der Individuen besteht, unter die Gesamtkraft des gemeinen Wesens zu nehmen. — Danach trägt das Eigenthum in der Gesamtheit seiner *naturales* und *civiles acquisitiones*, die schließlich für die praktische Verwendung vom modernen Gesetz ganz gleichmäßig wie uniformirte Soldaten in Reihe und Glied gestellt werden, — das „Bild seiner geschichtlichen Entwicklung“ in sich. Und ebendeshalb ist für das Verständniß des Eigenthums, das ja aus seiner gegenwärtigen „Summe“ gar nicht geschöpft werden kann, gerade diese Classification der *acquisitiones domini* in die *naturales* und *civiles* <sup>1)</sup>, allen übrigen für den practischen Handgebrauch zurechtgelegten Classificationen gegenüber, die wissenschaftlich unvergleichlich wichtigste <sup>2)</sup>.

1) Diese Studien III. S. 60 ff.

2) Arndts P. S. 130 N. 4 hat meinen Satz, daß das „Princip“ des Eigenthums das durch occupirende, specificirende und gutertanzende



III.  
28

§. 28. 4) Die Auffassung, daß man durch Aufstellung des Begriffs mittelst logischer Schlussfolgerungen ein Rechtsinstitut, als aus seiner eigenen „Natur der Sache“, zu unmittelbar practischer Geltung aufzubauen vermöge, würde sich gar nicht haben bilden können, wenn wir nicht das durchgebildete römische Recht als practisch bindendes vor uns hätten. Die römischen Juristen haben mit unvergleichlicher Sorgfalt, Feinheit und Schärfe ihre Institute bis in das speciellste Detail hinein ausgearbeitet. Ihre theoretischen Arbeiten haben schon in der classischen Zeit eine gewisse formell bindende Bedeutung gehabt, sind dann von Justinian im Corpus Juris zu fixirtem Bestande gebracht, und haben in Folge der Reception auch bei uns formelle Rechtsgeltung bekommen. So kann man, wenn man einem Institute das unterlegt, was den römischen Juristen gerade abgeht, die theoretisch begriffsmäßige Formulirung, wenn man dann das in dieser begriffsmäßigen Formulirung zusammengeordnete Material in seinem Detail mit den Aussprüchen der Pandektenjuristen belegt, den bis zur Selbsttäuschung gesteigerten Schein hervorrufen, man habe das Institut aus seiner eigenen „Natur der Sache“ heraus gemacht, das (wegen der Geltung des Corpus Juris, und nebenbei auch wegen der von Manchen der „Natur der Sache“ beigelegten

Arbeit hergestellte Wohlertworbensein und also „Substanziiren“ der Sache sei, eine „Redefigur“ genannt. Aber mit Redefiguren kann man den Sinn, und zwar auch gerade den richtigen Sinn aussprechen. — Arndts sagt: „Durch solche Redefiguren wird das Wesen des Eigenthums wohl kaum zu besserem Verständniß gebracht; man muß doch zurückgehen auf den ursprünglichen (?) und Grundbegriff des Eigenthums als einer eigentlich schrankenlosen rechtlichen Herrschaft über die Sache, die jedoch bestimmte Einschränkungen erleiden kann.“ Also Arndts hält mir die gegenwärtige „Summe“ des Eigenthums, die ich ja in der bestimmtesten Weise selbst anerkenne, entgegen; während ich meinerseits vom „Princip“ des Eigenthums, auf das Arndts sich gar nicht einläßt, rede. Die Arndts'sche Bemerkung trifft mich demnach gar nicht.

Rechtsquellenqualität) auf unmittelbar praktische Geltung Anspruch habe. III.  
28

Und doch ist das Alles nur Schein und Täuschung. Logische Kategorien haben als solche niemals einen materiellen Gehalt, dieser muß immer erst von Außen in sie hinein gegossen werden. Damit wird ihnen nichts von ihrem Werth genommen. Im Gegentheil je mehr man ganz scharf sich auseinander legt, was der zu verarbeitende materielle Stoff an sich war, und was durch dessen Sichtung und Zusammenordnung, durch Scheidung des Ungleichartigen und Combination des Gleichartigen, durch Classificirung und Systematisirung des Ganzen dem Rechte gewonnen wird, — um so mehr wächst das Staunen über die ungeheuere Macht, welche die formale Gedankenkraft über die reine Materie als solche ausübt. Und der Beweis von den Fortschritten, die auf diesem Wege das Recht der Menschheit macht, liegt äußerlich zu Tage in den immer neuen Stufen, die die Völker in codificirender Thätigkeit ersteigen. Was in einer Codification vorzugsweise als neuer Niederschlag zu dem alten Material hinzutritt und damit auch die formelle Kraft bindenden Rechtes gewinnt, es ist überwiegend das Ergebnis der logisch-sichtenden, scheidenden und combinirenden, Lücken auffuchenden und genauer definirenden Gedankenthätigkeit einer längereren oder kürzeren Periode, die freilich nie aus dem Nichts der „Natur der Sache“ ein Institut zu unmittelbar praktischer Geltung aufbauen kann, aber im Durcharbeiten des schon bestehenden Rechtsmaterials immer neue Massen neuen Stoffes dem Gesetzgeber zur Gewährung seiner Sanction unterbreitet. Und wo der Gesetzgeber seiner Aufgabe nicht nachkommt, da hilft das Gewohnheitsrecht mit seiner wenn auch langsamer operirenden Autorisirung anfangs schwankender Uebungen.

Also: die logisch-begriffsmäßige Construction schafft nie den Stoff, oder ist nie selbst Stoff; sie ist formale Thätigkeit mit

## III.

28 gegebenem materiellem Stoff. Und doch kann dieser materielle Stoff nicht bloß die in jenem legalen Element gegebene Satzung sein.

Es wiederholt sich also die Frage: was ist die hinter dem legalen Element liegende Materie oder der Stoff des Rechtes?

29 §. 29. — III. Die fünf Stoffe oder das hypostatistische Element. Im Anfange dieser Schrift gab ich an, daß Savigny das Verdienst zukommt, den Begriff von „Stoff“ oder „Materie“ des Rechts aufgestellt zu haben. Aber Savigny nimmt nur zwei Stoffe an: den einen, den er als mehr zurücktretenden bezeichnet, die Utilität; und den anderen, die von ihm als identisch behandelte naturalis ratio, Aequität oder Natur der Sache.

Nachdem ich jetzt der Einzelverwendung der naturalis ratio in allen ihren Verzweigungen [bis auf eine; vgl. §. 33 A. 7] nachgegangen bin, und gezeigt habe, daß dieser Begriff mit der Aequität gar nichts zu thun hat, nachdem ferner nachgewiesen worden, daß der „Natur der Sache“, abgesehen von dem wohlberechtigten römischen Begriff der natura rerum oder rei, keine selbständige Bedeutung innewohnt, — sind wir in den Stand gesetzt, die wirklichen Rechtsstoffe zu constatiren. Es sind ihrer nicht zwei, sondern fünf. Der naturalis ratio steht zunächst das noch größere Gebiet der civilis ratio gegenüber. Beiden zusammen stellt sich ein Gebiet entgegen, das Savigny zu eng bloß als Utilität charakterisirt; es gehören dahin noch die verwandten Begriffe von Opportunität, Symmetrie und Singularität. Diese drei zusammen, naturalis, civilis und utilitatis (u. s. w.) ratio, sind objectiv über dem Individuum stehende Stoffe; der erste das nach der realen Naturordnung Bestehende; der zweite das im Bürgerthum und der nationalen Gemeinschaft Gegebene; der dritte das auch immer vom Ganzen zu berücksichtigende Zweckmäßigkeitsselement in Betreff der vorliegenden concreten Zustände. Diesen dreien steht als vierter Stoff die Se-

staltungskraft des Individuums, des Menschen, als eine immer neu sprudelnde Quelle eigenartigen Schaffens und Beliebens gegenüber, und namentlich in den Privatverhältnissen gewährt dies „voluntäre Element“ eine unerschöpfliche Fülle von „Materie“ für das Recht. Haben wir in jenen drei Stoffen etwas über dem Menschen Stehendes, so haben wir im vierten das unmittelbare Product der im Menschen liegenden Spontaneität. Diesem vierten stellt sich endlich der fünfte Stoff gegenüber, die Aequität: dasjenige worin nicht das Spontane oder Concrete der Individuen hervortritt, sondern dasjenige, worin alle Individuen gleich, aequi, sind, was also durch Alle sich als allgemeinemenschliches Element hindurchzieht.

Wir haben also fünf Stoffe: die über den Individuen stehende reale Naturordnung (mit Einschluß der verwandten „rerum natura“), die über den Individuen stehende national-bürgerliche Ordnung, das in individuellen Verhältnissen practischen Lebens nie zu verleugnende Zweckmäßigkeitsbedürfniß, die in dem Individuum liegende concrete Spontaneität, und das die Individuen durchziehende Allgemeingleiche.

Die Rechtsfassung, das legale Element, ist auf das practische Leben der Menschen gerichtet. Daher muß es die in diesem practischen Leben gegebenen fünf Stoffe voraussetzen, und so kann auch die Rechtswissenschaft der Erklärung der Rechtsfassung aus diesen fünf Stoffen nie entbehren. Dies ist denn auch in den einzelnen Fällen während der Jahrtausende, seitdem es überhaupt Rechtsanwendung giebt, stets gelbt worden. Aber diese Stoffe in ihrer unendlich mannigfachen Verschlingung stets genau auseinander zu kennen und sie unter den leitenden Gedanken scharf zusammenzufassen, gehört zu den schwierigsten Aufgaben der Rechtswissenschaft. Die sichere Scheidung der Stoffe ist die höchste Leistung der Alles nach seinem richtigen Werth wägenden dogmatischen Analyse. Der einzelne Jurist steht hier beschämt über das

## III.

<sup>29</sup> geringe Maaß seiner Kräfte der unermesslichen Fülle des Rechtsgebiets gegenüber. Er wird inne, daß nur die Gesamtarbeit der Wissenschaft der Aufgabe gerecht werden kann, und daß diese Aufgabe der Verarbeitung der Materie des Rechts mit der in Gewohnheitsrecht und Gesetz hervortretenden Rechtsfassung bei den immerfort entgegendrängenden Neugestaltungen des Rechtslebens eine absolut unerschöpfliche ist. —

Noch ein Wort über die von Savigny gewählten Ausdrücke „Materie“ oder „Stoff“ des Rechts. Sie sind nicht nach allen Richtungen hin zutreffend; und überdies sind diese beiden Wörter noch in so mannigfacher anderweiter Verwendung völlig unentbehrlich, daß ich mir erlaube, fortan für das hier zu Bezeichnende ein anderes bisher noch nicht zu technischer Verwendung gelangtes Wort zu gebrauchen. *Υπόστασις* bedeutet: Unterlage, Grundlage, Stoff, Substanz, Wesen; ich bezeichne also als *Υπόστασις* der Rechtsverhältnisse die fünf im Folgenden noch einzeln zu betrachtenden Punkte: die reale Naturordnung, die nationalbürgerliche Ordnung, das Zweckmäßigkeitbedürfnis, das voluntäre Element, und die Aequität. Nachdem der erste Punkt uns im Bisherigen beschäftigt hat, sollen der zweite, dritte und vierte hier nur einer kurzen Charakterisirung unterworfen werden. Der fünfte bedarf, weil man ihn heutzutage gewöhnlich mit dem ersten identificirt, einer genaueren Darlegung seiner eigenartigen Bedeutung.

<sup>30</sup> §. 30. — A. Die *naturalis ratio*. Meine „eigenthümliche Theorie von der *naturalis ratio*“ [vgl. Beckmann, Kauf I. S. 67 A. 1] ist doch wohl ganz genau die der römischen Quellen. Die bisherige Darstellung wird gezeigt haben, daß das Wesen der *naturalis ratio* ein völlig unerkanntes bleibt, wenn man unter derselben, wie heutzutage die herrschende Auffassung ist, „das der menschlichen Natur eingepflanzte gemeinsame Rechtsbewußtsein“, oder „einfach die natürliche Logik“ versteht.

Es bleibt mir, — nachdem ich jetzt entwickelt habe, daß

unter naturalis ratio die „reale Naturordnung“ zu verstehen sei, — noch übrig, diesen Begriff der naturalis ratio mit dem des ius gentium zusammenzuhalten. Während der Begriff der naturalis ratio ein dogmatisch außerordentlich wichtiger ist, hat der des ius gentium nur geringe dogmatische Bedeutung. Dagegen wohnt dem des ius gentium eine sehr große historische Wichtigkeit inne. Ich stelle hier kurz zusammen, was in dieser Hinsicht im Bisherigen zerstreut vorgekommen ist.

Die Römer haben von dem für das Begreifen unseres Rechtes so wichtigen Verständniß des Zusammenhangs der indogermanischen Völkerrechte, dem ich im Obigen nachgegangen bin, natürlich keine Ahnung. Sie haben auch überhaupt bei ihrem Ausdruck: ius gentium das bestimmte Recht bestimmter einzelner Völker gar nicht im Auge. In absichtlich unbestimmter Weise verstehen sie unter ius gentium nur den Gegensatz der umgebenden und mit ihnen in Berührung kommenden fremden Völker zu ihrem römisch-nationalen ius (civile). Ursprünglich enthält dieser Gegensatz im Alterthum eine reine Negation des Rechts; was draußen, außerhalb des eigenen Staats, ist, liegt außerhalb des ius. Aber wir haben gesehen, daß, was jenseit der Rechtsgrenzen lag, darum noch nicht außerhalb des Verkehrs stand, und daß sich über das Innen und das Außen nach den Anschauungen des Alterthums doch immer das gemeinsame fas erstreckte. So wie es deshalb schon von jeher Anfänge völkerrechtlicher Beziehungen gegeben hat, so haben auch von Urzeiten her, unter dem Schutze des fas und des Götterglaubens stehend, internationales commercium, Gastrecht, herkömmliche Züge der mercatores, Einrichtungen von mercatus [die in der alten Schreibung merkatus ihr hohes Alter bezeugen; §. 10 A. 7] bestanden. Daran knüpften sich allmählig die Anfänge eines gewissen menschlichen Rechtsschutzes für die Geschäftstreitigkeiten auf diesen mercatus, daran wieder in Handelsverträgen die juristische Feststellung der Verfolgbarkeit

## III.

30 gewisser Geschäfte <sup>1)</sup>, und schließlich die gewissen fremden Kaufleuten zugesicherte volle Rechtsgleichheit.

So hat sich außerhalb der Grenzen das *ius* (*civile*) aus der zunächst nur angenommenen *lex divina* (*fas*) auch eine *lex humana*, ein *ius gentium* mit (wenn auch zunächst nur beschränktem) menschlichen Rechtsschutz entwickelt. Im römischen *praetor peregrinus* hat das endlich volle Einbürgerung im römischen Rechtskreise gefunden, und mit der Ausbreitung der römischen Weltmacht, der Einrichtung von Provinzen und von (der Stellung des römischen *praetor peregrinus* nachgebildeten) Provinzialstatthaltertschaften ist unter der Hand der römischen Magistrate in ihren Edicten dies für die Rechtsbeziehungen zwischen *cives* und Nicht-*cives* zurechtgemachte allgemeingeltende Recht zu einem außerordentlichen Umfange angewachsen. Die Römer haben sich dabei von der Entwicklung ihrer Machtsphäre und von dadurch hervorgerufenen Bedürfnissen, — hier von der nationalen Schärfe ihres Civilrechts Manches abstreifend, dort fremdes ihnen passend erscheinendes Recht adoptirend, — leiten lassen.

Damit haben die Römer ein ihrer Weltmacht parallel gehendes allgemein brauchbares Weltrecht geschaffen, und diese Qualität ihres Rechts, verbunden mit seiner unvergleichlich alles andere überragenden wissenschaftlichen Ausbildung <sup>2)</sup>, hat demselben im Mittelalter einen neuen geistigen Eroberungszug durch die modernen Völker eröffnet. Das römische Recht ist hier in besonders wirksamer Weise der Träger eines allgemeinen in der Entwicklung des Rechtes in der Menschheit hervortretenden Zuges geworden, eines Zuges der gleichartig auch in

1) Einen wichtigen derartigen Punkt erwähnt im römischen Handelsdarlehn (*mutuum*) Mommsen R. G. S. 155. 200.

2) Verbunden aber auch mit dem damaligen Uebergewicht der deutschen Bolskraft und des deutschen Kaiserthums, in dem man die Fortsetzung des Römerthums erblickte.

den Sprachen hervortritt. Alle Rechtsbildung gestaltet sich ursprünglich particularistisch. Durch ihren Ehrgeiz gewinnen einzelne Stämme und Völker Uebergewicht und Herrschaft über andere; dann tragen sie ihr Recht ihnen zu, aber adoptiren auch in der Vermischung vom Rechte der Beherrschten. So haben wir in unseren modernen Zeiten durch den französischen Einfluß den Code Napoléon in fremde Länder einführen sehen, so sehen wir den colonisirenden Engländer sein Recht in alle Theile der Erde tragen. Das schwächere Recht der alten Einwohner verkümmert allmählig und erstickt endlich. Das particulare Rechtselement wird mit der Zeit auf immer kleinere Kreise zurückgedrängt, in dieser Hinsicht ist das Rechtswesen einem stets weiterschreitenden Verfall ausgesetzt. Dagegen das, mit Verallgemeinerung der Cultur immer mächtiger werdende, nivellirende Element gewinnt unausgesetzt sich erweiternde Kreise. Das Ziel ist: „die Entwicklung eines positiven gemeinen Rechts in der civilisirten Menschheit“<sup>3)</sup>.

Ganz gleichartig zeigt sich der Entwicklungsgang in den Sprachen. „Mit dem Menschen entwickelte sich die Sprache“<sup>4)</sup>, d. h. der lautliche Ausdruck des Denkens. Auch die einfachste Sprache ist das Ergebnis eines allmählichen Werdens. Alle höheren Sprachen sind aus einfacheren hervorgegangen; die zusammensetzende Sprachform aus der isolirenden, die flectirende aus der zusammenschließenden.“ Dem folgt dann in der historischen Periode „der Verfall der Sprache in Laut und Form, wobei zugleich in Function und Satzbau bedeutende Veränderungen statt finden“. „Fort und fort gehen Sprachen unter, wirklich neue aber entstehen nicht, so muß es ursprünglich viel mehr Sprachen gegeben haben, als gegenwärtig.“ Auch in der indogermanischen Völker-

3) Vgl. meine Schrift: „Ueber die Entwicklung eines positiven gemeinen Rechts in der civilisirten Menschheit.“ (Basel 1846.)

4) Schleicher Comp. der indogerm. Sprachen S. 4. 2. 6.



## III.

<sup>30</sup> familie „ist es möglich, daß bei mehren oder bei allen Theilungen mehr Sprachen entstunden, als deren jetzt nachweisbar sind, denn im Verlauf der Zeit ist wohl manche indogermanische Sprache wieder erloschen“.

Mit der naturalis ratio steht dieser abschleifende, nivellirnde Entwicklungsgang des Rechts in der Menschheit nur in einem losen Zusammenhang. Es ist nicht zu glauben, daß die nivellirten allgemein brauchbaren Rechtsätze mehr auf der „realen Naturordnung“ ruhten, als die abgestorbenen particularistischen; so wenig wie etwa die vom colonisirenden Engländer in alle Theile der Erde übergeführte englische Sprache mehr „der menschlichen Natur eingepflanzte“ Elemente an sich trägt, als die von der englischen Sprache allmählig verdrängten Sprachen der Eingeborenen. Der große Nivellirungsgang des Rechts in der Menschheit entspringt zum überwiegenden Theile nicht aus der inneren Qualität der zur allgemeinen Herrschaft gelangenden Rechtsinstitute, sondern ganz außerhalb derselben. Sein eigentlich erklärender Grund liegt in der Volkskraft derjenigen Nationen, die den Gang der Weltgeschichte im großen Ganzen bedingen. Sie absorbiren allmählig das Schwächere, und sie tragen ihre Sprache und ihr Recht in immer weitere Kreise. Aber wie die Sprachen der Beherrschten dann doch wesentlich die Sprache der Herrscher beeinflussen, so pflegt auch aus dem Recht der Sieger und Besiegten ein Drittes Neues, als historisches Product der mannigfachsten gegeneinanderwirkenden Umstände, sich zu gestalten.

<sup>31</sup> §. 31. — B. Die civilis ratio. Die naturalis ratio ist von außerordentlich tiefer dogmatischer Bedeutung, um sich den Kern des Rechts zu erklären. Aber der Umfang dieser Bedeutung ist ein verhältnißmäßig geringer. Ganz anders steht es in dieser Hinsicht mit der civilis ratio. Sie ist in jedem entwickelten Recht das an Umfang weitaus Ueberwiegende, und muß es sein. Sie ist das eigentlich staatlich-bürgerliche Element, in welchem,

wenn Staats- und Volksgrenzen in gesunder Weise einander correspondiren, der nationale Charakter der Staatsgenossenschaft vorzugsweise zum Ausdruck kommt.

Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, diese civilis ratio nach allen Seiten hin zur vollen Erkenntniß zu bringen. Sie liegt oft tief verborgen hinter der uns entgegentretenden Rechtsfassung, unbewußt und ohne Ueberlegung als etwas Selbstverständliches befolgt, und doch das Product dieses Einen nach eigenartiger Richtung hin entwickelten Volksgeistes. Es bedarf der genauen Feststellung: 1) wie dies Volk in Folge seiner Stammeseigenthümlichkeit, seines Wohnorts und Klimas, seiner Lebensweise, seiner geschichtlichen Schicksale, seiner Wanderungen, seiner Kriegs- und Friedenserrungenschaften, dazu gekommen ist, sich diese bürgerliche Rechtsordnung zu geben; in wie weit es darin original gewesen ist, was es in seiner Berührung mit anderen Völkern und in seiner Beerbung früherer Völker und Staaten von diesen entlehnt hat. Civilis ratio umfaßt rein begrifflich die ganze Summe der diesem Volk und Staat eigenartigen Grundgedanken für den allmäligen Auf- und Ausbau ihres Rechtssystems<sup>1)</sup>. 2) Es ist genau auseinanderzulegen, in welche einzelnen civiles rationes sich das gesammte Rechtsgebäude zerlegt, in Betreff a) des Rechtsschutzes und der Rechtsverfolgung; b) der Gewährung des Spielraumes für das Individualbelieben; c) der Stellung des weltlich bürgerlichen Elements zum kirchlichen; d) der Aufgabe, die gegebenen physischen und geistigen Kräfte dieser Nation in ihrer Eigenartigkeit durch möglichst gesunde Entwicklung zu der für sie innerhalb der großen Völkerfamilie indicirten höchstdenkbaren Entfaltung zu bringen. 3) Es ist zu constatiren, in welchem geistigen Zusammenhange diese einzelnen civiles rationes unter einander stehen; wo sich nach logischer

1) Also in besonderer Anwendung auf das römische Recht können auch lediglich prätorische Institute rücksichtlich ihrer ratio ganz hieher gehören.

## III.

31 Sonderung der verschiedenen denkbaren Punkte noch Lücken finden; welche Aufgaben zur Herstellung größeren juristischen Reichthums durch Schaffung neuer, den fortschreitenden Lebensverhältnissen dieses Volks entsprechenden, iuris rationes zu stellen sind. 4) Es ist die dogmatische Gegeneinanderstellung der civiles rationes verschiedener Völker, die auf dem Successionswege allmählig in diesem einen Volk zusammengelaufen sind, durchzuführen, und der Spielraum zu firiren, den die auf verschiedenem Boden eigenartig erwachsenen civiles rationes in ihrem Contacte auf gleichem Gebiete neben einander in Anspruch nehmen können.

Auf dieses civile Rechtsgebiet, das stets als die Hauptsache entgegentreten mußte, ist denn auch die Thätigkeit der Rechtswissenschaft von jeher vorzugsweise gerichtet gewesen. Hier ist schon Großes errungen. Insbesondere seit durch die historische Schule der Sinn für nationalen Rechtsgeist ungemein geschärft worden, ist für das lebendige Verständniß unseres römischen und unseres germanischen Rechtes Vorzügliches geleistet worden. Und doch sieht man noch gar kein Ende der Arbeit; und namentlich wird in Betreff jenes vierten Punktes, der dogmatischen Gegeneinanderstellung der civiles rationes des deutschen und des bei uns eingelebten römischen Rechtes<sup>2)</sup>, man vielleicht sagen können, daß wir eigentlich erst am Anfange der eingehenderen Arbeit stehen.

32 §. 32. — C. Der final-limitirte Rechtsstoff (Utilität, Opportunität, Singularität). Man muß sich hüten, dies Gebiet lediglich als das Product einer besonderen subjectiven Willensbeliebung seitens der Rechtsfakung aufzufassen. Freilich sind von jeher vom Gesetzgeber vielfache Privilegien, die auch fehlen könnten, ja geradezu nachtheilig wirken können, aus

2) Vgl. z. B. meine neuerdings gegebene Darstellung der civilis ratio des römischen und des deutschen Collationsrechtes. Glüd-Reist Commentar III S. 340 ff.

reiner Beliebung gegeben worden. Aber das ganze Gebiet, um das es sich hier handelt, ist ein viel weiter greifendes; es hat im Rechtsorganismus seine den übrigen Stoffen gegenüber durchaus selbständige unentbehrliche Bedeutung. Es handelt sich um die ganze Fülle der Rechtsbestimmungen für Sonder- und Einzelgestaltungen, für die lediglich die Erreichung eines gewissen Zwecks das den Inhalt ergebende Motiv der Rechtsfakung ist. Für besondere Lebensabschnitte der Menschen; für bestimmte Zustände der Schwäche und Unfähigkeit<sup>1)</sup>; für vorübergehende Nothzustände; für besondere Anschauungen und Bedürfnisse engerer Berufskreise; für gewisse einzig vorkommende Localitäten (z. B. den Rest eines Urwalds); für gewisse in einem Volke herrschend- und ihm lieb-gewordene, sprichwörtlich recipirte, heimisch-besonders gefärbte Anschauungsweisen<sup>2)</sup>; für eine gewisse juristisch-ästhetische Symmetrie, wonach man gern eine Anzahl von Einzelpunkten, die beliebig so oder anders geordnet werden könnten, jedenfalls uniform geordnet wünscht; für gewisse öffentliche, kirchliche, gemeinnützige Interessen u. s. w., entwickelt sich ein durch das sociale Leben selbst gegebener objectiver Stoff, der den Inhalt für die zu gebende Rechtsnorm nach dem zu erreichenden Zweck direct ergiebt. Es ist ganz unrichtig, dies Gebiet lediglich als ein Gebiet der Ausnahmsbestimmungen, des *utilitatis causa* gegebenen *ius singulare*<sup>3)</sup> aufzufassen. Allerdings: der Rechtsfak über derartige Punkte kann als Ausnahme gegenüber einer

1) Vgl. über die Frage, wie, gegenüber der *civilis ratio* über die Erbantretung, die *Utilität* zu Gunsten gewisser Personen den objectiven Stoff darbietet, der dringend die Beiseitestellung der *ratio iuris* fordert: Glück-Leiß Commentar III S. 74 ff.

2) Vgl. meine „Wechselbeziehung“ S. 18 ff.: „die *Opportunität* der *Correspondenz* der Formen“.

3) Fr. 16 de legib. 1. §: *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.* Vgl. Weil. Nr. A. XII. 5.

## III.

32 ratio naturalis oder civilis (einem Rechtsgrundsatz) auftreten. Aber in sehr weitgreifender Weise gestaltet sich auch neben jenen rationes geltendes Utilitätsrecht, Wohlfahrtsrecht, dem aller Ausnahmscharakter fremd ist, und bei dem man geradezu wieder von Utilitätsprincipien reden kann<sup>4)</sup>. Der Unterschied ist, daß rationes naturales und civiles an sich und ohne Bemessung auf einen bestimmten Zweck gelten, während das Utilitätsprincip (ratio utilitatis) von vorn herein final limitirt ist<sup>5)</sup> [fr. 25 de legib. 1. 3; s. unten §. 35 A. 2].

An einer dogmatischen Zusammenarbeitung dieses großen, eine Menge feinerer Beziehungen in sich fassenden Gebietes fehlt es in unserer heutigen Wissenschaft noch ganz. Darauf einzugehen ist nicht die Aufgabe dieser Schrift. Aber es fehlt auch überhaupt noch an der richtigen Gesamtanschauung dieses Gebietes, was am deutlichsten darin hervortritt, daß ein so tiefblickender Rechtsgelehrter wie Puchta dazu gelangen konnte, dies Gebiet mit dem der Billigkeit (Aequität) zu identificiren. Puchta sagt — abgesehen vom Ausnahmsrecht, daß er auch ganz als Billigkeit auffaßt, so daß dabei „die Billigkeit nicht das Recht durchbringt, sondern ihm in der Form eines Ausnahmsrechts gegen-

4) L. 1 C. de adq. et ret. poss. 7. 32 (Sever. et Ant. 196): tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est. — Das Privatrecht ist so sehr durchweht von Bestimmungen, die lediglich in der Utilität ihre Begründung haben und haben wollen, daß, dem dadurch hergestellten Effecte nach, der Jurist das Privatrecht als das ius quod ad singulorum utilitatem spectat bezeichnen konnte; fr. 1 §. 2 de iust. et iuro 1. 1. Nicht aber (Rousseau contr. soc. II 3) stützt sich das gesammte Recht bloß auf Utilität.

5) Puchta P. §. 21: „Die Herrschaft der gleichmäßig durchgreifenden Regel über die individuellen Bedürfnisse ist der Grundcharakter des Rechts, die ratio iuris; darum kann es nicht fehlen, daß es in den einzelnen Fällen mit den Ansprüchen des von der Geltendmachung der individuellen Unterschiede abhängigen Wohles in Collision kommt.“

übersteht" —, die Aufgabe das Recht so auszubilden, daß die <sup>82</sup> abstracte Gleichheit nicht in eine wirkliche Ungleichheit umschlage, werde auf folgendem Wege gelöst. „Das reine Recht selbst wird so gestaltet, daß es, ohne seine Consequenz aufzugeben, den begründeten Anforderungen auch des individuellen Wohles entspricht<sup>6)</sup>, es wird ein billiges Recht, *aequum ius*, denn Billigkeit ist eben die Berücksichtigung der individuellen Unterschiede und ihrer Ansprüche.“ „Die Billigkeit ist ein seiner Gründe sich bewußtes, dem Geist des fraglichen Rechtsinstitutes entsprechendes Ermessen der individuellen Umstände.“

Ich halte dies für ganz unrichtig. Das Wohlfahrtsrecht kann mit der Aequität zusammentreffen, es kann die *utilitas* der Grund werden, daß die Aequität zu irgend einer Gestaltung angeregt wird<sup>7)</sup>. Aber in sich selbst sind beide, die *Utilität* und die *Aequität*, völlig geschiedene Gebiete. Um dies deutlich zu machen, gebe ich im Folgenden in kurzen abgerissenen Sätzen einen Ueberblick über die Hauptpunkte, in denen uns das *Utilitätsrecht* in unseren Quellen entgegentritt. Man wird daraus auch ohne hinzugefügten Nachweis ersehen, daß dabei von *Aequität* gar nicht die Rede ist.

Zunächst giebt es eine Reihe wichtiger Punkte, in denen

6) Puchta P. §. 21 citirt (Note d) demgemäß Quellenstellen, in denen von dem Wohlfahrtsrechte (der *utilitas*, *publica utilitas*, *utilitas communis*) ausdrücklich die Rede ist. Diese Stellen werden im Folgenden an ihrem Orte angeführt werden.

7) *J. B. fr. 33 §. 2 de procurat. 3. 3: Publice utile est absentes a quibuscunque defendi . . .*, daher bei einer drohenden Verurtheilung: *quemvis verba pro eo facientem et innocentiam excusantem audiri aequum est*. Oeffentliche *Utilität* ist das *Bertretensein* der Abwesenden. Diese *ratio utilitatis* hat der Richter im Gebiet der „recht-anwendenden“ *Aequität* bei drohender Verurtheilung zur Ausführung zu bringen. Vgl. *Beil. Nr. C. IX. 5.*

## III.

32 rein und voll eine publica utilitas vorliegt<sup>8)</sup>. 1) Die unmittelbaren Staats- oder Gemeindeangelegenheiten, fr. 3 §. 13 de pecul. 15. 1; fr. 3 §. 4, fr. 4 de op. nov. nunc. 39. 1: si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nunciare possunt; nam rei publicae interest quam plurimos ad defendendam suam causam admittere; fr. 33 de usur. 22. 1. — 2) Religiöses Interesse, insbesondere die publica utilitas, daß die Leichen richtig beerdigt werden: fr. 12 §. 3 de religios. 11. 7: sic enim fieri ne insepulta corpora iacerent; fr. 43 eod.: propter publicam utilitatem ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus [die publica utilitas ist hier eine stricta ratio, die mit der aequitas (Pudica Note d) nichts zu thun hat], quae nonnunquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam esse rationem, quae pro religione facit; fr. 20 pr. eod.: publicum ius; fr. 38 eod.: ne corpora aut ossa mortuorum detinerentur aut vexarentur (fr. 39 eod.: ne inquietetur), neve prohiberentur quo minus via publica transferrentur aut quominus sepelirentur. — 3) Öffentliches Interesse am Bestraftwerden der Vergehungen, fr. 9 §. 5 de publican. 39. 4: vigor publicae disciplinae postulat; daher Begünstigung der Anzeige gemeinschädlicher Handlungen, fr. 5 §. 11 de iniur. 47. 10: quid enim si publica utilitas ex hoc emergit? — 4) Geltendmachung der Injurie, fr. 42 §. 1 de procur. 3. 3: pro publica utilitate exercetur. — 5) Die Freiheit ist eine Sache des öffentlichen Interesses, fr. 53 de fideic. lib. 40. 5: libertas non privata sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre debeat; fr. 10 §. 4 de test. tut. 26. 2:

8) Wo sie besteht, kann sie den Grund abgeben zur Rescission behördlicher Anordnungen, fr. 5 de decret. ab ord. fac. 50. 9; zur Nichtbeobachtung von widrigen condiciones adpositae bei Schenkungen an res publicae, fr. 13 §. 1 de pollicit. 50. 12.

cum pupilli favore et publicae utilitatis adsumpta libertas <sup>32</sup> sit in persona eius, qui tutor scriptus est. — 6) *Eheschließung, gesunde und legitime Fortpflanzung der Generationen*, fr. 12 §. 3 de captiv. 49. 15: publica nuptiarum utilitas; fr. 2 de iure dot. 23. 3: rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt; fr. 1 sol. matr. 24. 3: publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium; fr. 1 §. 13 de insp. ventre 25. 4: publice interest partus non subici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit; fr. 6 de pact. dot. 23. 4: propter utilitatem habentium; Paul. sent. II. 19. 2: contracta non solvuntur: contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commedis praefertur. — 7) *Beisernährung, Getreidezufuhr*, fr. 13 de accusat. 48. 2: propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem; fr. 37 de poenis 48. 19: propter falsum mensurarum modum ob utilitatem popularis annonae; fr. 2 §. 33 de orig. iur. 1. 2: praefectus annonae et vigilarum non sunt magistratus, sed extra ordinem utilitatis causa constituti sunt. — 8) *Die Handelsbeziehungen, und zwar: Beförderung der Schiffsangelegenheiten*, fr. 1 §. 5 de exerc. act. 14. 1: et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem . . . dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium; fr. 1 §. 20 eod.: ad summam rempublicam navium exercitio pertinet; aber auch beim Institutore besteht eine gewisse utilitas promiscui usus, fr. 17 §. 2 de instit. act. 14. 3; *die Stellung der Bankgeschäfte*, fr. 8 depos. 16. 3: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. — 9) *Der offene Straßenverkehr*, fr. 1 §. 1 de his qui effud. 9. 3: summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget:



## III.

<sup>32</sup> publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari; §. 2 eod.: iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur; die Bewahrung der Stadt vor Ruinen, fr. 2 §. 17 ne quid in loco publ. 43. 8: ne ruinis urbs deformatur; Begebefchügung, fr. 2 §. 35 eod.: in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, §. 44: pertinet enim ad publicam utilitatem. — 10) Schutz von Person und Eigenthum bei allgemeinen Calamitäten, fr. 1 §. 4 depos. 16. 3: cum vero exstante necessitate deponat, crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercendae et vindicandae; fr. 1 §. 1 de incendio 47. 9: huius edicti utilitas evidens et iustissima severitas est, si quidem publice interest nihil rari ex huiusmodi casibus. — 11) Bertratenwerden der absentes, fr. 33 §. 2 de procurator. 3. 3: publica utile est absentes a quibuscumque defendi (vgl. Ann. 7).

In anderen Angelegenheiten tritt zwar keine publica utilitas hervor, aber doch eine specifisch-juristische utilitas. Es macht sich das Bedürfnis nach einer practisch-zweckmäßigen Ordnung des fraglichen Verhältnisses geltend, welches es nicht scheut, hie und da sogar in den Charakter des ius singulare überzugehen. — 12) Gegensatz dieser utilitas gegen das eigentlich strict Anzunehmende, fr. 20 §. 2 de S. P. U. 8. 2: utilitas exigit ut idem intellegatur: nam alioquin, si quis strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur; fr. 51 in fin. ad leg. Aq. 9. 2: multa iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest . . . quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse [nicht mit Ducta Note d aus der Acquität zu erklären]. — 13) Reiff bedarf es zur practischen Geltung einer solchen Utilität des „receptum est“ im concreten

Fall, fr. 2 §. 16 pro empt. 41. 4: si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse quamvis nulla esset emptio; fr. 25 in fin. de adq. poss.: et videtur utilius esse [meine Beschf. S. 48]; fr. 32 §. 2 eod.: utilitatis causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem; fr. 40 §. 1 eod.: propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur; fr. 44 §. 1 eod.: quaesitum est cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogarentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere; fr. 6 §. 7 mand. 17. 1: quae sententia utilitati rerum consentanea est; fr. 26 pr. eod.: si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur [meine Beschf. S. 38 X. 43]; §. 10. I. de mandato 3. 26. — 14) Weiterbildung eines *Soges* durch *actio* (utilis) in factum, fr. 11 de praescr. verb. 19. 5: idque utilitas eius legis exigit.

Endlich kann es sich lediglich um eine private utilitas handeln, die noch wieder in mannigfacher Beziehung der dogmatischen Gegenüberstellung gegen die publica bedarf. — 15) Gegensatz zur publica utilitas, fr. 42 §. 1 de procurator. 3. 3: ad actionem iniuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest: nam etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est; fr. 45 §. 1 eod.: qui ita de publico agunt, ut et privatum commodum defendant, causa cognita permittuntur procuratorem dare; fr. 9 §. 5 de publican. 39. 4: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat; fr. 33 pr. ad leg. Aq. 9. 2: pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum sed communiter fungi. — 16) Wohlbegründete Privat-utilitas, fr. 3 §. 2 de pec. const. 13. 5: habet enim utilitatem, ut ex die

## III.

32 obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur [nicht mit Puchta Not. d. aus der Aequität zu erklären]; fr. 1 §. 6. 7 ne quid in flum. publ. 43. 13: plerumque enim utilitas suadet exceptionem istam dari . . . oportet enim in huiusmodi rebus utilitatem et tutelam facientis spectari, sine iniuria utique accolarum. — 17) Utilitas der Litiganten, fr. 7 de feriis 2. 12: oratione quidem divi Marci amplius quam semel non esse dandam instrumentorum dilationem expressum est; sed utilitatis litigantium gratia causa cognita et iterum dilatio . . . impertiri solet. — 18) Scheidung der utilitas des Vertreter's von der des domini, fr. 14 si quis cautionib. 2. 11: ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatum interpretemur; fr. 4 pr. de in lit. iur. 12. 3: non enim ad suam utilitatem iurisiurandi referenda aestimatio est, sed ad domini, cuius nomini tutelae ratio postulat.

33 §. 33. — D. Das voluntare Element<sup>1)</sup>. — 1) Es ist oben (§. 10) erörtert worden, daß der reale Gütertausch (und zwar insbesondere auch das internationale Ertauschen ausländischer Waare gegen Einheimisches) in Zeiten der Menschheit zurückzuführen ist, die weit vor dem Auftreten des indogermanischen Urvolks liegen. Daß der naturali ratione sich entwickelnde Realkauf in diesem unserem Urvolk bestanden haben müsse, beweist das Wort (und also der Begriff) Kaufpreis: *vasnas, ávoc, venum* (§. 10). — Im Realkauf haben wir den Urtypus friedlichen Vertrages: die durch beiderseitiges Leisten gleich real vollzogene Willensübereinstimmung über Sache und Preis. Dieser Rechtsbegriff friedlichen Vertrages ist dann auch in der ganzen indogermanischen Welt auf die Eheschließung angewendet

1) Die früher herrschende ganz übertriebene Verwendung des voluntären Elements habe ich in diesen Studien III Teil. 4 S. 303 ff. in der Zusammenstellung der Ansichten des Hugo Grotius exemplificirt.

worden (§. 6). Aber auch das Wort (und also der Begriff) sonstigen vertragmäßigen Bindens (πάσαιμι, pacere, pactum, pax — §. 8 A. 6) zieht sich bis in das Urvolk. Von jeher sind Kriege unter Völkern durch Friedensschlüsse beigelegt worden. Aber indogermanische Art ist es, wie wir gesehen haben, auch den Krieg unter Stämmen, und den Kampf unter Einzelnen wegen erlittener „Kränkung“, in eine vertragartige Gestalt zu bringen. Es wird die Kampfesansage (dictio, conductio, δίκη, §. 14 A. 5. 6) in wohlgeordneter sollener Form dem Gegner gegenüber vorgenommen; es wird das Anhören und Zuschauen der Götter angerufen, damit der bevorstehende Kampf sich zum göttlichen Urtheil gestalten könne. Also der Kampf wird damit zum Wettkampf (ἀγών, actio — §. 12 A. 10), die Proceßeinleitung zur Wette, und in der Einleitung dieses Rechtsstreites liegt von jeher ein vertragsartiges sollennes Sichbinden, daß man es auf diese Entscheidung ankommen lassen wolle [„iudicio contrahitur“<sup>2)</sup>]. Aus diesem Grundgedanken heraus lag denn von jeher die Auffassung nahe, die wir in der italischen in iure cessio, aber in ähnlichen Gestaltungen auch im germanischen Rechtsleben haben hervortreten sehen, daß bewaffnetes, also ursprünglich im Ernst kampferüstetes, Zusammentreten vor den Magistrat (Priester) mit Behauptung des Rechts an der berührten Sache und, gegenüber der Kampfverweigerung oder dem Schweigen des Gegners, magistratischer Abdiction (Gai. II 24), — als vertragmäßiger sollener Uebertragungsact verwendet wird (§. 15 A. 4). Damit haben wir im italischen Völkerstrange die sollenne causallose [lediglich auf animus transferendi und accipiendi domini oder hereditatis

<sup>2)</sup> Ja sogar in unserer „Forderung“ und „Annahme“ des Duells liegt noch heutzutage das „Contrahiren“ auf das Gottesurtheil des Kampfes. Vgl. auch das „manum conserere“, §. 16 Nr. 8. b.

## III.

33 u. s. w. sich reducirende<sup>3)</sup>) Uebertragungsform. Aber auch der Gedanke, daß man über den Gegenstand wirklichen Streites durch Vertrag die Eventualität des Kampfes bei Seite schieben könne, muß schon dem Urvolke angehören, denn wir finden ihn im germanischen Völkerstrange im Compositionensystem zu weitgreifender Entwicklung ausgebildet, wir finden ganz denselben Satz in den 12 Tafeln als die Bestimmung, daß das *pacere* die Verfolgung der *Talion* wegen erlittener Kränkung (*Hohn, iniuria*) ausschliesse. Weiter tritt uns ein solennes *pacere* aus dem Urvolke entgegen in dem Looswerfen mehrer als Erbnehmer (*heres — açaharas — arbinumja — §. 7 X. 14; §. 18 X. 9*) Auftretenden über die Erbschaft (*κληρονομίω — arbja vairpa; Grimm S. 467*), welches Erbnehmen oder Erbtheilen im italienischen Völkerstrange das [von *hir*: Hand, mit durch *c* erweitertem Stamme, Curtius 189] *herciscere*<sup>4)</sup> der *familia* genannt wird. Lediglich bei den Italiern hat sich aus dem Realkauf in der Zeit strictnationaler Rechtsgestaltungstendenz in der ersten altlatini- schen Periode (vor den Ackervertheilungen nach dem *numerus duodenarius*) für die wichtigeren beweglichen Sachen die Mancipation [als Erhebung des Realkaufs zum strictnationalen sollenen Rechtsact, also ursprünglich coincidirend: Real- und Formalcontract] entwickelt<sup>5)</sup>. Derselben Zeit wird auch die Er-

3) Meine Mancipation und Tradition S. 36 ff.

4) Bei den Italiern, wo wohl schon früh das *herciscere* unter die *adiudicatio* eines *arbitr* gestellt worden ist, hat sich das Looswerfen (das ja auch eine Art Gottesurtheil ist) nur als letzte Aushilfe erhalten; fr. 5 fam. ere. 10. 2: *si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet.* — Ueber ital. Sponsionen vgl. §. 6 X. 5; §. 25 a. E.

5) Der Realkauf ist von Anfang an ein Friedensact (§. 10 hinter Anm. 8), danach ist nicht daran zu denken, daß jemals bei dem zum Formalact erhobenen Realkauf, d. h. bei der Mancipation, der die Formel *aiō rem meam esse* aussprechende Erwerber mit der *hasta (festuea) de-*

hebung des nach der naturalis ratio ein reales Geldhingeben in sich fassenden (§. 2 Nr. 3. f. β) Darlehns-pacere (das wir auch als internationales mutuum hervortreten sahen — f. §. 30 A. 1) zu dem strictnationalen Rechtsacte des nexum zuzuschreiben sein. Endlich gehört der altitalischen Zeit die Entwicklung der Rechtsform leghwillig testamentarischer Individual-Bestimmung an. Im Urvolke hat es, als die Germanen abzogen, diese Rechtsidee noch nicht gegeben (§. 7 A. 13); bei den Griechen ist sie nur so weit gebiehn, daß der Hausvater zur Aufrechthaltung des Hauses einen Sohn adoptiren und zugleich zu Erben einsetzen kann (f. §. 7 bei A. 14); bei den Italikern tritt sie uns viel weiter entwickelt als libera testamentifactio (calatis comitiis) entgegen. Aber die Annahme ist vielleicht nicht zu Kühn, daß bei den Itali-

caffnet hätte sein müssen. Hierin tritt, — wenn man auch nach der späteren practischen Verwendbung der in iure cessio in sie einfach den animus transferendi et accipiendi dominii hineininterpretiren darf, Ann. 3 — deutlich die Urverschiebenheit zwischen in iure cessio und mancipatio zu Tage. a) Erstere ist aus dem Privatfehdestandpunkt erwachsen. Der Erwerber „vindicit“ Gai. II. 24; v. h. qui vindicabat, festucam tenebat, Gai. IV. 16. Wer in iure vindicirt, also die vindicta imponirt, stellt sich auf den Fehdestandpunkt des ἀγών (agis); mithin ist die in iure cessio eine (legis) actio (§. 12 A. 10), nur daß es nicht zur contentio kommt. Indem der Gegner die Contravindication verschmäht, so ist das an sich kein animus transferendi dominii sondern nur Kampfablehnung, also zur Eigenthumsübertragung bedarf es noch des *fari* („addico“) des Magistrats (§. 16 A. 3). b) Dagegen bei der Mancipation liegt im Sachhingeben gegen Empfang des abgewogenen *aes rude* die wahre *voluntas transferendi dominii*. Der Erwerber nimmt mit den Worten *aio rem meam esse* die Eigenthumsantretungshandlung vor (parallel der *cretio hereditatis*). Auch in dem späteren specifisch-römischen *causa* des *Manusculum pretii loco* liegt, da der Veräußerer gegenüber der Antretungserklärung das *pretii loco* dargereichte *aes* ohne Protest annimmt, der *animus transferendi dominii*, also wirklicher Eigenthumstransmationswille.

## III.

33 fern in früheren Zeiten ähnliche Zwischenzustände durchgemacht werden mußten, als diejenigen bei denen die Griechen stehen geblieben sind. —

Dies ist das Material, welches sich aus der ältesten Zeit über das Gebiet und die Gestalten vertragsmäßiger und legetwilliger Individualwillensbestimmungen ermitteln läßt. Die Rechtsacte sind entweder Realacte oder Formalacte. Die Verhältnisse müssen sich Schutz suchen durch den Zustand des factischen Besizens (die „Handmacht“, manus); man erhebt die Einleitung des Selbstschuzes durch Kampf zum Formalact; man knüpft daran den reinen Formalact des Scheinkampfes; man gestaltet, in die Periode der strictnationalen Rechtsgestaltungstendenz übergehend, auf der Basis der natürlich gegebenen Realkaufs- und Realdarlehn-Acte die stricten mit besonderem Rechtsschutz versehenen Formalgeschäfte der *noxii datio*, *obligatio* (und *liberatio*)<sup>6)</sup>; man schafft endlich gewisse sollenne Rechtsacte wie Arrogation und Testamentserrichtung vor versammelter Volksgemeinde. Daß aber der formlose Individualwille, allgemein oder wenigstens in einzelnen genau bestimmten Fällen, die Kraft habe, den Rechtsschutz des Gemeinwesens in Bewegung zu setzen, dazu mußten erst weite Stadien der Erstarkung der Staatskraft durchgemessen werden. Wir sehen dies in den historischen Zeiten sich vollziehen.

Aus welchen Elementen ist nun die allgemeine Lehre von dem Wesen und der bindenden Kraft der Individual-Willensbestimmungen, insbesondere der Verträge, aufzubauen? Aus dem Zusammenhalt des factischen Gehaltes des Willens mit einem

6) In soweit, als einzelne, auf naturalis ratio ruhende, zu internationaler Verwendung gelangte Geschäfte schon lange bestanden haben, ehe überhaupt die Periode der strict-nationalen Formalgeschäfte begann, kann man denn auch sagen (vgl. §. 1 Anm. 8), daß das *ius naturale* und *ius gentium* gegenüber dem *ius civile* das „*votastius*“ sei.

complicirten Verein von Sätzen der naturalis ratio und von sehr verschiedenen civiles rationes, verbunden noch mit utilitatis und aequitatis rationes als Nebenmomenten. Es hat neuflens Schloßmann [„der Vertrag“] den interessanten Versuch gemacht, die im Gebiete dieser Frage heutzutage herrschenden moralischen Theorien umzustossen, aber mit einem, wie mir scheint, für den positiven Neuaufbau nicht zureichenden Rüstzeuge. Denn in dem „Rechtsgefühl oder Rechtsbewußtsein“ in Betreff der „Aufhebung der Interessencollisionen“ (S. 193 ff.) bietet er uns nur ein secundäres im Laufe der Geschichte sich sehr modificirendes Product des gesammten hypostatischen Elementes. Nicht aber aus dem Secundären, sondern nur unmittelbar aus dem hypostatischen Elemente selbst läßt sich das Material zur Lösung dieser tiefgreifenden Frage, auf die weiter einzugehen hier nicht meine Absicht sein kann, entnehmen.

2) Ich sprach bisher von den actualen Individualwillensgestaltungen, wie sie den Stoff zum Verständniß eines ungewein wichtigen Gebietes von Rechtsverhältnissen darbieten. Aber damit ist der Umkreis des voluntären Elementes nicht erledigt. Es giebt gegenüber dem actualen Willen auch noch einen probabelen Willen, dem wir als weitgreifendem Stoffschöpfer in den Rechtsverhältnissen nachforschen müssen. Dieser Wille ist entweder ein concret probabeler d. h. ein bei der betreffenden Person in concreto vorhandener oder supponirbarer, ohne daß er geäußert worden ist —, oder, noch einen Schritt weiter, ein lediglich abstract probabler, d. h. ein auch ohne die Supposition des concreten Vorhandenseins angenommener Wille. Namentlich diese letztere Gattung ist von einer für die dogmatische Analyse der Rechtsverhältnisse außerordentlich eingreifenden Bedeutung. Was ich in dieser Hinsicht gesammelt habe, ist zu umfanglich, um mit in diese Schrift aufgenommen werden zu können. Ich scheidet es ganz aus für eine künftige Gelegenheit.



## III.

<sup>33</sup> Nur einen verhältnißmäßig kleinen Punkt daraus habe ich neuerdings in meiner schon (§. 2) citirten Recension der Amann'schen Schrift eingehender behandelt.

Danach muß ich denn auch die einzige noch übrige von der naturalis ratio rebende Hauptstelle, welche im Bisherigen ihre Erklärung nicht gefunden hat <sup>7)</sup>, — Ernst Zimmermann hat sie kürzlich zum Motto seiner Schrift von der stellvertretenden negotiorum gestio erwähnt — hier unerörtert lassen.

<sup>34</sup> §. 34. — E. Die Aequität. 1) Was ist Aequität? Savigny antwortet: sie ist die naturalis ratio. Wir haben gesehen, daß das nicht richtig ist. Puchta antwortet: sie ist das Wohlfahrtsrecht. Wir haben gesehen, daß auch dies nicht richtig ist.

Fassen wir noch einen Hauptvertreter einer selbständigen Ansicht ins Auge. Windscheid (N. 4. Aufl. §. 28) sagt: „Billig ist das den thatsächlichen Verhältnissen angemessene Recht d. h. dasjenige Recht, in welchem jedes Moment der thatsächlichen Verhältnisse, das auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, Berücksichtigung wirklich findet, keines Berücksichtigung findet, welches Berücksichtigung nicht verdient, und jedes gerade diejenige Berücksichtigung findet, welche seine Natur fordert. Dasjenige Recht, welches in einer oder der anderen dieser Beziehungen den thatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen ist, nennt man strenges Recht.“ Danach sei der Billigkeitsbegriff, meint Windscheid, ein unbestimmter je nach dem Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl der Betrachtenden. In dem Sinn des Rechtsgefühls oder Rechtsbewußtseins einer Volksgesamtheit bezeichne Billigkeit das Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht jedes

<sup>7)</sup> Fr. 38 (39) de negot. gest. 3. 5 (Gai.): naturalis enim simul et civilis ratio suavit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriores non posse. Vgl. diese Studien II S. 157 A. 1.

Volks zu streben habe; vor dessen Verwirklichung, bevor eine Rechtsquelle die Billigkeitsausprüche anerkannt habe, sei die Billigkeit nicht Recht, und der Richter würde sich schwer versehen, der das positive Recht gegen solche Billigkeit hintanzusetzen wollte.

Wenn in dieser Weise das *ius aequum* „nicht das allen Personen gleiche Recht, sondern das den Verhältnissen gleiche sie deckende Recht“ wäre, so erschiene damit das den thatsächlichen Verhältnissen der *natura rerum*, der *naturalis ratio*, der *utilitas* und des voluntären Elementes entsprechende insgesammt als billiges Recht. Damit wäre der selbständige Begriff der Aequität aufgelöst d. h. werthlos; er ginge auf in dem des „factisch-adäquaten“ Rechtes. Aber die *aequitas* ist etwas von der Verwendung der *natura rerum*, der *naturalis ratio*, der *utilitas*, des voluntären Elementes völlig Verschiedenes; sie steht jenen anderen Bestandtheilen des hypostatischen Elementes als ein eigener Bestandtheil desselben selbständig gegenüber.

Was ist denn nun aber diese selbständige Aequität? Man wird, schon nach der großen Divergenz der angegebenen Ansichten über das Wesen derselben, sagen müssen, daß ein klares Verständnis derselben bisher nicht erreicht worden ist. Freilich läßt sich in vielen Lehren constatiren, daß der Aequitätsbegriff in Befolgung der römischen Quellen richtig verwendet wird. Aber dabei bleibt die Nothwendigkeit des Gesamtverständnisses für Fragen, wo uns der Buchstabe der Quellen verläßt<sup>1)</sup>. Es ist eine Sicherheit der dogmatischen Analyse erst erreichbar, wenn man, wie über alle anderen Bestandtheile des hypostatischen Elementes, so auch über dieses so tiefgreifende und unendlich wichtige ins Klare gelangt ist.

Der Weg zu sicherem Verständnis der Aequität kann —

1) Gegen unrichtige Verwendungen der Aequität: Glück-Leit Commentar III S. 209.

## III.

24 ebenso wie bei der *natura rerum*, der *naturalis ratio*, der *utilitas*, — nur der sein, daß man sich nicht an die eine oder andere allgemein redende Stelle hält, sondern der concreten Verwendung derselben in allen Stellen der röm. Juristen nachgeht, und so aus der gesammten Einzelverwendung den alle durchziehenden leitenden Gedanken entnimmt<sup>2)</sup>. Die Römer gebrauchen vielfach ganz promiscue die Wörter „*aequum*“ und „*humanum*“. Dies führt darauf (und die Verwendung in allen einzelnen Punkten bestätigt es), was der Begriff der Aequität sei. Aequität ist: die Humanität im Gebiete der socialen Ordnung. Um deutlich zu machen, wie dieser Begriff sich durch alle Einzelverwendungen hindurchzieht, habe ich es für das Rathsamste gehalten, das große Quellenmaterial chrestomathieartig, untermischt mit nur kurzen Bemerkungen meinerseits, in der Beilage zusammen zu stellen. Ich habe selbst das Bedürfnis empfunden, und denke daß das auch bei Anderen vorliegen werde, — bei den verschiedensten dogmatischen Untersuchungen gleich in einem Ueberblick verfolgen zu können, in welchen Verbindungen und Gegenständen die von den römischen Juristen bei Einem Punkte erhobene Aequitätsfrage zu anderen näher oder entfernter liegenden Aequitätsfragen stehe. Die daraus für meinen eigenen Gebrauch erwachsene Chrestomathie theile ich in der Beilage mit.

2) M. Voigt das *ius naturale, aequum et bonum* und *ius gentium* der Römer. 4 Bde. (1856 ff.) hat in umfassender Weise die Begriffe der *naturalis ratio*, des *ius gentium*, und der *aequitas*, wie sie historisch bei den Römern verwendet worden sind, verfolgt. Das mit emsigem Fleiß und großer Gelehrsamkeit zusammengetragene umfangreiche Material ist für historisches Studium werthvoll. Dogmatisch ist das Werk wesentlich resultatlos, da eine kritische Zusammenordnung der Gesamtverwendung der *naturalis ratio* und der *aequitas*, und eine Untersuchung ihrer dogmatischen Function im Rechtsorganismus gar nicht unternommen worden ist. Auch mit Angabe der „fünf Hauptrichtungen der *aequitas*“ I S. 350 ist das Wesen der drei großen Aequitätsgruppen gar nicht getroffen.

Abbsolute Vollständigkeit garantire ich nicht; aber ganz wesentliche Punkte werden schwerlich fehlen<sup>3)</sup>). Erst wenn man sich ganz einarbeitet in die Art, wie die classischen römischen Juristen bei der gewaltigen Zahl von Einzelfragen die Aequität verwenden, kann man ein festes Verständniß davon gewinnen, daß allen diesen höchst mannigfaltigen Einzelverwendungen ein einziger und ganz präciser Begriff innewohnt. Es zeigt sich auch hier die wunderbare Eigenheit der römischen Classiker: die schärfste Verwendung eines Begriffs durch die verschiedensten concreten Gestaltungen hindurch, ohne auch nur das Bedürfniß, den Begriff theoretisch zusammenzufassen.

Wer sich eingelebt hat in diese römische Gesamtverwendung der Aequität, dem, denke ich, wird sich das Resultat ergeben, daß der einheitlich leitende Aequitätsbegriff der eben von mir formulirte ist: „die Humanität im Gebiete der socialen Ordnung“. Aber eine eigentliche Beweisführung in Betreff dieser meiner Formulirung werde ich im Texte dieser Schrift gar nicht unternehmen. Ich müßte sonst, was ich hier nicht beabsichtige, ein dickes Buch über die Aequität schreiben. Die von mir in der Beilage zusammengeordneten Quellenaussprüche mögen rücksichtlich des Aequitätsbegriffs sich selbst rechtfertigen. Findet ein Anderer, daß der Begriff noch anders, als von mir geschehen, zu formuliren sei: wohl. Was ich im Folgenden zusammenfassend sage, soll nur eine Art orientirender Einleitung zu der Beilage sein.

§. 35. — 2) Die Humanität ist ein Begriff, der besteht, so lange es Menschen giebt. Der Mensch erkennt von jeher den Menschen als seines Gleichen. Daß die Menschen gleich-

3). Wer bei der Lectüre der Quellen auf wichtige, von der Aequität redende, Stellen stößt, die ich nicht berücksichtigt habe, wird mir durch Mittheilung derselben einen dankbar anerkannten Dienst erweisen.

## III.

<sup>35</sup> artig, und daß der Mensch dem Thiere ungleichartig organisiert ist, beruht auf der realen Naturordnung, der *naturalis ratio*. Den Gedanken aber, daß: — trotz aller Ungleichheit, die Krieg und Gewaltthat, Verschiedenheit der Begabung und des Ehrgeizes, Verschiedenheit der Geschlechter, der Glücksumstände, des Fleißes, Verschiedenheit des Erfolges ebenfalls nach der realen Naturordnung mit sich führen, und die dann eben auch in der Verschiedenheit und Ungleichheit der Rechtsstellung sich verkörpert, — man im Mitmenschen doch immer den Bruder anzuerkennen habe, diesen Gedanken trägt der rohste wie der gebildetste Mensch in sich. Er beruht darauf, daß der Mensch (im Gegensatz zum Thier) ein sittliches Wesen ist, daß er die göttliche Mitgabe des Gewissens in sich trägt. Die Stimme eines Jeden sagt sich: „Du bist ein Mensch, so sollst du auch gegen Deines Gleichen Dich menschlich benehmen“: ἀνθρώπων ὄντα δεῖ φρονεῖν ἀνθρώπινα. Damit haben wir die „Menschlichkeit“, die „Humanität“, welche nothwendig „Gleichheitsgefühl“ (Aequität) ist.

a) Die Humanität ist keine bloße „Theorie“, sondern eine Macht von ungeheurer, gar nicht zu unterdrückender Naturkraft. So wie das Gewissen des Einzelnen eine Macht ist, so ist das Gleichheits- oder Humanitätsgefühl, wie es in einem Volke herrscht, die Macht des Volksgewissens. Es identificirt sich nicht mit dem Rechtsbewußtsein des Volks. Im Gegentheil es läßt nicht ab, das bestehende Recht richtend<sup>1)</sup>, strafend, bessernd, mil-

1) Das Gerechtigkeitsgefühl ist vorzugsweise das, in verschiedenen Perioden der Menschheit freilich sehr verschieden lautende, Resultat der stets sich erneuernden Critik der aequitas über das ius. Cic. de off. I. 19: *servare aequitatem quae est iustitiae maxime propria*; II. 12: *ius enim semper quaesitum est aequabile: neque enim aliter esset ius*.

bernd zu kritisiren. Aequität ist nicht: „daß der menschlichen Natur eingepflanzte gemeinsame Rechtsbewußtsein“ (Savigny), sondern die Aequität vindicirt sich ihren Bestand gerade abgesehen vom Recht. Sie stellt sich mahrend über das Recht; sie behält ihr Eigenwesen, auch wo das Recht sie adoptirt hat. Iuris ratio (oder ratio i. e. S.) und aequitas (oder aequitatis ratio) bleiben immer innerlich verschiedene Dinge<sup>2</sup>).

b) Die Aequitäts- oder Humanitätsidee hat von jeher bestanden und Wirkungen geäußert. Jenes heilige Gastrecht und die Scheu der Schutzlehenden (§. 10 U. 4. 5) sind schon Producte der Anschauung, daß man außerhalb alles ius seines Glei-

2) Fr. 25 de legib. 1. 3: nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producimus ad severitatem; fr. 7 §. 1 de i. i. r. 4. 1: ut et ratio et aequitas postulabit; fr. 32 §. 4 ad leg. Falc. 35. 2: quae sententia et aequitatem et rationem magis habet; fr. 52 §. 3 de pact. 2. 14: rescriptum est, neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti; fr. 32 pr. de peenl. 15. 1: licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari; fr. 2 §. 5 de aqua et aq. pl. 39. 3: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamus; fr. 20 de instit. act. 14. 3: nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse; fr. 13 pr. de lib. et post. 28. 2: licet enim suptili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, . . . ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est; fr. 6 si tab. test. null. 38. 6: et rei aequitas et causa edicti quo de b. p. liberis danda cavetur; fr. 11 in fin. de usuris 22: 1: aequum est, quamvis ipso iure usurae reipublicae debeantur; fr. 16 §. 5 de pignorb. 20. 1: quod ego quantum quidem ad suptilitatem legis et auctoritatem sententiae non probo . . . sed humanius est; fr. 8 de cap. min. 4. 5: civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest (vgl. Beil. Nr. C. VI. 3); fr. 85 §. 2 de reg. iur. 50. 17: quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur (vgl. Beil. Nr. C. I. 6. a.).

## III.

35 chen menschlich behandeln muß. Aber wie das Gewissen des Einzelnen abgestumpft und umgekehrt zu feinerer Empfindung geschärft werden kann, so ist es auch mit dem Humanitätsgefühl der Völker. Es ist etwas mit der Zeit und den Erfahrungen der Völker Wachsendes, etwas Cultivirbares, Erziehbares. Mit seinem Wachsen wird es ein immerfort thätiges Correctiv des Rechts; und so bildet es ein nothwendig existirendes hypostatisches Element für die Rechtsbetrachtung, dessen selbständiger Bestand auch dadurch nicht geändert wird, daß von Zeit zu Zeit die Völker um der practischen Zweckmäßigkeit willen darauf kommen, ihr ganzes Recht zu codificiren, also jedem in die einzelnen Paragraphen auch aus der Aequität aufgenommenen Sage die speciell formelle Gesetzeskraft zu verleihen. Je feiner die Rechtsausbildung sich gestaltet, desto feiner wird auch die Ausöhnung und Verbindung mit dem Gleichheitsgedanken. Das Ziel des letzteren ist ja gar nicht: Gleichmachung der Menschen und ihres Rechts; sondern, bei aller immer bleibenden Ungleichheit der Verhältnisse und der Rechtsstellungen, gleichmenschliche Behandlung Aller unter dem Recht. Man behandelt gleichmenschlich: einen Reichen und einen Armen nicht dadurch, daß man die Güter unter ihnen theilt, sondern daß man dieselbe Anforderung (z. B. des Steuerzahlens) gegen Beide je nach dem Verhältniß ihres Vermögens durchführt; einen Mann und eine Frau nicht dadurch, daß man Beide als Geschlechtslose betrachtet, sondern daß man denselben Rechtsfuß der gegebenen Verschiedenheit ihres Geschlechts anpaßt; einen verstockten Verbrecher und einen um's Vaterland verdienten Feldherrn nicht dadurch, daß man gegen Beider Thaten indifferent ist, sondern daß man den für Alle geltenden Satz, daß das Böse zu strafen das Gute zu belohnen sei, beim Einen ohne Ueberhaß, beim Anderen ohne Uebergunst zur Anwendung bringt (vgl. Anm. 5 a. C.); ein Kind unter seinem Vater und

eine waterlose Waife nicht dadurch, daß man den Unterschied igno- 35  
rirt, sondern daß man dem nach der realen Naturordnung Ge-  
schäftten den Waterlosen (vgl. oben S. 57) künstlich möglichst  
gleichstellt u. s. w. u. s. w. Aequität ist nicht: Nivelirung, Gleich-  
machung der menschlichen Verhältnisse und Leistungen, son-  
dern: Prüfung aller Verhältnisse unter dem unparteiischen Ge-  
sichtspunkte der Gleichheit und Gleichwerthigkeit der menschlichen  
Natur.

§. 36. — c) Die Art, wie die römischen Juristen diesen 36  
Aequitätsgedanken in einer überaus großen Fülle des Details  
durch ihr ganzes Recht durchgearbeitet haben, ist eine ihrer größten  
Leistungen. Sie verfahren dabei in ihrer einfachen phrasenlosen  
Weise mit sittlicher Strenge und andererseits wieder warmer Her-  
zensmildigkeit<sup>1)</sup>. Man darf nicht glauben, daß Aequität sich  
immer als Benignität äußere. Als wenn sie nur eine schwäch-  
liche Scheu wäre, den Leuten wehe zu thun! Allerdings gestaltet  
sie sich überwiegend nach der freundlichen Seite hin, und gerade  
dann gebraucht man vorzugsweise gern den Ausdruck „Humanität“.  
Aber in sich ist die Aequität gleichwägende Unparteilichkeit (*sum  
cuique tribuere*; vgl. Anm. 5); und die kann und muß gegen  
das Böse, Schlechte, Unredliche und Unsaubere ahndend, miß-

1) Vgl. z. B. ihre Auffassung des „*iustus exactionis modus*“,  
der sowohl durch übertrieben harte Selbstbelastung mittelst Vertrages (*sti-  
pulationis iniquitas*, fr. 17 pr. de usur. 22. 1), als auch durch über-  
strenge amtliche Geltendmachung öffentlicher Interessen [vgl. §. 82 Nr. 1]  
verletzt werden kann. Letzteres drückt Ulpian in fr. 83 pr. de usuris mit  
folgenden Worten aus: *prospicere reipublicae securitati debet praeses  
provinciae, dummodo non acerbum se exactorem nec contu-  
meliosum [nec rursus contemptibilem] praebat, sed moderatum  
et cum efficacia benignum et cum instantia humanum:  
nam inter insolentiam incuriosam [iniuriosam: Hal.] et di-  
ligentiam non ambitiosam multum interest.*



## III.

36 billigend und unsentimental verfahren. Es giebt also auch eine „strenge“ Aequität (s. Beil. C. II. 1.; A. XIII. und oben §. 9, §. 13 A. 9).

Die Römer haben durch ihren feineren Ausbau der Aequität ein eigenes großes Gebäude „civilistischer Sittlichkeit“ aufgeführt. Weniges darin enthält wirkliche Neuschöpfungen, die sich in ihrem Bestande auf die eigenthümlich freie Stellung der römischen Juristen, nach dem *ius respondendi* ganz neues Recht machen zu können, reduciren. Im Uebrigen operiren sie im Anhalt an das bestehende positive Recht. Sie bauen die Aequität nach drei Richtungen aus: nach der Richtung der Schätzung der Individualität und des Werths der Persönlichkeiten; nach der der objectiven Ausglei chung des in den Verhältnissen dem Aequitätsgebanten Widersprechenden; und nach der der Rechtsdurchführung im Sinn der Aequität. Ich nenne diese drei großen Richtungen der Aequität: die subjectivschätzende, die objectivausgleichende und die rechtanwendende. Ich habe danach die Aussprüche der römischen Juristen über das Einzelne in der Beilage geordnet. — Lediglich dem dritten Gebiete, der rechtanwendenden Aequität, gehört unser schöner deutscher (aber in der heutigen Anwendung oft ganz entstellter) Begriff der „Billigkeit“ an. Grimm D. W. B. II. S. 27: „Billig, *aequus*, *probabilis* [adv. iure, merito] findet sich erst seit dem 11. Jahrh. . . . verzeichnet<sup>2)</sup>, mit dem vorhin an-

2) Vgl. im Gegensatz: Grimm D. W. B. a. a. D.: „Billig, *aequus*, im 17. Jahrh. tauchte diese falsche Schreibung auf und setzte sich im 18. Jahrh. fest, das Wort ist aber, wie wir sahen, mit lich zusammengesetzt, nicht durch — ig abgeleitet. . . . Die Betonung billig steht der alten von billich entgegen. Die ursprüngliche Bedeutung zeigt sich, wenn wir es mit recht verbinden, von welchem es sich gleichwohl unterscheidet, wie *aequitas* von *ius*: das ist recht und billig; ich halte die Sache für recht und billig.

geführten bil (fas, ius) und dem adj. lich, das sich in lich <sup>36</sup> kürzte, zusammengesetzt, daher es sich noch weiter in bilch verengen konnte.“ Es ist dem bil gemäß, daß es auch zur Anwendung gebracht werde: „was dem Einen Recht ist, ist dem Andern billich“ heißt ursprünglich: erkennen wir etwas bei dem Einen für Recht, so ist es auch dem bil gemäß, es beim Andern zur Anwendung zu bringen: „Accio idem quod Titio ius esto“ [Zell, Ferienschriften II. 57. 91; — vgl. Lucas 6, 31]. Grimm D. B. S. a. a. D.: „das sollend wir Christenmenschen auch thun und ist billich das wir es thun, — es ist nicht billich das er leben sol, — denen nim ich es auch nicht für übel und billich, — nieman findet Fleisch in aller menschen heut, das nicht zu bösem williger, denn zum guten billicher“ [das Gute anwendend], — „darum soltu es billich leiden“ [dem Rechte gemäß], — „darumb hast Du billich nicht verschonet“, — „denn wo der gerechte thut böses, so stirbt er ja billich darumb“ [Cic. de off. I. 25: lex quae ad puniendum non iracundia sed aequitate ducitur].

d) Man darf nicht sagen, daß der Richter bei seiner Thätigkeit das Menschlichkeits- oder Aequitätsgefühl zu verläugnen habe, soweit nicht das Recht die Aequität besonders anerkenne,

Dein Verlangen ist billig; was dem Einen recht ist, ist dem Andern billig; was Dir recht, ist mir billig; ein billiger Zorn, ein gerechter; billige Rücksicht.“ — Viele construiren sich heutzutage den Begriff der Aequität lediglich nach dem Sinn dieses erst seit dem 17. Jahrh. sich entwickelnden Wortes: Billigkeit [nicht: Billichkeit]; und finden ihn also einfach in dem Gegensatz von ius aequum zum ius strictum; vgl. z. B. Brinck P. 2. Aufl. S. 112: „die Gründe sind hier und dort von derselben Art; dieselbe Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Günst, Gemeinnützigkeit, die das einmal zur Regel führte, hat ein andermal deren Abbeugung verursacht. So dürfen ius aequum und strictum (rigor), von denen jedes seine Regeln und Ausnahmen hatte, mit ius commune und singulare nicht verwechselt werden.“

## III.

36 und daß darüber hinaus der die Aequität verwendende Richter seine Pflicht verlege. Die Angst vor falscher Verwendung (der f. g. *aequitas cerebrina*) liegt hauptsächlich in der Unklarheit über das Wesen der Aequität. In dem Geiste, in dem die Römer die Aequität ausgearbeitet haben, werden wir unbedenklich dem Richter auch immerfort das Waltenlassen des Humanitätsgedankens bei der Rechtsbehandlung gestatten können. Mit dem Abschneiden derselben würde gar nichts gewonnen werden<sup>3)</sup>. Auch werden wir — abgesehen von den selteneren Punkten, wo es sich im röm. Recht (gleichartig wie in jenen obigen Fällen des „*receptum est*“ in Betreff gewisser Utilitätsfälle; vgl. §. 32 Nr. 13) um ganz neue<sup>4)</sup> durch *ius respondendi* festgestellte Aequitätsfälle handelt, die in dieser Weise allerdings unsere Jurisprudenz nicht würde erzeugen können, — nicht sagen dürfen, daß unsere Rechts-

3) Eine solche Abschneidung liegt auch nicht, wie Windscheid A. 4 annimmt, in l. 1 C. de legib. 1. 14 (Constantin): *inter aequitatem ius-que interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere*; diese Stelle spricht speciell von einem Widerspruch zwischen *ius* und *aequitas*; vgl. Weil. Nr. C. I. 6. b.

4) Die Römer nennen solche ganz neue Aequitätsfälle, die zunächst noch keinen Anhaltspunkt im positiven Rechte haben, die *naturalis aequitas i. e. S.* im Gegensatz zur *civilis aequitas*. Fr. 1 §. 1 *si is qui test. lib. 47. 4 (Ulp.): Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intelligit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contrectaverit. e re itaque esse praetor putavit calliditatem et protervitatem horum, qui hereditates depopulantur, dupli actione coercere.*

wissenschaft in der Erfüllung eines positiv gegebenen Rechtsinstituts mit der dem römischen Geiste entsprechenden Aequität heutzutage beengter wäre, als es die Römer waren.

e) Die Aequität ist nicht ein „Ideal“, vor dessen Erreichung wir lediglich am Rechte halten müßten, sondern sie ist eine Aufgabe, an der innerhalb des Rechtsgebietes immer gearbeitet wird und immer noch ferner gearbeitet werden muß. Sie ist das stets in Bewegung zu haltende, immerfort dem Recht die sittliche Wärme einhauchende Element. Auch Aequitätsgedanken können veralten, und es können andere und höhere Gesichtspunkte sich an die Stelle setzen. Auch Aequitätsgesichtspunkte können, wenn sie vollständig in's Recht Aufnahme gefunden haben, schließlich erstarren und verkümmern. Die große Bedeutung, welche der Aequität als einem selbständigen hypostatischen Elemente zukommt, kann sie nur festhalten, wenn die Rechtswissenschaft es versteht, ihre Formulierung immer in dem geistig freien und doch conservativen Sinne durchzuführen, der die römische Durcharbeitung der Aequität kennzeichnet<sup>5)</sup>. Es handelt sich im Recht um eine Ordnung, die

5) Vgl. z. B. fr. 31 §. 1 depos. 16. 3 (Tryphon): si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt [utilis actio], cui facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. quodsi ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. — Da die aequitas sich zu einem sehr detaillirt durch das ganze Recht durcharbeiteten System der „civilistischen Sittlichkeit“ (civilis aequitas) ausgestaltet hat, so ist die Aequitätsvorschrift des „suum cuique tribuere“ geradezu ein allgemeines „iuris praecceptum“ geworden (§. 3 I. de inst. et iur. 1. 1). So wird das ius (im Sinne der Rechtswissenschaft) die ars boni et aequi genannt; fr. 1 pr.

## III.

36 allen, auch oft sehr rohen und egoistischen, Triebfedern freien Spielraum gestatten muß. Es ist von jeher im Rechtsgebiete viel von Kampf nicht bloß geredet worden (vgl. §. 8 A. 8), sondern auch wirklich zu spüren gewesen. Auch jetzt wieder ist es besonders Mode geworden, den „Kampf um's Dasein“ zu betonen. Aber dem rein dynamischen Spiel der Kräfte und Interessen steht immer wohlthwendig die Macht des Humanitäts- und Aequitäts-gedankens gegenüber. Die Herzlosigkeit des „Kampfes um's Dasein“ findet stets ihr Gegengewicht in dem Drängen nach dem „Frieden gleichen Rechtes“.

37 §. 37. — IV. Das historische Element. Das Recht in der Menschheit unterliegt einer Gesamtentwicklung, deren Endresultate unserem Auge verborgen sind. Die Entwicklung des Rechtes in einem einzelnen Volke, namentlich in einem Gliede unserer indogermanischen Völkerfamilie, bildet nur ein mehr oder weniger wichtiges Moment in der Gesamtentwickelungsbewegung. Dabei findet, wie bei den Sprachen, ein Abschleifen des absonderlich-Eigenthümlichen, ein Untergehen des Particularen statt. Ein nivellirtes Gemeinsames tritt an die Stelle. Viele Keime im großen Rechtsgarten gelangen nur eben zum Blätterstreifen, Wenigeres gelangt zur Blüthe, noch Wenigeres zur Frucht. Für den Untergang von so vielem Liebge wordenen finden die Menschen den Ersatz in dem, immer weitere Kreise umspannenden, Gemeinsamen. Die civilisirten Völker schleifen sich aneinander ihr

---

§. 1 de iust. et iur. 1. 1 (Ulp.): nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam (vgl. §. 35 Num. 1) namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum meta poenarum verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam non simulatam affectantes.

Recht immer mehr gegenseitig ab, sie tragen ihr Recht in die <sup>37</sup> halbcultivirten Völker; immer mehr Länder des Erdkreises werden in die Rechtskultur hineingezogen.

Das Recht in diesem seinem Weiterschreiten ist nur verständlich durch immer tieferes Eindringen in den Gang seiner bisherigen Entwicklung, in die Urelemente, aus denen es sich entwickelt hat. Man kann sagen: je weiter die Rechtsgeschichte zurückgreift in die Urzeiten, um so interessanter wird sie. Die Gestaltung des Rechts ist die Entfaltung des menschlichen Geistes nach der Seite der socialen Ordnung hin. Die Wissenschaft der Rechtsgeschichte soll diese Geistesentfaltung unserem Auge darlegen. In der gemeinsamen Aufgabe, die Geschichte des menschlichen Geistes in seinen verschiedenen Richtungen zu ermitteln, vereinigen sich schließlich die verschiedensten wissenschaftlichen Specialaufgaben. Allmählig wird man vielleicht noch manche bisher verdeckte Gründe der Gesamtentwicklung erkennen, es wird in Betreff der „Weltanschauung“, die schon so viele Stufen durchschritten hat, mit der Zeit heller werden. „Den Grund der Weltanschauungen anzugeben,“ sagt Dtsch. Müller (Proleg. S. 121), „liegt der historischen Mythenforschung nicht ob; sie“ [und wir können ebenso auch sagen: die geschichtliche Rechtsforschung] „muß dies der höchsten aller geschichtlichen Wissenschaften, einer — in ihrem inneren Zusammenhange kaum noch geahnten — Geschichte des menschlichen Geistes überlassen.“

Die Einsicht, daß das Recht als ein stetes Werden nur geschichtlich begriffen werden kann, der Wissenschaft gewonnen zu haben, ist das unvergängliche Verdienst der historischen Schule. Ich habe nicht die Absicht ihre allbekanntesten Leistungen hier weiter auseinander zu setzen.

V. Das philosophische Element. Wenn man ein Rechtsinstitut wissenschaftlich feststellen will, so muß man zunächst er-

## III.

<sup>37</sup> mitteln, welchem hypostatischen Elemente oder welchen mehreren hypostatischen Elementen es angehöre. Die hypostatischen Bestandtheile eines Rechtsinstituts, namentlich aber — im Gegensatz zur civilis ratio, — die naturalis ratio (mit der natura rerum), das Wohlfahrts-Element, das voluntäre Element, und die (naturalis) aequitas, kann man seine „Physis“ oder Natur i. w. S. nennen. Diese hypostatischen Bestandtheile sind mit dem gesammten legalen Elemente des bestimmten Volkes, um das es sich handelt, zu verarbeiten. Das aus hypostatischen und legalen Bestandtheilen zusammengesetzte Rechtsinstitut ist in seinem gesammten geschichtlichen Verlauf durch alle die mannigfachen Verbindungen hindurch, die es im Laufe der Zeiten knüpft und löst, zu verfolgen. Das so aus hypostatisch-legal-historischen Elementen erwachsene Wesen des Rechtsinstituts ist allen Zergliederungen, Begriffsformulirungen, Classificationen und systematischen Momenten des durch die Arbeit einer alten Wissenschaft errungenen logischen Elementes zu unterwerfen.

Wenn dies Alles berücksichtigt ist, so haben wir in Betreff des Rechtsinstitutes das erledigt, was für Vorbereitung seiner richtigen practischen Verwendung nöthig ist. Aber damit ist unsere wissenschaftliche Aufgabe nicht beendet. Es fehlt noch die philosophische Thätigkeit. Es ist von ganz besonderer Wichtigkeit, daß man sich den practisch-wissenschaftlichen und den philosophisch-wissenschaftlichen Standpunkt genau auseinander halte<sup>1)</sup>.

1) Man kann Schloßmann, Vertrag S. 201 nicht beistimmen, wenn er sagt: „Man wird der hier vertheidigten Richtung entgegenhalten, daß dieselbe keine Rechtswissenschaft, sondern Philosophie sei. Allein wenn feststeht, daß die bloße Darlegung des geltenden Rechts nicht Wissenschaft, und daß diese Thätigkeit auch mit nur gelegentlicher, je nach Neigung oder augenblicklichem Bedürfniß zugelassener Ueberschreitung des Positiven noch keine Wissenschaft, sondern planloses Schwanken zwischen Autorität und

Die Vorbedingung für alle wissenschaftliche Förderung list klare <sup>37</sup> Abgrenzung des eingenommenen Standpunktes, und die Rechtsphilosophie kann erst richtig operiren, wenn sie sich frei fühlt von der Rücksicht auf die practische Verwendung in der Gegenwart eines bestimmten Landes.

Die Entwicklung des Rechts in der Menschheit ist ein geistiges Vorwärtsschreiten. Das führt darauf, — wofern man sich nicht überhaupt alle menschheitliche, und also auch die rechtlich-menschheitliche Entwicklung, als ein resultatloses Nichts, als einen „dummen Spaß“ vorstellen will, — daß dieses geistige Vorwärtsschreiten nothwendig innerhalb einer geistigen Substanz vor sich gehen müsse, von der es Bestandtheil, aber (da es in zeitlicher und räumlicher Entwicklung begriffen ist) nur undeutlicher Bestandtheil, ist. So wird der menschliche Geist dahin getrieben, sich diese Substanz transcendent als ein rein-Absolutes durch Axiom zu setzen, und von da aus sich die Einzelentfaltungen erst substantiell verständlich zu machen. Man kann sich das reine Absolute als unpersönlich-begriffliches Sein, man kann es sich als immanentes Gerechtigkeitselement innerhalb des persönlichen göttlichen Wesens denken. Beide Standpunkte müssen der rechtsphilosophischen Untersuchung frei offenstehen. Wie gegenüber diesem Absoluten der menschliche Wille in Freiheit und Nothwendigkeit sich bewegt; welche psychologischen Grundlagen dahin führen, daß der Mensch allenthalben als πολιτικὸν ζῶον, als sociales Naturwesen auftritt; welche Pläne überhaupt in der realen Naturordnung und in der Begabung der Menschheit mit socialem Willen gefunden werden können; wie danach in den verschiedenen Menschheitsrassen das Rechtssystem, in seinen Gliederungen und in seiner Aufgabe der Erziehung des Menschengeschlechtes, zu immer höheren Stufen Erkenntniß ist, dann kann der Name, mit welchem man ein folgerichtiges wissenschaftliches Vorgehen belegt, gleichgültig sein.“



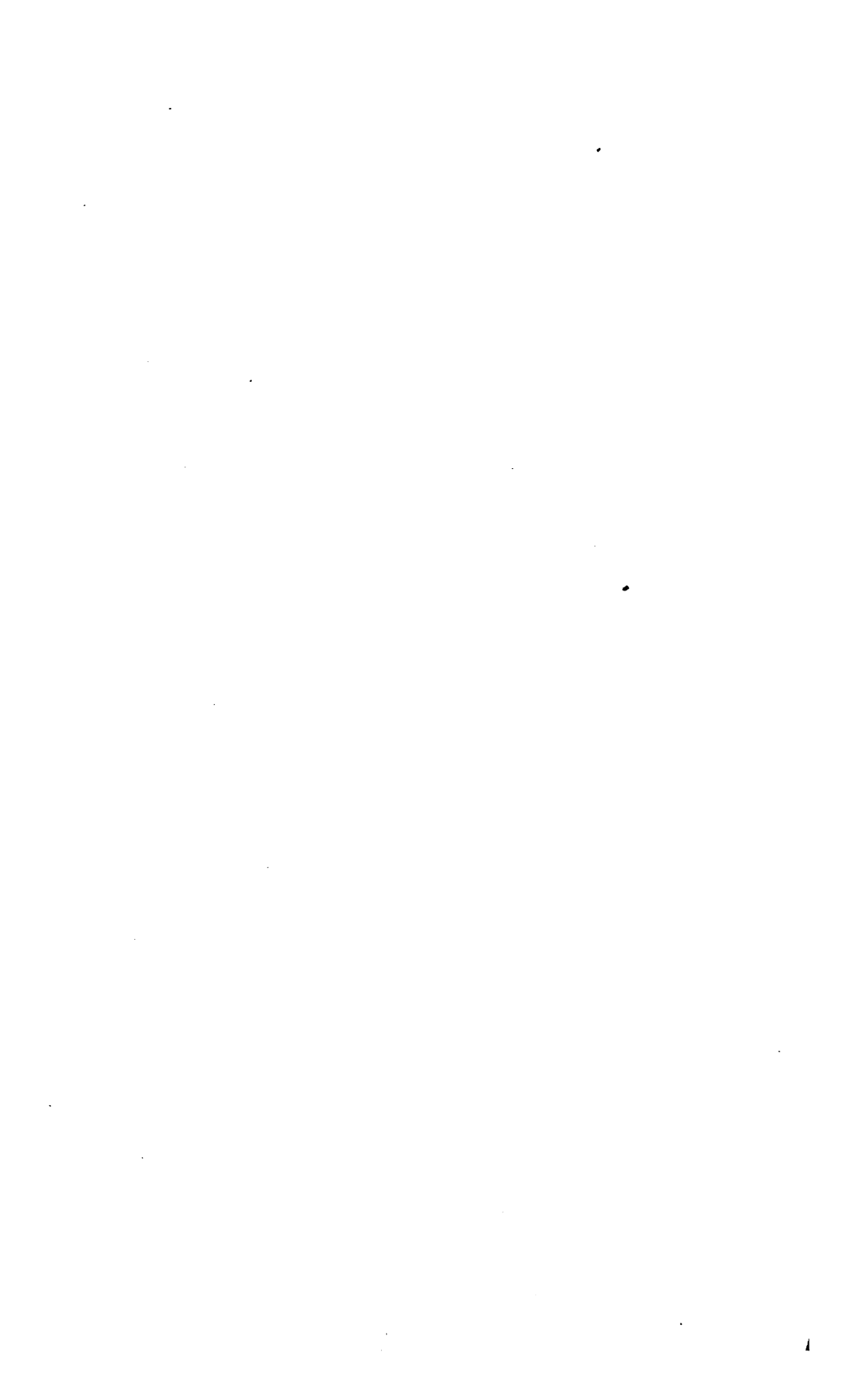
## III.

<sup>37</sup> der Gesittung sich entfalte, das zu erforschen, sind die Aufgaben der Rechtsphilosophie. Hat die Wissenschaft des bestehenden Rechtes es mit „Principien“ und „Summen“ zu thun, so operirt die Rechtsphilosophie mit „Axiomen“. Alles was ich oben für die Wissenschaft des bestehenden Rechtes läugnete, daß man die Rechtsinstitute aus dem Begriff aufbauen dürfe, — in der Rechtsphilosophie muß es als Darlegung der sich entfaltenden Substanz des Absoluten zur vollen Ausführung gelangen. Dafür aber muß freilich ein höherer Standpunkt genommen werden, als er uns in manchen „rechtsphilosophischen“ Erörterungen entgegentritt, die bei Lichte besehen nichts als Deductionen aus einer unklaren „Natur der Sache“ sind.

---

Beilage.





## Beilage.

### Die Aequität.

#### A. Subjectivschätzende Aequität.

I. Beiseitsetzen des dolus und des Wissens Anderer. Fremder Beil. A. I.  
dolus soll mir a) nicht schaden, b) aber auch nicht nützen. — 1) fr. 37 de act. empt. 19. 1 (Paul.): Sicut aequum est bonae fidei emptori a) alterius dolum non nocere, ita b) non est aequum eidem personae venditoris sui dolum prodesse; fr. 3 §. 1 de eo per quem factum. 2. 10. — 2) fr. 5 de iur. et fact. ign. 22. 6 (Terent. Clem.): Iniquissimum videtur cuiquam scientiam alterius quam suam nocere vel ignorantiam alterius alii profuturam. — 3) fr. 8 §. 1 fr. 9 de act. rer. am. 25. 2 (Pomp.): si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset, (Paul.) non enim aequum est invitum [nisi. ins.] suo pretio res suas vendere; fr. 10 eod. — 4) fr. 22 pr. de act. rer. am. (Iulian.): Gegenüber der Frau kann der Dritte sich nicht mit Berufung darauf schützen, daß die Frau die Sache dolo erworben hat: si propter res amotas egero cum muliere et lis aestimata sit, an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? movet me quia dolo adquisiit possessionem. resp.: qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus est. ideo . . . si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est. — 5) Gai. IV. 75: ex maleficiis filiorumfamilias servorumve . . . noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere: erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisque damnosam esse; fr. 133 de reg. iur. 50. 17 (Gai.): Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.

II. Grave est fidem fallere; fides contractus. — 1) fr. 1 A. II. pr. de pecun. const. 13. 5 (Ulp.): Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere; fr. 1 pr. de

Beif.

- A. II. pact. 2. 14 (Ulp.): huius edicti aequitas naturalis est . quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?; fr. 84 §. 1 de reg. iur. 50. 17 (Paul.): is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus; fr. 19 §. 9 locati 19. 2 (Ulp. — Imp. Ant. cum D. Sev.): fidem contractus impleri aequum est. — 2) Der venditor hereditatis muß prästiren: id quod pervenit; auch den Werth der von ihm aus der Erbschaft verschentten Sachen ersetzen, weil es in dem Gesamtfreie der Zusage liegt (hoc esse servandum quod actum est; fr. 2 §. 1 de her. vel act. vend. 18. 4); §. 3 eod. (Ulp.): sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit. — fr. 54 pr. locat. 19. 2 (Paul.): cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum. — 3) Beurtheilung der Zusagen nach mittlerem Maas; fr. 18 pr. de Aed. edict. 21. 1 (Gai.): haec omnia ex bono et aequo modico desiderantur; fr. 2 §. 3 si quis cautionib. 2. 11. — 4) fr. 7 §. 10 de pact. 2. 14 (Ulp.): sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adicit: sed eleganter Labeo ait hoc aut iniquum esse aut supervacuum . iniquum si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere. — 5) Zusage auf Zeit; fr. 52 §. 3 de pact. 2. 14 (Ulp.): produci ad perpetuam praestationem id pactum postulabatur: rescriptum est neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti. — 6) Beurtheilung nach dem honestum; fr. 6 §. 3 de his qui not. inf. 3. 2 (Ulp.): ,pactusve erit': pactum sic accipimus, si cum pretio quantocunque pactus est . alioquin et qui precibus inpetravit . . . erit notatus . . . quod est inhumanum.
- A. III. III. Einstehen für das, und Anspruchserhebung gemäß dem, den Voraussetzungen und Verhältnissen eines Anderen Entsprechenden. — 1) fr. 3 §. 7 de cond. caus. dat. 12. 4 (Ulp.): si servus, qui testamento heredi iussus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem accepit et id ignorans dederit heredi decem, an repetere possit? et refert patrem suum Celsum existimasse repetere eum non posse: sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse . quae sententia verior est. — 2) fr. 31 §. 14 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): quibus administratio rerum [permittitur, eorum, ins.] culpam abesse praestare non inique dominum cogi (vgl. §. 11 eod.). — So auch Einstehen nach den Voraussetzungen des mit einem Sklaven unter Finbild auf sein Peculium Contrahirenden: fr. 32 de pecul. 15. 1 (Ulp.): sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari

qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubique est veluti patrimonium intuetur. Daher die Entscheidung des fr. 37 §. 3 eod. (Julian.): si actum sit de peculio cum eo qui usumfructum in servo habet et minus consecutus sit creditor, non est iniquum ut ex universo eius peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur. —

3) Man darf einem Anderen nicht die Verantwortung für eine Eventualität zuschieben wollen, die unter der eigenen Hand ganz ebenso eingetreten sein würde; fr. 25 §. 4 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): wenn die zu redhibirende Sache beim Käufer beschädigt worden ist; Pedius ait aequum fuisse id duntaxat emptori imputari ex facto procuratoris et familiae, quod non fuit passurus servus nisi [ei, ina.] venisset: quod autem passurus erat etiam, si non venisset, in eo concedi emptori servi sui noxae deditioem, et eo, inquit, quod procurator commisit solum actionum praestandarum necessitatem ei iungi. — 4) fr. 46 pr. de evict. 21. 2 (Afric.): ich kaufe eine Sache, nicht wissend daß sie mit einem Ususfruct belastet ist, und tradire sie weiter detracto usufructu [welche Detraction wegen Bestehens eines anderweiten Ususfructs nichtig ist]; fällt dann der Usufructuar hinweg, so kehrt der Ususfruct zum Eigenthümer (dem von mir Erwerbenden) zurück; ich aber kann gegen meinen Verkäufer wegen Eviction klagen: quia aequum sit eandem causam meam esse quae futura esset, si tunc usufructus alienus non fuisset. —

5) fr. 43 in fin. de act. empt. 19. 1 (Paul.): Beim Evictionsanspruch Auslagen auf den evincirten Sklaven nach den Verhältnissen des Verkäufers: plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa . . . , iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem. — 6) Man darf einem Anderen nicht das eigene Handeln aufzwingen wollen, wenn er sagen kann, er würde anders gehandelt haben; fr. 1 de solut. 46. 3 (Ulp.): et quod dixerit, id erit solutum: possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus. quotiens vero non dicimus in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum in quod ipse si deberet esset soluturus . . . sequissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris ut suam ageret. fr. 2. 3 eod.: haec res efficit ut in duriorum causam semper videatur sibi debere accepto ferre: ita et in suo constitueret namine; fr. 28 §. 8 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): quid ergo, inquit Iulianus, si noluerit venditor hominem recipere? non esse co-

Beil.

- A. III. gendum ait quioquam praestare, nec amplius quam pretio condemnabitur: et hoc detrimentum sua culpa emptorem passurum, qui cum posset hominem noxae dedere, maluerit litis aestimationem sufferre. et videtur mihi Iuliani sententia humanior esse. — 7) fr. 5 §. 17 de instit. act. 14. 3 (Ulp.): si ab alio institor sit praepositus, is tamen decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit. nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignorantia dari institoriam actionem (fr. 17 §. 2. 3 eod.).
- A. IV. IV. Einstehe für die eigenen Facta, bezw. frühere Verfügungen. — 1) fr. 31 §. 17 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): quaeritur . . . hoc tantum, an sit redhibitum . . . iniquum est enim, postquam venditor agnovit recipiendo mancipium esse id in causa redhibitionis, tunc quaeri, utrum debuerit redhiberi an non debuerit. — fr. 82 de solut. 46. 3 (Procul.): Hat der Mann divorzio facto dem Dotirgeber [ohne frühere hierauf gerichtete Verabredung mit diesem; aber nach iussus der Frau] die dos zurückgegeben antequam Seia (uxor) vetaret . . . si nec causam habuisset existimandi id invita Seia facturum esse, nec melius et aequius esse existimarem eum fundum Seiae reddi [der Mann kann hier annehmen, daß die Frau bei ihrer früheren Verfügung stehen bleibe]. — fr. 70 §. 1 de legat. II (31) (Papin.): Belastung eines Legatars eine res propria maioris pretii zu restituiren: non est audiendus legatarius, legato percepto (also sein eigenes früheres Factum) si velit computare: non enim aequitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit legatarius offerat. — Danach auch der Vorzug des vom Selben früher Kaufenden; fr. 72 de rei vind. 6. 1: si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequus est, ut tu potior sis. nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres; fr. 2 de exc. rei vend. et tr. 21. 3; fr. 4 §. 32 de doli exc. 44. 4. — 2) fr. 75 de reg. iur. 50. 17 (Papin.): nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam; — Beobachtung des in einer „Präposition“ Festgestellten: fr. 11 §. 5 de institor. act. (Ulp.): Condicio autem praepositionis servanda est . . . aequissimum erit id servari, in quo praepositus est; fr. 20 eod. (Scaev.): respondit nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset. — fr. 3 §. 1 de pollicit. 50. 12 (Ulp.): si

quis quam ex pollicitatione tradiderat rem municipibus vindicare velit, repellendus est a petitione: aequissimum est enim huiusmodi voluntates in civitates collatas paenitentia non revocari. — 3) fr. 155 pr. de reg. iur. 50. 17 (Paul.): factum cuique suum, non adversario nocere debet; fr. 203 eod. (Pomp.): quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur [damnum, del.] sentire; fr. 17 pr. de noxal. act. 9. 4 (Paul.): illud iniquum est eum, qui iussit servum facere, consequi aliquid a socio, cum ex suo delicto damnum patiat; fr. 14 §. 3 quod met. caus. 4. 2 (Ulp.): nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur; fr. 14 §. 2 de pec. const. 13. 5 (Ulp.): si mora interveniente, aequum est teneri eum qui constituit; und zwar entscheidet die spätere mora: fr. 18 (17) de peric. et comm. 18. 6 (Pompon.): sed si per emptorem mora fuisset, deinde cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere. — 4) Umgekehrt das precär Verfugte kann man revociren; fr. 2 §. 2 de precar. 43. 26 (Ulp.): et naturalem habet in se aequitatem, [namque precarium revocare volenti competit, del.] est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti quamdiu ego velim, et ut possim revocare cum mutavero voluntatem. Für Derartiges wird auch der Ausdruck fas (§. 10 A. 4 — 6) festgehalten: fr. 32 §. 2 de don. int. vir. et ux. (Ulp. — Antonin. ante excess. D. Severi): fas esse eum quidem qui donavit [posse, ins.] paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse. — Worüber man nicht verfügt hat, das kann auch nicht betroffen sein: fr. 9 §. 3 de transact. 2. 15 (Ulp.): in his tantum transactio obest ... de quibus actum probatur: nam iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non docetur.

V. Einflang zwischen dem eigenen Wissen (bezw. Wissenmüssen) A. V. wesentlicher Umstände und dem Handeln. — 1) fr. 48 §. 3 de Aedil. ed. 21. 1 (Pompon.): ei qui servum vinctum vendiderit, Aedilicium edictum remitti aequum est: multo enim amplius est id facere, quam pronuntiare in vinculis fuisse (der Käufer mußte es also wissen). §. 4 in aediliciis actionibus exceptionem opponi aequum est si emtor sciret de fuga aut vinculis aut ceteris rebus similibus, ut venditor absolvatur. — 2) fr. 7 pr. §. 1 de doli exc. 44. 4 (Ulp.): si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo sponderim ei cui donare volebas, und: si ei, quem creditorem



Beil.

- A. V. tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, — so wird nach Aequität exceptio doli und condictio auf Liberirung gegeben: et habet haec sententia Iuliani humanitatem.
- A. VI. VI. Berücksichtigung des probablen Willens in nicht wiederherstellbaren Sachlagen. — 1) Eine Mutter, die ihre zwei Söhne instituirt hat, und im Kindbett des dritten gestorben ist, gilt nach Aequität als diesen instituirthabenwollend: l. 3 C. de inoff. test. 3. 28 (Sever. 197): *repentini casus iniquitas per coniecturam maternae pietatis emendanda est.* — 2) fr. 13 pr. de lib. et post. 28. 2 (Iulian.): *secundum voluntatem testantis . . . licet enim subtili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen cum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente deorsum est.*
- A. VII. VII. Der Eintritt irgenbwelchen Verantwortlichkeitsverhältnisses trägt man keinen Schaden. — fr. 12 (9) §. 6 (9) de adm. rer. ad civ. 50. 8 (Papir. Iust.): *item rescripserunt nominum, quae deteriora facta sunt tempore curatoris, periculum ad ipsum pertinere: quae vero antequam curator fieret idonea non erant, aequum videri periculum ad eum non pertinere.*
- A. VIII. VIII. Factischer Irrthum ist entschuldbar, nicht aber Rechtsirrtum. — fr. 9 §. 5 de iur. et fact. ign. (Paul. — Sever. et Anton.): *sciatis ignorantiam facti non iuris prodesse, nec stultis solere succurri sed errantibus.* Daher wäre es gegen die Aequität, wenn das rechtsirrtümlich Gegebene sollte rückgängig gemacht werden können: *cum sit utrumque iniquum, pecuniam quae ad opus aquaeductus data est repeti, et rem publicam ex corpore patrimonii sui impendere in id opus quod totam alienae liberalitatis gloriam repraesentet.*
- A. IX. IX. Inanspruchnahme des demnachst Zurückgebenden ist nicht gestattet. — 1) fr. 173 §. 3 de reg. iur. (Paul.): *Dolo facit qui petit quod redditurus est; daher: fr. 59 pr. de Aed. ed. (Ulp.): cum in ea causa est venditum mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est venditorem pretium redhibendae rei consequi; vgl. übrigen§ fr. 44 §. 1 sol. matr. 24. 3 (Paul.): absurde dicitur dolo videri eum facere, qui non ipsi quem convenit sed alii restitutus petit.* — 2) fr. 8 de doli mal. exc. 44. 4 (Paul.): *Dolo facit qui petit quod redditurus est. Sic si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento.* [Dagegen die Compensation ist nicht auf den Satz *dolo facit zurückzuführen; siehe Comp. (1876) S. 232.*]
- A. X. X. Man soll aus eigenem (begw. der Seinigen) Delict keinen

Gewinn ziehen dürfen. — 1) fr. 134 §. 1 de reg. iur. 50. 17 (Ulp.): nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest; fr. 63 §. 7 pro socio 17. 2 (Ulp.): nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare; fr. 3 §. 12 de pecul. 15. 1 (Ulp.): iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune; fr. 149 de reg. iur. 50. 17 (Ulp.): ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet. — 2) fr. 10 §. 1 sol. matr. 24. 3 (Pompon.): si vir uxorem suam occiderit, dotis actionem heredibus uxoris dandam esse Proculus ait, et recte: non enim aequum est virum ob facinus suum dotem sperare lucrifacere. — 3) fr. 49 §. 1 eod. (Paul.): Dem Ehemann ist eine Sache ästimmirt in dotem gegeben, die ihm vom Pfandgläubiger entzückt wird, [pro, ins.] praedio evicto sine dolo et culpa viri, pretium [venditae dotis] petenti mulieri doli mali exceptionem obesse: . . . consequi eam pretium fundi evicti evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat. — 4) fr. 28 de noxal. act. 9. 4 (Afric.): Gegenüber Dem, der vom bon. fid. possessor die Sache durch noxae deditio erhalten hat, würde der dominus sich inique bereichern, wenn dieser die Sache ohne Oblation der litis aestimatio vindiciren könnte: alioquin, si aliter constituatur, futurum ut summa iniquitate bonae fidei possessor adficiatur, si, cum ipso iure noxalis actio adversus eum competit, necessitas ei imponatur, ut litis aestimationem sufferat.

XI. Mißbilligung der calliditas und protervitas, auch da, wo Rechtsbestimmungen fehlen bezw. erst noch zu erlassen sind, oder wo der Gesichtspunkt der bona fides nicht ausreicht. — 1) Die natürliche Requität ergiebt gewisse, vom Recht verschiedene, Gesichtspunkte in Betreff des Schändlichen und des Ehrenhaften; fr. 42 de verb. sign. 50. 16 (Ulp.): probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis. ut puta furtum, adulterium natura turpe est: enimvero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere. Umgekehrt: fr. 144 pr. de reg. iur. 50. 17 (Paul.): non omne quod licet honestum est; fr. 10 §. 1 de in ius voc. 2. 4 (Ulp.): honorem haberi ei aequum non est. — 2) fr. 1 pr. §. 1 si is qui test. lib. 47. 4 (Ulp.): haec actio . . . naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio [vgl. oben §. 36 X. 4] . . . e re itaque esse praetor putavit calliditatem et protervitatem horum, qui hereditates depopulantur, dupli actione coercere. — 3) fr. 10 §. 6 de in rem verso 15. 3 (Ulp.): aequissimum autem est de dolo malo ad-

Beil.

- A. XI. **versus patrem vel dominum competere actionem; fr. 36 de pecul. (Ulp.):** In bonae fidei contractibus quaestionis est . . . non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari . . . videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere. — 3) fr. 1 §. 2 ad SC. Velleian. 16. 1 (Paul.): aequum autem visum est ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur: magis enim ille quam creditor mulierem decepit; daher die Voraussetzung in fr. 2 §. 3 eod. (Ulp.): si non callide sint versatae: nam deceptis non decipientibus opitulatur; fr. 23. 30 pr. eod.; danach auch fr. 7 eod.: non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem; und fr. 14 eod.: si mulier contra SCtum intercesserit, aequum est, non solum in veterem debitorem sed et in fideiussores eius actionem restitui. — 4) Einbringen des aus Delicten Gewonnenen in die Societät und Rücknahme seitens des aus dem Delict belangten Thäters; fr. 53—55 pro socio 17. 2 (Ulp.): non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque foeda communio est. plane si in medium collata sit, commune erit lucrum; . . . quod contulit . . . solum auferet, si mihi proponas insciente socio eum in societatis rationem hoc contulisse: quod si sciente, etiam poenam socium agnoscere oportet. aequum est enim, ut cuius participavit lucrum participet et damnum. — 5) fr. 31 §. 1 depositi 16. 3 (Tryphon.): bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? (vgl. oben §. 36 N. 5) . . . si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit. si totius rei aequitatem . . . mihi reddenda sunt, cui facto scelestissimo adempta sunt. — 6) fr. 31 §. 9 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): Pomponius ait, si unus ex heredibus [des Käufers; — in Betreff der zu rehbittenden Sache] vel familia eius vel procurator culpa vel dolo fecerit rem deteriore, aequum esse in solidum eum teneri arbitrio iudicis; fr. 17 pr. in f. de noxal. act. 9. 4 (Paul.): illud iniquum est eum, qui iussit servum facere, consequi aliquid a socio, cum ex suo delicto damnum patiat. — 7) fr. 8 §. 8 mand. 17. 1 (Ulp. — rescr. div. frat.): si hi qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes

et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te . . . si scierunt, incumbere eis necessitas provocandi, ceterum dolo versati sunt, si non provocaverunt. — 8) fr. 8 de in litem iur. 12. 3 (Marcell.): non est aequum pretio, i. e. quanti res est, litem aestimari, cum et contumacia puniendus sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa. — 9) fr. 1 §. 2 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque [enim, del.] interest emptoris cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate; fr. 17 §. 19 eod. (Ulp.): aequissimum erit etiam hoc praedici.

XII. Geschützte oder begünstigte Stellung gewisser Personen oder A. XII.

Verhältnisse. — 1) §. 6 I. de Atil. tut. 1. 20: Impuberes autem in tutela esse naturali iuri conveniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur; [naturalis ratio und naturalis aequitas coincidentem hier, begrifflich immer scheinbar, in demselben Punkte: naturalis ratio ist die real gegebene Schutzlosigkeit des vom Vater nicht mehr geschützten Kindes (vgl. oben §. 8 Nr. 1, Gai. I. 189); naturale ius ist das zur Ausfüllung dieser Lücke als tutela für den qui perfectae aetatis non est aufgestellte ius; der Gedanke aber, daß man überhaupt möglichst die Lage des Schütlings mit dem defectlosen menschlichen Zustande ausgleichen will, ist ein Humanitäts- oder Aequitätsgedanke]; fr. 1 pr. de minorib. 4. 4 (Ulp.): hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; fr. 7 de i. i. r. 4. 1 (Marcell.) [fr. 183 de reg. iur.]: boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit; fr. 23 §. 1. 2 quod met. c. 4. 2; fr. 13 pr. de minorib. 4. 4 (Ulp.): non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri; fr. 40 §. 1 eod. (Ulp.): ad suam aequitatem per in integrum restitutionem revocanda res est; fr. 21 §. 2; fr. 28 §. 6; fr. 30 pr.; fr. 38 §. 1 [Ulp.: „habebitur ratio humanitatis“] ex quib. caus. mai. 4. 6; fr. 24 §. 1 de minorib. (Paul.): ad bonum et aequum redigenda sunt; fr. 7 §. 3 de cap. min. 4. 5 (Paul.): Item cum civitas amissa est, nulla restitutionis aequitas est adversus eum, qui amissis bonis et civitate relicta nudus exulat. — 2) fr. 2 §. 1 ad SC. Velleian. 16. 1 (Paul.): cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi

Beil.

a. XII. non sit æquum; fr. 32 pr. eod. (Pompon.): si mulier hereditatem alicuius adeat, ut aēs alienum eius suscipiat, vix est ut succurri ei debeat, nisi si fraude creditorum id conceptum sit: nec enim loco minoris viginti quinque annis circumscripti per omnia habenda est mulier. — 3) fr. 12 §. 2 de tut. et cur. dat. 26. 5 (Ulp. — div. Pius): nam æquum est prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet furiosam faciunt exitum. — 4) fr. 13 §. 1 de don. int. vir. et ux. 24. 1 (Ulp. — Comp.): cum igitur [autem] deportatione matrimonium minime dissolvatur et nihil vitium mulieris incurrit, humanum est donationem, quæ mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari; fr. 56 sol. matr. 24. 3 (Paul.): humanius quid id competere dixerit, quod propter mortem convenit; fr. 10 de inoff. test. 5. 2 (Marcell.): humanius erit sequi eius partis sententiam, quæ secundum testamentum spectavit. — fr. 85 pr. de reg. iur. 50. 17 (Paul.): in ambiguis pro dotibus [vgl. oben §. 32 Nr. 6] respondere melius est (fr. 70 de iure dot.). — 5) fr. 25 de legib. 1. 3 (Modest.): nulla iuris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur [vgl. oben §. 32 Nr. 3], ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem [vgl. §. 35 Nr. 2]; fr. 1 pr. de vacatione 50. 5 (Ulp.): omnis exusatio sua æquitate nititur.

A. XIII. XIII. Möglichste Bewahrung der Eingefreiheit und der activen Spontanität der Persönlichkeit. — 1) fr. 122 de reg. iur. 50. 17 (Gai.): libertas omnibus rebus favorabilior est; fr. 209 eod. (Ulp.): servitatem mortalitati fere comparamus; fr. 20 eod. (Pompon.): quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendam erit; fr. 176 §. 1 eod. (Paul.): infinita aestimatio est libertatis et necessitudinis; [es ist oben §. 9 bei Nr. 7 gezeigt worden, daß die Römer, während sie unbedenklich die Thierbändigung und das ex hostibus capere auf die naturalis ratio zurückführen, vor der Rechtfertigung des captus hostis aus der naturalis ratio zurückschrecken und danach die Sklaverei wohl rechtlich, aber nur iure gentium, begründet ansehen. Diese rechtliche Begründung hat gerade das Element der streng-gleich urtheilenden Äquität des Kriegesstandpunktes zur Basis. Damit steht für das Alterthum nicht im Widerspruch die andere Äquitätsseite (die Clemenz), wonach man in lebhaftem Mitgeföhl für das schreckliche Sklavenloos die Härte des Sklavenverhältnisses möglichst zu mildern suchte, und die libertas für eine Sache der publica utilitas erklärte; vgl. §. 32 Nr. 5]; fr. 2 de his qui sui vel al. iur. 1. 6 (Ulp. — rescr. div. Pii): domino- rum quidem potestatem in suos servos illibatam

esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi: sed dominorum interest ne auxilium contra saevitiam . . . denegetur . . . si vel durius habitos quam aequum est . . . cognoveris. — 2) fr. 179 de reg. iur. 50. 17 (Paul.): in obscura voluntate manumittentis favendum est libertati; fr. 10 (11) §. 1 de reb. dub. 34. 5 (Ulp.): sin autem hoc incertum est, nec potest nec per suptilitatem iudicalem manifestari, in ambignis rebus humanior sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur quam filia eius ingenuitatem. — 3) fr. 12 §. 9 de captiv. 49. 15 (Tryphon.): Es rebimirt Jemand einen servus captus ab hostibus, und erwirbt dadurch das Eigenthum, das aber der frühere dominus durch Preisofferte zurückholen kann (§. 7 eod.). War der Redimirende ignorans captivum, existimans vendentis esse, so kann derselbe dem früheren dominus das Wiedereinlösungsrecht usufrucipiren (§. 8 eod.). Hat aber der Redimirende den Sklaven freigelassen, so fragt sich, ob derselbe nun frei wird oder in das ius des früheren dominus zurückkehrt? . . . in liberis aliter erat: non enim postliminio revertebatur, nisi qui hoc animo ad suos venisset ut eorum res sequeretur illosque relinqueret a quibus abisset: quia, ut Sabinus scribit, de sua civitate cuique constituendi facultas libera est, non de domini iure. — verum hoc non multum onerat praesentem inspectionem, quia hostium iure manumissio obesse civi nostro domino servi non potuit, at is de quo quaeritur lege nostra, quam constitutio fecit [das Gesetz über die Redemtion], civem Romanum dominum habuit [den Redimirenden], et an ab eo possit libertatem adsequi tractamus. quid enim si nunquam ille [der frühere dominus] pretium eius offerat? si nec conveniendi eius sit facultas? [liber] is erit servus, qui nullo merito suo poterit a domino libertatem consequi? [d. h. soll dies ein Sklav sein, der trotz der größten Verdienste von seinem Herrn (dem Redimirenden) die Freiheit nicht erhalten könnte?] quod est iniquum et contra institutum a maioribus libertatis favorem. certe et veteri iure [d. h. vor dem Gesetz über die Redemtion], si ab hoc, qui sciens alienum esse redemisset, alius bona fide emisset, usucapere ad libertatemque perducere potuit, et iste quoquo modo prior dominus, qui ante captivitatem fuerat, ius suum amittebat. quare igitur iste non habet ius manumittendi? — 4) fr. 12 §. 5 de captiv. 49. 15 (Tryphon.): Codicilli, si quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur iure suptili confirmati testamento quod in civitate fecerat . . . sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, i. e. in testamento confirmatio codicillorum, et is postea

Beil.

A.XIII. reversus est et postliminio ius suum recepit, humanitatis rationi congruum est eos codicillos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset [vgl. über die Interpolation die Mommsen'sche Ausgabe]. — 5) Verlangen Adoptirter auf Emancipation; fr. 32. 33 de adopt. 1. 7 (Marcian.): et si pubes factus non expedire sibi in potestatem eius redigi probaverit, aequum esse emancipari eum a patre adoptivo atque ita pristinum ius recipere. — 6) fr. 6 pr. de pignor. act. 13. 7 (Pompon.): invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est; fr. 19 mand. 17. 1 (Ulp.): sed esse inhumanissimum Pomponius ait ex facto servi mei cogi me servum recipere, quem in perpetuum alienari volueram; fr. 58 §. 1 eod. (Paul.): sed cum proponas eum auferre, iniquum est auferri ei electionem (sicut pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris; fr. 60 §. 4 de ritu nupt. 23. 2 (Paul.): eine Beschränkung im Ehevertrage ist eng zu interpretiren; liegen also die factischen Voraussetzungen der Beschränkung nicht vor, so ist sie, auch wenn dies erst hinterdrein erkannt wird, als nicht vorhanden zu betrachten: iniquum enim est propter dilationem, quae forte non dolo sed quae ex necessitate contingit, non excusari vel nuptias impediri excusatione recepta; fr. 8 de impens. in res dot. 25. 1 (Paul.): utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem; fr. 11 §. 2 de act. rer. am. 25. 2 (Ulp.): iurare autem tam vir quam uxor cogitur. pater autem amoventis iurare non cogitur, cum iniquum sit de alieno facto alium iurare; fr. 1 §. 8 de insp. ventre 25. 4 (Ulp.): das Verlangen des Mannes, seine Frau wegen Schwangerschaft untersuchen zu lassen, kann schon als zu große Beeinträchtigung der Persönlichkeit und also als Injurie erscheinen, wofür nicht nach besonderen Gründen die subjectivschätzende Aequität sich entschuldigend auf die Seite des Mannes stellt: aequissimum erit ignosci marito; fr. 3 pr. de lege Jul. de ann. 48. 12 (Pap. Iust.): Imp. Ant. et Ver. Aug. in haec verba rescripserunt: minime aequum est decuriones civibus suis frumentum vilius, quam annona exigit, vendere; fr. 3 §. 6 de iure fisc. 49. 14 (Callistr. — resc. d. Hadr.): valde inhumanus mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint.

XIV. Aequität auf Grund der naturalis ratio. — 1) fr. 8 A. XIV. de reg. iur. 50. 17 (Pompon.): iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt; fr. 5 de agnosc. et al. lib. 25. 3 (Ulp.) §. 2: magis est, ut utrobique se iudex interponat . . et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis [die Blutsgemeinschaft, die caritas sanguinis, ist die real zum Grunde liegende naturalis ratio, woraus sich educatio und Ernährung der Kinder, aber auch nach dem regelmäßig bestehenden Caritãtsgefãhl die Ernährung umgekehrt der Eltern ergibt, vgl. oben §. 5 Nr. 4; die subjectivschãtzende Humanitãt trifft hier mit dem, was schon nach der realen Naturordnung factisch geãbt wird, als sittliche Pflicht (officium pietatis), als naturalis aequitas, zusammen, und es ist officium iudicis die Grenzen dieser Aequitãt je nach den Verhãltnissen genauer zu bemessen], singulorum desideria pendere iudicem oportet. §. 18 iniquissimum enim quis merito dixerit patrem egere, cum filius sit in facultatibus. §. 15 exhibendos parentes esse pietatis exigit ratio. §. 16 parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen aes alienum eius non esse cogendum exsolvere filium rescriptum est. §. 17 . . heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere. — 2) Gleichartig wie die Begrãndung in Nr. 1, aber freilich unter der Nothwendigkeit der Herbeiziehung noch anderer wesentlicher Elemente, gestaltet sich auch die dogmatisch analysirende Begrãndung des Erbrechts. Die Ehe nach ihrer realen Seite (s. oben §. 5) erfãllt den Zweck der Fortpflanzung des Menschengeschlechts. Die Generationen der Eltern und Kinder stehen also zu einander nach der realen Naturordnung in dem Verhãltniß der Aufeinanderfolge. Auf Grund dieser naturalis ratio urtheilt die naturalis aequitas, daß auch zu dem Gute, das sich die Eltern bei ihren Lebzeiten gesammelt haben, die Kinder vor allen anderen Menschen die Nãchsten sind. Aber namentlich der Charakter unserer indogermanischen Vãlterfamilie hat dafãr gesorgt, daß dieser „rein natãrliche“ Gesichtspunkt, wenn auch als Grundlage nie vãllig verlassen, doch in der historisch-nationalen Entwicklung sehr zugedeckt worden ist. Der Zustand kampfbereiter Selbsthãlfe, aus dem sich die Indogermanen allmãlig emporgerungen haben, brachte es mit sich, daß der Hauptgesichtspunkt der des waffenfãhigen Hausvaters und also auch des succedirenden waffenfãhigen Sohns als Fortsetzer des Hauses wurde. Nicht ein Rechtsatz schafft ihm ursprãnglich die Succession, sondern er nimmt mit seiner manus das Gut des Waters, die mehren Sãhne verwenden das Gottesurtheil des Looswerfens bei der Erbtheilung, und was man so mit der „manus“ erhalten, davon ist man der „heres“. Die ãber die Perpetuirung der Sacra (srad'd'ha) wachenden Priester haben von Urzeiten her dafãr gesorgt, der Succession einen geheiligten Charakter beizulegen. Auch die weitere Successions-



Beil.

A. XIV. Frage über die Kinder hinaus hat danach einen gleichartigen (agnatischen) Charakter bekommen, den des Ueberwiegens besonderer civiles rationes über die zum Grunde liegende, durch naturalis ratio (ratio sanguinis) gestützte, naturalis aequitas. Erst allmählig hat sich dann in der Entwicklung des römischen Erbrechts die directe Haftung der Succession auf die sanguinis ratio wieder stärker geltend gemacht; fr. 2 unde cogn. 38. 8 (Gai.): hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficiant; fr. 6 si tab. test. null. 38. 6 (Ulp.): et rei aequitas et causa edicti, quo de bonorum possessione liberis danda cavetur, efficit, ut eius ratio habeatur et bonorum possessio intestato patris detur. — 3) Eine bedeutende Anzahl weiterer erbrechtlicher Normen stützt sich auf die subjectiv-schätzende Aequität; fr. 1 §. 4 de suis et leg. 38. 16 (Ulp.): si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod naturali aequitate contingit; fr. 5 pr. ad SC. Tertull. 38. 17 (Paul.): aequissimum visum est omnes filios matri praeferrere; fr. 1 pr. de collat. bon. 37. 6 (Ulp.): hic titulus manifestam habet aequitatem [Glück-Leist Comm. III S. 207 ff.]; fr. 5 de inoff. test. 5. 2 (Marcell.); cum testamentum inique ordinaret; fr. 50 fam. ere. 10. 2 (Ulp.): in rationem portionis, quae ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari aequitas non patitur [Glück-Leist Comm. III S. 436 ff.]; fr. 6 de coll. bon. (Cels.): occurrit aequitas rei, ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, perinde sit atque ipse dederim [Glück-Leist Comm. III S. 351 ff.]; fr. 1 §. 1 de coniung. 37. 8 (Ulp.): hoc edictum aequissimum est; fr. 1 pr. de legat. praest. 37. 5 (Ulp.): hic titulus aequitatem quandam habet naturalem; fr. 7 §. 2 de bon. damn. 48. 20 (Paul.): ex bonis damnatorum portiones adoptivis liberis, si non fraudis causa facta est adoptio, non minus quam naturalibus concedi aequum est; fr. 6 pr. de religiosis. 11. 7 (Ulp.): exhereditatis autem, nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, humanitatis gratia tantum sepeliri, non etiam alios praeter suam posteritatem inferre licet; fr. 7 §. 1 si tab. test. null. 38. 6 (Papin.): Nec sic parentibus liberorum ut liberis parentum debetur hereditas: parentes ad bona liberorum ratio miseracionis admittit, liberos naturae simul et parentium commune votum.

## B. Objectivausgleichende Aequität.

Beil.

I. Allgemeiner Satz. — 1) fr. 206 de reg. iur. 50. 17 (Pompon.): Iure naturae [der Ausdruck ius naturae oder ius naturale ist bei den Römern dogmatisch ganz unbezeichnend; er bedeutet lediglich eine auf ein naturale gestützte Norm; dieses naturale kann naturalis ratio sein (was das Gewöhnliche ist); es kann aber auch, wie in vorliegender Stelle (und unten Nr. C. I 1 u. VI 3), darunter ein Satz der naturalis aequitas verstanden werden; ius naturale kommt auch im subject. Sinn vor: fr. 8 §. 7 de b. p. c. t. 37. 4, fr. 4 si tab. test. null. 38. 6] aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletio-riorem; fr. 6 §. 2 de iure dot. 23. 3 (Pompon.): quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum; fr. 17 §. 4 de instit. act. 14. 3 (Paul.): nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaseram; fr. 13 §. 1 de cond. ind. 12. 6 (Paul.): item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit; fr. 14 eod. (Pomp.): nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletio-riorem; fr. 15 eod. (Paul.): indebiti soluti conditio naturalis est (b. h. sie ruht auf dem in fr. 14 eod. ausgesprochenen Aequitätsfate) et ideo etiam quod rei solutae accessit venit in conditionem; fr. 38 de her. pet. 5. 3 (diese Studien II S. 43); fr. 11 §. 2 de pecul. 15. 1 (Ulp.): naturalia enim debita spectamus in peculii deductione: est autem natura aequum liberari filium vel servum obligatione eo quod indebitum videtur exegisse. — 2) fr. 16 de iure dot. 23. 3 (Ulp.): quotiens res aestimata in dotem datur, evicta ea virum ex empto contra uxorem agere, et quidquid eo nomine fuerit consecutus dotis actione soluto matrimonio ei praestare oportet. quare et si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur. quae sententia habet aequitatem, quia non simplex venditio sit, sed dotis causa, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris: sufficit enim maritum indemnem praestari, non etiam lucrum sentire; fr. 64 pr. sol. matr. 23. 3 (Ulp.): debet uxori restituere quidquid ad eum pervenit. §. 2 plane si operae fuerint [a, ins.?] marito exhibitae, non aestimatio eorum, non erit aequum hoc nomine uxori maritum quippiam praestare; — fr. 1 §. 27. 28 depos. 16. 3 (Ulp.): non solum si servus meus, sed et si is qui bona fide mihi serviat rem deposuerit, aequissimum erit dari mihi actionem si rem ad me per-

## Beil.

B. I. *tinentem deposuit*; (cf. fr. 25 §. 1 de usufr. 7. 1). — 3) Dagegen wo es sich nicht um lucrari des Einen aus dem damnum des Anderen handelt, motivirt auch die Aequität keinen Ausgleich; hier bleibt der Zustand also wie er ist; fr. 128 pr. de reg. iur. 50. 17 (Paul.): *in pari causa possessor potior haberi debet*; fr. 126 §. 2 eod. (Ulp.): *cum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis*.

B. II. II. Gleichheit der Eventualitäten. Für den Vortheil aus einem Verhältniß muß man auch die damit verbundenen Ausgaben und überhaupt das einschlagende damnum oder onus übernehmen, und umgekehrt: soll man das damnum eines Verhältnisses tragen, so muß man auch am lucrum theilnehmen dürfen. — 1) fr. 10 de reg. iur. 50. 17 (Paul.): *Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*. — 2) fr. 5 §. 12. Commod. 13. 6 (Ulp.): Jemandem ist eine Sache commodirt worden, damit er sie seinem Gläubiger verpfände: *sumptum plane litis ceteraque aequum est eum adgnoscerere, qui commodatum accepit*; fr. 63 §. 5 pro socio 17. 2 (Ulp.): *ad communicandas partes inter eos i. e. exaequandas, quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus alium minus consequi. et magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exaequetur: quae sententia habet aequitatem*; fr. 12 §. 9 mand. 17. 1 (Ulp.): *si quid . . mandaveris et in id sumptum fecero . . aequissimum enim erit rationem eius rei haberi*; fr. 22 §. 4, fr. 29 §. 6, fr. 45 §. 4 („humanius est“) §. 5 („est aequum“) eod.; fr. 46 §. 6 de procur. 3. 3 (Gai.): *litis impendia bona fide facta vel ab actoris procuratore vel a rei debere ei restitui aequitas suadet*. — 3) fr. 29 §. 2 pro socio 17. 2 (Ulp.): *iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet*. — 4) fr. 81 pr. pro socio (Papinian.): *si forte convenisset inter socios, ut de communi dos constitueretur. dixi pactum non esse iniquum, utique si non de alterius tantum filia convenit: nam si commune hoc pactum fuit, non interesse quod alter solus filiam habuit. ceterum si numeratam dotem pater defuncta in matrimonio filia reciperasset, reddi pecuniam societati debuisse, pactum ex aequitate sic nobis interpretantibus*; fr. 2 pr. de lege Rhod. 14. 2 (Paul.): *aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent*. — 5) fr. 25 §. 6 locati 19. 2 (Gai.): *vis maior, quam Graeci θεσῶν βλαβῶν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est laesi*

fuerint fructus (cf. fr. 15 §. 2 eod.): alioquin modicum B. II.  
 damnum aequo animo ferre debet colonus, cui im-  
 modicum lucrum non aufertur; fr. 42 de act. empt. 19. 1  
 (Paul.): si exiguus modus silvae desit et plus in vineis ha-  
 beat, quam repromissum est. an non facit dolo qui iure  
 perpetuo utitur? nec enim hic quod amplius in modo in-  
 venit, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris  
 sed ad emptoris pertinet: et tunc tenetur venditor cum mi-  
 nor modus invenitur. videamus tamen ne nulla que-  
 rela sit emptoris in eodem fundo, si plus inveniatur in  
 vinea quam [vel] in prato, cum universus modus constat . . .  
 sed rectius est in omnibus supra scriptis casibus lucrum  
 cum damno compensari, et si quid deest emptori sive  
 pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri. — 6) fr. 7  
 pr. de iure dot. 23. 3 (Ulp.): dotis fructum ad maritum  
 pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse  
 onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam  
 fructus percipere; fr. 16 de religio. 11. 7 (Ulp.): ae-  
 quissimum enim visum est veteribus mulieres quasi de  
 patrimonii suis ita de dotibus funerari, et eum qui morte  
 mulieris dotem lucratur in funus conferre debere. — 7) fr. 37  
 de her. pet. 5. 3 (Ulp.): quodsi sumptus quidem fecit, nihil  
 autem fructuum percepit [die sich nach naturalis ratio mit jenen  
 beden; vgl. oben §. 2 Nr. 3. f. a. bb], aequissimum erit rati-  
 onem horum quoque in bonae fidei possessoribus  
 haberi; fr. 48 de rei vind. 6. 1 (Papinian.): sumptus  
 in praedium . . . a bonae fidei possessore facti neque ab eo  
 qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum  
 exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ra-  
 tione servantur; fr. 65 pr. eod.

III. Beim Zusammentreffen zweier sich theilweise oder ganz B. III.  
 bedenkenden Rechtsansprüche kann nicht das materiell Identische zweimal  
 geltend gemacht werden. Umgekehrt für das, was sich nicht bedt, fordert  
 die Aequität das Auseinanderhalten. — 1) fr. 14 §. 9 quod met.  
 c. 4. 2 (Ulp.): sed et si quis per vim stipulatus, cum ac-  
 ceptum non faceret, fuerit in quadruplum condemnatus, ex  
 stipulatu eum agentem adversus exceptionem replicatione ad-  
 iuvare Iulianus putat, cum in quadruplo et simplum sit reus  
 consecutus. Labeo autem etiam post quadrupli actionem ni-  
 hilominus exceptione summovendum eum, qui vim intulit,  
 dicebat: quod cum durum videbatur, ita temperan-  
 dum est, ut tam tripli condemnatione plectatur, quam ac-  
 ceptilationem omnimodo facere compellatur; fr. 17 pr. de  
 noxal. act. 9. 4 (Paul.): Der nichtwissende dominus eines belin-  
 quirenden Sklaven hat, verklagt, noxae gegeben: iniquum est

Beil.

- B. III. vilissimi hominis deditio alterum [der wissende dominus] quoque liberari: igitur agetur et cum altero, et si quid amplius est in damni persecutione, consequetur computato pretio hominis noxae dediti; fr. 7 §. 1 Commod. 13. 6 (Ulp.): si adversus ipsum [außer der act. commodati] habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem; fr. 3 §. 10 (Ulp.), fr. 4 (Gai.) de in rem verso 15. 3: wenn der dominus an sich doppelt mit der actio de in rem verso von zwei verschiedenen Personen belangt werden kann, so ist doch mit einmaliger Zahlung [Verurtheilung wie bei der act. de peculio, fr. 10 de peculio] die factische Ausgleichung ihm gegenüber erfolgt, und also melior condicio occupantis: unde incipit dominus teneri ex una causa duobus . . . sed dicendum est occupantis meliorem condicionem esse debere: nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquum est; fr. 34 pr. de o. et a. 44. 7 (Paul.): alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam deest bonum et aequum esse condemnari eum qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id quod amplius ex lege Aquilia competit agatur: rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc [postea] exsequi (fr. 25 §. 5 locati 19. 2); fr. 10 §. 1 de pact. 2. 14 (Ulp.): (exceptio pacti de non pet. und actio aus der poenae stipulatio) Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre. — 2) fr. 85 (84) pr. de her. inst. 28. 5 (Paul.): si servo fideicommissa data sit libertas, heres hunc eundem servum cum libertate heredem reliquisset, quaesitum est an necessarius fiat heres. et humanius est et magis aequitatis ratione subnixum non fieri necessarium: qui enim etiam invito defuncto poterat libertatem extorquere, is liber esse iussus non magnum videtur beneficium a defuncto consequi, immo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem.
- B. IV. IV. Zusammengehörige Angelegenheiten sind von anderen nicht zugehörigen getrennt abzuwickeln. — 1) fr. 5 §. 16 de trib. act. 14. 4 (Ulp.): aequissimum puto separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes

fiant [alii damnum sentiant?]; — 2) fr. 11 in fin. de usur. B. IV.  
22. 1 (Paul.): quid si servus publicus obligationem usurarum rei publicae adquisiit? aequum est, quamvis ipso iure usurae rei publicae debeantur, tamen pro defectis nominibus compensationem maiorum usurarum fieri, si non sit parata respublica universorum debitorum fortunam suscipere.

V. Der Saß casum sentit dominus in der Rückwirkung auf obligatorische Verhältnisse. — fr. 14 §. 1 depositi 16. 3 (Gai.): quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori. B. V.

VI. Gegenstellung von Sachen und ihrem Preise [vgl. auch Nr. C. B. VI. VIII. 3]. Nutzung gegen Nutzung. — 1) fr. 13 §. 8 de her. pet. 5. 3 (Ulp.): nemo enim praedo est, qui pretium numeravit. — 2) fr. 5 §. 3 de cond. caus. dat. 12. 4 (Ulp.): sed si accepit pecuniam ut servum manumittat isque fugerit prius quam manumittatur, videndum an condici possit quod accepit. et a) si quidem distracturus erat hunc servum [also wenn die Sache ihm nur als Object galt, wodurch sich der Preis erlangen ließ] et propter hoc non distraxit, quod acceperat ut manumittat non oportet ei condici: plane cavebit, ut si in potestatem suam pervenerit servus, restituat id quod accepit eo minus quo vilior servus factus est propter fugam. plane si adhuc eum manumitti velit is qui dedit, ille vero manumittere nolit propter fugam offensus, totum quod accepit restituere eum oportet. sed si eligit is, qui decem dedit, ipsum servum consequi, necesse est aut ipsum ei dari aut quod dedit restitui. b) quodsi distracturus non erat eum, oportet id quod accepit restitui, nisi forte diligentius cum habiturus esset, si non accepisset ut manumitteret: tunc enim non est aequum eum et servo et toto pretio carere; — fr. 22 de her. pet. 5. 3 (Paul.): si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eundem redemerit, an audiendus sit si velit rem dare non pretium? . . . . nam et in oratione divi Hadriani ita est: ‚dispicite, p. e., numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium quod ex aliena re perceperit reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum.‘ oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex venditione eius rei lucratus est. — 3) fr. 13 §. 20 de act. empt. 19. 1 (Ulp.): veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. in primis pretium quanti res venit. item

Beil.

B. VI. usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere (fr. 16 §. 1 de usur. 22. 1); fr. 4 §. 1 de lege comm. 18. 3 (Ulp.): Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit [perdit]: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit. — 4) fr. 9 §. 1 locati 19. 2 (Ulp.): der Usufructuar verpachtet auf 5 Jahre und stirbt vor Ablauf: sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis quo fructus est pensionem praestet, Marcellus quaerit . . . et magis admittit teneri eum: et est aequissimum. . . . in exustis quoque aedibus eius temporis quo aedificium stetit mercedem praestandam rescipserunt.

B. VII. VII. Sach-Berechtigung ex pretio soluto. Ausgleichung von Quotenberechtigung an Sachen durch Selbstschädigung. Die Nothwendigkeit ganzer statt (zunächst nur geschuldeter) theilweiser Sachrestitution fordert Ausgleichung in Gelde. — 1) fr. 25 §. 1 de usufr. 7. 1 [vgl. meine Mancipation und Tradition S. 81 ff.]: quid ergo si amisso usufructu tunc pretium numeretur? Iulianus quidem . . . scripsit adhuc interesse unde sit pretium numeratum: Marcellus vero et Mauricianus amisso usufructu iam putant dominium adquisitionem proprietatis domino: sed Iuliani sententia humanior est. quodsi ex re utriusque pretium fuerit solutum, ad utrumque dominium pertinere Iulianus scripsit, scilicet pro rata pretii soluti. — 2) fr. 78 §. 4 de iure dot. 23. 3 (Tryphon.): Dem Manne, dem die Quote einer res communis zur dos gegeben und dann im comm. div. iud. der Rest abjudicirt worden war, hat nach Trennung der Ehe die ganze Sache gegen partielle Entschädigung herauszugeben: divortio autem facto sequetur restitutionem [eius partis, ins.], propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio: nec audiri debet alteruter eam aequitatem recusans aut mulier in suscipienda parte altera quoque, aut vir in restituenda; — fr. 13 §. 17 de act. empt. 19. 1 (Ulp.): aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset si cum ipso actum esset communi dividundo. — 3) fr. 18 pr. de vulg. et pup. 28. 6 (Ulp.): si servus communis substitutus sit impuberi cum libertate . . . quodsi neque a patre neque a pupillo fuerit redemptus, aequitatis ratio suggerit, ut ipse pretium partis suae domino offerens possit et libertatem et hereditatem consequi.

VIII. Materielle Deckung eines Anspruches (pro soluto esse) B. VIII.  
 durch ein aus fremdem Vermögen Gezogenes, oder durch ein der Leistung Gleichstehendes. Umgekehrt: Deckung des aus dem Vermögen Verlorenen durch den Preis. — 1) fr. 48 de solut. 46. 3 (Marcell.): . . quaero an ea, quae [uxor cum propter dotem bona mariti possideret] ex re mariti percepit, in dotem ei reputari debeant. Marcellus respondit reputationem eius quod proponeretur non iniquam videri: pro soluto enim magis habendum est, quod ex ea causa mulier percepit. sed si forte usurarum quoque rationem arbiter dotis recipiendae habere debuerit, ita est computandum, ut prout quidque ad mulierem pervenit, non ex universa summa decedat, sed prius in eam quantitatem quam usurarum nomine mulierem consequi oportebat: quod non est iniquum; — fr. 72 pr. de solut. (Marcell.): qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. — 2) fr. 26 de inoff. test. 5. 2 (Ulp.): Ein Instituirter hat nach dem Testamente einen Sklaven freigelassen, dann wird das Testament für ungültig erklärt; aequum esse huic quoque succurri, ut servi pretium a manumisso accipiat, ne frustra servum perdat; fr. 17 pr. de rei vind. 6. 1 (Ulp.): . . si hominem, qui Maevii erat, emero a Titio, deinde cum eum Maevius a me peteret, eundem vendidero eumque emptor occiderit; aequum esse me pretium Maevio restituere.

IX. Begünstigendes ius singulare zum Ausgleich von Sachwerth und Preis. — l. 2 C. de resc. vend. 4. 44 (Diocl. et Max.): rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut . . fundum venditum recipias vel . . quod deest iusto pretio recipias.

X. Materielle Bedeutung des restituere. — fr. 38 §. 4 de B. X. usur. 22. 1 (Paul.): In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset: quod [quare] non est iniquum (nam et verbum 'restituas', quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem) ut fructus quoque restituantur.



Beil.

B. XI.

XI. Der voll in seinen Ansprüchen Befriedigte kann formell begründete Rechte nicht mehr effectuiren, und hat seine etwa anderweitigen, dahin gehörigen und ihm doch nicht mehr nähernden, Rechte dem Befriedigten abzutreten. — 1) fr. 38 de eviction. 21. 2 (Ulp.): in creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem eam praestet: habet autem contrariam pignoraticiam actionem. et magis est ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est. — 2) fr. 9 pr. locat. 19. 2 (Ulp.): ber b. f. possessor hat vermietet und die Sache wird evincirt; nihilominus eum teneri (das formell begründete Recht) ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur, et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam (die also den Conductor materiell in seinen Ansprüchen voll befriedigt) praestare, aequissimum esse . . . absolvi locatorem. — 3) fr. 16 §. 5 de pign. 20. 1 (Marcian.): ber beklagte debitor ist bei der pignoris vindicatio auf Mehr, als Schulb und Zinsen betragen, condemnirt worden: an si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? quod ego quantum quidem ad suptilitatem legis et auctoritatem sententiae non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi: sed humanius est non amplius eum, quam quod revera debet, dando hypothecam liberare. — 4) fr. 2 §. 9 de admin. rer. 50. 8 (Ulp.): actio autem, quae propter ea in collegam decerni solet, ei qui pro altero dependit ex aequitate competit.

B. XII.

XII. Innere Verschiedenheit des materiell-eigenen Erwerbes von dem Erwerbe durch Eintritt in das Recht eines Anderen. Gegeneinander stehen zweier verschiedener Aequitätsgrundsätze. — 1) fr. 8 §. 7—10 quib. mod. pign. 20. 6 (Marcian.): Bisweilen kann, wenn der Schuldner die Pfandsache consentiente creditors veräußert, der Gläubiger hinterdrein doch noch gegen den Schuldner (falls die Schuld nicht gezahlt ist) klagen; fr. 8 §. 7 cit. Nicht aber kann, wenn der selbständig eigene Sacheerwerber hinterdrein den veräußernden Pfandschuldner beerbt, gegen den auf seinem eigenen Rechte stehenden Sacheerwerber der Aequität gemäß geklagt werden; fr. 8 §. 8 cit.: sed iniquum est auferri ei rem a creditore, qui [bezieht sich auf ei] non successione iure sed alio modo rem nactus est. Dieser objective Aequitätsgesichtspunkt kann aber doch durch den zwischen tretenden anderen subjectiven, daß Niemandem fremder dolus Nachtheil bringen soll (Nr. A. I), überwogen werden: potest tamen dici, cum Titii (des veräußernden Debitors) do-

lus in re versaretur, ne creditor a possessore pecuniam recipiat [dieser dolus in re, wonach der Verkauf gerade zu dem Zwecke vorgenommen war, den Gläubiger seines Geldes verlustig zu machen, wirkt auf den erbenden Sacherwerber (Maevius) herüber], iniquissimum esse ludificari eum. Solche persönliche Rücksicht kann nun aber wieder besiegt werden dadurch, daß der succedirende Sacherwerber (Maevius) die Sache anderweit verpfändet hat. Hier ist nämlich für diesen Pfandgläubiger eine Sachlage vorhanden, derzufolge auf ihn der dolus des Erblassers seines Verpfänders nicht mehr herüberwirken kann. Damit tritt also wieder der Gesichtspunkt jener rein objectiv die Verhältnisse gegeneinander wägenden Aequität, daß die Sache vom Sacherwerber unter Konsens des ersten Pfandgläubigers in materiell eigenem Erwerbe erlangt war, in Geltung; fr. 8 §. 9 cit.: tunc rursus aequum erit excipi, si non voluntate creditoris veniit: licet enim dolus malus debitoris interveniat qui non solvit, tamen secundus creditor qui pignori accepit potior est. (Deshalb sichert sich der frühere Pfandgläubiger am Besten dadurch, daß er sich Caution auf Schulzahlung aus dem Preise des Verkaufes, zu dem er consentirt, stellen läßt; fr. 8 §. 10 cit.) — 2) fr. 47 de iure fisci 49. 14 (Paul.): aequum putavit imperator prius heredes conveniri debere, [deinde, ins.] in reliquum possessorem omnem. — 3) fr. 175 §. 1 de reg. iur. 50. 17 (Paul.): non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus a quo ius in me transit; fr. 143 eod. (Ulp.): quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstat; fr. 177 pr. eod. (Paul.): qui in ius dominiumve alterius succedit, iure eius uti debet; fr. 156 §. 2 eod. (Ulp.) [fr. 3 §. 2 de it. actu. priv. 43. 19]: Cum quis in alii locum successerit, non est aequum ei nocere hoc quod adversus eum non noceat in cuius locum successit.

### C. Rechtsanwendende Aequität.

I. Allgemeine Sätze. — 1) Die gleichaustrheinende Gleichheit ist, — seitdem in der indogermanischen Völkerverfamilie mit dem erstarkenden Staate an die Stelle des Selbstschutzes der immer fester und detaillirter organisirte Rechtsschutz des die Rechtsanwendung unter seine Garantie nehmenden Gemeinwehens getreten ist; vgl. oben §. 17 ff., — zu einem völlig unentbehrlichen Stück unserer Rechtsordnung geworden. So konnte Cicero (Top. 7 vgl. auch 23. 24) die Aequität als Bestandtheil des ius aufführen: ut si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat, und danach überhaupt das ius civile durch die Aequität definiren (Top. 2): ius civile est aequitas constituta iis, qui eiusdem civitatis sunt, ad

Beil.

- c. I. res suas obtinendas: eius autem aequitatis utilis est cognitio: utilis est ergo iuris civilis scientia. So konnte Paulus in fr. 11 de iust. et iure l. 1 das ius so erklären: ius pluribus modis dicitur: uno modo cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale [über den Ausbruch ius naturale vgl. Nr. B. I. 1]. So konnte für die Rechtsbehandlung der Saç aufgestellt werden (fr. 1 pr. §. 1 quod quisque iur. 2. 2. Ulp.): summam habet aequitatem et sine cuiusquam indignatione iusta . . . quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit? . . . ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur. So konnte für die Rechtsverwaltung der Magistrate abgesehen vom „iurisdictionis ordo“ gerade die Aequität als die leitende Norm hingestellt werden; fr. 2 de extraord. cogn. 50. 13 (Ulp.): praesidem provinciae doceri oportere responsum est, ut is secundum rei aequitatem et iurisdictionis ordinem convenientem formam rei det (vgl. noch fr. 8 §. 1 fin. reg. 10. 1; fr. 21 de int. in iure 11. 1; fr. 11 §. 6 eod.; fr. 7 §. 10 de interd. vel rel. 48. 22). — 2) Während in der civilis ratio vorzugsweise das nationale Element seine Ausprägung findet (vgl. oben §. 31), entwickelt sich in der rechtanwendenden Aequität jene nivellirende Tendenz, die sich dann aber überhaupt der ganzen Rechtsentwicklung mittheilt (vgl. §. 30). Alle Humanität, alles Gleichheitsgefühl wirkt nothwendig kosmopolitisch. So ruft schon Cicero aus (in Verr. II. 1. 46): an aliud Romae aequum est aliud in Sicilia?, so sagt er Top. 4: valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat. So stellt Paulus (fr. 90 de reg. iur. 50. 17) die allgemeine Regel auf: in omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda est. — 3) Die rechtanwendende Aequität hat zunächst darauf zu sehen, daß die Sachen überhaupt in den Rechtsweg geleitet werden; fr. 1 §. 2 de feriis 2. 12 (Ulp.): sane quotiens res urget, cogendi quidem sumus ad praetorem venire, verum ad hoc tantum cogi aequum est ut lis contestetur. — 4) Andererseits hat die Aequität auf möglichste Milderung der Prozesse hinzuwirken; fr. 21 de reb. cred. 12. 1 (Julian.): in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere. — 5) Im Allgemeinen soll alle Rechtanwendung mit gerechter Gleichbehandlung und, wo kein Gegen Grund ist, Benignität vor sich gehen; fr. 183 de reg. iur. 50. 17 (Marcell.) [fr. 7 pr. de i. i. r. 4. 1]: etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est; fr. 200 de reg. iur. 50. 17 (Iavo-

len.): quotiens nihil sine captione investigari potest, eligendum est quod minimum habet iniquitatis; fr. 36 pr. de iudic. 5. 1 (Callistr. — resor. div. frat.): humanum est propter fortuitos casus dilationem accipi . . et in similibus causis cognitionem ad aliquem modum sustineri; fr. 32 ad leg. Iul. de adult. 48. 5 (Paul.): aequum est computationi quinquennii eximi id tempus, quod per postulationem praecedentem consumptum est. Es ist eine Verkennung des ius aequum, wenn man lediglich in den Gegensatz zum ius strictum (rigor) das ganze Wesen desselben setzt (vgl. oben §. 36 A. 2) (vgl. Weiteres über die Benignität unter Nr. III). — 6) Wo aber die Aequität mit Sätzen der naturalis ratio oder des positiven ius in Widerspruch geräth, da bedarf es der ausbessenden Machtvollkommenheit des Magistrats oder Gesetzgebers; a) des Magistrats, fr. 85 §. 2 de reg. iur. 50. 17 (Paul.): quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur [z. B. bei den Erweiterungen des realen Elementes des Darlehens, fr. 17 pr. de pact. 2. 14: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est (vgl. oben §. 2 Nr. 3. f. β), die dann auch das positive römische Recht, das ihnen zunächst entgegenstand, hinterdrein anerkannt hat], iustis decretis res temperanda est [und aus solchen, um der Aequität willen zunächst öfter ergangenen, klagegemäßen decreta wird das spätere positive römische Recht über die „singularia quaedam circa pecuniam creditam“ (fr. 15 de reb. cred. 12. 1; fr. 34 pr. mand. 17. 2: „id enim benigne receptum est“) hervorgegangen sein]; b) des Gesetzgebers; vgl. oben §. 36 A. 3.

II. Strenge Aequität im Gegensatz zur Benignität im e. S. — c. II.

1) Oben ist bereits erörtert worden, wie in mehreren Punkten, insbesondere in Betreff des Sklavenverhältnisses, die gleichausstehende strenge Aequität des Kriegsstandpunktes in Gegensatz zu dem Humanitätsgefühl tritt; vgl. §. 9, §. 13 A. 9 u. diese Beil. Nr. A. XIII. 1. Ein derartiger Gegensatz kommt auch sonst im Rechtsgebiet vor; da er aber verhältnißmäßig selten ist, so haben sich technische Ausdrücke für denselben nicht entwickelt. — 2) Der hauptsächlich leitende Gesichtspunkt der „strengen“ Aequität ist: was mir unter gewissen Umständen geschehen wäre, das kann ich auch gegen den Anderen unter gleichen Umständen zur Anwendung bringen; und umgekehrt: das wozu ich nicht gezwungen werden kann, darf ich auch nicht von einem Anderen erzwingen wollen, oder: was ich meinerseits nicht rechtlich erzwingen kann, das darf auch auf der verpflichteten Seite nicht als bestehendes (rechtlich erzwingbares) Verhältniß gelten. fr. 6 de per. et comm. 18. 6 (Pomp.): quae invitae emptor accipere non cogetur, iniquum esse non permitti venditori [vel consumere, ins.] vel alii ea vendere; fr. 6 §. 5 de act.

Beil.

c. II. empt. 19. 1 (Pomp.): iniquum enim est me teneri, si propter hoc acquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris. — 3) fr. 3 §. 2 mand. 17. 1 (Paul.): Quodsi pretium statui tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere: namque iniquum est [„strengere“ Aequität] non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi vero si velit mecum esse; fr. 4 (Gai.): sed Proculus recte [d. h. nach hier überwiegender Benignität, die sich darauf stützt, daß der Mandatar zu dem remittere sich bereit erklärt] eum usque ad pretium statutum acturum existimat, quae sententia sane benignior est; §. 8 I. de mandato 3. 26. — 4) fr. 59 §. 1 de iure dot. 23. 3 (Celsus): Gültigkeit der Delegation eines Schuldners ist an sich nur dann anzunehmen, wenn der neue Gläubiger das als Recht in Anspruch nehmen kann, was Jener schuldet: nam obligari mulieris debitorem ita aequum est, si accipere id ipsum quod ei debetur vir potest . . . delegatione propter nimiam subtilitatem et casus necessitatem minime optinente. Demgegenüber dann aber eine andere benigne Interpretation: ne indotata mulier esse videatur dicendum est u. f. w. — 5) Im Gegensatz zu der in anderer Richtung bei der Provocation geübten „Humanität“ (fr. 6 de appellat. 49. 1) ist nach „strenger“ Aequität zu behandeln die Lage des gerirenden und nicht gerirenden Vormundes; hat der gerirende durch Nichtappellation seine Handlungsweise anerkannt, so würde es verkehrte Gleichmachelei sein, wenn man die Appellation des Nichtgerirenden auf ihn herüber wirken lassen wollte. Richtige Aequität ist: Jeden unparteiisch nach seiner Lage beurtheilen; fr. 10 §. 4 de appellat. (Ulp.): iniquum est enim, qui ideo adgnoverat sententiam quoniam gessisse se scit, propter appellationem eius qui non gesserat optinere.

c. III. III. Benigne Interpretation der Gesetze und der Thatfachen. — 1) fr. 56 de reg. iur. 50. 17 (Gai.): semper in dubiis benigniora praeferranda sunt; fr. 155 §. 2 eod. (Paul.): in poenaliibus causis benignius interpretandum est; fr. 42 de poenis 48. 19 (Hermogen.): interpretatione legum poenae molliendae potius quam asperandae; fr. 192 §. 1 de reg. iur. (Marcell.): in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius quam tutius. — 2) fr. 9 de pact. dotal. 23. 4 (Pompon.): benigna interpretatione potest defendi utilem stipulationem esse; fr. 34 de don. int. vir. et ux. 24. 1 (Ulp.): benigne dici potest, etsi prima donatio nullius momenti est, attamen ex sequenti consensu valere dotis dationem; fr. 24 de reb. dub. 34. 5 (Marcell.): cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpre-

tandum et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est; fr. 10 de inoff. test. 5. 2; fr. 21 §. 1 de reb. dub. (Paul.): semper in dubiis id agendum est, ut quam tutissimum loco res sit bona fide contracta, nisi aperte contra leges scriptum est; fr. 26 eod. (Cels.): cum quaeritur in stipulatione quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est. — 3) fr. 22 eod. (Iavolen.): cum pubere filio mater naufragio periit: cum explorari non possit uter prior extinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse (fr. 23 eod.); fr. 4 de sentent. pass. 48. 23 (Paul.): in metallum damnata mulier eum quem prius conceperat edidit, deinde a principe restituta est. humanius dicetur etiam cognationis iura huic restituta videri; fr. 1 de interd. et rel. 48. 22 (Pompon. — ex reser. d. Traian.): scio relegatorum bona avaritia superiorum temporum fisco vindicata. sed aliud clementiae meae convenit, qui inter cetera, quibus innocentiam rationum mearum temperavi, hoc quoque remisi exemplum; fr. 24 ad municipal. 50. 1 (Scaev.): ut pecuniae, quae ex detrimento solvitur, usurae non praestentur . . . humanum est reliquorum usuras neque ab ipso . . . exigere; fr. 4 §. 1 de censibus 50. 15 (Aequitât beim Census); fr. 3 pr. de decurionib. 50. 2.

IV. Arbitrium boni viri; richterliches Arbitrium; Unparteilichkeit c. IV. des Richters. — 1) fr. 76—78 pro soc. 17. 2 (Procul): arbitratorum genera sunt duo, unum eiusmodi ut sive aequum sit sive iniquum parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi ut ad boni viri arbitrium redigi debeat; fr. 3 §. 1 de recept. 4. 8 (Ulp.): quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se [debuisset, del.], ut officium quod in se recepit impleret?; fr. 13 §. 4 eod. (Ulp.): proinde si forte urgeatur a praetore ad sententiam, aequissimum erit, si iuret sibi de causa nondum liquere, spatium ei ad pronuntiandum dari. — 2) fr. 4 §. 1 de eo quod certo loco 13. 4 (Ulp.): interdum iudex qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta . . . in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex qui huic actioni addictus est; fr. 7 §. 1 de trib. act. 14. 4 (Ulp.): quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? Peditius refert audiendum eum, quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem praetor debet dare; fr. 42 de Aed. ed. 21. 1 (Ulp. — ed. aed. cur.): si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum

Deil.

c. iv. iudici videbitur, condemnatur; fr. 11 pr. ad exhib. 10. 4 (Ulp.): aequissimum est aestimari officio iudicis damnum hereditatis; fr. 1 §. 5 si pars her. pet. 5. 4 (Ulp.): aequissimum igitur est incertae partis vindicationem ei dari; fr. 38 §. 7 de usur. 22. 1 (Paul.): [bei einer actio ex stip.] quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium [perceptos, ins.] praestandos putant ut causa restituatur, quod puto recte dici. — 3) fr. 14—16 de div. temp. praesc. 44. 3 (Scaev.): de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate; plane tribuuntur his . . datur accessio possessionis; fr. 8 de pact. 2. 14 (Papinian.): quodsi aequales sint in cumulo debiti, tunc plurimum numerus creditorum praefendus est. in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellit. sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est; fr. 2 §. 8 si quis cautionib. 2. 11 (Ulp.): ex bono et aequo et hic exceptio ei accommodanda est (§. 1 eod.). — 4) fr. 17 de iudic. 5. 1 (Ulp.): iniquum est aliquem suae rei iudicem fieri; fr. 47 eod. (Callistr.): observandum est ne is iudex detur quem altera pars nominatim petat: id enim iniqui exempli esse; fr. 10 pr. de inoff. test. 5. 2 (Marcell.): nisi aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit. — 5) fr. 6 de var. et extraord. cogn. 50. 13 (Gai.): si iudex litem suam fecerit, . . . videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit; fr. 79. 80 pro socio 17. 2 (Paul.): si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat; davon die allgemeine Bedeutung: iniquitas sententiae in Betreff eines nur für unrecht gehaltenen Urtheils: fr. 1 pr. si pendente appell. 49. 13 (Macer): si in reddendis causis appellationis iniquitatem sententiae detexerit; fr. 2 quis a quo appell. 49. 3; fr. 11 de iustit. et iure; fr. 27 §. 2 de recept. 4. 8.

c. v. V. Besonders begünstigende Argumentation zur Herstellung oder Verbesserung eines Klagenschutzes. — 1) fr. 17 de Publ. act. 6. 2 (Nerat.): Publiciana actio non ideo comparata est ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio, si ea res possessoris non sit: sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat [quam quilibet alius praeter dominum, si is rem habeat, ins.]; fr. 12 §. 8 de captiv.

49. 15 (Tryphonin.): rursum cum constitutio non deteriorem causam redimentium, sed si quo meliorem effecerit, perimius bonae fidei emptoris vetustissimum et iniquum et contra mentem constitutionis est; §. 5 I de action. 4. 6: quod genus actionis et aliis quibusdam simili aequitate motus praetor accommodat; — fr. 5 §. 2 de inpens. in res dot. 25. 1 (Ulp.): si dos tota soluta sit non habita ratione inpensarum, videndum est an condici possit id, quod pro inpensis necessariis compensari solet. et Marcellus admittit conditioni esse locum: sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est; — fr. 11 de damn. inf. 39. 2 (Ulp.): aequissimum tamen puto huic prospiciendum, id est [item] creditori, per stipulationem. — fr. 5. §. 2 de his qui effud. 9. 3 (Ulp.): interdum tamen, quod sine captione actoris fiat, oportebit praetorem aequitate motum in eum potius dare actionem, ex cuius cubiculo vel exedra deiectum est; — hic aequitas, ne cogatur cum multis litigare: fr. 44 §. 1 de Aedil. ed. 21. 1; fr. 1 §. 25 fr. 2. 3 de exercit. act. 14. 1; fr. 13 §. 2 de instit. act. 14. 3. — fr. 5 §. 1 de bon. damn. 48. 20 (Ulp.): postea vero dissoluto matrimonio posse eam agere, quasi humanitatis intuitu hodie nata actione. — 2) Gewährung von utiles actiones: fr. 13 §. 9 de her. pet. 5. 3 (Ulp.): si quis a fisco hereditatem quasi vacantem emerit, aequissimum erit utilem actionem adversus eum dari; — hic aequitatis ratio bei der utilis actio des nicht vertretenen Dritten dem man etwas versprechen läßt: l. 8 C. ad exhib. 3. 42; l. 7 C. de pact. conv. 5. 14; l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55; vgl. fr. 13 pr. de pign. act. 13. 7; — fr. 49 fam. erc. 10. 2 (Ulp.): aequum erit utilem actionem ei adversus coheredem dari deficiente directo iudicio familiae erciscundae; — fr. 3 §. 7 ad exhib. 10. 4 (Ulp.): si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria: . . . nonne aequum est ei familiam exhiberi, ut noxium servum adgnoscat? §. 14 interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur. fr. 15 eod. (Pompon.): non esse autem iniquum iuranti nihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari. — fr. 1 de eo quod certo loco 13. 4 (Gai.): quia iniquum erat . . . non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare; l. 5 C. si aliena res pignori 8. 16. — 3) Daher überhaupt die Bedeutung von aequum = legislativ wünschenswert, zweckmäßig: fr. 1



Beil.

c. v. §. 2 ad SC. Trebell. 36. 1; fr. 1 §. 39 de aqua cott. 43. 20; fr. 1 §. 1 de vi 43. 16; fr. 1 pr. de exercit. act. 14. 1; fr. 16 instit. act. 14. 3; §. 5 I. de iure nat. gent. et civ. 1. 2: aequum visum est senatum vice populi consuli; u. f. w.

c. vi.

VI. Speciell auf das bonum et aequum gebaute Klagen. —

1) fr. 32 de reb. cred. 12. 1 (Cels.): sed quia pecunia mea [quae, ins.] ad te pervenit eam mihi a te reddi bonum et aequum est (vgl. Nr. B. I 1). — 2) fr. 11 §. 1 de iniur. 47. 10 (Ulp.): iniuriarum actio ex bono et aequo est et dissimulatione aboletur. si quis enim iniuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex paenitentia remissam iniuriam non poterit recolare. secundum haec ergo aequitas actionis omnem metum eius abolere videtur, ubicunque contra aequum quis venit; fr. 17 §. 2 eod. (Ulp.): in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur; fr. 18 pr. eod. (Paul.): eum qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob eam rem condemnari. peccata enim nocentium (vgl. Nr. A. XI) nota esse et oportere et expedire; fr. 10 de sepulcro viol. 47. 12 (Papinian.): recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est. . . cum etsi per hereditatem optigit haec actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, neque id capiatur quod in rei persecutione sed in sola vindicta sit constitutum. — 3) fr. 8 (Gai.) 9 (Paul.) de cap. min. 4. 5: Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura (d. h. hier: auf der naturalis aequitas beruhende; vgl. Nr. B. I 1] corrumpere non potest. itaque de dote actio quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem, ut quandoque emancipata agat. — 4) fr. 14 §. 6 de religio. 11. 7 (Ulp.): haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur: continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum. aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est, neque tantum quantum factum est si immodice factum est. §. 10 iudicem qui de aequitate cognoscit. §. 13. . . nonne aequum est mihi funerariam competere? et generaliter iudicem iustum [die „Gerechtigkeith“ ist hier das Product der Aequität] non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget. — 5) fr. 1 quod cum eo 14. 5 (Gai.): omnia

proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores actiones . . . nihilominus tamen in quantum ex bono et aequo res patitur suum consequatur; fr. 2 §. 1 eod.; §. 10 I de action. 4. 6.

VII. Der Rechtsschutz muß auf den zurück schlagen, gegen den er von vorn herein gerichtet ist. — 1) fr. 39 pr. de evict. 21. 2 (Julian.): Die i. i. r. des verkaufenden minor gegen den Käufer seines Käufers muß die Folge haben, daß der zweite Käufer gegen den ersten: Evictionsanspruch erhält; nam si fundus praetoria cognitione ablatu fuerit, aequum erit per eundem praetorem et evictionem restitui. — 2) Fällt derjenige weg, gegen den der Rechtsschutz zunächst gerichtet ist, so kann dem Rechtsnachfolger gegenüber der Rechtsschutz sich ganz anders gestalten müssen; fr. 41 §. 4 de iure dot. 23. 3 (Paul.): si debitor mulieris dotem promiserit et mulierem heredem reliquerit, Labeo perinde habendum ait, ac si mulier ipsa dotem promississet. cuius sententiam Iulianus quoque probat: nec enim aequum esse ait, ut ei damnetur eius pecuniae nomine, quam ipsa debeat, et satis esse acceptilatione eum liberari; fr. 66 §. 7 sol. matr. 24. 3 (Iavolen.): si quis pro muliere dotem viro promissit, deinde herede relicta muliere decesserit, qua ex parte mulier ei heres esset pro ea parte dotis periculum, quod viri fuisset, ad mulierem pertinere ait Labeo, quia nec melius aequius esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset ob id ex detrimento viri mulierem locupletari [vgl. Nr. B. I 1]: et hoc verum puto.

VIII. Kein Rechtsschutz vor der Zeit. Entwicklung des Bedürfnisses von Cautionen auf die Zukunft. — 1) fr. 186 de reg. iur. 50. 17 (Cels.): nihil peti potest ante id tempus quo per rerum naturam persolvi possit: et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest; fr. 188 §. 1 eod. (Id.): quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt [b. h. was durch die rerum natura ganz prohibirt wird, kann auch durch ein Gesetz nicht zur Geltendmachung confirmirt werden, — vgl. oben §. 2 N. 1]. — 2) fr. 13 §. 5 de pign. 20. 1 (Marcian.): si praesens sit debitum et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est. ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt, si condicio exstiterit nec pecunia solvatur restitui hypothecam si in rerum natura sit. — 3) fr. 25 §. 9. 10 (Ulp.), fr. 26 (Gai.) de Aedil. ed. 21. 1: an sich ist bei Rehibition der Sache die Ordnung die, daß zunächst der Käufer die Sache leistet und dann den Preis zurück erhält; aber jene wird doch gegeben um diesen

Beil.

c. VIII. zurückgehalten; ist nun der Verkäufer zahlungsunfähig, so wäre es vor der Zeit, den Käufer die Sache bereits herausgeben zu lassen: videamus tamen ne iniquum sit emptorem compelli dimittere corpus et ad actionem iudicati mitti, si interdum nihil praestatur propter inopiam venditoris, potiusque res ita ordinanda sit, ut emptor caveat, si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, se mancipium restitutum.

c. IX. IX. Zulassung von Vertheidigung und von Exceptionen. — 1) fr. 125 de reg. iur. 50. 17 (Gai.) favorabiliores rei potius quam actores habentur; fr. 1 pr. de edendo 2. 13 (Ulp.): aequissimum videtur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione conveniatur; fr. 1 pr. de requir. vel abs. 48. 17 (Marcian.): divorum Sev. et Ant. Magn. rescriptum est ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur. — fr. 154 de reg. iur. 50. 17 (Ulp.): cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa. sicut fit cum de dolo excipitur possessoris: neque enim datur talis replicatio petitori 'aut si rei quoque in ea re dolo factum sit'. illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam non incidit; — fr. 2 ne quis eum qui in ius voc. 2. 7 (Paul.): nam cum uterque contra edictum faciat, et libertus qui patronum vocat, et is qui patronum vi eximat: deteriore tamen loco libertus est, qui in simili delicto petitoris partes sustinet. Eadem aequitas est in eo, qui alio quam quo debuerat in ius vocabatur: sed et fortius dicendum est non videri vi eximi eum, cui sit ius ibi non conveniri. — 2) Pr. I. de except. 4. 13: saepe enim accidit ut, licet ipsa persecutio qua actor experitur iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur; fr. 38 §. 1 de solut. 46. 3 (African.): exceptione tamen ei succurri aequum est; fr. 14 de except. 44. 1 (Alf. Var.): placuit aequum esse in factum exceptionem eum obiicere; fr. 2 §. 1. 8 si quis cautionib. 2. 11 [vgl. Nr. IV. 3]; fr. 17 de pec. const. 13. 5 (Paul.): aequum est succurri reo aut exceptione aut iusta interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat; fr. 30 de nox. act. 9. 4 (Gai.): in noxalibus actionibus eorum qui bona fide absunt ius non corrumpitur, sed reversis ex bono et aequo potestas datur; fr. 7 §. 3 quod vi aut cl. 43. 24 (Ulp.): et ait Iulianus aequissimum esse hanc exceptionem dari . . hanc exceptionem profuturam. quod non aliter pro-

cedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alio- c. IX.  
 quin haec omnia officio iudicis celebrati oportet, u. f. w. —  
 3) fr. 6 si quis caution. 2. 11 (Gai.): si is qui fideiussorem  
 dedit ideo non steterit, quod rei publicae causa afuit: ini-  
 quum est fideiussorem ob alium necessitate si-  
 stendi obligatum esse, cum ipsi liberum esset non  
 sistere; — fr. 21 de rei vind. 6. 1 (Paul.): si a bonae fidei  
 possessore fugerit servus . . si integrae opinionis videbatur  
 ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor . . .  
 quodsi nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautio-  
 nibus, ut nihil caveat petitori de persequenda re: quo minus  
 enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim dum  
 in fuga sit usucapiat? nec iniquum id esse Pomponius  
 . . scribit. — fr. 4 §. 1 de edendo 2. 13 (Ulp.): huius edicti  
 ratio aequissima: nam cum singulorum rationes argen-  
 tarii conficiant, aequum fuit. id quod mei causa con-  
 fecit meumque quodammodo instrumentum mihi  
 edi. — 4) fr. 6 de appellat. 49. 1 (Ulp.): credo enim huma-  
 nitatis ratione omnem provocantem audiri debere;  
 fr. 1 pr. quando appell. 49. 4 (Ulp.): humanitate sugge-  
 rente . . quia . . adversus iudicis calliditatem provocavit;  
 fr. 9 qui satisd. cog. 2. 8; fr. 1 §. 2 de libell. dimiss. 49.  
 6. — 5) fr. 1 §. 4 de postul. 3. 1 (Ulp.): *Gewährung eines*  
*Advocaten*, „hanc humanitatem“; fr. 33 §. 2 de procur. 3.  
 3 [vgl. oben §. 32 A. 7]; fr. 33 §. 4 eod. (Ulp.): aequum  
 praetori visum est eum, qui alicuius nomine procurator ex-  
 peritur, eiusdem etiam defensionem suscipere. — 6) fr. 73  
 eod. (Paul.): si reus paratus sit ante litem contesta-  
 tam pecuniam solvere, procuratore agente quid fieri  
 oportet? nam iniquum est cogi eum iudicium ac-  
 cipere.

X. Compensation. — Der Grund derselben ist [nicht die sub- c. X.  
 jectivschätzende, vgl. Nr. A. IX, sondern] die rechtanwendende Aequität  
 [fr. 18 pr. de compens. 16. 2 (Papinian.): aequitate com-  
 pensationis utetur]: unser Interesse anzuerkennen, daß wir, im  
 Fall wir eine Gegenforderung haben, lieber nicht zahlen als zurückfor-  
 dern; fr. 3 eod. (Pomp.): ideo compensatio necessaria est,  
 quia interest nostra potius non solvere quam solutum re-  
 petere; Giesele Comp. S. 232. Danach ist es aequissimum (fr. 5  
 eod. Gai.), eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo de-  
 betur, compensare malit: sed et si utrumque velit compen-  
 sare audiendus est; Giesele S. 298. Deshalb sagt fr. 36 de adm.  
 tut. 26. 7 (Papinian.): aequitas, quae merum [man braucht  
 die Worte nicht mit Giesele S. 175 den Compilatoren zuzuschreiben] ius  
 compensationis inducit, propter officium et personam

Beil.

- c. X. *agentis tutoris non differtur: nam divisio tutelae . . inter ipsos locum habet neq̄ experiri cum pupillo volentibus obstat.*
- c. XI. XI. *Naturalobligationen.* — fr. 95 §. 4 de solut. 46. 3 (Papinian.): *naturalis obligatio ut pecuniae numeratione ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis quo solo sustinebatur [daß eigentlich erklärende Wort in Betreff des Wesens der Naturalobligationen ist bisher wohl noch nicht gesprochen] conventionis aequitate dissolvitur; meine Wechselb. S. 27.*
- c. XII. XII. *Vertheilung der Beweislast.* — Gewisses in dieser Hinsicht ergiebt schon die *naturalis ratio* (vgl. oben §. 2 Nr. 3. a), zu dem dann aber die *Aequitas* Genaueres hinzufügt; fr. 12 de probat. 22. 3 (Cels.): *prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditam pecuniam petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, [contendit, ins.] heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudici debet; fr. 13 eod. (Id.): cum de aetate hominis quaereretur, Caesar noster in haec verba rescripsit: „Et durum et iniquum est, cum de statu aetatis alicuius quaereretur et diversae professiones proferuntur, ea potissimum stare quae nocet: sed causa cognita veritatem excuti oportet et ex eo potissimum annos computari, ex quo praecipuam fidem in ea re constare credibilius videtur.*
- c. XIII. XIII. *Provisorische Maßnahmen; auctoritativ vorgeschriebene Handlungen im Gegensatz zu den spontan ausgeführten.* — fr. 21 §. 3 de appell. 49. 1 (Papinian.): *idem rescripserunt, quamvis usitatum non sit post appellationem fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi, tamen cum populi [pupilli] traherentur ab adversario, aequum sibi videri fructus apud sequestres deponi.* — fr. 49 fam. erc. 10. 2 (Ulp.): *hi demum ad duplae cautionem compelluntur qui sponte sua distrahunt: ceterum si officio distrahens fungitur non debet adstringi, non magis quam si quis ad exsequendam sententiam a praetore datus distrahat: nam et hic in ea condicione est, ne cogatur implere quod coguntur hi qui suo arbitrio distrahunt: nam inter officium suscipientes et voluntate distrahentes multum interest.*
- c. XIV. XIV. *Humanität in der Execution.* — fr. 16 §. 1 de compens. 16. 2 (Papinian.): *aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri*

solutionis. — Durch Verabredung kann eine den *modus c. XIV.*  
*iustae exactionis* überschreitende *iniquitas* geschaffen werden  
fr. 17 pr. de usur. 22. 1 [auch hier erscheint die *aequitas* als  
Quelle des „*iustum*“; vgl. Nr. VI. 4 u. oben §. 35 A. 1]. In  
der *exactio* soll nicht bloß die Privatperson sondern auch der Vertreter  
öffentlicher Interessen human sein; fr. 33 pr. eod. (vgl. oben §. 36  
Anm. 1).

## Z u s a z.

Die Augsb. Allg. Zeit 1877 Nr. 2 enthält in dem Artikel: „Indisches Recht“ (G. B.) ein Referat über das neuerdings publicirte f. g. Gesetzbuch des Narada [den Pseudo-Narada; vermuthlich aus dem 5<sup>ten</sup> oder 6<sup>ten</sup> Jahrh. nach Chr.]: Dr. Julius Jolly, *Naradiya dharma-sáthra or the Institutes of Narada, translated for the first time from the unpublished Sanskrit Original.* London 1876. In diesem Referat kommen drei Punkte vor, die sich deutlich als die historischen Ueberreste des oben dem Urstammvolf zugewiesenen Rechtes kennzeichnen. 1) (die Erhaltung des Hauses; — vgl. oben §. 5 A. 4): „das indische Eherecht ist gänzlich von den beiden Rücksichten der Reinhaltung der Rasse und der Erfüllung des Ehezweds, der Hervorbringung eines männlichen Nachkommen, beherrscht, der als rechtmäßiger Darbringer der vorgeschriebenen Todtenopfer für den verstorbenen Vater von der höchsten religiösen Bedeutung war.“ [Ueber indogermanisch Gemeinschaftliches in Betreff der Schließung der Ehe noch Weber's Indische Studien Bd. V (1862): Vedische Hochzeitsprüche S. 177—266 (v. Weber), und: Die Heirathsgebräuche der alten Inder S. 267—412 (v. Haas u. Weber) — (Uebersicht S. 410 ff.) —; insbesondere: a) Zweck der Ehe S. 283: „um das Geschlecht fortzupflanzen . . . außerordentliche Wichtigkeit, welche der Zeugung der Nachkommenschaft für die eigene Erlösung beigelegt wurde“; S. 389; b) Brautkauf S. 343, 407; c) Priesterere und sonstige Ehe S. 285; Wegfall der Ceremonieen bei Wittwen (indisch und römisch) S. 285; Trennung der Verlobung und der Brautübergabe S. 276, 277, 300, 301, 310; d) Niedersetzen auf ein Fell S. 207, 208, 221, 324, 325, 398; e) *dextrarum coniunctio* S. 311; f) Waschung der Frau (*λουτρον νυμφικόν*) S. 304; g) Scheitelung des Haars der Braut, Schleier, Kürzung des Haars und Anbinden von zwei Fotten Wolle S. 405, 406, 319, 320; h) *in domum deductio* S. 323, 344, 376, 391; i) „*ubi tu Gaius, ibi ego Gaia*“ S. 216, 340; k) *aqua et igni coniunctio* S. 207, 285, 318, 381 A. †; l) *trinoctium* der Enthaltung S. 325, 330, 331, 347, 360 (*ἀναύλια*)]. 2) (die actio sacramenti; vgl. oben §. 12 A. 4): „Klage kann in doppelter Weise gestellt werden: gegen Hinterlegung einer bestimmten Geldsumme oder ohne eine solche. Die erstere Form hat eine merkwürdige Aehnlichkeit mit dem altrömischen (*in lege agere sacramento*). Das *sacramentum* der Römer, jene Summe Geldes, welche jeder der beiden Litiganten vor dem Prätor einsetzte, in der Meinung sie an das Aerar zu verlieren, wird im indischen Proceß als Einsatz einer Wette gedacht.“ 3) (strenges Schuldbrecht; vgl. oben §. 16 A. 5<sup>a</sup>): „Die Obligation . . . macht schließlich den Schuldner zum Sklaven des Gläubigers, ein Gegenstück des altrömischen *trans Tiberim* — Verkaufsrechts eines durch *manus in-iectio addictus*.“

